# Sociologia del derecho

Fucito Felipe

FUCITO

# SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

## EL ORDEN JURÍDICO Y SUS CONDICIONANTES SOCIALES

CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO
PRECURSORES Y FUNDADORES
ESCUELAS DE LOS SIGLOS XIX Y XX
SOCIOLOGÍA JURÍDICA CRÍTICA
DESVIACIÓN Y CRIMINALIDAD
ORGANIZACIONES FORMALES
SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN LA ARGENTINA

EDITORIAL UNIVERSIDAD

**FELIPE FUCITO**

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Profesor titular regular de Sociología Jurídica
en las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata

# SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

## EL ORDEN JURÍDICO Y SUS CONDICIONANTES SOCIALES

CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO
PRECURSORES Y FUNDADORES
ESCUELAS DE LOS SIGLOS XIX Y XX
SOCIOLOGÍA JURÍDICA CRÍTICA
DESVIACIÓN Y CRIMINALIDAD
ORGANIZACIONES FORMALES
SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN LA ARGENTINA

*Reimpresión*

EDITORIAL UNIVERSIDAD
BUENOS AIRES
1999

1ª edición: 1993.

FOTOCOPIAR LIBROS ES DELITO

ISBN 950-679-106-6



Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en el mes de junio de 1999,
en los Talleres Gráficos Edigraf S.A.,
Delgado 834, Buenos Aires, Argentina.

*A la memoria de mi madre,*
*y a su legado de inquietud intelectual.*

# ÍNDICE

CAPÍTULO III

LAS LÍNEAS DEL PENSAMIENTO SOCIOLÓGICO-JURÍDICO EN EL SIGLO XX



CAPÍTULO IV

EL CONDUCTISMO SOCIAL EN SOCIOLOGÍA JURÍDICA

## CAPÍTULO V

## LAS CONTRIBUCIONES DEL ORGANICISMO HISTORICISTA Y DEL FUNCIONALISMO A LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

CAPÍTULO VI

LA VISIÓN CONFLICTIVA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN EL SIGLO XX



CAPÍTULO VII

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA CRÍTICA EN SU PROBLEMÁTICA ACTUAL



CAPÍTULO VIII

LAS TEORÍAS SOCIOLÓGICAS EN MATERIA DE CRIMINALIDAD Y DESVIACIÓN

## CAPÍTULO IX

## LOS ASPECTOS INFORMALES DE LAS ORGANIZACIONES

CAPÍTULO X

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN LA ARGENTINA



CAPÍTULO XI

RESUMEN Y CONCLUSIONES

# INTRODUCCIÓN

Este libro gira alrededor de una idea: mostrar que ha existido en la historia del pensamiento jurídico la constante preocupación de un gran número de autores por señalar que el derecho depende de la sociedad, de la cultura y del respaldo de otros sistemas normativos no jurídicos, más que de la coacción y de la legitimidad emanada de la ley. Esta posición teórica siempre ha tenido representantes, aun en el período de auge del positivismo jurídico, y reconoce antecedentes antiguos, medievales y un amplio desarrollo contemporáneo, tanto en la sociología jurídica cooperativa como en la conflictiva. Avanzado este siglo, como consecuencia de la depuración del método sociológico, las afirmaciones más o menos generales y los discursos sociológicos teorizantes dejan parte de su espacio a comprobaciones empíricas de hipótesis específicas.

El desarrollo del pensamiento sociojurídico tiene dos referencias claras. La primera es la oposición a la idea que, rápidamente formulada, dice que si el derecho "debe ser", entonces el derecho "es" regulador de conductas, y que Treves expresó en la lucha contra el formalismo legal. El discurso centrado en el deber ser (de la ley, de los conceptos formulados por juristas, de la jurisprudencia unificada), cuando no se confronta con la realidad, la oculta, e ignora el resultado práctico de la existencia de sociedades en variada situación, desde una regulación costumbrista (al lado o en contra de la ley), a la anarquía jurídica por negación de las normas jurídicas, lo que no significa anomia social.

La segunda es una oposición más reciente, que se va perfilando en contra del nuevo dogmatismo (aunque sus orígenes tienen más de un siglo) de las teorías centradas en general en la norma penal, que definen el derecho como el poder represivo ejercido contra los desposeídos del sistema, y señalan la efectividad del mismo en ámbitos concretos de la sociedad (los sectores de menos capacidad de defensa). Entonces, sostienen, una sociedad libre e igualitaria debe ser una sociedad sin derecho.

Para los primeros, lo significativo de las leyes es que *debe regir*, no que rige las conductas. Los segundos sostienen: como las leyes deben regir y rigen, el orden resultante es represivo, y entonces debe desaparecer para permitir la libertad. La prime-

ra parte del tema sociológico jurídico (la oposición al positivismo legal) es antigua en la mayoría de los países occidentales. Desde Francia a los Estados Unidos, desde Italia a Gran Bretaña, se afirma hace más de un siglo y medio (sin contar a los precursores) el relativo poder de las leyes si no son respaldadas o compatibilizadas con los restantes sistemas reguladores; sin costumbres que la sustenten, la ley es pura declamación. Sin ética, no es más que cinismo o corrupción encubierta. Pero en nuestro país estas ideas son, todavía hoy, casi "parajurídicas". No porque se desconozcan: así piensan muchos juristas, jueces, profesores de derecho y abogados, en charlas informales, entre pares, en comentarios silenciados sobre la realidad. Pero no públicamente, salvo como excepción. No se puede superar la visión oficial de un derecho acartonado, estático, en manos de jueces que "aplican la ley" (sin aportarle nada de su propia personalidad social), en los ficticios argumentos de "autoridad" doctrinal, y en la presunta lógica rigurosa de los fallos, que coloca un manto de silencio sobre la anárquica discordancia entre las interpretaciones judiciales de los hechos de las causas. Poco se habla de la baja efectividad de la administración judicial para imponer sus mandatos, y, si se menciona, se atribuye a "limitados recursos" (entendidos exclusivamente como materiales).

El orden positivo se divorcia de la realidad cuando no se quiere ver lo que es visible; así se pierde el carácter de regulador de conductas que puede llegar a constituir. Si no queremos observar (porque nos molesta) el uso abusivo o espurio de la ley, nos abroquelamos con la majestad del derecho genéricamente considerado, cerramos dogmáticamente los ojos a su inoperancia y no ahondamos en las causas de su desnaturalización.

Negar un problema no es buen comienzo para superarlo. La sociología jurídica aparece con *algunos* instrumentos (ni los más perfeccionados ni los mejores) para reflexionar sobre la realidad del derecho. Algunas de sus observaciones las realizan a diario litigantes y profesionales; los jueces también las conocen, aunque quizás algunos prefieran mirar hacia otro lado.

Frente al cerrado dogmatismo de la posición antes señalada, la crítica radicalizada que se expresó cabalmente en las décadas del 70 y del 80 sostuvo un punto de vista revolucionario: la ley es efectiva y represora contra los desposeídos; debe ser suprimida de la sociedad futura, donde no sería necesaria su presencia, porque la libertad reemplazará a la opresión. Este modo de pensar no se desarrolló en el país porque la represión de la década del 70 alejó a los pensadores más extremos, y cualquier formulación actual debería necesariamente tener en cuenta las profundas transformaciones ocurridas en el panorama político de los países socialistas a partir de 1990. Deberemos analizar este punto de vista, vinculado sobre todo a la criminología. Aquí se pretendió la inexistencia futura de la ley, agente de la explotación, de acuerdo

con la tradición marxista; pero esa supresión nunca pareció ni posibilidad cierta ni inmediata. El derecho es útil, más o menos, como todos los instrumentos de la cultura, de acuerdo con el uso que se haga de él. En algunas sociedades sirve a unos pocos y reprime a los más; en otras sirve a criterios con los cuales la mayoría se siente identificada; en otras más, no parece responder a las ideas de justicia sostenidas por unos u otros sectores sociales. Cabe pensar (y *no es mera hipótesis*) en una sociedad en la que el derecho refleje *una* idea de justicia, y los diversos estratos o clases sociales sostengan *otra* u *otras* (a partir de sus propios intereses o costumbres, que pueden ser contrarias a aquéllos). No diremos aquí que es posible una anomia social, porque siempre existe algún repertorio normativo disponible y practicado (aunque no sea legal, sin que esto signifique que sea ilegal). No hay personas sin cultura y, por lo tanto, no hay personas sin normas; puede ser que estas normas sociales sean más fuertes que las jurídicas que se le oponen. En este caso, es prácticamente seguro que la ley no se aplicará.

*Para analizar estos temas, que conciernen principalmente a las fuentes del derecho,* se expondrán y discutirán las opiniones de un amplio número de pensadores, desde la sociología y desde el derecho, dándosele a cada uno una importancia desigual sobre la base del punto de vista adoptado en este trabajo. La lista de los incluidos mostrará que, lejos de intentarse una heterodoxia, corresponde al desarrollo reconocido de la sociología y de la ciencia del derecho.

El autor de este trabajo cree que la sociología en general (y la sociología jurídica en particular) debe proponerse la descripción, explicación y predicción de los fenómenos que observa. *No cree que el acentuado compromiso político del científico como* tal aclare sus puntos de vista. Esto no presupone sobre los roles que pueda ejercer dicho científico como ciudadano o como político, pero considera que los roles pueden ser separados, *relativamente*. La separación que pueda darse entre política y ciencia es una cuestión de hecho, y depende de innumerables circunstancias, entre las cuales se destaca la posibilidad de superar (hasta cierto punto) la ideología prevaleciente, que engloba al científico mismo. Sea esto posible o no lo sea para personas concretas en *tiempos y lugares concretos, no significa ni su* aceptación dogmática (en todo momento todos los científicos son objetivos en cuanto cumplen las reglas de su método) ni su rechazo (hagan lo que hicieren, todos los científicos ideologizan, y en esa medida, son políticos). No cabe extenderse aquí sobre este punto de vista, pero es la única base posible, en cuanto propuesta, para hacer ciencia y no política a secas o política social.

El otro punto —también de base— es que el autor de este trabajo tampoco cree que el orden jurídico pueda ser suprimido *ni que otro sistema económico o político pueda* superar al dere-

cho como técnica de regulación social; no pretende ser visionario, sino simplemente sociólogo del derecho. Por lo tanto ignora si dentro de varios siglos las sociedades carecerán de poder, de coacción, y si se llevará a cabo una sociedad de "buenos salvajes" convertidos en "comunistas absolutos". Por lo que se ha visto y por lo que se ve, el poder constituye una constante social, resultando variables los modos de cómo se ejerce y en nombre de quién se ejerce. Otro tanto cabe decir de la desviación como hecho social: no se puede pensar en sociedad alguna que frente a una norma (cualquier norma, jurídica o no jurídica) no presente casos de desviación, si consideramos al ser humano tal como lo conocemos históricamente. Por lo tanto, la suposición de un estado futuro en el que no existan leyes porque todos se ajustan a determinados patrones normativos o técnicos parece ser no sólo improbable sino puerilmente autoritaria: ese presunto mundo no sería de libertad sino de terrorífica opresión.

La historia y la cultura avanzan (ignoro si progresan), y por eso mismo el cambio se explica por la desviación de los patrones normativos hoy aceptados. Nadie puede, en la postulación de un orden futuro, suponer que habrá llegado el fin de la historia, estado en el que los seres humanos, todos conformes, serán, igualmente, todos conformistas. Los que proponen otros sistemas son los represores de mañana, y deberían asumirse, de acuerdo con sus propios términos, como tales. No hay sociedad sin normas, no hay sociedad sin derecho ni sociedad sin represión de desviados (palabras malsonantes para muchos teóricos en la actualidad), y gracias a que esta represión es imperfecta, facilita, aun reprimiendo, el cambio social. Si estas palabras aparecen asociadas a la "represión" autoritaria de los regímenes militarizados, deberán buscarse otras. Pero el fenómeno social según el cual, dada la norma, se prevé una sanción que cae sobre algunos desviados parece ser indivisible.

No puede hablarse, sociológicamente, del orden jurídico, sin aceptar que es parte de la cultura, y que ésta incluye un sistema de normas necesarias para *ciertas* condiciones de vida de la sociedad. Si las condiciones cambian, las normas también varían. La tesis de este trabajo es que si las normas jurídicas son culturales, entonces son interdependientes con todas las variables de la cultura, especialmente las normativas, y este punto de vista es importante para entenderlo en su funcionamiento real. No se pretende invalidar ningún estudio normativo, al estilo del sociologismo; sólo se intenta aportar el punto de vista de la observación de la práctica jurídica, y mencionar algunos autores que han formulado reflexiones de interés sobre estos aspectos.

Supongo que a muchos no les gustará lo que aquí se dice ni lo que afirman los autores que se incluyen, a pesar de ser reconocidos sociólogos o juristas. Serán también los que teman que si este libro fuera leído por los estudiantes de derecho, al des-

creer éstos de lo que el "derecho debe ser" se vuelvan "anarquistas del derecho". Tratamos este tema en el capítulo I, pero anticipamos una idea: para creer en el derecho, probablemente debe hacerse exactamente lo contrario de lo que sugería Sebastián Soler en *Fe en el derecho*: no construir Capitolios, sino ver, pormenorizadamente, las chozas de paja de lo cotidiano; no caer en la grandilocuencia de lo inexistente, sino ver la miseria de lo practicado. La realidad se modifica, en primer lugar, conociéndola. Si las leyes fueran instrumento de la injusticia, si son negadas por los que dicen regirse por ellas, la solución no consiste en el refugio cómodo en el Olimpo legal. La solución es bajar a las adversidades cotidianas, para reconstruir la realidad a partir de las actividades de sus operadores. El derecho no se construye sólo en las academias o en los recintos legislativos. Se realiza en cada contrato de compraventa o de locación, en cada petición de un ciudadano ante la administración pública, en la respuesta que la Municipalidad da a cada vecino, en el apresamiento del sospechoso que realiza cada policía, en cada prueba testimonial que se produce ante cada juzgado, en cada persona recluida en un hospicio de insanos. Un gran tema —posiblemente el mayor— de la sociología jurídica es saber cómo *funcionan* las normas en la sociedad; es decir, cómo son aplicadas por las personas. Esta información, lejos de ser perniciosa para estudiante alguno, es la fundamental, ya que la falsedad, a largo plazo, tiene escaso o contrario efecto didáctico.

Los que piensan que todos los hechos practicados por los operadores jurídicos no tienen lugar importante en la información sobre el derecho, y que ella debe limitarse a la exposición de la ley, aspiran a quedarse en los modelos. Mostrado el arquetipo, lo demás no les compete. Sin embargo, la docencia jurídica no se ejerce sólo por medio de la enseñanza de los códigos, sino también por la descripción y explicación de la *realidad*. Es posible que la toma de conciencia sobre la realidad ayude a superar la impotencia práctica de las leyes, cuando existe, fomentada por su misma proliferación, la indiferencia ritualista de la administración, y la marginación de las normas constitucionales por los agentes de intereses sectoriales.

Cierto es que muchos se deprimen con la realidad, y prefieren ocultársela y ocultarla. No se avanza en la solución de ningún problema práctico de ese modo. Comprendemos, y lamentamos, la ideología de pudor de quien padece una enfermedad "infamante" y demora por vergüenza su atención médica. No creemos que las vergüenzas cotidianas del derecho deban merecer miedo alguno, sino la atención que se brinda a cualquier fenómeno social, porque, de lo contrario, se llegará a la triste decisión de ignorar las leyes injustas, o las justas no aplicadas.

Los tres párrafos precedentes son, por supuesto, políticos, como que de política educativa se trata. Pero no marcan la tónica

general de este libro, que da por supuesta la necesidad de tratar sobre lo fenoménico del derecho, a pesar de que no se ha evitado opinar cuando el tema lo exigía, lo que se notará sin dificultades en los capítulos VII y VIII. Este trabajo tiene como objeto expresar algunas ideas propias, y, en general, se retoman para ello ideas ajenas, con el fin de aceptarlas o criticarlas, lo que implica un procedimiento de selección inevitable. Aunque he tratado de ser amplio en dichas elecciones, una obra de este tipo podría ser indefinidamente reescrita, porque se expone un discurso teórico modificable que sólo suministra hipótesis para la investigación empírica.

Podrá preguntarse a qué parte del público jurídico está destinado este libro. La formulación de una historia de las ideas sociológico-jurídicas trata de llenar un vacío bibliográfico nacional. En este sentido, el destinatario es el interesado generalmente en temas jurídicos y sociales. Pero, además, esa misma ausencia bibliográfica hizo necesario pensar en el alumno universitario de Sociología Jurídica. Éste deberá perdonarme que me haya alejado de confeccionar un manual. La obra podrá adolecer de sus mismas simplificaciones, pero le falta, seguramente, la sistematización, que es el mérito de la elaboración destinada a los estudiantes. La primera parte suministrará información que puede ser útil para comprender la historia y los alcances de la materia, sobre todo en vinculación con el desarrollo de la sociología. La segunda parte reúne información sistemática sobre algunos temas relevantes —organizaciones formales, sociología criminal—, que en general se consideran fuera del campo de la materia que nos ocupa, por su vasta producción; pero dista de representar una exhaustiva formulación de la temática sociológico-jurídica. El capítulo sobre sociología jurídica argentina pretende dar un paso más en la elaboración de nuestras ideas sociológico-jurídicas y mostrar su penetración en el "derecho" de los juristas. Es también un reconocimiento a quienes desde hace más de un siglo han insistido en nuestro medio sobre estos puntos de vista, sin haber tenido una acogida favorable.

La presentación conjunta de las siguientes reflexiones y análisis tiene dos orígenes. El primero es una propuesta de investigación sobre la historia y el desarrollo de la sociología jurídica, que presenté ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y desarrollé entre 1987 y 1990. El segundo lo constituyen los cursos sobre Sociología del Derecho histórica y sistemática que dicté en el Departamento de Graduados de esa Facultad, como parte del Curso de Especialización en Sociología Jurídica, entre 1984 y 1990. Una versión del capítulo I (ahora modificado) fue incluida en los Cuadernos de Investigación del Instituto, en 1989, y otros avances en la Revista de Sociología del Derecho, de la Aso-

ciación Argentina de Sociología del Derecho. Distintas partes de la investigación fueron expuestas en las *reuniones de los jueves* del Instituto, ante la paciencia de los colegas.

Los agradecimientos usuales pecarán por defecto, en este caso, ya que me siento obligado con muchas personas, en cuanto a mi formación y mis actuales orientaciones. Pero no puedo omitir a Juan C. Agulla, ex director del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, crítico agudo y franco de muchas ideas expuestas. A Alfredo E. Ves Losada, que me sugirió con sus escritos las primeras reflexiones sobre burocracia judicial, y que siempre tuvo un adecuado lugar, en la revista que dirige, para mis trabajos y comentarios. A Humberto Quiroga Lavié le debo muchas reflexiones sobre teoría de los sistemas, que, aunque no aparecen puntualizadas específicamente en la obra, se originaron en conversaciones e inquietudes comunes sobre este fructífero punto de vista.

Con Julio C. Cueto Rúa tengo una deuda muy especial. Leyó el original y me formuló valiosas críticas que me permitieron oportunas correcciones. Sin embargo, debo reconocer que difícilmente la obra pueda reflejar íntegramente el alcance de esa lectura crítica, que me ha dejado una valiosa enseñanza para trabajos futuros, al puntualizar sus limitaciones intrínsecas. También debo agradecerle su insistencia en valorar la línea de trabajos en Sociología Jurídica que inicié hacia 1980 y que, en un medio académico no particularmente receptivo hacia tales orientaciones, me resultó reconfortante.

Ese mismo apoyo, fundado en puntos de vista comunes y en una antigua relación, le debo a Víctor J. Irurzun, colega en la difícil tarea de buscar reconocimiento real a la Sociología Jurídica (que es mucho más difícil de lograr que la aceptación formal e institucional), y mostrar su importancia para los operadores del derecho.

A mis ex alumnos del Curso de Especialización en Sociología Jurídica las agradezco no sólo el haberme brindado un adecuado marco para la discusión de muchas ideas, sino también el haberme alentado como amigos a continuar con el esfuerzo.

A mi esposa no le debo agradecer la paciencia que usualmente los autores reconocen a sus cónyuges, porque no sólo alentó interesada mis trabajos desde hace más de veinticinco años, sino que en este caso concreto me señaló, como colega, varios párrafos cuyos objetivos no resultaban claros.

Por último, a mi colaboradora desde hace varios años, Juliana I. Álvarez, le estoy reconocido por el esfuerzo de pasar el original (tarea propia de la tecnología primitiva con que este libro fue escrito), leyéndolo para indicarme la accesibilidad del texto, lo que me permitió oportunas correcciones de estilo.

A todos ellos, y a Editorial Universidad, que confió en las posibilidades de un libro cuya temática carecía de muchos antecedentes en el país, les dedico el trabajo realizado, y la aspiración de poder mejorarlo en lo futuro.

EL AUTOR

Buenos Aires, diciembre de 1992.

# Capítulo I

# LA CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO

El nombre "sociología jurídica" comienza a utilizarse a fines del siglo XIX, habiendo sido, aparentemente, el primero en utilizarlo D. Anzilotti, en su libro *La filosofía del derecho y la sociología* (1892). Sin embargo, como título específico de obras aparece, luego de la primera década del presente siglo, en la de Erhlich (1912) y Nardi Greco (1927). En la tradición anglosajona el término sociología del derecho se complementa con otras denominaciones tales como "derecho y sociedad" o "derecho y ciencias sociales".

## 1. Concepto.

Parece difícil dar un concepto preciso de la sociología del derecho, cuando los sociólogos no se han puesto de acuerdo con lo que es su ciencia, y menos los juristas sobre la definición de derecho. Sin embargo, aceptando que la sociología es una ciencia que procura describir, explicar y predecir los fenómenos sociales, con la mayor objetividad posible [1], y el orden jurídico un conjunto de normas sancionadas por el Estado de acuerdo con procedimientos predeterminados, que se consideran válidas en un territorio, podemos afirmar que la sociología del derecho es una rama de la sociología que trata de describir, explicar y predecir los modos como las personas interactúan tomando como referencia positiva o negativa un conjunto de normas jurídicas. Esto es, cómo apli-

[1] No estamos excluyendo, como se verá en el curso de la exposición que sigue, los problemas ideológicos, pero estamos tomando posición en contra de los que confunden simplemente sociología con política y creen que sólo caben dos actitudes frente a un determinado sistema social: su defensa o su condena. Si defender o condenar es todo lo que cabe como tarea a la sociología, es mejor dejar a ésta de lado y asumir simplemente un rol político, más viejo, más confiable para esos menesteres, y menos minucioso en sus comprobaciones. Ciencia y política pueden confundirse, pero no es necesario que lo sean, si tomamos a la primera en sentido lógico experimental, y a la segunda como una actividad humana que pretende acceder al poder o influir directamente sobre él.

can o eluden en su vida social esas normas, y cómo se relacionan en la acción esas normas con otros sistemas normativos que también guían la acción humana; el estudio tiene el fin de determinar las funciones que cumple el ordenamiento jurídico en la vida social.

Tanto el problema de las fuentes como el de las funciones del orden jurídico nos lleva a considerar dos temas: el sistema social de acción de las personas (la sociedad, la estructura social), y las normas de todo tipo que guían la acción de estas personas, sus expectativas y los "sentidos" de sus acciones, en la acepción weberiana. De la estructura social nos interesan, por una parte, las interacciones de los operadores jurídicos (jueces y justiciables, policías y destinatarios de sus acciones, contratantes de todo tipo, miembros de los sistemas familiares y de parentesco, y cualquiera que sea alcanzado por el derecho legislado), y por la otra, las normas que se utilizan para esas interacciones, dentro de las cuales las jurídicas no son excluyentes ni, siquiera, centrales. Debe estudiarse el influjo mutuo entre ley y costumbre, religión, ética y moral, los códigos de conducta subculturales y las normas desviadas institucionalizadas. Todo este complejo normativo determina la acción de los operadores vinculados al derecho, siendo, por ello, ambos puntos de vista inescindibles, salvo con fines descriptivos: no hay interacción sin normas, y éstas tienen por objeto regir conductas. Las normas pueden de hecho no regir conducta alguna (*desuetudo*). A pesar de ello los sociólogos jurídicos no las ignorarán, sino que se preguntarán por las causas de su ineficacia. La sociología jurídica debe tratar de determinar cuál es el lugar del orden jurídico como sistema de normas de acuerdo con la definición dogmática, en el plexo normativo que condiciona las acciones sociales.

En el primero de los intereses señalados, Roger Cotterrell ha sostenido:

"Los sistemas jurídicos no son únicamente estructuras reconocibles objetivamente, en términos positivistas, como fenómenos sociales autónomos...; existen en la experiencia subjetiva de los actores individuales; se forjan en una miríada de interacciones cotidianas de juristas y numerosos funcionarios... entre sí con los ciudadanos que experimentan el sistema jurídico en interacción con estos funcionarios, y contribuyen también a establecer el carácter del mismo... Derecho es el nombre dado a un cierto aspecto de la sociedad, un cierto terreno de la interacción humana; entender el derecho es entender los procesos de interacción asociados con la idea de «derecho»" (1991:130) *.

* Ver en la bibliografía, según autor y año citado, la referencia completa de la obra. El año por el que se encuentra ordenado no corresponde a la primera edición, sino a la utilizada en este trabajo. Cada cita se indica por año de la obra y página de la misma.

Debe aclararse desde ahora, sin perjuicio de ulteriores desarrollos, que este concepto preliminar dado depende totalmente de los aceptados previamente para sociología como conocimiento y para derecho como objeto de ese conocimiento. Si, respecto de la primera, se niega su papel científico o su objetividad, ya no es posible atribuírselo en ninguno de sus campos. Respecto del derecho, si se adopta otra definición (por ejemplo, "el derecho es conducta humana verificable"), tampoco se puede sostener lo dicho para la sociología jurídica, pues en este caso existirá una posible confusión entre ambos, en virtud del objeto.

Como las normas, consideradas modelos de conducta, definen todo tipo de acción social (sin perjuicio del problema de la génesis de nuevos patrones normativos, tema que nos llevaría al de origen del cambio social y a las posibles teorías sociológicas que tratan de explicarlo: imitación, evolución, surgimiento a partir de relaciones productivas, etc.), la sociología del derecho puede estudiar la influencia de las leyes y de otros sistemas normativos sobre las conductas en los más variados campos sociales: tipos de estratificación social y relaciones entre estratos, sistema político real (no sólo el derivado de consideraciones técnico-legales), sistemas de educación y socialización, estructuras parciales y subsistemas (organizaciones formales, familias). El campo es amplio, ya que el orden jurídico pretende influir sobre las más variadas actividades humanas, y regular mucho más de lo que en realidad es capaz.

La sociología del derecho considera, entonces, al derecho como fenómeno social (hecho social, acción social, modelo de conducta), que sólo puede ser entendido en el contexto normativo al que una cultura en concreto atribuye significados, y trata de determinar las funciones que cumple. La manifestación anterior no significa una contradicción en cuanto al objeto de la sociología: ocuparse de *hechos* no puede negar el que exista un *momento normativo* necesario conceptualmente. La sociología no puede estudiar hechos aislados, no condicionados por normas de algún tipo. Si las acciones humanas tienen una imprescindible referencia normativa (el marco normativo de toda acción), no puede entenderse ninguna acción llevada a cabo por las personas sin conocer cuáles son las normas que rigen esas acciones. Que las normas puedan ser conocidas *antes* que la acción se lleve a cabo (como se supone ocurre con las normas jurídicas) o *después* de haberlas observado (como en las costumbres o usos desconocidos por los investigadores, que las reconstruyen a partir de observaciones reiteradas de hechos sociales), no invalida el resultado final del trabajo sociológico: se explica una acción no sólo cuando es descripta sino cuando es comprendida a partir de las normas sociales que condicionaron su ejecución. Este condicionamiento no incluye sólo la conformidad sino también la desviación (ya que tanto el que ajusta su accionar a la norma como el que se desvía de ella

tiene en vista el marco normativo respectivo, según veremos más adelante).

## 2. Determinación de los aspectos sociológicamente relevantes del derecho.

¿Qué es lo sociológicamente relevante del derecho? Para el abordaje del derecho desde un punto de vista sociológico se debe primeramente decidir qué es lo pertinente del conjunto que recibe ese nombre para la sociología. Para ello es necesario especificar un poco más el objeto de la sociología.

Si optamos, desde una perspectiva funcional, por considerar que la sociología estudia la interacción social y que ésta se encuentra guiada por un sistema de expectativas normadas socialmente, que definen posiciones sociales (*status*) y a través de éstas los comportamientos (roles), deberíamos aceptar que el aspecto relevante del derecho es la definición de las posiciones sociales por medio de un sistema de expectativas jurídicas (derechos y obligaciones). Sin embargo, el punto de vista sistémico no puede agotarse en esta perspectiva, pues entonces se confundiría con la ciencia del derecho. Debe estudiar la forma en la cual en cada sistema social se combinan los sistemas de expectativas jurídicas con los otros sistemas de expectativas sociales. De la forma práctica en la cual las personas combinan estos sistemas surge una conducta social que sólo es discernible para la ciencia reconstruyendo conceptualmente las normas que la guían.

Se sostiene en doctrina jurídica que toda conducta es regida por el derecho, y que todo accionar humano puede pensarse en términos jurídicos. No es este criterio panjurídico —como lo llama Carbonnier—, sin embargo, el punto a considerar, sino la interferencia de la ley como modelo de conducta con otros modelos normativos de conducta (costumbre, ideología, uso, moda, norma religiosa). Debe notarse que la posición antes señalada, al igual que aquella que sostiene que toda conducta es regida por la religión o se puede pensar en términos religiosos, no nos conduce al resultado buscado: lo que interesa es de qué modo el operador concreto ha pensado normativamente su accionar, y qué relevancia le dio a la ley en ese plexo normativo, más allá de que toda conducta pueda idealmente ser regida por normas jurídicas o religiosas o pensada en términos de esos sistemas normativos.

El "derecho" como objeto de conocimiento carece de un perfil propio, ya que tiene el que le da cada una de las perspectivas que lo abordan. De allí que sea difícil contestar genéricamente la pregunta ¿qué es el derecho? sin que esa respuesta sea la elaborada por una de las variadas disciplinas que se ocupan de él. Existe una filosofía del derecho (ontología), una ciencia normativa

del derecho (la que realiza el jurista), una historia del derecho (que es la evolución de sus instituciones), una psicología jurídica, una antropología jurídica y una sociología del derecho. Todas ellas, y otras más, pretenden definir su objeto, y sólo pueden lograrlo desde sus propias categorías.

Hemos sostenido que los aspectos sociológicamente relevantes del derecho quedan configurados por el conjunto de roles y *status* poseídos por aquellos que operan bajo la cobertura formal de las normas jurídicas, pero no sólo en cuanto *status* jurídicos (derechos y obligaciones en sentido legal) sino en cuanto *status* sociológicos: posiciones sociales regidas por todo tipo de normas, sean jurídicas o no lo sean, con tal que el operador se encuentre específicamente alcanzado por normas jurídicas.

El accionar de un contratante (locador, mandatario) se encuentra en la órbita jurídica, pero las expectativas que genera su accionar no se limitan a ese tipo de normas: un locador puede pretender, de acuerdo con las costumbres de su medio, explotar al máximo a su locatario; un mandatario puede cumplir con las obligaciones legales, o encontrarse condicionado por los usos comerciales de su cultura, que permiten aprovecharse en beneficio propio de su contratante (aunque estas conductas se encuentren vedadas jurídicamente). El "permiso" social para hacerlo o incluso que tales desviaciones en lo jurídico, lo ético, moral o religioso sean conductas aceptables en otros sistemas normativos (costumbres degradadas o corruptas) nos permite comprender no sólo la conducta del operador, sino los motivos por los que otras personas (policías, jueces) no los sancionan. Una muy débil defensa del derecho de propiedad por parte de la policía (por ejemplo, al no aceptar denuncia de hurtos, o dificultar y poner trabas a las de robos menores), o de jueces (al sobreseer sistemáticamente a los imputados por tales delitos, cualesquiera sean las pruebas aportadas, o sobreseer directamente las causas sin realizar investigación alguna) puede señalar falta de recursos para atender esos delitos, pero también una crisis social del derecho de propiedad. Puede significar que policías y jueces entiendan que "no hay delito", aunque exista en el ordenamiento positivo. Las expectativas que rigen las conductas marcan la separación, en un sistema jurídico concreto, entre un juez benévolo o desincriminador y otro draconiano. Los ejemplos pueden multiplicarse: las obligaciones alimentarias del padre de familia pasan por el tamiz de las costumbres y usos relacionados con el medio social en que se desenvuelven, por la actitud de los jueces sobre la base de sus valoraciones y criterios religiosos y sus propios modos de operar en el ámbito familiar. El punto de vista sociológico parte de la premisa según la cual nadie puede evitar su propia cultura, ni puede actuar como si la cultura que ha internalizado estuviera constituida por compartimientos estancos. Puede fingirlo o suponerlo, pero en su accionar sus sistemas de expectativas normadas se encuen-

*tran combinados, y aunque sostenga* que se basa exclusivamente en el derecho, puede demostrarse lo contrario.

Estas cuestiones pueden merecer otra interpretación, también sistémica, no necesariamente contradictoria con la que acabamos de exponer. Es aquella que sostiene que se trata de diversos "sistemas jurídicos" dotados, cada uno de ellos, de una razón jurídica diversa, teniendo en cuenta que el sistema de derecho impuesto es uno solo de los posibles (el privilegiado en un lugar y tiempo determinado por la sanción legal), pero existen otros, producto del *imaginario jurídico*, que tienen vocación de serlo, y que atacan, en cuanto se formulan, el sistema del derecho impuesto. De este modo, los policías y jueces que entienden que "*no hay delito*" *aunque tal conducta esté tipificada* en el ordenamiento positivo, participarían de otra razón jurídica, no la que orienta al derecho impuesto, y es esta otra razón la que condiciona sus pensamiento y sus conductas. Sobre esta concepción, que en sociología jurídica ha sido exhaustivamente desarrollada por Arnaud (1981), volveremos en el Capítulo IV.

Muchos juristas entienden que toda conducta es alcanzada por el derecho vigente. Sin entrar en este punto (en general rechazado por los sociólogos del derecho, aunque Arnaud, como se verá, al dotar de carácter jurídico a las concepciones derivadas del imaginario jurídico no sancionadas legalmente, nos vuelve a remitir al campo jurídico de lo impuesto y de lo posible), entendemos que *toda conducta debería ser sociológicamente* analizada en cuanto procede de la intersección de varios sistemas normativos, dentro de los cuales el derecho impuesto es de ineludible referencia. Sin encontrarnos comprometidos con la posición panjurista, aun reconociendo los fundamentos con la que se expone, su aceptación no altera el punto de vista que aquí se sostiene.

De este modo tratamos de explicar conductas que se entienden insuficientemente si se pretende que se encuentran regidas exclusivamente por normas jurídicas. Además, esta regularidad (no derivada de la normatividad jurídica, pero sí de la normatividad social) es la que permite construir una ciencia. Si en realidad las conductas fueran debidas a caprichos o al azar, no habría sociología jurídica posible.

En esta concepción sistémica, el ordenamiento jurídico es un subsistema del sistema normativo de control social, y junto con otros subsistemas normativos determina conductas. Éstas podrían ser entendidas parcialmente por apelación exclusiva al derecho, como lo hace Luhmann (1983) al relacionar la dogmática jurídica y la sociología del derecho en un único sistema. Pero, a expensas de la utilidad de esta concepción, que analizamos en el Capítulo V, prefiero las concepciones que tratan de entender las influencias entre lo jurídico y lo normativo no jurídico tal como las exponemos.

Desde una óptica marxista, las normas jurídicas también puede ser consideradas un subsistema, ya que es dependiente de la estructura de dominación económica. Más adelante analizamos el carácter dependiente o independiente que el orden jurídico puede revestir, según la óptica de cada autor, en esta concepción de la vida social. Pero señalo que, aun compartiendo la idea que para los marxistas ortodoxos lo jurídico sólo puede ser una variable dependiente de lo social, la consideración en consonancia con otras normas se hace imprescindible: serán las normas del comportamiento económico y los intereses que ellas rigen las que harán comprensibles los mecanismos jurídicos, la explotación social que se pretende imponer, y la que efectivamente se consigue.

Esta posibilidad de analizar sistemáticamente las normas jurídicas como elemento de una teoría conflictiva, no pretende sustituir ninguna visión histórica, ni la evolucionista ni la dialéctica. De hecho, los que pretenden hacerlo fracasan al cerrarse en un modelo estable, en el cual el conflicto es funcional. Sólo significa, en este caso, que respecto de un momento determinado en la historia de una sociedad, un estudio sistémico es posible para analizar esas normas tanto en sus aspectos integradores como en los desintegradores de lo social.

Se observará que hacemos un uso indistinto de las expresiones "orden jurídico" y "sistema jurídico". Es porque no encontramos necesario hacer una distinción entre la primera (que apunta a la jerarquía de las normas respecto de una considerada fundamental) y la segunda (que hace a la relación entre las normas jurídicas, y de todas éstas con otros subsistemas de control social). Para la sociología jurídica este es, seguramente, un falso problema, como sostiene Arnaud (1981: 21, 22), ya que se trata de dos niveles de abordaje diferentes, y uno necesariamente supone al otro.

## 3. Sociología del derecho y control social.

Puede estimarse que la sociología del derecho es parte, dentro de la sociología general, de una sociología del control social. Si éste es un conjunto de modelos normativos que permiten a los miembros de la sociedad resolver o mitigar una parte de los conflictos que existen en la misma (aceptando la idea según la cual la resolución total de los conflictos sociales, correspondiente a un estado de equilibrio económico, es, por definición, ajena a la vida misma), hay tantas clases de control social como escalas de valores encarnadas en normas que puedan existir. De este modo, hay un control social religioso, mágico, moral, jurídico, ético, a través de las costumbres (y de los prejuicios), de las normas que rigen la actividad económica, y también un control por la opinión

pública; todos ellos coexisten, no son tipos históricos, ya que si bien puede registrarse la aparición del fenómeno jurídico como norma escrita con alguna aproximación, no es posible identificar cuándo aparece el "derecho", en el sentido que le da la sociología del derecho, desvinculado del Estado. Tampoco puede suponerse la inexistencia de los otros tipos de control social en las sociedades modernas.

El control social puede extenderse, como lo hace Gurvitch, hasta "todo sistema de ideas e ideales", de modo tal que existiría un control social derivado del arte, del conocimiento y de la educación, y aun, dentro de cada clase, diversas subclases. Así, por ejemplo, en el conocimiento (en sentido de saber), puede predominar un conocimiento perceptivo; uno técnico o místico o científico o filosófico, y ello permitiría derivar distintos tipos de control social (1965, I:265). Sin embargo, por este camino puede confundirse la sociología del control social con la sociología general misma, considerada "sociología cultural" o "sociología del espíritu humano". Preferimos referir el control social a cualquier *sistema normativo* (y no todas las ideas ni todos los conocimientos lo son), y decir que dentro de este campo de la sociología (que estudia normas jurídicas, morales, éticas, religiosas, mágicas, costumbres, usos) pueden incluirse diversos conjuntos de ideas (por ejemplo, determinada concepción filosófica o científica), a condición de que su uso se encuentre prescripto y el apartarse de él, de algún modo sancionado.

Hay otro punto que ya debe ser anticipado, pues hace al encuadre de este trabajo. La idea del *control social* ha merecido críticas a partir de las posiciones radicalizadas de la sociología jurídica, por considerar que es el punto de vista represor de la sociedad capitalista establecida. Por lo tanto, "controlar", "incriminar", "rotular" y "reprimir" son sinónimos que deben ser conjuntamente superados en el modelo propuesto de socialismo. En éste, según la idea que comentamos, no existirá represión sino libertad.

Para estas concepciones, que se han desarrollado especialmente, pero no en forma exclusiva, dentro del campo de la sociología criminal, la teoría del control social surge dentro del capitalismo y es parte de la represión impuesta por este tipo de estructura de dominación (Taylor y otros, 1977, 1981; Bergalli y otros, 1982, 1983). Tendremos oportunidad de referirnos con detenimiento a estas posiciones (conf. Capítulos VIII y IX); pero indiquemos desde ahora nuestra oposición a dicho punto de vista, por confundir dos aspectos que no deben mezclarse si se pretende alguna claridad sobre el funcionamiento de las sociedades.

Que una sociedad sea, a partir de los intereses que se imponen y de las normas dictadas en su consecuencia, más o menos represora o autoritaria, no significa en modo alguno que se pueda pensar en una sociedad sin control social, en sentido sociológico.

El capitalismo, como cualquier sistema económico, impone sus reglas y sanciona sus desviaciones; otro tanto ha hecho la sociedad derivada del sistema feudal (si adoptamos esta simplificada relación lineal entre economía y sociedad) y también las sociedades colectivistas, como es fácil demostrar a partir de sus sistemas normativos y de sus propias interpretaciones sociológicas. Que no se diga que la sociedad anormativa es el comunismo final y no la "dictadura del proletariado", de acuerdo con la idea de Marx, pues lo único que se ha visto es ésta, y su avance hacia la supresión del Estado y del poder parecen cada vez más lejos de concretarse; más bien, pareciera que no se han cumplido siquiera las metas de esa etapa intermedia, antes del colapso de la ex Unión Soviética, en 1991. Identificar control social con capitalismo y libertad con socialismo resultará útil para algunos niveles de propaganda política; pero esto no se compadece con la realidad, no porque ocurra lo contrario (esta afirmación también es política y controvertible), sino porque no hay sociedad conocida que carezca de cultura, y las conductas que ésta prevé serán normativamente establecidas, sancionándose su desviación.

Una sociedad sin control social equivale a una sociedad sin normas (y sin cultura), o bien, a una sociedad de autómatas en la cual nadie se desvía de lo previsto, fantasía de los autócratas de todos los tiempos a los que la historia desmiente en cada oportunidad. Gracias a la desviación, no sólo del capitalismo, sino de todo sistema de conductas establecidas, la historia avanza, y no fue congelada precisamente por el socialismo, según ha mostrado acabadamente el desenlace producido por el fracaso de sus propuestas en la sociedad más antigua que adoptó ese sistema. El socialismo es *un* sistema de poder social, que cumple las mismas reglas que los otros, en cuanto a imponer conductas y responder a intereses de grupos particulares.

Entendemos que también debe rechazarse el punto de vista según el cual la tarea de la sociología (describir y explicar conductas), sin compromiso activo con la destrucción de un sistema (el capitalismo, por definición), es sinónimo de maridaje con el sistema vigente. Los políticos, y entre ellos los que hacen política desde la sociología, no pueden aceptar que una descripción pretenda ajustarse a la observación más objetiva posible, aunque esta posibilidad quede reducida por innumerables condicionamientos; se defiende al sistema capitalista o se lucha por el socialismo. Desde que ellos están embanderados, entonces, todos deben estarlo. No hay duda de que bajo la capa de sociología científica se leen y se han leído discursos ideológicos que sólo pretenden justificar lo existente, y entre ellos los que consideran que toda *desviación* de un sistema de normas debe ser *controlada*, con lo cual buscan petrificar la sociedad, la cultura y la historia. Pero si bien este discurso es posible, no es *necesario*; un discurso puede ser explicativo sin justificación, descriptivo sin exagerado

compromiso político. Más aún, el acentuado compromiso quita el único elemento que ha hecho de la ciencia algo útil y distinto de otros conocimientos anteriores: la relatividad, la provisionalidad de todo resultado, de toda conclusión, de toda idea sostenida en un marco científico. Si la pretensión de un estudioso es "legitimar un orden social más justo" (Bergalli, 1983: 10), en la misma medida que se convierte en un político se aleja de toda posibilidad de comprender los órdenes, no por su justicia intrínseca o trascendente, sino a partir de la justicia relativa que reflejan los sistemas normativos.

El objetivo de este trabajo es comprender algunas reglas de funcionamiento de *todo sistema sociojurídico*; no sacar a luz las desigualdades del sistema capitalista (que son muchas) ni tampoco hacer lo propio con las del sistema socialista (que fueron y son también numerosas). Menos aún se propone idealizar uno u otro sistema. Sólo pretende mostrar cómo funciona el ordenamiento jurídico en cuanto elemento de control social, vinculado con otros sistemas normativos, en este o en aquel sistema a la luz de la propuesta de variados autores, de uno u otro signo, capitalistas o socialistas, conservadores o marxistas. Es posible que de la consideración de todos ellos surjan puntos comunes por sobre las evidentes divergencias.

Dentro de la sociología del control social (así definido), la sociología del derecho pretente relacionar el sistema de normas jurídicas con los restantes sistemas normativos que los condicionan o a los cuales condicionan como modelo de acción para los agentes sociales.

No es necesario en este lugar un detenido análisis de lo que es la costumbre o su distinción de otros tipos de normas que configuran el control social, ya que esta tarea ha sido realizada tanto por la sociología general como por la antropología. Bastará con recordar que se trata de un modelo normativo no escrito, que condiciona conductas con un sentimiento de obligatoriedad asociado a ellas y con una sanción informalmente aplicada por la comunidad en caso de incumplimiento (ostracismo, marginación, rechazo o reprobación). Las costumbres se infieren, como normas, de las conductas practicadas. No son inmodificables sino que, como todo sistema normativo, varían aun en las sociedades aparentemente más conservadoras y se diferencian de los usos sociales en la variabilidad mayor de éstos, propia de las sociedades de mayor individualización. En una obra ya clásica, que perdura a pesar de las críticas radicales, escribió Ruth Benedict que cada cultura, cada era, explota pocas posibilidades entre muchas, ya que los cambios pueden ser muy intranquilizadores e implicar grandes pérdidas. No obstante, es inevitable que así ocurra; los cambios son el eje de la historia (1944:55). En cada época, el derecho trata de reflejar la vocación por ese cambio o el miedo a ese cambio, pero en todos los casos es consecuencia

de la cultura. Y esta cultura sólo puede ser entendida funcionalmente en sus distintos aspectos, dentro de los cuales participan la costumbre y la norma jurídica, elementos insusceptibles de ser interpretados aisladamente si se busca un significado del papel que representan ambos en el conjunto social.

Desde luego que sostener que una norma jurídica debe ser coactiva no nos dice nada sobre si en realidad esa coacción se ejerce por alguien sobre alguno. Varios sociólogos críticos volcados a la criminología así lo creen: las normas penales serían fuertemente punitivas sobre los sectores desposeídos. Esto es cuestión de hecho, no de definición. Una norma jurídica puede ser inefectiva, de modo tal que el infractor del precepto no reciba sanción alguna. La pregunta en este caso es qué norma y qué infractor resulta impune. Si la costumbre institucionaliza una norma que establezca que "a pesar de que tal comportamiento debe ser castigado, serás sancionado en tus bienes materiales o inmateriales o en tu vida si quisieras hacer cumplir esa ley", esa norma informal fuerte puede derogar llanamente u obligar a una ficción de cumplimiento legal para evitar la sanción (por ejemplo, llevando a cabo un "proceso" en el cual nunca aparecen culpables).

La norma puede disponer que debe elegirse al más idóneo para el cargo público, pero si en un sistema corrupto el selector se atreve a ello, marginando al candidato político, manifiestamente inepto, o al que ha indicado el que tiene influencia sobre la posición del selector, éste perderá tanto que preferirá correr ese riesgo. La norma informal en el primer caso dispone: "debes castigar, pero si lo intentas, los intereses afectados te sancionarán indefectiblemente". En el segundo caso, la norma dice: "elegirás a quien te indiquen, o a tu comilitante político (¿cómplice?) porque, si no lo haces, tu posición corre serios riesgos en el próximo favor que necesites". Y si la cultura se encuentra articulada sobre base de adscripciones, particularismos, favores y corrupciones, el papel de la ley es realmente pobre.

La costumbre derogatoria, la inacción policial institucionalizada, la justicia con una morosidad que equivale a su denegación, la corrupción aceptada, la norma religiosa contraria a la ley y más fuerte que ella, la tendencia al anonimato y a no delatar los peligros públicos aunque impliquen riesgos ciertos para el reticente por difuso temor a lo que pueda ocurrir, el considerar a todo infractor de la ley penal como a una víctima y actuar en consecuencia, son variadas formas en que las normas provenientes de otros subsistemas de control social dejan sin efecto —ostensible o larvadamente— el sistema legal.

La ley podría imponerse sobre los otros subsistemas de control social, pero los sociólogos del derecho son reticentes en aceptarlo. En verdad, no se puede pensar en una ley penal ejecutada contra todo infractor, porque la cifra negra del crimen y los prejuicios en la aplicación de la ley desmienten cotidianamente en

toda sociedad esa posibilidad. En casos menos graves tampoco parece ser cierto. En nuestro país el cheque ha sido *de facto* un título de crédito, mientras que la ley lo estableció como instrumento de pago. Ni la sanción penal ni la supresión de endosos ni cualquier otra medida logró modificar este carácter, porque en la práctica comercial nacional ha cubierto una función que ni el pagaré ni otro título circulatorio pudieron equiparar. Es cierto que puede privarse de efectos legales a ciertas relaciones, en contra de la opinión mayoritaria, pero ésta se impondrá a través de institucionalizaciones sustitutivas, utilizando, si es necesario, otras figuras legales. Puede considerarse como concubinos y privar de todo derecho derivado de la legislación matrimonial a dos personas que cohabiten mediando separación personal de uno o de ambos, tal como ocurrió en el país hasta la sanción del divorcio vincular. Pero esto no impidió ni alteró los términos de la convivencia legalmente estigmatizada (aunque socialmente aceptada) ni el trato marital ni la sociedad de bienes con otras formas, ya que la conyugal estaba vedada. Tampoco el título de "esposa", para la mujer anterior del concubino significaba más que un título vacío, decretada la "separación personal". La observación muestra que el *status* de esposa, si la ley se encuentra enfrentada a la costumbre, lo da ésta y no aquélla, aunque los dogmáticos prefieran ignorarlo. Pero el matrimonio es un hecho social regulado *en parte* por las normas jurídicas, y esa parte será amplia o reducida según su consonancia con la regulación mucho más efectiva de las costumbres o de las normas religiosas, según el peso de cada subsistema en la cultura de una sociedad determinada.

En esta lucha, si la costumbre no funda a la ley, ésta es una palabra hueca. Ocurre eso porque en los sistemas culturales tiene más arraigo la costumbre (con sus sanciones informales) que las leyes matrimoniales opuestas a sus dictados, que deben ser cumplidos por quienes suelen creer más en las normas informales que en las otras.

Frente a ello sólo cabe una descripción y una explicación de cada sistema, que es uno de los objetivos de la sociología jurídica. Cuando se sancionan leyes y más leyes, pero no se cumple siquiera con la Constitución, sucede algo digno de explicarse. También se podría preguntar qué ocurre cuando las leyes se cumplen y las costumbres no obstaculizan el orden públicamente declamado, pero esto es menos visto. Como en los estudios sobre "patologías sociales", la necesidad urge el estudio; a partir de él puede entenderse algo del funcionamiento "debido" de la ley.

El moralista se escandaliza frente al predominio de la costumbre corrupta sobre la ley virtuosa; el criminólogo crítico se conmueve frente a la ley represiva cuando observa que institucionaliza un criterio de justicia que no es el suyo. El jurista tradicional especula sobre las consecuencias debidas de la ley incumplida. El sociólogo trata de entender qué ocurre en uno u otro

caso. Podrá ayudar a explicar (con capacidad, buena técnica y suerte) por qué no se cumple la ley tan bien formulada y que parece responder a sentimientos mayoritarios. Podrá ser un portador de "buenas nuevas" sobre el triunfo de la virtud (o la que es creída por tal por el moralista) o un agorero que vaticine cada vez más injusticia y más corrupción. Pero, en uno o en otro caso, si hace ciencia, derivará estas conclusiones de proyecciones sobre una serie de datos y su interpretación: predicción, bien o mal hecha, que a su vez anuncia hechos fastos o nefastos; jamás profecía, ni apocalíptica ni salvadora. No es un misionero, es un científico —o pretende serlo— que usa herramientas (las que tiene de acuerdo con el estado de su ciencia) para comprender e interpretar, y así poder predecir comportamientos futuros. Podrá ser tan místico, lo sepa o lo ignore, como un alquimista. Pero, por lo menos, sabe que con el tiempo podrá fundar una nueva química. Su objetivo es el conocimiento, y éste también es una forma de ayudar a vivir mejor; pero su propuesta no es ni la ingeniería social ni la utopía.

## 4. Derecho y cambio social.

Lo que antecede no significa negar la influencia del orden jurídico sobre las conductas humanas, y que tal sea necesariamente el punto de vista de la sociología jurídica. Si las leyes parecen ser, en general, pasivas frente a otras normas, pueden existir condiciones en las que adquieran potencia para promover el cambio. Es más fácil, sin embargo, señalar el grosero equívoco social de la "ley seca" y de otras normas similares (por ejemplo, las que pretenden imponer a la comunidad determinados conceptos de la moral sexual), que definir las condiciones por las cuales la influencia del orden jurídico puede ser positiva.

Evan (1980) indica varios factores que permiten ese proceso: 1) Que la ley esté dotada de autoridad y prestigio. 2) Que las nuevas normas sean compatibles y coherentes con los principios culturales y jurídicos establecidos. 3) Que puedan especificarse los fundamentos que tiene la reforma para la comunidad (no sólo para los juristas, cabría agregar). 4) Que se utilice racionalmente el factor tiempo, evitando una dilación excesiva en la transición.

El segundo de los factores expuestos remite nuevamente al fundamento de la compatibilidad cultural, que debe considerarse básico para la aceptación de las leyes, en cuanto toda ley busca legitimidad. El cuarto, así planteado, es dudoso, pues una reforma compleja necesita tiempo para su comprensión y adopción por las personas alcanzadas por ella. Cabe agregar otros factores: 5) Que el Estado se encuentre comprometido con el cumplimiento,

y no con la elusión de la norma. 6) Que aquellos que tienen poder acepten el resultado adverso de los procesos judiciales que los involucren, sin tratar de forzar mañosamente las decisiones desfavorables, o influir sobre los jueces. Por último, 7) debe existir una protección efectiva para los que consideren que la nueva norma los perjudica, o que su incumplimiento los lesiona. Este punto remite al *acceso a la justicia*, tema que nos ocupará más adelante, y cuyos obstáculos producen escepticismo sobre las normas jurídicas. Cuanto mayor sea el número de estos factores que se encuentren en un caso determinado, mayores son las posibilidades para la efectividad de las nuevas normas jurídicas. Teniéndolas presente se puede, a partir de la experiencia jurídica y de investigaciones concretas, poner un justo límite a la actitud de pasividad sin límite atribuida a la ley por el historicismo extremo y por alguna sociología jurídica. Por otra parte se señala de ese modo que no es posible suponer un sistema legal aislado y autosuficiente, ya que, aunque resulte afirmación trivial, se debe repetir que es un instrumento humano que unas personas aplican a otras y utilizan como modelo propio de conducta.

## 5. Sociólogos y juristas.

Es conocido el histórico enfrentamiento entre sociólogos del derecho y juristas tradicionales, oposición sólo dejada de lado en los autores que han confundido los papeles de uno y de otro, marginando la idea de que las tareas desarrolladas sobre el objeto "derecho" son distintas. Puede decirse con Bobbio, que el jurista es al sociólogo lo que el gramático al lingüista, o con Kelsen que en un caso se está frente a una ciencia normativa, y en el otro frente a una ciencia explicativa; o con Hart, que uno (el jurista) posee el punto de vista interno frente al derecho, y el otro (sociólogo), un punto de vista externo. También es posible sostener con Luhmann, que la dogmática jurídica se ocupa del pasado (*input* de normas establecidas), mientras que la sociología del derecho modifica ese horizonte y se vuelca hacia el futuro (*output* de consecuencias que el derecho produce en el ambiente). Estas afirmaciones son correctas, como lo son las que sostienen que el jurista tradicional se ocupa preferentemente de la validez de la norma y el sociólogo de la eficacia de la misma, y también de que el primero parte de la norma y trata de llegar a la conducta, y el segundo parte de la conducta y trata de llegar a la norma.

El punto de vista de la sociología jurídica, señalamos, es uno de los variados con que puede enfocarse el derecho, interesa no sólo en los momentos en que los rápidos cambios sociales producen una brecha entre el orden jurídico y otros sistemas de normas, sino también en aquellos en que existe un cierto ajuste entre

esas normas establecidas y las conductas efectivamente realizadas por las personas a quienes se refiere. La intuición sobre la necesaria correlación entre "derecho" y "realidad" ha existido desde antiguo, como para que Gurvitch le atribuyera a Aristóteles haber desarrollado incipientemente la vinculación entre ambos (no obstante su integración de la sociología del derecho con la metafísica dogmática).

Parece obvio —escribe con razón Stone— ver hoy en día estas inquietudes en términos de reclamaciones *de facto* presionando sobre el *statu quo* legal, a título de la vida individual o de la vida social (o interdependencia social) de las personas. Sin embargo, como un marco de referencia para los abogados, todo está tan lejos de ser evidente por sí mismo que en siglos anteriores los profesionales del derecho difícilmente tenían conciencia de ello (Gurvitch, 1945:76-83; Stone, 1973:9).

No obstante, y aunque para nosotros pueda resultar evidente, la relación es difícil de estimar y de ponderar con precisión, y ello puede ser considerado un problema derivado de una cuestión heredada por la sociología del derecho: la imprecisión que afecta no sólo al término *derecho*, sino al término *sociedad*, desde que tanto la ciencia del derecho como la sociología no acaban de coincidir sobre sus conceptos básicos.

Pound enfocaba parcialmente este problema al sostener que lo que la sociología del derecho fuera dependería de lo que se entendiera por el término derecho (en Gurvitch, 1965:I, 271). Si bien es cierto que la perspectiva de la definición de derecho es importante, otro tanto cabe decir del punto de vista en la definición de los caracteres básicos de la vida social. Si no hay acuerdo sobre lo que debe tratar la ciencia del derecho, tampoco lo hay sobre cuál es el objeto de la sociología.

Este aspecto del problema liga estrechamente el grado de madurez de la sociología del derecho al de la sociología, de la que deriva conceptual y metodológicamente, y al de la ciencia del derecho, de la cual toma la primera parte de sus materiales de análisis (ley, jurisprudencia, doctrina jurídica), y pone en primer plano el problema ideológico presente en toda ciencia, pero de máxima incidencia en las sociales, que afecta por igual al derecho y a la sociología. Los puntos de vista extracientíficos de sociólogos y juristas difieren como difieren sus intereses, y aquí puede comenzar la búsqueda de algunas divergencias históricas aparentemente insuperables.

Las discrepancias sobre el objeto de la sociología jurídica aparecen en dos campos. En primer lugar, entre los mismos sociólogos jurídicos, según estén éstos orientados hacia la versión tradicional de la ciencia o hacia la reforma radical de los sistemas entre "científicos" y "políticos", según los primeros; entre "conservadores" y "revolucionarios" (o críticos), según la esti-

mación de los segundos. A este tema nos referiremos en capítulos posteriores.

La otra discrepancia es entre todos los sociólogos del derecho (cualquiera sea su orientación) y los juristas formalistas. Aquí la lucha es común frente a dogmáticos antiguos y modernos que niegan campo de acción a la sociología, y que abarcan una amplia gama desde los que simplemente la desconocen hasta los que le atribuyen reducidos campos o tareas ajenas; pero, en uno u otro caso, subordinados al derecho.

Podríamos preguntarnos por qué ocurre esto y qué es lo que justifica la polémica que referimos en páginas posteriores, todavía hoy vigente. Cuál es el motivo de la disputa entre iusnaturalistas, positivistas lógicos y sociólogos jurídicos. Lamentablemente, son propias del estado actual de las ciencias que se ocupan de la sociedad y del derecho. Una posible explicación es el complejo carácter del derecho y su ubicación entre el mundo de las ideas y el mundo de los hechos. Esto expone al derecho a invasiones que atacan su autonomía científica y a rupturas de su objeto. La invasión de la ética y de la filosofía, por una parte, como derecho natural; las invasiones de las ciencias fácticas que pretenden naturalizarlo adecuando a fenómenos físicos o biológicos su objeto, combatiendo su carácter ideal, por otra. Por último, las reducciones del fenómeno jurídico a pura voluntad o espíritu, a pura fuerza o interés, de las que sólo sale por la solución de inspiración kantiana de desmembrarlo; es decir, entenderlo como un objeto que puede ser indagado con el método deductivo, con el método inductivo (campo de la verificación naturalista y sociológica), con el descriptivo o la pura lógica jurídica del normativismo (Cerroni, 1965:31-32). No parece haberse podido superar esta situación y pecaríamos de sociologismo reduccionista al cerrar en nuestro punto de vista empírico y sociológico la totalidad del objeto derecho. Del mismo modo que el normativismo no puede pretender que su análisis agota las posibilidades de estudiar el derecho útilmente. Como escribe Bobbio, para el dogmatismo el derecho es *sólo orden coactivo*, y como técnica sus funciones no interesan. En cambio, para la sociología (para cualquier sociología jurídica, sea conservadora o marxista), las *funciones* del derecho no pueden ser soslayadas. He aquí una discrepancia fundamental en los puntos de vista.

## 6. Ciencia del derecho y sociología del derecho.

Deberemos comenzar, entonces, por señalar las discrepancias y oposiciones que han existido entre la visión tradicional del derecho y las posiciones que ya desde antiguo aparecían como "sociologizantes", aunque no se llamaran de esa manera sino "históricas" o dirigidas al "espíritu" de las leyes.

Afirmamos *supra* que si bien la denominación de nuestra disciplina tiene un siglo escaso, los problemas básicos fueron identificados mucho antes. Sin necesidad de remontarnos a Aristóteles, existen dos figuras modernas: *Montesquieu*, desde la teoría política, y *Savigny*, desde la jurídica, que señalaron algunos aspectos básicos de la rama que nos ocupa. Y es precisamente en estos comienzos que deberemos buscar el tardío desarrollo de las concepciones, aparte de la identificación de los problemas básicos. No es casual que las grandes polémicas en torno al derecho hayan tenido, desde el siglo pasado, el tema de la codificación como centro, esto es, el derecho positivo y su significado. Y más allá de las ideas de Savigny y de su circunstancial oposición a la codificación alemana, la demora en afirmarse de la sociología del derecho provino, según estimamos, del triunfo de una ciencia del derecho de corte dogmático y de la consiguiente resistencia a todo lo que mentara un derecho "vivo" o "flexible". En esto, el normativismo de Kelsen, y su victoria en la polémica que sostuvo con Erhlich, fue un elemento adicional en el desprestigio de las posiciones sociológicas del derecho, por lo menos en los países del llamado "sistema continental", hasta bien avanzado el siglo presente.

Una reflexión de Bobbio aparece como pertinente en este lugar. Sostiene que a medida que el Estado moderno asumía el monopolio de la producción jurídica, y en consecuencia Estado y derecho iban siendo considerados cada vez más como dos caras de la misma moneda, el énfasis se puso en la formación del Estado y su organización compleja (por ejemplo, con la idea de poder racional legal de Max Weber) más que en los problemas axiológicos y sociológicos, considerados a la vez irrelevantes y perturbadores (Bobbio, 1980:267).

El impulso codificador, desde mediados del siglo XVIII, se vio incentivado por los Estados nacionales y la centralización burocrática, frente a la vigencia y aplicación de los fueros provinciales y el derecho común. Las doctrinas racionalistas fueron el origen filosófico de las concepciones que pretendían fijar el derecho con certeza y englobarlo en leyes claras y concretas que pudieran prever todas las soluciones. De este modo la ciencia del derecho se configuró como una ciencia dogmática; según escribe Elías Díaz, la norma para el jurista es un dogma, en el sentido del profundo respeto que le inspira (1984:70). Y el indiscutido fundamento de este respeto es la seguridad jurídica, la certeza del derecho constituida en valor fundamental de la sociedad democrático-burguesa, basada en principios cuya vigencia hizo posible el mundo moderno: no puede existir contrato sin respeto a la palabra empeñada, pero sancionada por el Código Civil que lo declara "ley para las partes": la costumbre no es suficiente, o no lo parece. Tampoco puede haber transacciones sin la seguridad de obtener el resarcimiento en caso de incumplimiento (se-

guridad más supuesta que real), y del mismo modo se suponen necesarias leyes penales claras y concretas en sus tipos que permitan por anticipado a las personas conocer las conductas prohibidas para ajustar su actuación a los patrones normativos aprobados o, de lo contrario, atenerse a consecuencias inexorables. Desde luego que esta "inexorabilidad" no es más que una expresión de deseos en cualquier sistema jurídico. La ciencia del derecho, por otra parte, y tal como la realizan los juristas para formación de los futuros abogados y consulta de los que ya lo son, tiene su principal objetivo en facilitar la visión de la coherencia lógica de las diversas proposiciones y partes del orden jurídico vigente, y fijar las definiciones de los términos usados y de las presuposiciones que llevarán al máximo la coherencia. Esto justifica un interés en presentar como derecho sólo los elementos que pueden expresarse como proposiciones legales (Stone, 1973:9).

Frente a ello, las disquisiciones de corte sociológico-jurídico podían parecer disolventes y contrarias a los principios rectores del actuar social, al sugerir que no toda norma válida es eficaz (o, peor aún, que muchas normas válidas no son cumplidas por la mayoría), que tampoco las conductas son linealmente determinadas por las leyes, aunque lo aparenten, por la presencia de un derecho "libre", "no oficial", que se justifica a la luz de otros sistemas normativos (no jurídicos, en sentido formal). Todo ello debería ser catalogado como "conductas ajenas al orden jurídico", no aprobadas o antijurídicas si fueran contrarias a la conducta prescripta, y en todo caso posiblemente peligrosas para la idea que *debe* tenerse sobre la función del derecho como instrumento de control social.

Podría estimarse que el partir hoy de la posición de Kelsen para un análisis del concepto de sociología del derecho es volver a etapas anteriores de la relación entre ciencia del derecho y sociología, en virtud de la importancia cada vez mayor que se le atribuye a las fuentes extralegislativas frente a las tradicionales de las normas jurídicas, en un marco que parece no tener mucho espacio para los dogmas del positivismo jurídico.

De un modo manifiesto, esto no es exacto. Como bien escribe Cotterrell:

"Desde el punto de vista profesional, el aislamiento intelectual del derecho puede ser tenido por una de sus principales características. Se ha tratado el derecho de tal forma que, como doctrina y como práctica profesional, se puede analizar y entender en términos de sus propias categorías internas, sin referencia al entorno social en que se desenvuelve" (1991:31).

El positivismo ha sido el agente de esta autonomía aislacionista. Y aunque pudiera discutirse esa afirmación, como nos proponemos exponer una historia de las ideas sociológico-jurídicas, no estará fuera de contexto partir de un autor cuya importancia

en la teoría jurídica, por su formulación de la ciencia del derecho —aquella que "prescribía describir", según las acertadas palabras de Bobbio—, produjo el enfrentamiento con iusnaturalistas y sociólogos, y que fue criticado por ambos grupos, no siempre con razón.

Desde otro punto de vista, y no obstante los avances de las perspectivas sociológicas, no está tan lejos el tiempo de la dogmática jurídica como teoría imperial del derecho ni son tan brillantes los avances de la sociología del derecho como algunos entusiastas suponen. Creo que en muchas oportunidades es necesario volver nuevamente al abecedario de esta ciencia para afirmarla, en oposición a los teóricos del derecho que, tanto desde la teoría general como desde algunas ramas en particular, la desconocen y la menosprecian.

Febbrajo observa este fenómeno de la discontinuidad del pensamiento sociológico-jurídico, según el cual no hay sólo heterogeneidad de los modelos teóricos, sino una indiferencia recíproca entre muchos autores que convierten su necesidad de refundar cada vez la ciencia en monólogos de contenido diverso, recitados por actores diversos frente a públicos diferentes, si bien con un título común (1984:10-11). Esto no puede sorprender. *Supra* se encuentran esbozadas algunas posibles causas de esta realidad: no sólo la crítica permanente del dogmatismo, con una base presuntamente firme para sus elaboraciones (la ley), también la discrepancia entre las escuelas sociológicas, que siguen discurriendo como si cada una fuera dueña de la absoluta verdad, y que han carecido hasta ahora de una figura que siente los principios de un conocimiento sistemático y durable.

En casi todos los países de los que puede recibirse información jurídica existen juristas con orientación sociológica en las diversas ramas del derecho. Pero esto no debe llamar a engaño sobre la superación de una dogmática jurídica, sino que debe rescatarse la posibilidad de clarificar los roles de sociólogos y de juristas, de modo que la interdisciplina sea posible, con respeto por ambos, que es precisamente lo que se negó en los comienzos.

Parto, pues, de la clásica posición de Kelsen en la *Teoría general del derecho y del Estado,* con el convencimiento de que tal postura es compartida hoy por muchos juristas, incluso más que el mismo autor a la luz de trabajos posteriores. Es sabido que no existe acuerdo pleno en muchos de los puntos tratados por Kelsen y su posición respecto de la sociología no es una excepción. Sin embargo, de la lectura de la obra mencionada parece surgir una visión manifiestamente adversa, no sólo frente a los excesos de la llamada "jurisprudencia sociológica" (Holmes, Cardozo) y a los errores atribuidos a Erhlich, sino también a la constitución de una sociología del derecho independiente. Parece rescatar sólo la posición sociológico-jurídica de Max Weber, que, no obstante su trascendencia en el campo sociológico general,

es uno de los autores destacados del período analítico que menos margen para la acción de una sociología del derecho reconoce, por la dependencia que, al igual que Kelsen, atribuye a esta disciplina respecto del derecho. Señalo al respecto la crítica de Gurvitch a Max Weber, por las excesivas concesiones que hace a favor de las ciencias dogmáticas normativas, que supone aceptar una "suspensión en el aire" de los sistemas normativos jurídicos (1945: 41 y ss.). Volveremos sobre este tema oportunamente.

Al criticar la posición sociológica de Ehrlich (para quien es enteramente obvio que cada hombre vive en innumerables relaciones jurídicas y cumple los mandatos de modo voluntario, sin que la coacción le pase por la cabeza), Kelsen argumenta que si bien es cierto que los individuos sometidos al orden jurídico no ajustan únicamente su conducta a este orden porque quieren evitar sanciones, esta afirmación no es inconciliable con la que sostiene que la coacción es un elemento esencial del derecho. Lo que ocurre, según Kelsen, es que la doctrina del "orden coactivo" no se refiere a la conducta efectiva de los individuos sometidos al orden jurídico, sino a este mismo orden, a la circunstancia de establecer sanciones y sólo por este hecho: es decir, por constituir una "técnica social específica" que lo distingue de otros órdenes sociales (1958:29, 30).

En este aspecto no puede haber discrepancias, y la crítica según la cual el derecho es un fenómeno social y que como tal no puede ser estudiado abstrayéndolo de la sociedad, a menos que se convierta en un "estéril y vacío formalismo", no peca de sociológica, sino de sociologista. Los estudios normativos no impiden la constitución de una sociología, a menos, claro está, que se sostenga que excepto de esos estudios normativos, nada más debe interesar al estudioso.

Como bien señala Bobbio, no tiene ningún sentido reprochar a la teoría pura del derecho el ser formal, si es cierto que su propósito es el de describir, y sólo el de describir, los elementos formales de la realidad jurídica, prescindiendo conscientemente del contenido. La teoría pura del derecho no es una investigación formalista, sino pura y simplemente formal (1980:134).

Pero a continuación del párrafo anteriormente citado, Kelsen agrega:

"Si un individuo se abstiene —contra su impulso instintivo— del homicidio, el adulterio o el robo, porque cree en Dios y se siente ligado por los Diez Mandamientos, no porque tema el castigo que ciertas normas jurídicas enlazan a esos delitos, las normas jurídicas resultan —por lo que a él toca— completamente superfluas. No teniendo eficacia, ni siquiera las podemos considerar, desde un punto de vista psicológico-social, como existentes en relación con tal persona. Si caracterizamos la conducta humana desde el punto de vista de sus motivos, el comportamiento de tal individuo no sería un fenómeno jurídico, sino religioso, y su

estudio no correspondería a la sociología del derecho, sino a la de la religión... Lo que distingue al orden jurídico de todos los otros órdenes sociales es el hecho de que regula la conducta humana por medio de una técnica específica. Si ignoramos este elemento específico del derecho, y no lo concebimos como una técnica social específica, y lo definimos simplemente como orden y organización, y no como orden (u organización) coercitivo, perderemos la posibilidad de diferenciarlo de otros fenómenos sociales, e identificaremos el derecho con la sociedad, y la sociología jurídica con la sociología general" (1958:30).

Este es el error que atribuye a muchos sociólogos jurídicos, y especialmente a Erhlich. Al fundar la crítica a este autor, cita párrafos que sostienen que el derecho es la norma o complejo de normas de acuerdo con las cuales los hombres efectivamente se conducen, y que es una organización, es decir, una norma que asigna a todos y a cada uno de los miembros de la asociación su posición dentro de la comunidad, ya sea de dominación o de sujeción. Kelsen argumenta que esta definición del derecho como organización no es del derecho sino de la sociedad. Si no se distingue que "la asignación de posiciones" la hace el derecho por medio de una técnica específica (el acto coactivo), no podemos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales.

Puede admitirse con Bobbio que es posible detectar una evolución posterior de este pensamiento, sobre la base de críticas sociológicas admitidas, de modo que, en definitiva, Kelsen moderó su rigidez inicial. Sin embargo, por el hecho de que muchos juristas —y jueces— aceptan la tesitura que surge de las ideas antes transcriptas, ello merece un análisis algo mayor.

Desde luego que puede discutirse la posibilidad de definir al derecho por su carácter "coactivo", ya que tal es el atributo de la ley, y puede rechazarse la idea que la ciencia del derecho estudie obligatoriamente "conductas" efectivamente realizadas por los hombres y no estudie normas. Pero otra cosa es la posibilidad de realizar una sociología del derecho que no incluya necesariamente la distorsiva imagen del derecho atribuida a Erhlich, sino que, al lado del concepto de derecho históricamente aceptado por la ciencia del derecho, puede incorporar los fenómenos que junto con las normas jurídicas influyen en las motivaciones de los hombres para regir sus conductas. La sociología del derecho no puede definirse a partir de condicionamientos férreos sobre los fenómenos que va a considerar, presupuestos por otras ciencias sociales, y marginar el tema de las fuentes y el de las funciones que cumple.

Cuesta ver a Kelsen en otra posición que la de opositor a la sociología del derecho creada como ciencia independiente, a la luz de la obra considerada. No obstante su valorización del análisis sociológico pretende una dependencia respecto del concepto de derecho por él afirmado, que no tiene por qué ser reconocida más

que como el concepto elaborado por la ciencia del derecho sobre este "orden coactivo".

Al comentar y criticar la posición de Holmes y de Cardozo, Kelsen rechaza la idea de que el derecho sea la predicción de la conducta futura de los tribunales, y sostiene que decir a una persona "es improbable que lo castiguen" no equivale a decirle: "Usted no estaba obligado a abstenerse de matar" (1958:199). "La existencia del deber es la necesidad legal, no la probabilidad fáctica de una sanción". De ello concluye que la información jurídica sería dada por el abogado en el segundo caso, pero no en el primero.

Si esto es aceptable para la ciencia del derecho, debe preguntarse por qué debería también serlo para la sociología del derecho. Si no obstante la presencia de la norma jurídica que dispone que en tal supuesto deberá ser sanción el tribunal no aplica dicha norma (por falta de habilidad, corrupción o cualquier otro motivo), ¿por qué causa no debería ser estudiado este hecho social, vinculado a la aplicación de la ley y a otros sistemas normativos, por la sociología jurídica?

Kelsen, preocupado por fundar la ciencia del derecho sobre bases firmes, fue más allá de lo que requería esa necesidad, en detrimento de la sociología jurídica:

"A fin de predecir lo que los tribunales habrán de hacer, la jurisprudencia sociológica[2] tendría que estudiar la conducta real de éstos con la mira de obtener las reglas «reales» que efectivamente determinan su comportamiento. Parece enteramente posible, *a priori*, que estas reglas generales abstraídas por la sociología de la conducta real de los tribunales, sean muy diferentes de las normas generales creadas por la legislación y la costumbre y expresadas por la jurisprudencia normativa por medio de enunciaciones sobre lo que debe ser. La diferencia puede existir no solamente en lo que respecta al sentido de las enunciaciones, sino en lo que atañe a su contenido. Puede suceder que, de acuerdo con las reglas reales establecidas por la sociología, los tribunales revelen un comportamiento totalmente distinto del que debieran observar de acuerdo con las reglas «escritas sobre el papel» que la jurisprudencia normativa representa" (1958:201 y 202).

Sin embargo, observa Kelsen, este no es el caso, porque la jurisprudencia normativa (o ciencia del derecho) afirma la validez de una norma o, lo que es lo mismo, su existencia, únicamente cuando el precepto pertenece a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz, o sea, cuando las normas de

[2] Suele entenderse que la jurisprudencia sociológica pretendía sustituir a la ciencia del derecho como única disciplina científica para analizar el objeto *derecho*. Por lo tanto, no debe ser confundida con la sociología del derecho, que carece de tal pretensión.

éste son, en la mayoría de los casos, obedecidas por los sometidos al propio orden... Los preceptos que la jurisprudencia normativa considera válidos son normas ordinariamente obedecidas o aplicadas (1958:202). Por lo tanto, la pertenencia de un precepto a un orden jurídico eficaz implica a su vez la probabilidad de que el órgano aplique realmente la sanción. En las condiciones en que, de acuerdo con la jurisprudencia sociológica, los tribunales realmente se conducen de cierta manera y habrán de conducirse probablemente en el futuro, *deben* los mismos conducirse de igual modo de acuerdo con la jurisprudencia normativa.

Existen varias objeciones que pueden formularse a este razonamiento de Kelsen. En primer lugar, la efectividad del "orden jurídico en su totalidad" no es más que una gruesa hipótesis de la sociología del derecho, de escasa utilidad. A ésta no le interesa "la totalidad" sino cada instituto normativo en particular y cada norma —si cabe— dentro de él. No se trata de argumentar de que si el orden jurídico es válido los tribunales se comportarán del modo prescripto por las leyes, salvo que afirmemos (afirmación muy general y de escaso valor instrumental) que el "orden jurídico" es válido porque una gran cantidad de normas se cumplen por una gran cantidad de personas, o que no lo es porque una parte ellas (no sabemos cuántas) no son efectivamente acatadas.

Afirmaciones de este tipo le servirían de poco a la sociología del derecho, cuyos intereses son más minuciosos en cuanto al acatamiento a las normas. ¿Son, por ejemplo, las normas procesales vinculadas a la prueba de testigos cumplidas por los tribunales? ¿Se cumple el principio de inmediación en los juzgados de determinado fuero? ¿Castigan los jueces los delitos contra la salud pública cometidos por responsables de laboratorios? ¿Cuántos incumplimientos y por parte de cuántos funcionarios y particulares hacen a un orden jurídico "inválido"? La sociología del derecho puede considerar y aceptar que existe un orden jurídico que se aplica generalmente o puede rechazar esa idea. En ambos casos se trata de hipótesis de trabajo derivadas probablemente de consideraciones extrasociológicas. Aun reconociendo que difícilmente se optará por la segunda alternativa, en la primera, luego de señalar esa idea, el trabajo comienza por investigar la medida del cumplimiento en el instituto que específicamente interese al investigador, ya que, por descontado, no podrá abordar el "orden jurídico" en su totalidad y proponerse semejante tarea. Para llegar a comprobar los casos en que se cumple o no se cumple, sus causas y sus consecuencias, tendrá necesariamente presente, como dato (hecho social), los análisis que formulan los juristas sobre estas instituciones.

No debe entenderse que se sostiene un punto de vista contrario al de Alf Ross cuando afirma que "la vigencia es una cualidad atribuida al orden como un todo. El test de la vigencia es

que el sistema en su integridad, usado como un esquema de interpretación, nos haga comprender no sólo la manera como actúan los jueces, sino también que ellos actúan en calidad de tales. No hay punto de Arquímedes para la verificación, no hay sector alguno del derecho que reciba verificación antes que los restantes", ya que el mismo autor luego sostiene que "el hecho que, fundamentalmente, todo el orden jurídico recibe verificación, no excluye la posibilidad de investigar si una regla individual determinada es derecho vigente. Simplemente quiere decir que el problema no puede ser resuelto sin referencia al «derecho vigente como un todo»" (1963:36).

La sociología, aceptada la vigencia del derecho como un todo (por ejemplo, a partir de un principio que presuponga la existencia y funcionamiento del sistema), se halla abocada al otro problema, ya que el primero no le pertenece. Pero de igual manera podría negar la vigencia integral y sostener que el orden jurídico no se cumple, sino un sistema sustitutivo de normas consuetudinarias encubiertas tras un derecho ficticio. El problema de fondo en uno u otro caso es el mismo: saber cuáles son las normas por las que las personas rigen sus conductas.

Kelsen combatía la jurisprudencia sociológica de Holmes y de otros autores del llamado realismo jurídico por su pretensión de ser la única ciencia jurídica posible y, como tal, sustituir a la llamada jurisprudencia normativa, esto es, la que Kelsen proponía. Dicha actitud distingue claramente a estos autores, como veremos, de los sociólogos del derecho, que no pretenden un monopolio ni una exclusión y que nada tienen que objetar a la construcción de una teoría normativa, salvo la advertencia a muchos operadores del derecho de que la creencia tan firme en la "existencia normativa" lleva a alejarse de la realidad social, en ocasiones de un modo excesivo, aun para los que no poseen inclinación sociológica.

Sin embargo, aun reconociendo que la pretensión de la jurisprudencia sociológica era excesiva, las críticas de Kelsen también lo fueron por atacar el punto de vista sociológico en lo que podía tener de independiente. "Lo que la jurisprudencia sociológica predice acerca de lo que los tribunales decidirán en el futuro, la jurisprudencia normativa lo presenta como lo que los mismos tribunales tienen el deber de decidir. Si no hay norma preexistente, el tribunal está facultado de acuerdo con la jurisprudencia normativa para crear nuevo derecho; pero la jurisprudencia normativa no puede establecer de antemano en qué forma un determinado caso concreto será resuelto por el juez. La jurisprudencia sociológica tampoco puede hacerlo, por la misma razón que no puede predecir qué leyes serán expedidas por el legislador" (1958:205).

Frente a la posibilidad de eliminar a la ciencia del derecho, Kelsen opone la subsunción del punto de vista sociológico al ju-

rídico. Esto no respeta la realidad ni las posibilidades de la sociología, aunque, es cierto, para la época en que Kelsen escribía, no existían investigaciones empíricas que valorizaran el nuevo punto de vista.

En realidad la sociología del derecho podría (de acuerdo con las hipótesis que pudiera probar) afirmar la probabilidad del modo cómo resolverá un juez y ello sin acudir necesariamente al "derecho consuetudinario", sino precisamente a los órdenes que Kelsen excluía de la sociología del derecho y que resultan imprescindibles en una consideración sistémica del fenómeno jurídico: normas de todo tipo que prevalecen o se hallan en conflicto o modifican o son modificadas por las normas de derecho positivo o consuetudinario. No debe olvidarse que el orden jurídico es sólo un subsistema del sistema de control social y que permanece en relación funcional con los restantes, lo que significa no sólo ajuste, sino desajuste posible en el sistema total.

La presencia de los sistemas normativos no jurídicos puede observarse también en la construcción kelseniana ya que originan la norma fundamental. Aunque ésta puede considerarse una forma epistemológica validante, y no un hecho cultural, existe en la cúspide de todo sistema jurídico un conjunto de fenómenos que le han dado origen, y entre ellos, sociológicamente considerados, las normas consuetudinarias o de otro tipo que existían en la mente de los fundadores y que se plasma en la primera constitución. Si el positivismo sólo admite normas válidas porque otra superior le otorga validez, la norma fundamental no vale: sólo valida el sistema, y de ella no cabe preguntarse por la validez jurídica, pero sí por su validez en los restantes sistemas normativos: la norma fundamental vale en un orden de costumbres (buenas o malas, éste no es el caso), de justificación teológica o mítica o metafísica o racional. La tradición, la creencia en Dios o en la raza superior, el orden natural de las cosas, el pacto entre hombres libres y buenos, son datos sociales que fundan las normas de superior jerarquía en el orden jurídico (constituciones formales). Respecto de ninguna de ellas tiene sentido preguntarse por la validez jurídica, pero sí por los motivos que fundan que se las coloque a la cabeza de las constituciones, de acuerdo con las épocas. Y ellos no pueden ser otros que los derivados de un sentimiento de obligatoriedad propio de cada sistema normativo fundado en alguna concepción de la vida, de la historia, de la misión del hombre, de la presencia de Dios o de lo que es bueno "en sí".

De acuerdo con su criterio de relegar a "sociologías especiales", como la de la religión, a los restantes conjuntos normativos del sistema de control social, Kelsen deja de lado hechos sociales insusceptibles de ser marginados por la sociología, en cualquiera de sus ramas, no sólo por constituir la realidad social un conjunto de relaciones, sino por la razón más específica dada más arriba:

el sistema jurídico de control social significa poco en su aplicación real si no se estudian sus relaciones con los restantes, sean éstos formales o informales. La afirmación de una postura "científica" de la ciencia del derecho (que puede aceptarse o rechazarse de acuerdo con la posición que asuma el jurista) no es más que un dato de la realidad para el sociólogo, pero no es un postulado metodológico. Le servirá, seguramente, para fundar algunas hipótesis sobre la ideología científica de juristas y jueces, pero no para condicionar en un marco de hierro sus propias posibilidades.

Otra cosa es decir, como también sostuvo Kelsen para la época en que escribió su *Teoría general del derecho y del Estado,* que la investigación de las causas por las que un orden jurídico es generalmente eficaz constituye un importante problema sociológico que no puede resolverse por el estado de la ciencia (1958: 207). El hecho de que no hubiera existido, como dice, descripción alguna de un ordenamiento jurídico realizado a la luz de la sociología (lo que era cierto), no invalidaba para el futuro esa posibilidad, que con toda claridad dicho autor negaba.

Los límites que se quieren poner entre el orden jurídico como orden social coactivo y el derecho como fenómeno social pueden, eventualmente, servir para los objetivos de la ciencia normativa del derecho, pero no para los de la sociología del derecho, cualquiera sea ésta. El fenómeno jurídico no se agota en la descripción de las normas jurídicas, según han afirmado numerosos autores de nuestra materia, con el agregado de que indicar que "debe ser cumplido" y que "en general es eficaz", no aporta luz alguna a los problemas que pretende investigar la sociología. Si se limita tanto el sentido de lo jurídico, seguramente no valdría la pena hacer sociología del derecho, pero si tiene algún valor el hacerlo, es porque la ciencia normativa del derecho (entendida como anteriormente se indicó) no da más que descripciones de lo que "debe ser", sus contradicciones lógicas y las posibles soluciones teóricas a los posibles conflictos interpretativos o a los casos no previstos, con el agregado de lo que algunos tribunales han resuelto en oportunidades concretas. No nos dice, en general, nada sobre lo que hacen los particulares con esas normas jurídicas, con los casos que no llegan a los tribunales —que son la mayoría de los implicados en temas jurídicos— ni con las figuras de escasa o nula aplicación (como, entre nosotros, la factura conformada, el derecho real de uso y habitación, el delito de adulterio, etc.), ni con las soluciones tan ampliamente fundadas en el orden jurídico que podrían considerarse también ajustadas a otros órdenes normativos válidos, que suministran soluciones o criterios más cercanos a los aplicados en concreto por los jueces que la ley invocada. Un tratado de derecho no nos dice en general por qué una fórmula legislativa toma un sentido diferente con el tiempo, que se aleja de la idea y del pensamiento dominante en la poca en que fue sancionada, para llegar a veces a

invertir el sentido y decir lo contrario de la inicial interpretación (Levy-Bruhl, 1955:23). Esta explicación puede tener como fundamento que las ideas prevalecientes sobre esa norma jurídica en la época de la sanción, y las ideas diversas en otra época, le otorgan funciones distintas, aunque la letra no se modifique. O, si se quiere, a partir de un esquema materialista, los diversos intereses que expresa en una u otra época.

Las opiniones se modifican por la influencia de los restantes órdenes normativos internalizados por los operadores jurídicos; si se trata de un juez, podría no prestar atención al "verdadero sentido de las palabras de la ley" ni a la opinión concordante del legislador expuesta expresamente. Suele leerse en los tratados de derecho que ni las notas del codificador ni las exposiciones de motivos ni el debate legislativo son parte de la ley o del derecho. La sociología del derecho puede entender que dichos fundamentos expresos de un sentido atribuido a la ley (verdadero sentido auténtico) pueden ser ignorados por el juez en el acto real y concreto de dictar su fallo, con el fin de imponer sus propias opiniones y criterios. Esto aun en el caso que los citados antecedentes sean tan claros que no dejen casi lugar a dudas, o no la dejen en absoluto, sobre los supuestos tenidos en mira al legislar y sobre la solución prevista.

Resulta oportuno recordar un argumento del juez José M. Lejarza al votar en el plenario "Natividad Frías" (Cám. Nac. Crim. y Corr., 26/8/1966, "La Ley", 123-843) referido a la unificación de jurisprudencia para el caso en que un profesional (médico en la oportunidad) denuncia un hecho punible (aborto cometido por la propia mujer) que conoció en ejercicio de su función, violando el secreto profesional. Allí sostuvo:

"Es increíble que las gentes, en general, y los funcionarios y magistrados judiciales, en particular, piensen que los legisladores no pueden expresar con claridad sus pensamientos. Si quisieran que los médicos y sus acólitos o ayudantes denuncien en todos los casos a los delincuentes que asistan, cualquiera sea la forma en que conozcan el origen de su mal, ¿por qué no establecerlo sin ambages?".

Esto es colocar el discurso en su verdadero punto: en el caso, las interpretaciones desnaturalizantes de una regla clara (el secreto profesional) y la existencia de excepciones que sólo pueden surgir de la ley.

El tema es que aunque se escriba con precisión y no se deje lugar a dudas, siempre habrá alguien que diga que no se dijo lo que parece decir sino otra cosa [3], y si el poder lo ampara (magis-

[3] Puede incluirse en los seguidores de alguna de las numerosas formulaciones de la "Ley de Murphy": "Las proposiciones, según las entiende el que propone, serán juzgadas en distinta forma por los demás". "Si usted explica algo de manera tan clara que nadie pueda malinterpre-

trado o funcionario), ésa será la ley. Frente a una situación como la antedicha, el juez puede hacer prevalecer otro sistema normativo u otorgar otra función a la ley que aplica; de hecho, tiene pocos impedimentos para operar ese cambio. Así interpreta el "verdadero sentido de la norma" en el caso. De este modo —y de muchos otros—, las mismas leyes tienen sentidos y contenidos casi infinitos, y es así como tanto el juez del sistema de derecho continental como el del *Common Law* tienen las manos mucho más libres de lo que la ideología jurídica suele reconocer.

Supongamos ahora que ese juez, por odio racial, condena sistemáticamente a los miembros de la "raza" que desprecia, buscando en cada caso fundamento jurídico formalmente suficiente. Se podrá decir, desde la ciencia del derecho, que se ajusta al orden jurídico y que sus motivaciones inconfesadas son ajenas a la inquietud del jurista. Sea eso correcto o no lo sea desde la perspectiva jurídica, es en la dilucidación de los fundamentos de su conducta donde comienza el trabajo sociológico atribuible a la sociología especializada del derecho, ya que se trata de una conducta aparente y manifiestamente orientada por las leyes, sin perjuicio de que, por tratarse de hechos sociales que se fundan en prejuicios, pueda sostenerse que la ciencia del derecho carece de categorías para analizarlo o que no es de su incumbencia.

Como sostiene Alf Ross, y veremos con algún detenimiento más adelante, no se trata tampoco de valorizar una interpretación conductista (como la propuesta por Frank) sino, en todo caso, la cambiante conducta del juez puede ser relativamente predicha mediante una interpretación que tome en cuenta los elementos ideológicos de sus discursos anteriores, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que lo anima y motiva su acción (1963:37). Esta interpretación no es exclusiva, pero pertenece también al campo sociológico.

La sociología como ciencia busca la relación y explicación de los hechos sociales, además de su descripción. Para esto es necesario no aislar los hechos sociales en compartimientos estancos. Una "sociología pura del derecho", si se entiende por tal la que sólo estudia la aplicación de las normas jurídicas sin relacionarlas con los otros órdenes del sistema de control social, sin vincularla con los efectos en el sistema social (el "horizonte de futuro", según la terminología de Luhmann), tendría muy escaso poder explicativo y, posiblemente, una nula utilidad.

La explicación se puede obtener relacionando el orden jurídico con aquellos otros que Kelsen relegaba fundadamente (o sin fundamento, de acuerdo con la posición que se pueda tener en teoría del derecho), pero sin razón alguna para el sociólogo del derecho.

---

tarlo, alguien lo hará" (Arthur Bloch: *"Ley de Murphy y otras razones por que las cosas salen mal,* Diana, México, 1987).

No es necesario negar la posibilidad de construir una teoría pura del derecho al estilo kelseniano para hacer sociología del derecho; sólo se trata de deslindar los órdenes válidos: validez del derecho es para Kelsen pertenencia al orden jurídico, y también (o por ello mismo) que alguien debe comportarse como está prescripto. No corresponde analizar aquí si esas dos definiciones son coextensivas (es decir, si la pertenencia y la fuerza obligatoria van juntas) o contradictorias, por derivar de las dos fuentes utilizadas por Kelsen (Kant y el positivismo). Para nuestros fines es suficiente señalar que Kelsen da las dos definiciones indistintamente, y si alguien debe comportarse de acuerdo con una norma jurídica es porque esa norma pertenece al ordenamiento jurídico. La sociología plantea otra cuestión: hay validez también de otros órdenes normativos, tales como la religión o la costumbre, tanto en el primero como en el segundo concepto. Existe un ordenamiento de normas religiosas, éticas y de costumbres, y las personas deben comportarse de acuerdo a ellas. Y aun frente al rechazo que puedan originar, no sólo pueden considerarse válidos los designios de quien se rige y actúa por elevados valores religiosos (o la mayoría de la comunidad, si así dice y practica su vida cotidiana), sino también las costumbres corruptas o degradantes de una comunidad que las hace prevalecer a todo trance sobre un orden jurídico que nos parece más justo o sobre la religión. Para un científico del derecho las actividades de la mafia serán simplemente antijurídicas; para un sociólogo del derecho, que funda sus ideas en los criterios de legitimidad (y no sólo de legalidad), una comunidad con un fiel cumplimiento del "pacto de silencio" antepone sus costumbres a las leyes, y el modo como se practica (o se deja de practicar) el derecho sólo se entiende a través de las arraigadas costumbres que ninguna norma jurídica parece poder desterrar. Si se trata de censurar, no existe problema en castigar o valorar negativamente a tales comunidades. Si se trata de explicar, el tema es más delicado y complejo, y en esa complejidad radica precisamente el hecho de que es fácil calificar, pero es mucho más difícil aplicar las normas jurídicas en un medio hostil, de lo que dan buen ejemplo las comunidades beneficiadas o dependientes económicamente del narcotráfico o las que hacen buen negocio de la actividad mafiosa.

Señalo, como al pasar, un detalle que ha llamado justamente la atención en la obra de Kelsen y que lo convierte, como dice Guastini, en realista jurídico a su pesar (1982:21). En los últimos párrafos de la *Teoría comunista del Estado y del derecho,* al tratar la Constitución soviética de 1936, agrega un estudio específico de la "realidad política de la Rusia soviética". Es decir, se ocupa de la Constitución formal y de la material, siendo esta última en principio ajena a los intereses de su ciencia jurídica. De los enunciados del primer párrafo surge una visión estrictamente formalista. A partir de ellos parece que nos encontramos

frente a una democracia: todos los ciudadanos son activos; no hay diferencia de derechos entre hombres y mujeres, residentes y no residentes, propietarios y no propietarios, educados y no educados: todos tienen iguales derechos. La posición en la sociedad está determinada por la capacidad y el trabajo personal. Los órganos legislativos y el ejecutivo son elegidos por el pueblo sobre base democrática. Hay declaración de derechos que garantizan a los ciudadanos libertad de palabra, de prensa, de asambleas, de reunión, demostraciones públicas, de asociación en organizaciones públicas, etc. Se declaran inviolables la persona, el domicilio y la correspondencia. La Constitución escrita no proscribe la existencia de otros partidos, aunque declare que los ciudadanos más activos y conscientes de las filas de la clase obrera y de otros sectores de trabajadores están unidos en el Partido Comunista pansoviético y representan el núcleo directivo de todas las organizaciones de trabajadores, tanto públicas como del Estado. Esta es la única norma que viola formalmente el carácter democrático de las restantes.

Pero Kelsen, que ha analizado extensamente en páginas anteriores la obra de los juristas soviéticos y su esfuerzo (sobre todo a partir de Vynsinsky) para someterse a la dictadura ideológica stalinista, no queda satisfecho con estos enunciados que contradicen crudamente la realidad soviética; entonces pasa a describir el "derecho eficaz". La Constitución de la URSS, dice, no prohíbe la formación de otros partidos políticos además del comunista; ninguna norma impide que se forme una oposición dentro de los órganos representativos. Pero, de hecho, ningún partido que no sea el comunista puede constituirse y ningún candidato puede ser elegido en los órganos representativos si no es aprobado por el Partido Comunista. De hecho, los órganos representativos deliberan y votan por unanimidad; no existen vestigios de oposición política. Kelsen concluye que la Constitución soviética de 1936 es una espléndida fachada democrática, detrás de la cual un grupo relativamente reducido de hombres ejerce un control sin restricciones sobre una de las naciones más grandes del mundo (1957:339). Está muy lejos de constituir una democracia, y hasta tal punto esto es cierto que las sustanciales reformas intentadas por Gorbachov cincuenta años después no requirieron, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, muchas modificaciones constitucionales iniciales.

En suma, una descripción sensata y creíble de la Constitución soviética obligó a Kelsen a bajar al terreno del "realismo jurídico". La Constitución formal, analizada de acuerdo con las premisas kelsenianas, es una democracia. Sólo aparece como una dictadura unipartidaria cuando se analiza a través de los hechos del derecho, del derecho real, o, si se quiere, de las normas que en realidad se cumplen. Este caso extremo puede hacer reflexionar sobre

los límites de la consideración formal del derecho y es Kelsen mismo el que da el ejemplo.

Para la sociología del derecho, el fenómeno jurídico no se agota en la descripción del derecho positivo válido o genéricamente eficaz. Pero para Carbonnier puede extenderse mucho más allá de ese campo, y así el fenómeno jurídico (objeto de la sociología del derecho) es tanto el primario, llamado así por su generalidad, como la ley o la sentencia, como el secundario, determinado en parte por éstos, ya que la causalidad es fragmentaria y hay concausas variadas (1977:91, 92). También existen para este autor juicios fundados en criterios generales de amplia interpretación, juicios intuitivos, prácticas *contra legem* institucionalizadas, toleradas o no sancionadas: de nada sirve tildar de antijurídica una generalizada evasión institucionalizada sin determinar las causas sociales que la justifican y la consideran conducta aceptable socialmente[4].

Bobbio define la ciencia del derecho como el estudio de los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico (1980:99). Sin embargo, "los procedimientos intelectuales" son datos culturales; hoy se interpreta y concilia de un modo, ayer de otro. Su análisis, en consecuencia, también puede ser propio de la sociología del derecho y de la historia del derecho. El procedimiento intelectual por el cual el legislador, o este o aquel tratadista ha llegado a concretar su obra, es un dato histórico y cultural, y debería aceptarse dentro del campo de la sociología jurídica.

La definición de Bobbio deriva de considerar al lenguaje jurídico como lenguaje cerrado, en cuyo caso los procedimientos intelectuales estarían prescriptos por el mismo ordenamiento. Cuestionado ese carácter del lenguaje jurídico, como lo hemos hecho, la definición de ciencia del derecho en los términos antes vistos resulta inadecuada. Sobre este tema volveremos un poco más adelante; basta por ahora con señalar que para la sociología ningún

[4] La aprobación social de la evasión fiscal en la Argentina ha sido muchas veces mencionada como una de las causas de la dificultad de su control. Esto ocurre siempre que la legitimidad legal no coincide con la legitimidad social, o, en otras palabras, cuando los valores presupuestos por la ley no son coincidentes con los valores entendidos, sentidos y aplicados por los particulares alcanzados (presuntamente) por la norma. La eficacia de dichas normas (que se aplican y sancionan cuando es posible detectar al evasor) no obsta a la presencia de un fenómeno jurídico que debe ser estudiado por la sociología con apoyo en la historia social. Al respecto, véanse los interesantes párrafos de Juan Agustín García en *La ciudad indiana* respecto de las fortunas coloniales y su ocultamiento de la voracidad fiscal. También podrían realizarse similares aseveraciones sobre la lucha contra el tráfico de drogas en países que dependen del cultivo de los vegetales que las producen para sostener su economía, o la lucha contra la mafia en sociedades para las que cumple funciones positivas en los grupos que la aceptan como legítima.

sistema es cerrado (ni siquiera el del lenguaje jurídico) porque, por definición de sistema social, toda unidad que responda a esas características (social) se encuentra en intercambio permanente con otros sistemas mayores o menores.

## 7. La creación del derecho y la dogmática jurídica.

Uno de los temas que no presenta unanimidad en la teoría jurídica es si para la teoría pura del derecho existía posibilidad de creación del derecho por los tribunales (1980:139). Podemos prescindir de este análisis, sin perjuicio de la afirmación de Bobbio, para quien, en general, son formalistas y normativistas los defensores de la función meramente interpretativa de la jurisprudencia, y los partidarios del llamado "derecho libre" son sociólogos y realistas. Una nota cabría a esta afirmación: no se trata de "defensores" sino, más bien, de observadores, si no de un "derecho libre", de la libertad de los jueces en su tarea cotidiana.

Tampoco creemos que se trate de un debate entre "certeza" y "equidad". No es que los sociólogos sean defensores de la segunda si se supone (y debe suponerse pues es la función de esta ciencia) que su función es observar cómo se aplican las normas jurídicas. De la observación podría surgir que la discrecionalidad interpretativa practicada por un grupo de jueces no representara la equidad, sino, como sostienen algunos formalistas, la arbitrariedad. A pesar de ello, los sociólogos, tanto como los juristas, no pueden desprenderse de sus valores y tienen hoy más conciencia de la dificultad de superar sus compromisos ideológicos como miembros de su cultura y de su sociedad. Pero este compromiso, según hemos sostenido, no equivale a cerrazón ideológica y a considerar toda observación como decisión política (Fucito, 1989).

## 8. El papel de la ciencia del derecho.

Los juristas discrepan también sobre el papel que le cabe a la ciencia del derecho. Señalemos, incidentalmente, que la metajurisprudencia (reflexión crítica sobre la ciencia del derecho) puede ser considerada prescriptiva en la posición de Kelsen, a condición de que se entienda que "prescribe describir", esto es, que el jurista no debe tener una función política o ideológica y debe ser indiferente a los valores, como científico. En la actualidad, la metajurisprudencia parece tender a estudiar la labor de los juristas tal como es y con independencia del hecho de que los juristas tengan conciencia de ello. La lógica de la verdad sería reemplazada por la lógica de la opinión (Bobbio, 1980:208), de modo tal que se entendería que no es posible prescindir de tomar

posición frente a lo que se observa y, por lo tanto, no se puede dejar de prescribir.

Una metajurisprudencia así concebida sería más útil a la sociología que aquella que pretende negar la función política del jurista. Pero, de todos modos, ésa es una función propia de la sociología del derecho, más desarrollada que la metajurisprudencia concebida como indicamos *supra*. Como dato para el sociólogo del derecho, el tratado no nos da mucha información sobre lo que hacen en concreto los jueces, legisladores y particulares ni sobre los órdenes normativos que rigen las conductas. Podría considerarse, como propuso Kelsen, propia de la sociología de la religión la orientación por un orden normativo religioso de la conducta de particulares y jueces, y propias de la sociología de la cultura o del conocimiento, las sentencias fundadas en prejuicios o ideologías (sea en el sentido marxista estricto, sea en amplio sentido). Pero, lo reiteramos una vez más, la sociología no ha crecido por la fragmentación de sus ramas ni por la especialización minuciosa, y menos aún sin tener en consideración los fenómenos sociales como totalidad. Nada se logra separando las normas jurídicas de otros órdenes normativos que coexisten en el sistema de control social. En páginas anteriores hemos dado el ejemplo del juez prejuicioso que falla de acuerdo con los dictados del odio racial; podríamos haber dado el caso opuesto del juez que, con acendrado fervor religioso, orienta una sentencia de derecho de familia, formalmente fundada en la ley, en los principios de su religión. La relegación del estudio del caso a la sociología de la religión, o del otro a la sociología de la cultura, nos hace olvidar que los que así han fallado lo han hecho desde una organización judicial, con potestad jurídica otorgada por la ley, y con pretensión de que su mandato sea obedecido en virtud de esa potestad (legitimidad legal). Esto es tema de la sociología del derecho (y del control social), aunque para entender la conducta de esos jueces deba recurrirse no sólo a la sociología de la religión y de la cultura, sino de la estratificación social (por ejemplo, para determinar la clase social de origen del magistrado, que nos permite conocer mucho de sus convicciones religiosas y prejuicios, así como las de los destinatarios del fallo).

Volvamos a Kelsen. Para él, el derecho existe en la mente de los hombres como un conjunto de normas válidas, y sólo refiriendo tal comportamiento al derecho, concebido como sistema de normas válidas, es decir, al derecho tal como lo define la ciencia del derecho, es capaz la jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general. Sólo en virtud de esa diferencia es posible distinguir sociológicamente la conducta legal de la conducta ilegal y establecer una diferencia entre el Estado y una partida de bandoleros (Kelsen, 1958:211).

Aquí existe un problema de definición; como ha señalado bien Alf Ross, que el orden prevaleciente en una banda sea denomi-

nado "orden jurídico" (derecho de la banda), es un problema que, considerado científicamente (es decir, cuando la palabra "derecho" es liberada de su carga emotivo-moral), no pasa de ser una arbitraria cuestión de definición. También pudo sostenerse que el sistema nazi no era de "derecho" por su inmoralidad y aberración y se acusó al positivismo de traición moral por su reconocimiento no crítico de que tal orden era jurídico (Ross, 1963: 31).

Descontado que no existen características esenciales en la definición de derecho y que las características fundamentales de las propuestas son tan variadas que constituyen verdaderas estipulaciones, nada impide llamar derecho a las "reglas de una partida de bandoleros" o al derecho nazi. Si se acepta la definición de Kelsen, el primero no lo será; pero el segundo, sí. La sociología jurídica no se compromete con las decisiones tomadas en materia de definición del derecho por la ciencia del derecho. Considera a cada una de ellas dentro de su propio marco referencial y estipula sus propias definiciones de acuerdo con sus objetivos teóricos y empíricos, que buscan fundamentalmente la descripción, explicación y predicción de ciertas conductas regidas por normas llamadas jurídicas que orientan la conducta, sea como referente positivo o negativo.

Así, por ejemplo, el *derecho de las favelas* sobre el que ha trabajado Sousa Santos (1988:14-17) incluye normas de "derecho oficial" (o *derecho del asfalto,* como lo llaman los moradores marginales de las villas miseria brasileñas) y otras que no pertenecen a él. Según ese autor, en la favela por él estudiada existe una "inversión de la norma básica" de la propiedad, consistente en considerar la ocupación ilegal de la tierra (que es total) como legal (según el derecho no oficial). A partir de esa inversión, las normas que rigen la propiedad en el Código Civil (oficial) son utilizadas internamente. Se realizan y formalizan relaciones jurídicas y se solucionan conflictos. Existen autoridades y mecanismos que describimos en el Capítulo VIII. Por supuesto, para que todo sea posible, se ha violado en primer lugar el Código Penal oficial, y se interpretará como prevaleciente el derecho constitucional a la vivienda sobre el de propiedad privada del titular del asentamiento. Para la sociología jurídica no sirve de nada tildar de "institucionalizaciones desviadas de bandas de marginales" o, por el contrario, de "vanguardias de un nuevo orden proletario contra la explotación capitalista" a esas prácticas. Se trata de ver cómo opera ese "derecho" (lo que es realizado en buena medida por Sousa Santos), aceptando que como tal es entendido por los que lo practican; el objetivo es explicar cómo influye y determina la conducta de estos grupos. La ilegalidad, desde el punto de vista jurídico, es sólo un dato a tomar en cuenta para el estudio. Otro tanto ocurre con el "derecho" de la mafia y de las bandas delictivas. Incluso desde los puntos de vista correccionalista y crítico,

un modo eficiente de proponer medidas para su supresión o su extensión es conocer su real funcionamiento.

La distinción entre conducta legal e ilegal es propia de la ciencia del derecho. Pero la sociología se interesa tomando como dato qué es lo que la ley considera jurídico o antijurídico, también por las causas por las cuales algunos hombres llaman "legales" algunas conductas ilegales, y lo contrario. De este modo puede inquirir válidamente por qué se llama "partida de bandoleros" a un grupo que no parece ajustar su accionar a esa caracterización legal o, más generalmente, por qué no se cataloga de ese modo a muchos de los que organizadamente infringen la ley. Puede preguntar (y tratar de responder) sobre los motivos por los cuales la ley penal alcanza de modo diferente a unos y a otros, y qué fundamentos sociales existen para tales diferencias, de lo que resulta que, aparentemente, el orden jurídico es "parcialmente válido" según estratos, sectores o actividades, a los que alcanzan los que aplican una u otra versión de la ley. Podrían agregarse otros supuestos, tales como los atinentes a las épocas en que se llaman legales o ilegales las conductas, a partir de similares textos legales o de un ordenamiento jurídico invariado. Podría preguntarse quién define y por qué define de uno o de otro modo, y quiénes son los definidos como delincuentes o merecen sanción de algún tipo (sean concubinos, drogadictos, subversivos, o los rótulos que fueren), en distintos momentos, con las consecuencias que estas estigmatizaciones variables tienen socialmente [5].

A la sociología le parece claro desde época muy temprana que tras un mismo "orden jurídico válido, por ser generalmente eficaz", se ocultan innumerables fenómenos sociales vinculados al que lo aplica, a quién es aplicado, a los que lo eluden, a los momentos específicos en que se resuelve hacerlo cumplir, etc. También reconoce los intereses específicos de legisladores y de partidos políticos en orden a la legislación; de los jueces, que no son una categoría homogénea de autómatas aplicadores de leyes matemáticas, sino personas con intereses y creencias, cuya variedad puede ser acreditada; de una clase social de extracción, o de varias, y con objetivos específicos y no siempre concordantes, además de la mayor o menor habilidad que puedan tener para "subsumir hechos en normas jurídicas". Y se deja de lado el hecho de que el derecho puede ser definido de modos muy distintos del propuesto por la teoría pura.

Lúcidos juristas han reparado desde hace tiempo en que no existe una sola ciencia jurídica, sino que existen tantas cuanto

[5] Mucho de la criminología moderna (que posee un alto componente de sociología jurídica) se ocupa de este tipo de problemas, que habían sido identificados hace varias décadas tanto en Francia (con la obra de Tarde) como en los Estados Unidos (con Sutherland y sus seguidores), hasta llegar a las posiciones más críticas que niegan el concepto mismo de desviación. Véase el Capítulo VIII, donde se tratan estos temas.

imágenes tiene el jurista de sí mismo y de su propia función en la sociedad (Bobbio, 1980:228). A partir de esta realidad la sociología del derecho podría legítimamente, tomando estas definiciones como datos, tratar de explicar la relación entre sistemas sociales, o estratos e ideologías de los productores de teorías, con las condiciones de producción de esas teorías, investigación de sociología del conocimiento que no es exclusivo patrimonio de las orientaciones marxistas.

Debe recordarse que la sociología del conocimiento nos muestra las obras jurídicas, en cuanto producto de una actividad, como fenómeno social, como toda obra cultural. Ese punto de vista es conceptualmente independiente de la ciencia del derecho, ya que toma sus productos como datos culturales a elaborar con categorías sociológicas.

Llámese sociología jurídica o sociología del derecho, el objetivo de nuestra ciencia es el análisis de las condiciones de producción (sin darle a esta expresión necesariamente un sentido materialista), las causas, efectos y ocasiones de aplicación (efectividad, inefectividad) de las normas jurídicas en un sistema social dado. El modo de considerar al derecho como sistema en relación con otros sistemas de normas (o, si se quiere, como subsistema del sistema de control social), es un enfoque posible, no necesariamente incompatible, como se ha supuesto, con la consideración evolutiva o dialéctica —pero, en todo caso, histórica— del orden jurídico. En uno y otro caso (y ambos han sido las alternativas de la consideración del derecho por las ciencias sociales no jurídicas), se vinculan las normas jurídicas con otros hechos sociales, concomitantes en el supuesto estructural funcional, histórico causal en el otro. En ambos, el sistema legal no se aísla del contexto social, y ambas visiones son útiles y necesarias a la hora de intentar una explicación social del fenómeno jurídico [6].

Estos planteos previos pretenden un objeto amplio para la ciencia, y son además necesarios para abordar el tema de la historia de las concepciones sociojurídicas, que nos ocupará en capítulos sucesivos. Una limitación excesiva de la definición marginaría doctrinas o teorías que merecen un lugar en cuanto apuntan al tema básico: el orden jurídico como producto social, y su relación con otros fenómenos sociales, lo que conlleva la idea de ponerlo en consonancia (o disonancia) con todo lo que en la vida social constituye una guía manifiesta o encubierta de conductas, normas que deberán ser descriptas y explicadas por el sociólogo, cuya función, una vez más, será la de explicar racionalmente las conductas racionales, pero también las irracionales, de las personas.

[6] En igual sentido se pronuncia la mayor parte de los sociólogos del derecho; respecto de una concepción amplia de la sociología jurídica, ver *Carbonnier*, 1977.

La sociología general estudia roles (conductas) determinados por ciertas posiciones sociales (*status*), que son necesariamente normativos. El estudio de las relaciones sociales es un estudio de expectativas condicionadas por distintos tipos de normas, congruentes o incongruentes entre sí. El derecho es una parte (ni siquiera la más importante) de esos conjuntos.

## 9. La destrucción del derecho y la sociología.

Puede ser útil, en este lugar, volver sobre el riesgo ya señalado desde antiguo por filósofos y juristas conservadores, respecto de la propuesta tácita (aunque en los críticos parece explícita) del sociólogo del derecho de destruir toda norma jurídica como principio regulador de conductas o de valoraciones. Desde el otro extremo, para los críticos no sólo su discurso debe contribuir al cumplimiento de este objetivo, respecto del derecho burgués, sino que entienden que sus estudios han sido limitados precisamente porque tienden a ese objetivo:

"El aislamiento en que la ciencia del derecho se recluyó y su distancia de las demás ciencias sociales en general (antropología, psicología, sociología), tuvo un claro motivo en la necesidad que tenían los regímenes autoritarios por apartar toda posibilidad de crítica a su legislación y en general a sus sistemas de control social..." (Bergalli y otros, 1983:9).

Entre un extremo de pensamiento que impide toda reflesión sociológica porque pretende sostener el *statu quo* basado en la afirmación ideológica y dogmática del carácter técnico-formal del derecho, y el otro extremo que pretende cuestionar desde el materialismo histórico el orden jurídico burgués (o todo orden jurídico, según las posiciones que analizaremos más adelante), parece necesario algún punto intermedio. Si contestamos a los primeros, puede afirmarse que la ciencia no busca la destrucción de su objeto, aunque su intervención lo modifique. En este caso, la modificación que sobrevendrá podría ser el fin de un prejuicio: el de los juristas que estiman que la ley, una vez creada, se aplica geométricamente, a partir de fórmulas nítidas, y que es posible el "pequeño milagro" de las fórmulas verbales logradas con esa precisión ineludible (Soler, 1956:130, 140). Si muchos juristas han observado que esto no es así, cualquier sociólogo, desde su óptica y a poco de que indague en el fenómeno jurídico, puede llegar a dudar con rapidez de la anterior afirmación.

La sociología debe estudiar necesariamente normas, aunque es cierta la afirmación según la cual el sociólogo contemporáneo presta menos atención a las normas que los clásicos (Bobbio, 1980:237); las debe estudiar, ya que toda conducta social recurrente es normada. Estudiar las conductas regidas por la ley es

para el sociólogo parte del estudio de sistemas compatibles o incompatibles, pero, en todo caso, distintos de los mecanismos matemáticos sugeridos por los dogmáticos. Con razón dice Treves que "a veces se tiene la impresión que lo que más importa al legislador no es tanto realizar los objetivos explicitados en las leyes, como el aprobar simplemente un texto en el que determinados ideales están proclamados de manera solemne" (1978:237). También Allot, citado por Cotterrell (1991:58), alude a la "excesiva ambición del legislador". La solemnidad de las proclamaciones, más allá de las realizaciones, es lo que primero surge a la vista del sociólogo.

Considerar esta afirmación como destructiva del derecho es propio de los que se consideran custodios de una concepción tutelar de la sociedad. La sociología, como cualquier ciencia fáctica, trata de mostrar lo que es en realidad; no destruye las costumbres al estudiarlas, ni siquiera ha podido destruir muchos prejuicios (aunque sería uno de los buenos propósitos que podrían resultar de su divulgación). Respecto del orden jurídico, puede incluir en el estudio a los que por medio de las tutelas que se atribuyen presentan una determinada ideología sobre las normas jurídicas; pero, una vez más, no puede aceptar como un postulado que aquello que se *dice* es el derecho de una sociedad deba ser aceptado como la realidad misma del derecho. Esto debe ser, en todo caso, probado, y no puede vincularse a afirmaciones que distinguen entre imputación y causalidad y luego relegan el estudio de ésta a ramas ajenas o distantes del sociólogo jurídico.

La contestación a los críticos es más compleja y debe necesariamente ser diferida para más adelante (véanse Capítulos VII y VIII). Puede señalarse, por ahora, que no habían existido estudios críticos desarrollados en las primeras décadas del siglo, cuya entrada universitaria fuera impedida en la sociología jurídica, salvo las generalidades de los fundadores marxistas. El relegamiento, no sólo por parte de "regímenes autoritarios" sino por la cultura jurídica oficial de los países de derecho continental, se dio respecto de toda la sociología jurídica, mas no sobre una orientación particular de ella. Los juristas, fueran positivistas o iusnaturalistas, vieron con desagrado, tal como sostuvimos antes, la irrupción de ideas "disolventes", "destructoras del derecho como control social", etc. Frente a un cerrado dogmatismo, tanto da el realismo jurídico como el marxismo o, incluso, el funcionalismo, si pretende demostrar la relación íntima entre la aplicación del orden jurídico y la vida social.

No sólo fue rechazada la sociología jurídica por "peligrosa, desde la izquierda"; también lo fue por "peligrosa, desde la derecha", es decir, por propugnar un irracionalismo costumbrista e inevitable. Vernengo, por ejemplo, llama posturas irracionalistas a las que han hecho mayor señalamiento de las fuentes materia-

les que de las formales en la creación del derecho. Imputa a algunas de estas posturas (por ejemplo, la de Holmes) la propugnación del aumento de las facultades judiciales frente a una legislación liberal. En otro punto señala que las tendencias irracionalistas invocan entidades tales como la tradición, el espíritu del pueblo, la raza, la conciencia política, la voluntad carismática del jefe político, etc., y disimulan orientaciones políticas reaccionarias (1976:338-339; 415-416).

Aunque sea históricamente cierto el fundamento de la posición de Holmes, y aunque también lo sea el irracionalismo de muchas posiciones como la de Savigny, las debemos distinguir necesariamente de las que sustenta la sociología jurídica, pues de lo contrario nos encontramos con un puente de fácil acceso para acusar a las posiciones sociológicas (a las que tanto Holmes como Savigny han aportado) de buscar la destrucción del derecho en cuanto ley racional y establecida voluntariamente.

El fundamento de la acusación proviene de lo que se llamó "la revuelta contra el formalismo", según la expresión de Morton White, y se formuló tanto en la ciencia del derecho como en las restantes ciencias sociales. El antiformalismo jurídico, al cual aportaron desde Savigny (según señalamos y estudiaremos con mayor detenimiento en el capítulo siguiente) hasta Ihering, rechazó la dependencia excesiva de la lógica, la abstracción y la deducción, en favor de la historia y del desarrollo cultural. Este amplio fermento intelectual derivó en posiciones en las cuales la precisión lógica y el método analítico se hicieron sospechosos; sin embargo, como señala con agudeza Stone, fue la misma concepción de los abogados, que por su formación están comprometidos con la idea de obligación (y con la normatividad en general, podría agregarse), la que quitó fuerza a este movimiento anárquico, que sobre algunos elementos ciertos llevaban la revuelta hacia un final sin sentido (1973:24-32). Entender esta realidad de la historia de una ciencia no significa necesariamente aceptar que el modelo de Parsons pueda darle al derecho el marco de orden y desarrollo planeado que supone Stone y que Luhmann trata de formular teóricamente.

La sociología del derecho no propone la necesidad de un "deber ser" irracional o costumbrista que deje a los jueces y operadores del derecho en libertad para hacer valer sus impulsos y creencias sobre la patria, la raza o el verdadero espíritu del pueblo. No se propugna "dejar en libertad al juez" respecto de la norma jurídica o, dicho de otra manera, no por sostener que en muchos casos el juez hace en realidad lo que quiere, y de hecho hace prevalecer sus ideas o prejuicios sobre la norma, esto es correcto, valioso, y así debe ser aceptado, permitido o justificado. Lo que trata de lograr la sociología es entender racionalmente una realidad, sea ésta racional o irracional.

El que escribe estas líneas, y muchos otros que comparten la tarea y la visión sociológica, desde el punto de vista de sus propias valoraciones considera inadecuada la dictadura de los jueces, y disvalioso que éstos, so pretexto de aplicar la ley, distorsionen términos claros y supuestos comúnmente aceptados. Le resultaría preferible que, en su caso, acudieran a principios superiores para fulminar de inconstitucionalidad a leyes, decretos y resoluciones inicuas, con claridad y valentía. Pero esta creencia ideológica no le permite afirmar, sin pruebas, que si el *juez debe aplicar* la ley, entonces el *juez aplica* la ley. El que observa que la práctica concreta de los usuarios del derecho encubre la arbitrariedad y discrecionalidad con un aparente ajuste a la ley, no tiene por ello que coincidir con lo que observa. Así como es falso sostener que todo aquel que estudia la marginalidad pretenda sostenerla o destruirla necesariamente, menos aún al sociólogo del derecho, que ve la distancia entre la ley formal y el derecho (real), puede acusárselo de destructor del derecho o de oscurantista; lo único que destruirá (si lo logra, lo que es bien dudoso, atento a la energía de los prejuicios) es la creencia en la operatividad total de las llamadas fuentes formales. Si esto puede considerarse una exageración de la importancia de las fuentes materiales, estimo que no debe confundirse, una vez más, explicación con justificación o aceptación; si la realidad muestra comportamientos irracionales o racionales, conservadores o reaccionarios, costumbristas o progresistas, no es patrimonio de la posición teórica que lo señala, sino de la misma realidad. Para los estudiosos de la acción social racional (Max Weber) o lógica (Pareto) existían supuestos típicos de estos modos de acción, y quedaban al lado de las llamadas acciones tradicionales o emotivas en el primero, y alógicas, en el segundo. La sociología del derecho también trata de explicar este tipo de acciones (y la medida en que están afectadas por el derecho), ya entienda, como Max Weber, que el mundo marcha hacia la racionalidad (y que, por lo tanto, las conductas de los otros tipos irracionales regirán cada vez menos acciones sociales), o considere, de modo pesimista —como Pareto—, que la distribución de esos tipos de acción no varía históricamente, de modo que el hombre ha sido y seguirá siendo predominantemente un ser irrazonable y racionalizador.

Si se pudiera demostrar, a partir de la sociología del derecho, que en la realidad social, los jueces, al dictar sus sentencias, y los operadores comunes del derecho (por ejemplo, los contratantes públicos o privados, agentes de la administración, etc.) actúan racionalmente y toman a la ley como guía insustituible de conducta en los casos previstos, la posición no podría ser, ni más ni menos, rotulada de racionalista si concluyera que la mayoría de los operadores, incluso los calificados, actúan por opciones erráticas y caprichosas, y en definitiva hacen lo que les dicta su estado de ánimo.

El hecho de que la sociología plantee estos temas muestra la duda que representa, frente a la experiencia cotidiana, la verdad según la cual la ley sirve de marco ineludible y adecuado para las conductas alcanzadas por ella. Pero tampoco se cree, en esta etapa del desarrollo de la ciencia, que las conductas se motiven siempre o exclusivamente por oscuros impulsos de la sangre o de la raza, sino, en términos menos emotivos, que existen condicionantes normativos (esto es, que la conducta se rige por diversos sistemas de prescripciones combinadas), que en consecuencia los operadores están muy lejos de hacer lo que se les ocurre; mas aún, sostiene que sus ocurrencias también están normadas, aunque lo ignoren; en suma, que el sistema prevaleciente es algo a descubrir, que puede ser el orden jurídico, pero más probablemente resulte de una combinación entre todos, con distintos resultados según la sociedad de que se trate (lo que significa decir, de su historia, cultura, religión, composición y sistema de estratificación prevaleciente y demás variables sociológicas relevantes).

A partir de lo expuesto, no puede sostenerse seriamente que la sociología jurídica postule un estado social de anomia, sino que, por el contrario, al elevar la noción de sistema a un nivel superior del jurídico, aparecen con otra dimensión explicativa los fundamentos de las conductas. Y en todos los casos, se entiende que la aclaración de estas realidades —si se logra—, más que propender a institucionalizar de un modo fatalista el predominio de los usos, costumbres y prejuicios, tiende a esclarecer a los que probablemente, si conocieran algunos de los condicionamientos que ignoran, podrían controlarlos en el peso relativo que tienen en las decisiones que toman.

Esto tampoco significa, por supuesto, negar la posibilidad de que alguien, titulándose sociólogo jurídico, postule un romántico retorno al pasado, o hacia el futuro, imagine un estado de anómica felicidad socialista. Aun aceptando que cada uno tiene la facultad de estipular el nombre que considere conveniente para su trabajo, queda en claro que es algo muy distinto de lo que aquí se propone.

Debe observarse también que parte de las conclusiones a las que se arriba derivan de una metodología diversa de la de una ciencia normativa. El jurista dogmático puede partir de la norma jurídica (o del sistema formado por ellas), definir los conceptos, establecer compatibilidades, contradicciones, interpretar coherentemente y dar respuestas posibles a casos no contemplados expresamente, a la luz de principios previamente definidos. En general, esto constituye el grueso de un tratado de derecho, que también suele establecer (aunque no de un modo significativo para el conjunto) si las conductas se ajustan usualmente a las normas; tenderá más bien a considerar como antijurídico todo apartamiento de la solución legal prescripta y a definir las sanciones jurídicas por incumplimiento.

Un sociólogo del derecho parte, como investigador de la realidad, de la observación de conductas. Aquí surgen caminos más amplios, porque se recorre el que va del hecho a la norma y no el inverso. Más bien, no sólo del "hecho a la norma", sino del *hecho a los distintos tipos de normas* o conjuntos normativos que pueden explicarla. Frente a una conducta observable la pregunta del sociólogo no es si se ajusta o no se ajusta al orden jurídico, sino ¿a qué sistema normativo se ajusta, si no es a las leyes? ¿Qué norma explica la conducta y qué compatibilidad existe con la norma jurídica que pretende alcanzarla? ¿Es un tipo de norma irracional la que justifica el acto? Nótese que también podría preguntarse si se trata de una "acción social", esto es, con sentido para el actor, en términos weberianos, y, en caso negativo, marginar la conducta del campo sociológico.

Este encuadre se separa, según estimo, de una explicación *per obscuris,* y, en todo caso, al contrario de lo que piensa Vernengo, creo que si se pudiera llegar a la conclusión de que algunos jueces dictan sus sentencias sobre la base de un pálpito (según la opinión de Hutcheson aceptada por Frank, citados por Cueto Rúa, 1957:77), se avanzaría bastante en el conocimiento del modo en que funcionan los órganos sociales de aplicación de normas jurídicas. Así se podría desmitificar una suposición contraria, se limitaría efectivamente la actuación de esos pésimos jueces (si existen), y se mostraría cómo, bajo la capa de una "organización racionalmente organizada" en la cual todo debe resolverse desapasionadamente y con cálculo preciso —burocracia—, actúan personas con características psicológicas atípicas frente al presupuesto organizacional; interesante tarea de investigación sería determinar los canales de ingreso de esas personas, las causas por las que fueron promovidas al cargo que ocupan (seguramente a partir de normas informales mucho mejor cumplidas que las legales), quiénes los sostienen y qué intereses justifican su permanencia, entre otros numerosos supuestos vinculados que cabría analizar. Desde luego que similar análisis puede hacerse con utilidad respecto de los magistrados que desempeñan sus tareas en cualquier otro nivel de ajuste a las expectativas.

Si se sostuviera que estos temas son irrelevantes para la ciencia del derecho (y no creo que lo sean), son importantes para el que se interesa por los mecanismos de aplicación de las leyes para mejorarlos, no para producir el caos social.

Por lo demás, la interferencia ideológica como obstáculo a la aceptación del mensaje legal ha sido aceptada por el teórico mencionado antes, en cuanto sostiene que si la ley ha sido sancionada por un régimen político de determinada tendencia y refleja su ideología, el juez que no la comparte puede incluso rechazar expresamente el mensaje por serle repugnante las valoraciones e ideologías que le comunican. Ello refleja, una vez más, que la

interpretación del mensaje normativo, como captación de sentido de las prescripciones, no pone en juego sólo la inteligencia del órgano (Vernengo, 1976:409). Desde la ideología contraria (que abarca el prejuicio contrario), hasta el capricho o la emoción que mueve la mano del que dicta su fallo, la sociología no intenta explicaciones oscurantistas sino racionales, y este punto debe ser aclarado desde que en las páginas siguientes nos ocuparemos de autores que, si bien son antecedentes necesarios de la posición que asumimos, han justificado su rechazo a la ley escrita (lo que la moderna sociología no hace) con apelaciones esencialistas o metafísicas, anarquistas o utópicas, aunque en otros casos se verá la apelación a explicaciones causales de carácter social, o simplemente informadas del sentido común, que aparentemente pueden sugerir muchas hipótesis de no muy compleja prueba.

## 10. La sociología del derecho y los problemas del lenguaje jurídico.

Tanto se podría imputar, desde una óptica dogmática y tutelar, o desde otras más moderadas, a la sociología del derecho la pretensión de destruir el carácter de guía de conducta de la norma jurídica como a las posiciones que, desde la misma ciencia del derecho, también han realizado un trabajo de necesario sinceramiento del derecho con su práctica, a partir de los usos del lenguaje. Esta posición lleva directamente a la sociología y la convierte en insoslayable para la comprensión del orden jurídico en la realidad social.

Si creemos, como opinaba Soler, que el derecho es un lenguaje especializado de palabras técnicas, definidas con precisión, que se incorporan a leyes y demás normas jurídicas escritas, de modo de constituir fórmulas verbales cuyos criterios de aplicación son de una nitidez equivalente a la que poseen los criterios de palabras o expresiones tales como las geométricas, nos alejaremos de entender que la sociología es una necesidad para la interpretación del fenómeno jurídico. Puede construirse una ciencia normativa, pero debe reconocerse que no nos habla de nada que ocurre en situaciones dadas.

La posición de Soler fue suficientemente rebatida entre nosotros por Carrió (1979:49 y ss.), de modo que sólo efectuaré algunas breves menciones recordatorias. Señalemos, en primer lugar, que la posición del penalista argentino sobre la precisión trascendente del derecho romano ("exactitud concisa y perfecta", "lo que ellas —las palabras— designan se presenta con plena claridad a la mirada de la inteligencia"), recuerda a los autores que lo consideraban una plasmación del derecho natural. Los muchos

criterios valiosos que defiende Soler, en especial vinculados a un concepto de libertad y a la limitación de la esfera estatal, se asocian a una propuesta que no se presenta como tal, sino como la descripción aparente del derecho, una nueva "prescripción descriptiva", con el agregado de suponer que "negado que el derecho sea norma, no es extraño que se haya impuesto el pensamiento de que es acto", lo que significa para Soler una intención antiliberal (1956:58, 101, 104).

Respecto de la definición del derecho como norma, ya la hemos tratado. Aquí se agrega la suposición de que si no es norma, es acto, sospechosa creencia totalitaria, ya que, como norma, sus palabras son de una precisión tal que la interpretación que pueda caber de ellas es poco menos que el desarrollo de un teorema, si no es lo mismo.

En la base de esta postura se encuentra la necesidad de afirmar un derecho abstracto de una sociedad democrática y liberal, por oposición al derecho de sociedades totalitarias, antiliberales y estatistas, en las cuales los tipos penales abiertos y las normas de vago contenido no establecen de modo alguno derechos para los ciudadanos, que quedan sometidos a principios generales definidos políticamente y cuyo contenido se llena voluntaria y caprichosamente *ex post factum* como modo de sanción al opositor político. Sin embargo, esta pretensión (lo que conlleva una opción valiosa y justificada) es sólo la descripción de un sistema hipotético, y también utópico: lo que el orden jurídico debe ser (rector claro, preciso e ineludible de conductas), frente a lo que es, no sólo en algunas sociedades totalitarias, sino en todas las sociedades humanas.

En este punto se confunden los planos de un modo evidente: lo que el orden jurídico debe ser de acuerdo con las convicciones democráticas y lo que no puede ser en ninguna sociedad, sin que el que así piense pueda por ello ser tildado de antidemocrático, totalitario o disolvente. Para terminar con la "crisis del derecho" que denunciaba Soler, un sociólogo del derecho creería más útil ver con escepticismo "la esencia del fenómeno jurídico", se detendría en "algunos accidentes" o "formas transitorias" y no apuntaría a la "naturaleza misma" del derecho (1956:118). Si se tratara de hacer prender la esperanza fundada, tal como pedía Soler, puede ser aconsejable librarse de la anécdota jurídica. Pero seguramente no es así cuando se hace sociología, ya que lo que se pretende en un caso es imponer una determinada visión del plano ideal cerrando los ojos a la realidad, menospreciada como accidente, forma transitoria o anécdota jurídica. Sin embargo, el jurista y el juez pretenden también ser técnicos y resolver cuestiones prácticas que surgen de la vida social; es una verdadera curiosidad que las mismas personas que actúan empíricamente en su vida de magistrados o de abogados, se revistan con solemnidad

de filósofos idealistas a la hora de teorizar sobre lo que han hecho y hacen cotidianamente [7].

El interés en el derecho esencial alejó a la teoría jurídica de la realidad hasta extremos perniciosos para cualquier ciencia del derecho. La fórmula verbal exacta no es una "necesidad del derecho esencial"; parece ser, más bien, una quimera. Al defender esta posición, escribe Soler que sus críticos han tenido un gran efecto destructor sobre sus afirmaciones, "pero sobre las ruinas del Capitolio, apenas si se ha construido una choza de paja" (1956: 131). En rigor, el tal Capitolio jurídico no constituía una realidad, sino una ficción, y eso es lo que ha señalado parte de la teoría jurídica y confirmado la sociología. Puede lamentarse el fin de un mito pero esto no comporta necesariamente riesgos para la vida social, si se mantienen y conservan algunos principios en los que no sólo los epígonos de Soler están comprometidos: la seguridad jurídica, en todo caso, no existía, no obstante las afirmaciones dogmáticas, y se trata de buscar el modo de obtenerla, en primer lugar, averiguando las causas por las que se muestra tan falsa la caracterización del derecho como un conjunto normativo preciso,

[7] *Julio Cueto Rúa,* al comentar este párrafo de la primera versión del capítulo, señala que "al reconocer la posibilidad de teorizar sobre la vida de magistrados o abogados, acepta, si bien con hesitaciones provocadas por el dualismo clásico, la idea del derecho como comportamiento humano (además del derecho como norma y el derecho como generalización empírica propia de la sociología" (1989 *b*). He mantenido el párrafo, si bien requiere una aclaración. La realidad social no se agota en conductas ajustadas a normas, sean jurídicas o de otro tipo; pero creo que así como la ciencia normativa del derecho tal como la conocemos no tiene instrumentos para analizar otra cosa que normas jurídicas, la sociología no puede sino analizar conductas ajustadas a sistemas normativos sociales (usos, costumbres) a través de *status* poseídos y roles ejercidos. Es decir que si de sociología se trata, sólo son relevantes los *status*, y éstos son normativos; en ese sentido, la sociología jurídica estudia hechos (comportamiento) pensados normativamente. Si los hechos carecieran de normas sociales que los rigieran, no serían susceptibles de conocimiento sociológico, aunque sí de otro tipo. Esta posición sociológica implica una ruptura con la concepción del realismo jurídico extremado, que con limitado marco teórico supone hechos erráticos, no regulados; si éstos existen, son ajenos a la sociología que sólo observa hechos repetitivos y en todo caso, infiere de ellos las normas que los rigen. No podemos entender a un abogado o a un juez, sociológicamente, si no es a través de los sistemas generales de expectativas que definen sus posiciones sociales. Si lo hacen fuera de ellas, su conducta es ajena a la sociología. Así, las teorizaciones que realizan sobre su actuar diario, volcadas en un tratado tradicional de derecho, pueden entenderse sociológicamente como producto de la ideología de su posición (de clase, profesional, religiosa) que les permite ver sólo una parte de su realidad: las normas jurídicas, interpretadas de acuerdo con aquellas ideologías. Las teorizaciones que formulan abogados, jueces y juristas sólo pueden ser comprendidas a través de la sociología si existen tipos ideales u otros conceptos elaborados previamente que permitan extraer las normas que rigen tal comportamiento (en el caso, teorizar). Sólo así puede ser entendida la "teorización sobre la vida", sociológicamente. Las restantes interpretaciones pertenecen a la filosofía, a la ciencia política, a la psicología, o a otros conocimientos distintos del sociológico.

sin lagunas e insusceptible de ser interpretado indefinidamente. *La sociología no puede aceptar, ni siquiera como hipótesis, pues* sabe que ninguna norma social tiene ese carácter, que "el derecho es la matemática de las ciencias del espíritu" o de las ciencias humanas (H. Cohen, cit. por Soler, 1956:159-62). Menos aún, si acude a la mera experiencia social, sostener que "el contenido del concepto jurídico es, pues, exactamente el que el legislador le ha acordado, y en esto, la semejanza entre esta clase de conceptos y los conceptos matemáticos es profunda. Entre el concepto de hipoteca y el de triángulo existe la coincidencia de que ambos están constituidos por un número limitado de elementos puestos" (1956:162).

Bobbio ha refutado, y creo que con razón, las pretensiones "matematizantes" de algunos juristas "puros" como Hermann Cohen, que está en la misma posición que representó Soler entre nosotros. Lo que estos juristas dicen es que el método de la ciencia jurídica es el método lógico, y la ciencia del derecho es una lógica del derecho; si es así, escribe Bobbio, no se dice nada nuevo, ya que se trata de un supuesto común con todas las ciencias que se sirven de la matemática y de la lógica. Pero si se pretendiera decir algo más (que el derecho es matemática, esto es, que se trata de una ciencia formal y que, por lo tanto, es en sí misma un método), no es ya la afirmación anterior según la cual *se sirve* de la matemática, sino la pretensión de que equivale a ella. Esto no es cierto, ya que manifiestamente el derecho así entendido no constituye por sí mismo un lenguaje que pueda ser utilizado para otros estudios. Entre la instrumentalidad de la lógica, que vale para todo tipo posible de investigación científica, y la del derecho que valdría para las ciencias jurídicas particulares, hay distancia: porque la propia teoría general no puede prescindir de la lógica para su desarrollo, y en tal característica no difiere para nada de las disciplinas jurídicas particulares.

Si se entiende que es pura porque es avalorativa, toda ciencia tiene que serlo, concluye Bobbio. Habría que señalar que esto es una meta del científico y una posibilidad, no una realidad derivada automáticamente del cumplimiento de principios metodológicos, que son requisitos necesarios, pero, en general, no suficientes para obtener ese resultado.

## 11. La "integración" como aspecto de la ciencia del derecho y su consideración por la sociología jurídica.

Descartado de que el lenguaje jurídico sea un lenguaje matemático, debe analizarse su consideración como "lenguaje cerrado". *Esta idea es sostenida por autores que*, como Bobbio, estiman que el jurista se encuentra vinculado por las reglas de transfor-

mación prescriptas en determinado ordenamiento jurídico. Así, sostiene que "el lenguaje jurídico, y de modo más preciso el lenguaje de un determinado ordenamiento jurídico sobre el que actúa el jurista intérprete, se puede representar como una lengua cerrada". Esta regla fundamental (según la cual el conjunto de las proposiciones normativas que componen el ordenamiento constituyen un todo cerrado) es la "norma de clausura del ordenamiento jurídico", y sobre su base sólo son proposiciones jurídicas las que están puestas por el legislador con tales formalidades concretas y aquellas otras que están implícitas en las proposiciones puestas, y, por tanto, son deducibles de ellas mediante las reglas de transformación consentidas por el propio legislador.

De allí, señala Bobbio, que "no puede ser considerada como parte del sistema legislativo una proposición normativa que no esté puesta por el legislador, ni la que, aun siendo deducible de una puesta por el legislador, venga deducida mediante el uso de reglas de transformación distintas de las lícitas en ese determinado lenguaje jurídico". A esto se circunscribiría la tarea del jurista, a partir de reglas de formación y transformación del lenguaje fijadas de antemano, independientemente de su voluntad (1980:193).

Para la sociología del derecho, el lenguaje jurídico no es un lenguaje formalizado ni cerrado, sino un lenguaje natural un tanto menos impreciso, que muchos juristas y jueces usan con la pretensión de que constituye un lenguaje riguroso y "clausurado" (Carrió, 1979:51). No sólo las figuras jurídicas carecen de perfiles puros e indeformables, y sus términos y conceptos distan de presentar la integración de un número determinado de elementos necesarios, según se señaló antes, sino que el jurista y los restantes operadores acuden a criterios tomados de su propia experiencia y formación y del contorno cultural, que tamizan a partir de su ideología y de sus intereses concretos puestos en juego al analizar tal o cual instituto jurídico. Carrió ha demostrado suficientemente la vaguedad de términos tales como compraventa o locación, capacidad (que depende de lo que se entienda por demente o sordomudo), domicilio real, etc. (1979:51, 55). Más allá de estas cuestiones de vaguedad y de ambigüedad que hacen siempre insuficiente el repertorio terminológico de los juristas, señala bien Carrió que a veces éstos toman conciencia de los problemas indicados, lo que no ocurre cuando están obsesionados por alcanzar una inalcanzable seguridad o por presentar con fines didácticos nítidos perfiles de las figuras que elaboran. En el mismo sentido, debemos entender que las definiciones legales presuponen el conocimiento del lenguaje natural usado comúnmente por el grupo social al que van dirigidas. Esto puede expresar una contradicción con el carácter cerrado de ese lenguaje. Todavía podría imaginarse, como lo hace Bacqué, una discusión acerca del criterio de uso de una palabra que tuviera que ser dirimida

en definitiva por un perito. Sin embargo, este autor concluye que las definiciones jurídicas son estipulativas en general y no informativas, aunque podrían revestir esta segunda característica. El uso informativo, en este caso, "se reducirá a la expresión de una norma técnica ya aceptada por aquellos a quienes el orden jurídico está destinado", lo que estima redundante. La definición legal restringiría el uso común, precisándolo, según el autor citado (1976:4, 8), lo que creo materialmente imposible. La aceptación del sentido de una palabra no puede presuponerse, debe verificarse. Y también es posible suponer que el "sentido aceptado" está condicionado por los intereses de los que interpretan; curiosamente, las situaciones ambiguas, y otras no tan ambiguas, se interpretan a favor de posiciones propias de aquellos a quienes interesan. Con las palabras ocurre lo mismo, ya que, por precisas que parezcan, siempre es posible aplicarles la "inyectora de sentidos" o la "prensa hidráulica" para extraerles lo que no tienen, a las que aludía con gracia Ihering, anticipando un problema básico de la teoría de la comunicación. En este sentido, se puede sostener que una norma es clara cuando los emisores y los receptores participan del mismo "sentido común teórico', es decir que no sólo coinciden en su interpretación ideológica, sino también en su función normativa por la cual se atribuyen significados a los textos legales (Faría, 1988:39). Analizaremos en el apartado siguiente si esto es posible.

Bobbio desea proponer al lenguaje jurídico como un lenguaje cerrado, y para ello no lo obstaculizan las antinomias jurídicas, sino que prefiere sostener que la regla que prohíbe las mismas no forma parte del ordenamiento jurídico (1980:118-119). Llegado a este punto, y para sostenerlo, argumenta que la certeza de las normas jurídicas (que quedarían afectadas por la idea antes mantenida y no por la pretensión contraria: "La regla que prohíbe la antinomia es constitutiva del lenguaje jurídico") es una exigencia ético-política que puede satisfacerse solamente proponiendo leyes distintas, más precisas y más rigurosas que las existentes, y no haciendo decir a las leyes que existen cosas que no se encuentran en ellas.

La consideración sobre la certeza de las normas jurídicas es un problema ético que nos remite a otro subsistema normativo del control social, que no es el jurídico. Y si se trata de una cuestión política, esto es, propia del sistema del poder, nos reenvía a la estructura social que presenta relaciones concretas de subordinación. En ambos casos, la certeza no depende entonces de la apelación a criterios interpretativos, tales como el carácter cerrado del lenguaje jurídico, sino a criterios derivados de la experiencia social, es decir, de los hechos sociales específicos que existen en un lugar y en un tiempo determinado. Esta exigencia no puede satisfacerse por medio de leyes distintas, porque todas las leyes, por las características del lenguaje que emplean, serán

imprecisas o vagas en mayor o menor medida, aunque su formulador pretenda haber utilizado términos insusceptibles de ser alterados en su alcance. Ya llegará (muy pronto, quizás) el intérprete que le hará decir lo que no dijo, y frente a él, en ese caso concreto el legislador habrá perdido la partida: ya no puede decir otra cosa [7 bis].

Este tipo de planteos me hace pensar en los esfuerzos de algunos juristas para marginar lo social de lo jurídico por medio de limitaciones autoimpuestas que, si cayeran, los llevarían a sincerar su tarea con la realidad social. Sin embargo, en este punto, si la ciencia del derecho puede utilizar al lenguaje jurídico con ajuste a sus intereses, la sociología jurídica no puede eludir las consideraciones precedentes.

Uno de los aspectos a considerar en lo referente al lenguaje, es el de sus usos, y esto permitiría presentar a toda la teoría jurídica como teoría sociológico-jurídica [8]. No es el momento para abordar el campo de la lingüística [9], pero sí para señalar que, al margen de ser para algunos juristas fundamental o relevante esta perspectiva, no hay duda de que para el sociólogo del de-

[7 bis] Un caso patético de disparate interpretativo lo ha dado, lamentablemente, la Corte Suprema norteamericana en el caso "Estados Unidos vs. Humberto Álvarez Machain" (junio 15 de 1992) en el que se convalidó el secuestro de un ciudadano mexicano en su propio país, por agentes de la DEA, con el fin de juzgarlo por homicidio en los Estados Unidos. La mayoría del tribunal, en una argumentación que roza el absurdo en más de una oportunidad, entra directamente en él cuando sostiene que el Tratado de Extradición entre ambos países involucrados "...no tiene por propósito establecer la vía por la cual un país puede ganar la custodia de un nacional de otro país con el propósito de procesarla... La historia de las negociaciones y prácticas bajo el Tratado no puede demostrar que los secuestros fuera del Tratado constituyen la violación del Tratado... Por lo tanto, el lenguaje del Tratado, en el contexto de su historia, no apoya la propuesta de que el Tratado prohíba los secuestros fuera de sus términos". Es decir, como refuta lógicamente la disidencia con la mayoría, que "si los Estados Unidos, por ejemplo, piensan que es más expeditivo torturar o simplemente ejecutar a una persona antes de intentar su extradición, estas opciones estarían igualmente disponibles, pues ellas tampoco se encuentran explícitamente prohibidas por el Tratado", interpretación que, si bien resulta "altamente improbable", no queda excluida por la vía abierta por el máximo tribunal norteamericano. Se trata de una buena muestra de cómo, a partir de una infantil interpretación literal (según las palabras de Bidart Campos al anotar el fallo), puede la letra de la ley ser distorsionada hasta el absurdo, cuando la mala fe o las necesidades de ajustarse a un "horizonte de futuro" (sobre concepto, véase Cap. V, 4, d) justifican una decisión como la comentada (el fallo y sus comentarios pueden verse en "El Derecho" del 5 de agosto de 1992).

[8] Si "el lenguaje jurídico constituye en sí mismo un complicado sistema de significados teñidos fuertemente de emotividad" (Guibourg y otros. 1984: I, 107), deberemos reconocer la necesidad del aporte sociológico para definir esos usos, que son normativos, además del aporte de la pragmática. Y la clarificación de estos usos también entra en el campo de la sociología jurídica.

[9] Véanse, sin embargo, las menciones que se realizan al tratar los temas de la sociología crítica del derecho, en el Cap. VII.

recho es insoslayable que quede incluida en su consideración de los lenguajes la totalidad de la problemática social y cultural de éstos: sea en lo atinente a sus usos emotivos, ideológicos y en los deslizamientos para alejar o encerrar algún supuesto del "tipo", obligado por la inevitable multiplicidad de los hechos y la imposible precisión del tipo legal para cubrir todos los casos. En el estiramiento o reducción de la dimensión interpretativa existe mucho más, para el sociólogo del derecho, que en la descripción del caso típico del jurista tradicional.

Lo que se dice del juez y de los restantes operadores calificados del sistema jurídico es igualmente aplicable a los usuarios legos del mismo, que para la sociología del derecho tienen una importancia similar, en cuanto constituyen los "otros" en los sistemas de interacción de la sociedad. El derecho no es para la sociología un sistema cerrado para uso y consumo de jueces que elaboran sentencias para un conjunto de juristas ni de juristas que interpretan códigos, leyes y fallos "clausurados" en un conjunto que integran con elementos permitidos por el mismo ordenamiento, para uso de abogados y jueces, sino un sistema abierto en el cual todos los mencionados y los particulares —usuarios o no usuarios del servicio de justicia—, juntamente con las personas del derecho público, se encuentran en interacción, se influyen mutuamente y se condicionan por causas extrajurídicas. Debo recordar aquí la sensata observación de Carbonnier, para el cual, del fenómeno jurídico, lo judicial, la jurisprudencia, representa lo "patológico": los casos normales de uso del derecho no llegan a los tribunales; de allí sus conclusiones de que lo contencioso deforma la realidad del derecho y el derecho es infinitamente más amplio que lo contencioso (1977:98-99).

La idea de esfera cerrada, dentro de la cual elaboran sus doctrinas los juristas, la sociología la reemplaza por una esfera cribada, dentro de la cual mantenerse incólume es un quimera. Ni siquiera la "ideología democrática" —otro término cuya vaguedad podría dar lugar a innumerables disquisiciones—, sea del legislador, del jurista o del juez, aporta solución alguna al problema, pues la presencia de elementos latentes escapan por definición a la percepción de esas personas y van más allá del carácter presupuesto por unos o imaginado por otros. Lo mismo puede decirse del "autoritarismo", cuya definición no escapa de los sistemas ideológicos.

Decir que el juez "descubre o halla significados" presentes en la ley, no puede tener para la sociología del derecho otro valor que una opinión (esto es, un hecho social derivado de una determinada concepción que del orden jurídico se tiene en un momento histórico). Aunque el jurista imagine que el juez halla significados objetivos, y que él mismo se circunscribe a reglas de transformación fijadas de antemano, nos remite necesariamente a los usos que la comunidad hace del lenguaje o a los que la sub-

cultura jurídica o judicial hacen del mismo. En ambos casos existe una información que determina las decisiones que concretamente se toman.

Sugerimos que esas decisiones, que muchas veces se justifican y racionalizan en el descubrimiento de significados objetivos, se encuentran condicionadas por ideología, prejuicios, costumbres, hábitos de pensamiento, etc., y entre ellos se mezcla la información "ley" y "doctrina", tal como las entiende el operador en cuestión, como una variable más del conjunto que lleva a la sentencia.

## 12. La recepción del mensaje jurídico.

Precisemos lo dicho mediante el aporte de algunas consideraciones de teoría de la comunicación. La posición de los formalistas, ya analizada, va más allá de sostener que el lenguaje especializado del derecho es un conjunto de palabras precisamente definidas que constituyen, en las fórmulas legales, criterios de aplicación de una nitidez equivalente a las que tienen las fórmulas geométricas. Para que esto sirva a los fines que se les quiere dar se requiere que *sean unívocamente comprendidas de la misma manera.* Lo que no se ha planteado por estos teóricos es el problema fundamental de todo sistema de comunicación: el que recibe el mensaje debe interpretarlo con arreglo al mismo código empleado por el emisor. ¿Por qué pensar que se dan en la sociedad estas condiciones inmejorables que son mucho más difíciles de conseguir que la formulación de un lenguaje riguroso y preciso? En otras palabras, aun si el jurista hubiera conseguido tal lenguaje cercano al geométrico ¿por qué presumir que los receptores (otros juristas, jueces, abogados, ciudadanos) lo poseen?

Umberto Eco ha señalado con precisión que una suposición de este tipo, según la cual cada signo del mensaje corresponde a una significación precisa para transmisor y receptor, es propia de la base abstracta de una comunicación teórica. En realidad, cada significante abre, en el espíritu de quien lo recibe, un campo semántico sumamente amplio (1986:14). En cualquier situación de comunicación, las evocaciones que trae la lectura de un mensaje (jurídico, en nuestro caso) están determinadas por variables psicológicas y por la situación social y cultural concreta del receptor. Esto es insoslayable; aunque el emisor se esfuerce por articular su mensaje de manera que los equívocos y las variaciones personales afecten lo menos posible al receptor (o sean mínimamente alteradas), las posibilidades sobre el modo en que es recibido son amplias. No se trata de mensajes unívocos (como un horario de trenes, para tomar el ejemplo de Eco), aunque

aun en este caso el que recibe el mensaje podría no dominarlo por completo. Se trata de complejos mensajes jurídicos que aluden a infinitud de situaciones y supuestos de hecho.

Podría argumentarse que esta variabilidad está disminuida por la común formación de jueces y abogados. En rigor, esto es cada vez menos cierto. En algún tiempo y lugar pudo haber pocos y conocidos maestros; pocos y conocidos catedráticos de pocas y conocidas universidades. Autoridades en materia jurídica, indiscutidas, o alternativas precisas y claras. Sistemas jurisprudenciales en los cuales las líneas eran detectadas con cierta facilidad. Un código común, en suma. Si esto existió, hoy las cosas han cambiado: miles de profesores, cientos de autores que tratan infinitos temas, y, lo que es más importante, los ya miles de alumnos que llenan los claustros, no pertenecen a los estratos alto y medio alto como hace medio siglo. Esto significa además que tampoco ocupan los cargos judiciales los miembros de las mismas clases, como en épocas pasadas. Todo esto suponía códigos comunes, cultura común, refuerzo de ideas comunes sobre el derecho. En esta circunstancia pudo presumirse que la recepción no era el problema, sino la emisión del mensaje. Hoy la situación es distinta; el derecho, frente a miles de alumnos, profesores y jueces, cientos de escritores sobre derecho y docenas de Facultades, plantea el problema del código común del receptor con mayor fuerza que el de la presunta precisión en el código del emisor del mensaje.

Las preguntas básicas de toda teoría de la comunicación (cuando transmito un mensaje, ¿qué reciben efectivamente individuos diferentes en situaciones diferentes?, ¿el mismo mensaje?, ¿otro parecido?, o bien, ¿otro completamente diferente?) (Eco, 1986:15), aparecen como un planteo que empequeñece la vieja pretensión del código matemático unívoco, pretendidamente emitido y recibido con precisión absoluta. Aunque elaborado para las comunicaciones de masas, las observaciones de Eco son aplicables a nuestro tema. El mensaje jurídico también se convierte en un mensaje, si no de masas, compartido por amplios sectores de la población, y no ya por algunos eruditos impenetrables. Nótese el número que significa una matrícula de abogados del país, o los alumnos de las Facultades de Derecho, y se verá que nos estamos refiriendo a varias decenas de miles de personas. De esta manera, la idea de "interpretación no prevista por el emisor" tiene posibilidades instrumentales en nuestra materia. Veamos algunos casos.

*a*) Descarto el primer supuesto, según el cual la interpretación divergente se da cuando el receptor no posee en absoluto el código del emisor. Aunque la mayor parte de la población no entiende el minucioso lenguaje de los juristas ni, a veces —muchas veces—, las sentencias que los afectan, descartamos el supuesto porque nos referimos en este lugar a la interpretación de códigos

jurídicos por parte de abogados, jueces y juristas, profesores y alumnos de Derecho.

*b*) La alteración del código por generaciones siguientes o por "pueblos extranjeros". Respecto del primer caso, es propio de la sociología del derecho determinar las condiciones por las cuales esos códigos comunicativos se alteran, de modo que un mensaje jurídico que pudo ser claro y recibido con precisión hace cincuenta años, hoy toma un sentido tan diverso que no se reconoce en la interpretación que inicialmente se hizo de él. La cultura y su evolución tiene aquí un papel fundamental. La misma ley escrita se lee y se piensa hoy de otra manera, y la evolución jurisprudencial lo señala de modo permanente.

El segundo caso nos remite a leyes y sistemas jurídicos extranjeros, interpretados por sus introductores y también por sus receptores. Toda recepción del derecho posee un problema de "adaptación al medio", que es una transmutación de los códigos originales al sistema cultural existente en otra sociedad e interpretado en el caso por sus operadores jurídicos. Esta transmutación puede llegar al desconocimiento liso y llano o a conclusiones ni siquiera pensadas en origen.

*c*) Un caso más común es el de las distintas tradiciones hermenéuticas. Si el emisor pertenece a una escuela interpretativa muy divergente a la del receptor, es posible que éste realice una interpretación del mensaje jurídico que el emisor nunca pensó.

*d*) Tiene similitudes con el anterior el supuesto en que por diferentes tradiciones culturales el receptor considere que el emisor ha cifrado mal el mensaje en su propio código. Se trata del caso común en que se considera, por ejemplo, que el "método" utilizado por tal codificador es incorrecto o que no tuvo método en su obra. En realidad, el receptor tiene *in mente* otro método y con éste confronta la obra de su antecesor o contemporáneo.

La interpretación no prevista por el emisor pudo ser históricamente un supuesto inesperado. Hoy, me parece, en el ámbito jurídico, los receptores no poseen los códigos comunes básicos, por su diversa formación, clase social de origen, heterogeneidad cultural y de intereses, a lo que deben sumarse las condicionantes ideológicas y los intereses sectoriales.

Este problema oscurece los clásicos planteos del formalismo: el rigor formal derivado de la precisión del lenguaje —si bien imposible— tiene una condición de aplicación: el código común con los receptores (además de sus intereses e ideología común). Si este código ya no es poseído, comprendido o no interesa voluntariamente ajustarse al código del emisor, el tema de orden legal riguroso cae como un castillo de naipes. Y casi no tiene interés averiguar si existió o no "Capitolio" o si lo reemplazó una "choza de paja" —como decía Soler—. Parece que la situación es más compleja, ya que hay muchas chozas cuyos diferentes materia-

les esperan por una descripción y cuyas funciones también aguardan a que se las explique.

## 13. La costumbre.

En general, los teóricos del derecho limitan el peso de la costumbre como fuente del derecho, aunque reconozcan su valor. Es admitida como tal, con contenido normativo: se entiende que puede ser un procedimiento para la producción o convalidación de normas, como el legislativo o el contractual. Una norma jurídica que derive de otra superior de carácter consuetudinario depende de ésta en cuanto al contenido e interpretación. La diferencia con la creación de normas jurídicas a partir de otras normas jurídicas radicaría en la descentralización de su producción, y en la reducción del control normativo para los órganos productores (Vernengo, 1976:357-358). Puede, sin embargo, considerarse más discutible el carácter intersticial o marginal de la forma de producción consuetudinaria del derecho en los sistemas centralizados modernos, si por intersticial se considera lo que escapa a la mayoría de las decisiones, y por marginal lo que se realiza subrepticia o excepcionalmente.

Lo que afirma la sociología del derecho es que no sólo la costumbre entendida de tal modo opera en algunos casos, sino en todos, y que no podría ser de otro modo por la inserción del que maneja información jurídica en la vida real y cotidiana de su comunidad.

Bien dice Carrió que la adjudicación de sentido a una regla motivada por la zona de penumbra del lenguaje no tiene por qué ser arbitraria; está guiada por ciertos estándares valorativos, sociales, políticos y económicos (1979:57). Pero esto ocurre no sólo en esos casos sino en todos. Éstos son los criterios que dan fundamento a la decisión.

La palabra *penumbra* no debe confundir al respecto. No se trata de interpretaciones arbitrarias o caprichosas, aunque puede haberlas, sino de criterios que modifican los supuestos, hasta en los casos en que más clara aparece la subsunción del hecho en la norma, y menos equívocos los términos de éstas. Huelga referirse a la versatilidad de los hechos, a las innumerables circunstancias que los configuran y a las infinitas historias que podrían realizarse con tomar algunos datos, omitiendo otros, de la misma sucesión fáctica [10].

[10] Borges, en "Sobre el *Vathek* de William Beckford" (Otras Inquisiciones, *Obras Completas*, I, 729 a 732), escribe:

"Tan compleja es la realidad, tan fragmentaria y tan simplificada la historia, que un observador omnisciente podría redactar un número indefinido, y casi infinito, de biografías de un hombre, que destacan hechos independientes y de las que tendríamos que leer muchas antes

La sociología del derecho nació y se formó como un conjunto de reflexiones que en diversos tiempos y lugares se formularon contra la posición formalista dogmática. Todos los sociólogos del derecho han dicho en alguna parte de su obra que ni el orden jurídico es un sistema cerrado, con plenitud hermética y finitud lógica y con solución para todos los casos, ni la ley se puede expresar jamás con exactitud tajante. Tampoco cabe atribuir a ese orden vida propia, ni a los juristas ni a los jueces la especial capacidad para interpretar las leyes de acuerdo con cánones por aquélla prescripta. Es cierto que muchos teóricos de esta rama, marxistas o no marxistas, no han dicho más que eso.

Si tuviera que hacer una formulación de este tema de la sociología del derecho diría que pretende contestar a la pregunta: ¿qué tipos de condicionamientos normativos reales poseen el juez y el jurista en su actuar específico? ¿Qué sometimiento poseen al orden jurídico y en qué medida se rigen por él? ¿Qué mecanismos permiten la elaboración jurídica y cuáles son las causas por las que se presume una rigidez limitativa de la creación sobre bases no jurídicas?

Se tratará de responder a estos interrogantes a través de las respuestas que en el siglo pasado y presente han dado los sociólogos generales y del derecho, muchos de los cuales han planteado, en rigor, más dudas que aportado soluciones, dudas que aún hoy tienen vigencia y que no se han superado plenamente ni por el desarrollo de la teoría jurídica y sociológica ni por el desarrollo de la sociedad. Se los puede ver tan vigentes como si hoy hubieran formulado sus observaciones, ya que en algunos países (como el nuestro) el problema ha pasado poco más que de su formulación, y la respuesta sociológica avanza en la puesta a prueba de hipótesis concretas; esta realidad no puede imputarse más al retraso de la sociología sin agregarle la resistencia de los centros de poder jurídicos. No existe entre nosotros una tradición de la investigación social (la azarosa historia de nuestra sociología académica es buena prueba de ello), y todavía puede rechazarse anticipadamente la validez de cualquier resultado de la investigación social dirigida al sistema legal, por desconocimiento o prejuicio.

Hoy, todavía, podemos encontrar en nuestro medio a juristas que creen en el *"cogito, ergo est"*, satirizado por Ihering en

---

de comprender que el protagonista es el mismo...". Idea que se encuentra con frecuencia en el autor citado. Es lamentable que frente a la infinitud de la realidad, muchos jueces no contemplen siquiera algunos de los hechos que tienen a su alcance, y se conformen con una contrahecha reconstrucción de fragmentos, muchas veces mal recogidas por sus subalternos, que no forman ni siquiera una de las hipotéticas biografías de Borges, que en su construcción, se encontraban configuradas por algunas series de hechos ocurridos, y no falsificados. ¿Cuántas biografías podrían realizarse si a los hipotéticos 13.000 hechos del cuento les sumáramos las infinitas falsificaciones de los hechos?

*Jurisprudencia en broma y en serio.* Allí se dice que los juristas hacen cuentas con sus conceptos —o creen hacerlas—, como el matemático con sus magnitudes, de modo que si el total es correcto lógicamente, no hay más de qué preocuparse, ya que se encuentran a salvo de las consecuencias prácticas, que pertenecen al mundo de los otros [11].

Se ha tenido que volver una y otra vez a la negación de estas ideas afirmadas por Carlos Comte, Ihering, Gény, Kantorowicz, Cruet, Pound, Marx y otros autores, porque la ideología jurídica vigente (que debe ser sociológicamente explicada, aunque pueden elaborarse hipótesis al respecto), vuelve una y otra vez al planteo inicial y obliga a reiterar la respuesta. Creo que entre nosotros no se ha avanzado en estos aspectos, y que la creencia en la "seguridad" derivada del otro planteo no ha permitido ver que encubre la profunda inseguridad de la arbitrariedad: cuando no se sabe por qué, se actúa, se ideologiza, en el mejor de los casos. El panorama histórico que sigue muestra esta permanente afirmación, desde distintos países, en distintos momentos, con distintas legislaciones: la ley hace menos a la sociedad y a la cultura de lo que la sociedad y la cultura hacen al orden jurídico y a su aplicación.

Avanzaremos luego con otros autores más modernos, hasta completar un panorama que reúna las vertientes conservadoras y las críticas, durante el siglo XX. La segunda respuesta se dará a través de la sociología criminal, materia en la que llega al punto crítico la relación entre validez y eficacia normativa, entre condicionamientos de la aplicación de la norma e ideología.

Escribe Carrió que los realistas, aunque exagerados, pusieron ante nuestros ojos hechos muy importantes que la teoría jurídica ha pretendido ignorar. Observo que nuestra práctica judicial y buena parte de la doctrina todavía ignora, e ignora enérgicamente. No creo que hayan sido los excesos de la crítica sociológica los que produjeron el robustecimiento de la posición formalista; más probablemente fueron las permanentes necesidades de la ideología profesional legislativa y judicial las que requerían ese punto de vista. Entre nosotros, como se ha dicho antes, no se recuerda un tiempo en que el realismo jurídico, o las teorías críticas, hayan entrado (no digo imperado) en las Facultades de Derecho, para ser luego desplazadas. Más bien, se observa que la sociología jurídica, aun en versiones mucho más moderadas que la del realismo, no había tenido entrada hasta fines de los años 80, y si no se desarrolló (tal como algunos juristas imputan), ha sido en parte porque se la ha visto como un instrumento peligroso, que resultaba en sus conclusiones incompatible con afirmaciones dogmáticas sobre el carácter que *debía* revestir el orden jurí-

[11] Las observaciones de *Hart* sobre el "paraíso de los conceptos" recuerda muy cercanamente a Ihering.

dico. Frente a lo que *debe ser*, afirmado vehementemente, lo que *es* puede resultar molesto, aun si se reflexiona que una mejor comprensión del funcionamiento de las normas jurídicas en la sociedad puede permitir, como resultado utilizable por la política jurídica, la sanción de leyes aplicables (no meras formulaciones), en la presencia de jueces que so pretexto de rigidez no interpreten tan laxamente algunas normas, y en la inexistencia de juristas que utilicen con tanta asiduidad la hermenéutica de la extrapolación. Dicho en otros términos, el estudio de la ideología jurídica, al ponerla en descubierto, podría señalar a los jueces que ampararan sus prejuicios en la "aplicación de la ley" deliberada o inconscientemente. Y esto sí redundaría en beneficio de una mayor seguridad jurídica, a partir del descubrimiento de las reales causas de su inexistencia.

Carrió sostiene que la indeterminación del orden jurídico es algo inevitable, y que no puede ser eliminada por muy dignos que sean los motivos que inspiren las ideas contrarias. La certidumbre absoluta, motivada por la falta de completividad del sistema jurídico, es algo de lo que carece, de acuerdo con algunas *ópticas utilizables en filosofía jurídica. Pero esa certidumbre falta* siempre, si se aborda sociológicamente el orden jurídico, entendido como fenómeno observable con categorías propias de esta ciencia.

Del derecho definido estipulativamente como sistema de normas jurídicas sin lagunas, indeterminación o vaguedad, no cabe predicar verdad o falsedad. Ya hemos anticipado que la utilidad de estas versiones se encuentra vinculada con la función social de seguridad jurídica que es necesario atribuir socialmente al derecho para fijar las expectativas y relaciones sociales derivadas de ellas.

## 14. Los conflictos normativos y el sistema de derecho.

Tomemos otro aspecto para el que la sociología del derecho es relevante: el conflicto. Vernengo, al tratar de los conflictos normativos, estima que la incertidumbre legal puede ser provocada por aquéllos, derivados de inconsistencias internas del sistema. Se entienden por tales tanto las legislaciones superpuestas como las normas que rigen a civiles y militares, o las normas nacionales y provinciales. También puede plantearse cuando las partes discrepan o no aceptan la valoración política que toda norma expresa, por no coincidir con las valoraciones subjetivas de las personas a las que la norma debe aplicarse. Esto ocurre en momentos de cambio social, frecuentemente, y más aún en caso de cambio revolucionario (1976:314 y ss.).

La sociología del derecho, en este caso, amplía la idea de sistema, de modo tal que trata de *medir* (si tal palabra no se con-

siderara presuntuosa) la inconsistencia, pero no a partir de conflictos normativos legales o de valoraciones, sino a partir de los conflictos normativos entre leyes y otras normas. La inconsistencia aparece en estos supuestos con mayor claridad en las sociedades modernas, en las cuales la regla es la pluralidad normativa y el conflicto de valoraciones, y no la coherencia entre el sistema normativo legal y los otros sistemas de normas. Las soluciones allí no se encuentran organizadas, de modo tal que se podrían considerar insuficientes, a la luz de la ampliación del marco normativo, las presunciones de que el conflicto se resuelve por los mecanismos previstos por las leyes.

Puede afirmarse en términos jurídicos que una sentencia *contra legem* producida por un tribunal inferior se modifica en la alzada, si este tribunal se ajusta a las normas jurídicas. Si elevamos el concepto de sistema a otro que englobe las normas jurídicas y las ideologías políticas, las normas religiosas, las costumbres y los usos del lenguaje respetados por los jueces en ambas instancias, los fundamentos de uno y otro fallo pueden aparecer con una luz distinta, y el conflicto en una dimensión diversa a la específicamente legal.

Una función del formalismo y del dogmatismo deriva de una necesidad de los sistemas sociales modernos (capitalismo, socialismo), de postular la racionalidad de las relaciones sociales. Estas sociedades se autodefinen como cooperativas, y pretenden subsumir el conflicto por medio de un orden jurídico racional. Los intentos antiformalistas parecen pretensiones de volver a sistemas irracionales (y también anárquicamente conflictivos), en su creencia aparente del reemplazo de una justicia formal (ficción de verdadera justicia) por una justicia que, más que verdadera, peca por imprevisible, y en esa medida, de irracional: los casos se resuelven por el arbitrio del juez. Sabemos que la sociología jurídica tiene otro objetivo. Tras esta búsqueda puede no existir el intento de imponer el conflicto o la sinrazón, sino de obtener con mayor éxito la seguridad jurídica buscada por la otra vertiente del pensamiento jurídico. Descubrir la ideología del juez o los conflicto subyacentes entre normas (expresión de distintos intereses) puede llevar al sinceramiento de las reglas aplicadas.

## 15. El punto de vista sociológico y la versión realista del derecho.

Las consideraciones precedentes no significan una opción por la visión realista del derecho. Si se puede llegar a considerar como falso que "las normas jurídicas son lo que sostienen los formalistas", la alternativa no es "no existen normas jurídicas sino

decisiones individuales". Como se ha señalado, estas posiciones pueden ser ambas falsas (Carrió, 1979; 70, 71), ya que no es necesario ser escéptico ante las reglas para reconocer la falsedad de la primera afirmación. La normatividad jurídica no es negada, es entendida en su aplicación concreta alterada por el juego de los subsistemas normativos del sistema de control social, en conflicto o en armonía, que determinan, junto con ella, las decisiones judiciales, en un marco de condicionamiento cultural y de limitaciones del lenguaje.

Escribe Hart que los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas a casos particulares. El formalismo o conceptualismo, al minimizar esta necesidad, pretende congelar el significado de la regla, para lo cual obtiene la certeza a precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición se ignora (1977: 161, 162). De eso se trata, de un prejuicio que pretende encubrir los prejuicios de los que en el futuro interpreten o apliquen el derecho.

La exageración del carácter indeterminado de las reglas jurídicas —vicio del realismo— oculta lo que subyace al derecho: no se trata, por ello, sólo de un problema de lenguaje, sino de intereses y de ideología. No es indeterminación, sino determinación por otros condicionantes. Por supuesto que debe aceptarse como correcta la crítica que puede hacerse del escepticismo, sobre la base que existen normas y decisiones; éste no es el problema, sino que las normas que motivan el comportamiento no son todas jurídicas (1977:170) [12].

Sostener que las decisiones judiciales se dictan mediante un esfuerzo genuino en ajustarse a normas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores o justificadas por normas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso sea generalmente reconocida (1977:145); no tiene en cuenta varios elementos: la ideología del juez, las funciones latentes de la justificación de la decisión por medio de una norma (y no por otra, que siendo extrajurídica haya permitido la elección de la regla jurídica que se dice aplicable al caso), los prejuicios del conjunto social prevaleciente en el sistema, que hacen "generalmente reconocida" esa relevancia y que determinan aspectos fundamentales de los códigos del receptor.

A diferencia de las conclusiones de Carrió, para quien hay normas jurídicas y ellas desempeñan un papel indispensable en la práctica cotidiana del derecho, pero no determinan toda la conducta porque tienen una textura abierta o presentan una zona

[12] Véase la crítica de este autor a Llewellyn, en ps. 172 y 173, que puede compartirse sin contradicción con el punto de vista sociológico antes señalado.

de penumbra, dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad, prefiero decir que las leyes no determinan toda la conducta porque no son ni el único ni el más importante sistema normativo por el cual las personas (los jueces incluidos) guían su conducta; las decisiones "bajo su responsabilidad" suelen ser mediante la cobertura de otro sistema de normas que suministra los elementos para tomarlas. El estudiar estos sistemas normativos no nos lleva a la incertidumbre y de allí al escepticismo: nos lleva a la predicción de la conducta de jueces y particulares, con un mayor grado de aproximación que el supuesto por criterios sobre el carácter inequívoco de las construcciones jurídicas. El análisis del lenguaje (en sus aspectos de la semiótica y la pragmática) es necesario, pero no es suficiente para este objetivo.

No creemos, a la inversa de Hart, que las reglas tengan además de una zona de penumbra un área de incuestionable aplicación (1977:145). La penumbra, que es la preocupación central de los sociólogos del derecho, *puede ser total* en la medida que se desconozcan los mecanismos por los cuales una conducta está regida desde el punto de vista normativo: si no sabemos quién es el juez, de qué clase social proviene, qué religión profesa —si profesa alguna—, cuál es su ética y su moral, cuáles son las costumbres de su medio, cuáles las opiniones que respeta, y si no extendemos esa información a la totalidad del sistema de justicia, no habrá "área de incuestionable aplicación": todo será de acuerdo con el tipo de las normas extrajurídicas que existan, que desconocemos, y que integran el código con el cual decodifica los mensajes.

Los mecanismos utilizados para la interpretación de la ley dan suficiente fuerza a la posición sociológica y constituyen una fuente de investigaciones. Al decir de un teórico general ya citado, los procedimientos que utilizan los órganos judiciales para lograr *alguna objetividad* en la interpretación de las normas generales son, en parte, retóricos y de antigua tradición: la analogía, el argumento *a fortiori*, que si bien son considerados propios de la lógica del razonamiento jurídico no son formas deductivas lógicamente válidas, sino de "tópicos retóricos, relativamente formalizados, que los juristas utilizan tradicionalmente". Los esquemas deductivos estrictos, en cambio, no suelen ser utilizados expresamente en el discurso jurídico —continúa—, aunque sea posible reconstruirlos. "La lógica, sin embargo, como repertorio de esquemas válidos, es una autoridad frecuentemente mencionada por los jueces y los escritores de derecho, con el mero valor de un tópico retórico" (Vernengo, 1976:411). Que los métodos de interpretación son procedimientos retóricos (y políticos) conforme a lo sostenido por Vernengo y también por Cossio, justificantes de la decisión judicial por medio de un procedimiento supuestamente imparcial y válido, a juicio de los grupos profesionales,

académicos y jurídicos, remite directamente a los intereses de esos sectores (incluso la defensa de su propio modo de vida y de sus medios de vida) y de los grupos o categorías que representan. Esta remisión a los criterios interpretativos, admitido que puedan utilizarse indiscriminadamente, según la orientación política que expresa o tácitamente quiera imprimir el juez a las normas que estatuya (1976:417), podría entenderse como una remisión a posiciones irracionalistas, cuando, en rigor, es un presupuesto sociológico y de reconocimiento necesario para cualquier teoría del derecho que no pretenda estar fundada en esencialidades.

## 16. Derecho legislado y "Common Law".

Otra consecuencia puede extraerse de lo dicho. En general, se consideró históricamente que entre el derecho continental y la tradición anglosajona existía un abismo difícil de llenar, en cuanto a la idea de derecho propia de uno y otro sistema. Cossio, en su prefacio a la obra de Cueto Rúa dedicada al *Common Law* (1957), señaló con precisión la falsedad de esta caracterización. Pretextos (o prejuicios) informaban (e informan) ideas como las de la ajenidad del trabajo del jurista y del juez anglosajón respecto del continental; la pobreza y el pragmatismo de aquéllos frente a la profundidad de éstos. Y es precisamente la sentencia y su formación la que muestra que el trabajo de uno y otro juez no difieren significativamente, idea que se confirma cuando se trata de descubrir el papel del orden jurídico en el sistema de derecho codificado, que, más allá de las declamaciones de los panjuristas [13] no se aplica ni se practica si no existe ese basamento que significa la convicción por la práctica social del deber ser cumplido y acatado.

Por lo demás, ya en esta tradición "ajena", sobre la que trataremos en capítulos posteriores de este trabajo, también existe una vertiente formalista que sostiene que el juez no crea derecho, sino que lo descubre, formalismo jurisprudencial para el cual un precedente siempre es hallado y existe en cualquier sentencia dictada. En ambas tradiciones hay formalistas y realistas; lo que Kelsen es a Erhlich, Blackstone lo es a Frank.

El orden jurídico es básicamente un elemento del sistema de control social que cumple funciones similares en las sociedades modernas. Las limitaciones por causa de los restantes elementos del sistema de control (o subsistemas, si se tiene en cuenta la relativa autonomía de cada uno de ellos) son asimismo comunes. También son compartidas las ideologías que en uno u

[13] Expresión que *Carbonnier* aplica a los que "ven derecho en todas partes". Ver 1974: 33.

otro sistema suponen la rigidez de las normas escritas y las ficciones sobre el derecho.

## 17. Las categorizaciones de la sociología del derecho.

Aceptada la posibilidad y la necesidad de la sociología del derecho, y establecidos algunos parámetros de su relación con la ciencia del derecho, es necesario ahora tratar de determinar sobre qué categorías debe ser construida: si sobre las jurídicas o sobre las sociológicas. A los juristas les parece natural optar por las primeras, y así sugerir una sociología jurídica paralela a cada rama del derecho: sociología del derecho civil, penal, constitucional, político, rural, etc.

La construcción de la sociología jurídica ha avanzado por encima de estas categorías, que en algunos casos no han pasado de un título. Para Bobbio, al lado de cada rama del derecho, con motivo de los nuevos puntos de vista sociologizantes, se ha abierto una disciplina del comportamiento humano que "la sigue como su propia sombra": al derecho constitucional, la ciencia o sociología política; al administrativo, la ciencia de la administración o la sociología de las organizaciones; al penal, la sociología del comportamiento desviado; al derecho del trabajo y de la empresa, la sociología industrial y del trabajo; al derecho internacional, las relaciones internacionales (1980:235). Estas afirmaciones requieren algunas precisiones, ya que el proceso no ha sido lineal y tampoco se ha dado un paralelismo entre las ramas del derecho y de la sociología; más bien, éste ha sido un resultado espontáneo de ciencias de evolución independiente, casi de espaldas una de la otra.

Algunas ramas de la sociología se desarrollaron sobre la base de las ciencias anteriores; la criminología fue una combinación de derecho penal, biología, psicología y sociología (luego ciencia política), sin perjuicio de su pretensión de independencia, de lo que tratamos en el Capítulo IX. La ciencia política, por su parte, pretende una independencia del mismo tipo; pero, más allá de este aspecto, marcó un paso entre el derecho político y la sociología política. Más aún, puede coincidirse con Duverger en que la distinción entre sociología política y la ciencia política es difícil, si no imposible (1972:30).

La ciencia de la administración, que se desarrolló sin vinculación alguna con la del derecho, tuvo un alcance que no abarcó los aspectos jurídicos vinculados con la administración pública y privada; se formó paralelamente a la sociología de la organización, no estrictamente jurídica, pero que afecta a institutos de importancia fundamental para la regulación jurídica: desde la administración del Estado (incluyendo el importante capítulo de

la administración de justicia) hasta las organizaciones privadas, todas ellas sujetos fundamentales de las relaciones jurídicas.

Desde el otro lado, algunas sociologías especiales no jurídicas no han generado ramas a partir del derecho, como la sociología rural y la industrial, que abarcan incluso los aspectos jurídicos involucrados. Existen, además, subdivisiones de la sociología del derecho que no corresponden a ramas de la ciencia del derecho, sino a subdivisiones de éstas. Tal es el caso del derecho civil, que no da lugar a una sociología del mismo nombre, sino a otras de variado desarrollo: la sociología de la familia parece ser la más avanzada, aunque de una autonomía ambigua, ya que ha sido conquistada a partir de la sociología general, no desde la jurídica (Carbonnier, 1977:24), no obstante su central consideración de las normas jurídicas que rigen las relaciones familiares. De las otras, se han desarrollado en menor magnitud las de responsabilidad civil, sucesiones, derechos reales, en especial, la propiedad.

En la rama del derecho procesal se ha hablado de una "sociología judicial", aunque, en rigor, los estudios sobre jueces y otras figuras procesales son propios de la sociología de las organizaciones, por actuar dentro de ese marco, y otro tanto ocurre con la "sociología legislativa", que tiene la misma inserción.

El desarrollo dispar y desigual que se ha mencionado muestra que, en todo caso, se ha obtenido conocimiento a partir de la sociología, y la ciencia del derecho ha aportado parte de la información necesaria, pero no la sistematización inherente a la ciencia jurídica, que muchas veces no coincide con las necesidades propias de la explicación de los fenómenos sociales, por constituir una ciencia normativa.

El caso indicado de la sociología judicial es claro: el juez, el fiscal, el testigo, el perito, son figuras del proceso. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociología organizacional, tienen que ser considerados en un contexto sistémico equivalente al de cualquier organización administrativa estatal, junto con los restantes roles del conjunto; por ejemplo, los empleados judiciales y del macrosistema (los representantes de partidos políticos o grupos de presión, entre otros). Hemos elegido voluntariamente a dos grupos que representan, uno, una gran cantidad de personas de valor casi inexistente para el proceso descripto en los Códigos Procesales (salvo algunas disposiciones, y los reglamentos internos), y el otro, de peso absolutamente negado por la administración judicial, que se autodefine como marginada de la política e inmune a sus presiones. A la sociología del derecho no le interesa tanto distinguir a partir de las categorías jurídicas que importan a la ciencia del derecho (tal como la independencia del poder judicial, la separación de los poderes o el control y dirección del proceso por parte del juez), sino indicar los puntos de aproximación entre todas las estructuras burocráticas organizacionales, lo que da lugar, por ejemplo, a la comunidad entre el papel del juez

y el del gerente de una empresa de servicios, o el peso apabullante de los empleados públicos en la estructura administrativa o judicial, más allá de la consideración privilegiada que la ley hace del juez como figura rectora del proceso (Fucito, 1989).

## 18. Algunas definiciones y propuestas de contenido de la sociología del derecho.

Señalada nuestra opción por las categorías sociológicas, pasemos al objetivo específico de la sociología del derecho [14]. La evolución que Treves apunta sobre su propio pensamiento es un buen indicador de las dificultades que se encuentran en este tema (1987a:583 y ss.); en 1966 propuso como objetivo "estudiar las relaciones entre la estructura jurídica estática y acentuadamente antigua y el contexto social en continua transformación, conocer cómo el derecho actúa efectivamente en la sociedad, controlar las actitudes del público frente a la situación jurídica del presente, y calcular y prever cuáles pueden ser las consecuencias de determinadas reformas legislativas".

Luego, sobre la base de la idea genérica de las relaciones entre derecho y sociedad, especialmente en su *Introducción*, propone una sociología del derecho empírica, con mengua de la tradicional sociología jurídica teórica (1987a:121 y 122). Por último, en su *Sociología del derecho* (1987), sostiene que ésta desarrolla dos órdenes de investigaciones: individualizar el derecho que vive libremente en la sociedad y fuera de los esquemas jurídicos formales, y buscar la posición y función del derecho por medio del estudio de la sociedad, vista en su integridad.

Con excepción de la posición empirista, que no tuvo suficientemente en cuenta la importancia de la teoría en el desarrollo de la investigación, pero que en su momento significó un llamado de atención hacia la excesiva especulación teórica que requería de confirmaciones dadas por la investigación social (poco desarrollada hasta la década del sesenta en esta área), las restantes consideraciones de Treves pueden formar parte del objetivo permanente de la sociología del derecho. La evaluación del llamado *derecho libre* fue uno de los primeros desarrollos de los autores que pueden considerarse precursores y fundadores de la rama, como veremos. Estas mismas opiniones sobre el *derecho no estatal*, que regía relaciones y que surgía como una oposición al derecho escrito, estaban también vinculadas con el problema del desajuste entre orden jurídico y realidad social: un sistema

[14] Al igual que *Carbonnier* y que *Treves*, entendemos que no existe distinción útil entre sociología del derecho y sociología jurídica, debiendo considerarse ambas expresiones como equivalentes (Carbonnier, 1977: 15; Treves, 1987: 5).

muy atrasado de leyes no se cumplía; otro muy adelantado, o trasplantado sin prestar atención a las condiciones sociales del país de recepción, tampoco era observado.

Si bien este tipo de estudios teóricos ocuparon todo el comienzo y el desarrollo de la sociología del derecho hasta la mitad del siglo XX, ocurrió en esta rama un fenómeno similar al que existió en la sociología general: el influjo de la investigación empírica fue desplazando la vieja sociología teórica del derecho, por medio de hipótesis específicas del campo sociológico-jurídico que debían ser probadas. En menor escala, pudo darse un fenómeno similar al que Merton (1964) y Wright Mills (1969) habían denunciado al tratar de la sociología empírica: sin marco teórico, el empirismo abstracto peca de insuficiencia y dispersión.

La existencia de una etapa teórica (que arranca en el siglo pasado, por lo menos en época de la codificación), de gran especulación, produjo la reacción dirigida a la búsqueda de soluciones concretas y particulares a los temas sociológico-jurídicos. La tercera etapa, producto de una madurez intelectual, es la culminación de ambas, y a ella se tiende actualmente. Para algunos, sin embargo, esta tercera etapa no debería consistir en una investigación objetiva sustentada en un marco teórico adecuado, sino en una sociología crítica del derecho, en la que el científico social dedicado a estos temas, sin renunciar al papel de investigador, analice los problemas *verdaderamente importantes* que subyacen en la sociedad, tales como la medida en que el orden jurídico resuelve los conflictos sociales o constituye un instrumento al servicio de determinados intereses implantados, o la vigencia de los derechos humanos y su defensa efectiva, o bien, también como ejemplo, la medida en que la ley penal constituye y margina a determinados sectores de la población. Se trataría de una concepción derivada de los presupuestos de la sociología crítica originada y desarrollada en las sociedades capitalistas [15]. Sobre su desarrollo volveremos más adelante.

Si pasamos una breve revista a algunas definiciones y contenidos de la sociología del derecho, observaremos la recurrencia de los temas incluidos, a que hicimos referencia en páginas anteriores. La extensa definición de Gurvitch, sustancialmente, considera a la sociología del derecho como la parte de la sociología del espíritu humano que estudia la realidad plena del derecho, comenzando por sus expresiones externamente observables en las conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas y tradiciones) y en su base material (estructura espacial y densidad demográfica de las instituciones jurídicas). La socio-

[15] Sobre sociología crítica, remitimos a los Tratados respectivos, y también a nuestro trabajo *Las dimensiones de la teoría social*, cit. Respecto de este enfoque en la sociología jurídica, ver Selznick, P., *The Sociology of Law*, y la opinión de Elías Díaz (1984: 179 y 180); asimismo, los capítulos de este trabajo en los que se trata de esas tendencias.

logía del derecho interpreta estas conductas y manifestaciones materiales del derecho de acuerdo con los sentidos internos que las inspiran y a los que transforman. A partir del derecho organizado se remite a las reglas flexibles y al derecho espontáneo, y desde ellos, a los valores e ideas jurídicas que expresan. Por último, a las creencias colectivas que aspiran a esos valores y que se manifiestan en hechos normativos, fuentes de validez (Gurvitch, 1945:67, 68).

Recasens Siches sostiene que si el derecho es resultado de un complejo de factores sociales, y en cuanto hecho social actúa como fuerza configurante de las conductas, la sociología del derecho tiene dos grandes temas: 1) el estudio del modo en que el derecho (como hecho social) representa el producto de procesos sociales; 2) el examen de los efectos positivos o negativos que el derecho ya producido causa en la sociedad (1956:546, 547).

Alf Ross, por su parte, sostiene que la sociología jurídica tendría que estar formada por una parte básica general que, a partir de un sistema jurídico particular y de un medio social específico, estudiara la mecánica general de motivos por cuyo medio el derecho influye sobre la conducta de los hombres; y luego, por una parte técnica o aplicada que, teniendo a la vista problemas prácticos, estudiara correlaciones concretas (1963:322). Esta concepción es muy limitada, pues sólo se refiere a la influencia del orden jurídico sobre la conducta, y no a los otros referentes normativos de la conducta sobre el sistema legal y demás temas de la sociología jurídica.

Elías Díaz considera dos grandes capítulos: 1) La interrelación entre derecho y sociedad. 2) Las interrelaciones entre valores jurídicos (sistema de legitimidad) y sociedad. El primero se ocuparía de la comprobación del derecho realmente vivido en la sociedad, diferenciando entre el derecho vigente, formalmente válido, y el derecho eficaz, realmente vivido, entre los que se suponen (y observan) desajustes. Se entiende por derecho eficaz al aplicado por los tribunales, y también al utilizado espontáneamente en la sociedad o en sectores de ella. Se trataría de responder a la cuestión de por qué un derecho válido no es eficaz, y por qué unas normas eficaces no son válidas. También estudiaría el sustrato sociológico de un sistema jurídico (las fuerzas reales que lo determinan) y las influencias del derecho sobre la realidad social.

En el segundo capítulo se comprobarían los valores jurídicos aceptados en una sociedad o los valores compartidos por clases o sectores, esto es, cuál es la ideología jurídica o el sistema de legitimidad realmente aceptado por la sociedad frente al impuesto por la normativa jurídica positiva. Se debería ocupar este capítulo del sustrato sociológico de los valores jurídicos, y la influencia de los valores jurídicos en la realidad social (1984:201, 208).

Por último, para Arnaud (1981:278 y ss.), la sociología jurídica es una ciencia privilegiada para analizar la distorsión de la razón jurídica (sobre su definición, véase Cap. IV), prevenir las crisis del derecho, y entenderlas como manifestaciones de una razón desencaminada. Para realizar tal tarea propone tres grandes capítulos:

1) El estudio de la distorsión de la razón jurídica, propiamente dicha, que refiere al estudio de la desviación.

2) El de fuentes, creación de los sistemas jurídicos y su transformación que obedece al contacto con otras razones jurídicas que le son ajenas.

3) El estudio de los discursos de la razón jurídica (toda vez que el derecho se expresa a través de aquéllos).

Estas posiciones, y otras que no citamos aquí[16], apuntan a lo que Carbonnier expresó en su "teorema" de la sociología del derecho: "El derecho es más amplio que el conjunto de las fuentes formales del derecho", del cual deriva un "lema": el derecho es mayor que las reglas de derecho (normas jurídicas) (1977: 91, 92), afirmación básica de la sociología jurídica que encontramos reiteradamente bajo distintas enunciaciones, en la base de todos los que, desde la sociología o desde la ciencia del derecho, se han ocupado de la relación entre ese tipo de normas y la vida social.

La enunciación de posiciones y contenidos podría seguir, ya que cada autor aporta la suya. Puestos a definir los temas que consideramos significativos para la sociología jurídica, aceptamos el criterio de Arnaud, y también de Febbrajo (1984:12), de tomar los recurrentes en la historia de la disciplina, a la vez que de dispar respuesta y consideración. Estos temas, a mi entender, son:

1) *La definición de su concepto de derecho,* que es problema preliminar para la sociología jurídica. Reivindico aquí la libertad de sus teóricos para definirlo de modo adecuado para sus objetivos. Este capítulo se vincula con la teoría del conocimiento a través de las condiciones de producción del pensamiento jurídico, que en este aspecto debe requerir la explicitación de los presupuestos metacientíficos del discurso sociológico.

2) *El problema del estudio del derecho,* es decir, la relación que la investigación sociológica tiene respecto de las ciencias jurídicas tradicionales, en especial la dogmática jurídica, la filosofía del derecho y la historia del derecho.

Los problemas identificados precedentemente se encuentran íntimamente relacionados: nuestra definición de derecho, como

[16] Para el análisis de otras concepciones, ver Elías Díaz, 1984: 189 y ss.; *Lautmann,* 1974: 17 y ss., Arnaud, 1981: 176 y ss., y lo que se expone en los capítulos siguientes, al tratar de las líneas del pensamiento sociológico-jurídico.

se ha visto, depende también del campo que le atribuyamos a las otras ciencias que pretenden ocuparse de él.

3) *La sociedad en su influencia sobre el orden jurídico.* Es el tema de la evolución del orden jurídico a la luz de los factores sociales que actúan sobre su permanencia o sobre su cambio, y también comprende el de los valores sustentados por la cultura que influyen sobre el derecho.

4) *El orden jurídico en su influencia sobre la sociedad.* Es el tema de su eficacia, es decir, la efectiva relevancia de las leyes como instrumento de control y de cambio social.

Los problemas identificados por los números 3 y 4, están vinculados entre sí en cuanto definen las posibles *funciones del orden jurídico* respecto de la sociedad y de la sociedad sobre el orden jurídico. La eficacia del sistema legal, su carácter motivador de conductas, se vincula con aspectos relevantes de los sistemas normativos que constituyen el control social (y que hacen al "derecho libre", "no estatal" o "no derecho" o "derecho no oficial", según las variadas denominaciones que le han sido dadas. El derecho cambia cuando el control social, en su conjunto, se altera dentro de una sociedad.

Señalo que el tercer problema no es sólo de relación entre normas jurídicas y normas sociales y su mutua influencia .Es también de relación entre todo fenómeno social con el jurídico: por ejemplo, la estratificación social, la cultura, la estructura del poder y de los grupos, el proceso de socialización y de educación, este último con especial énfasis en las profesiones jurídicas, las organizaciones burocráticas, la familia, etc. Estas relaciones mutuas determinan la eficacia del sistema jurídico y hace a las "funciones" del derecho.

Los temas 3 y 4 comprenden también los problemas planteados por la sociología crítica del derecho, ya que el sistema jurídico, como instrumento de determinadas clases o intereses o como agente del conflicto social, es un modo de abordar las señaladas relaciones e influencias entre sociedad y derecho.

Estos son los problemas generales que trataremos en los capítulos siguientes, a la luz de las consideraciones que sobre ellos han realizado múltiples pensadores desde varias concepciones sobre la sociedad, y a los que han dado distintas respuestas.

## 19. Utilidad de la sociología del derecho.

Un autor que rescata la utilidad de la sociología, aunque sea sólo por su reiterado intento para incorporarla a su teoría, sostiene categóricamente que la sociología jurídica no sirve al jurista y que debe elaborarse una *jurística sociológica,* para la cual hay que buscar las categorías sociales que contemplan el material

estimativo del valor justicia. Sin abrir juicio sobre esta idea de Goldschmidt (1976:29), que parte de la teoría integrativista que reconoce en el objeto del derecho tres dimensiones, resulta más adecuado al desarrollo de la sociología jurídica autónoma ajustar esta exposición a la idea de que el conocimiento sociológico, como ciencia independiente de la ciencia del derecho, puede aportar al jurista sin introducir los elementos sociales en la concepción jurídica al estilo de la corriente tridimensionalista. Si la declinación trialista puede ser útil o no serlo al pretender confrontar al derecho con la realidad social y con un sistema de valores, es una cuestión; pero este trabajo también puede hacerse con categorías sociológicas, y así como hemos preferido rechazar las teorías normativistas que no dejan campo para la sociología, también preferimos separarnos de las que pretenden incorporar la sociología al derecho de un modo que metodológicamente puede ser objetable.

La sociología del derecho puede brindar información útil a la ciencia del derecho en casi todos los temas. Lautmann, al referirse al aporte a la actividad de los juristas y jueces, señala en primer lugar la información sobre los estados sociales, con el fin de aplicar una decisión a la realidad social que pueda ser efectiva, si aspira a ser algo más que una observación prejuiciada y superficial (1974:21). Esto es más claro cuando, por carecerse de una norma específica, debe crearse la solución a partir de principios generales (programa de decisión informal, en la terminología de ese autor), es decir, de concepciones morales, éticas o costumbres cuyo conocimiento debería hacerse a partir de teorías sociológicas específicas. Es el caso de los juicios de familia, que se resuelven usualmente sobre la base de las concepciones que los jueces tienen sobre los temas debatidos más que por normas jurídicas específicas.

Al objetivo de la teoría jurídica de exponer el sistema legal desde el punto de vista normativo (para conocimiento de los técnicos en derecho) parecería no corresponder una tarea sociológica, salvo si se ponderan las consecuencias sociales y los presupuestos del orden jurídico, en cuyo caso la perspectiva aparece con claridad.

Como las leyes son expresiones del poder político, el jurista y el juez necesitan conocer no sólo la realidad social a la que corresponden sus propuestas, sino los fundamentos políticos de las soluciones dadas. La valoración política no debería hacerse exclusivamente sobre la base de opiniones sino a partir de informaciones suministradas por la sociología política (respecto del sistema concreto de poder que impera en esa sociedad) o por la sociología general (por ejemplo, en lo atinente a la estructura de la sociedad —estratificación social—).

De la ciencia del derecho se esperan propuestas político-jurídicas para los órganos de creación de las leyes. Toda política

jurídica requiere de información básica sobre el ámbito social para cuyos problemas ofrece soluciones, y este cuadro de necesidades básicas del grupo, así como la determinación sobre la influencia que la reforma legislativa puede tener en las conductas, no debería estar fundado en suposiciones o en la limitada experiencia que como abogado o como juez pueda tener el jurista. Éstos no pueden conocer este tipo de cuestiones, pues excede su marco de conocimiento y de técnica; el aporte puede ser hecho por la sociología.

Un caso, entre nosotros, del menguado cumplimiento de estos principios, fue visto en ocasión de la sanción de la ley de divorcio vincular en Argentina. Las opiniones del debate legislativo rara vez se fundaron en comprobaciones sociológicas nacionales o extranjeras, se prefirieron opiniones personales, experiencias de bufete y hasta consideraciones acerca del éxito del propio matrimonio del legislador opinante. Sólo una comisión solicitó un estudio de campo y encuesta de opinión acerca de la aceptación, rechazo o necesidad de la reforma. No se hizo mérito de experiencias comprobadas en países con antecedentes similares (como España). La sociología de la familia poseía material suficiente y recursos adecuados para dar algunas ideas respecto de estos temas, y la sociología en general dispone de elementos técnicos que pueden dar respuestas precisas a interrogantes que se contestaron de acuerdo con estados de ánimo, ideologías espesas o banderías políticas.

También son aportes de la sociología jurídica las respuestas a las cuestiones que plantea Alf Ross como necesarias para fundamentar una política jurídica, del tipo de: ¿qué influencia tiene la formulación de normas relativas a daños y perjuicios sobre la prudencia que la gente observa en situaciones varias? ¿Qué papel desempeñan en relación con esto las facilidades para obtener un seguro que cubra el riesgo de responsabilidad? ¿Qué importancia tienen las normas que regulan las hipotecas y otras instituciones de garantías respecto del crédito y el comercio? ¿Cuál es la influencia del sistema de compra y alquiler sobre las disponibilidades financieras de la gente, y en qué medida constituye una tentación para actos delictivos? (1963:322). En estos casos se trata de averiguar el influjo del orden jurídico sobre la realidad social, como un modo de fundamentar modificaciones legislativas. Si bien para la época en que escribía el autor citado, al igual que Kelsen, podía sostener que "hoy en día no existe una sociología jurídica que sea una ciencia sistemática, apoyada en investigaciones metódicas; en todo caso, tal disciplina está sólo en sus comienzos", no es la realidad actual cuando existe la posibilidad de contar con grupos de investigación que llevan a cabo esa tarea en el campo jurídico, tal como la practican en otras áreas de la vida social. Lo que ocurre es que no se encuentra institucionalizado entre los juristas y legisladores de algunos países no cen-

trales, y de allí que hoy, para nosotros, sea todavía cierto que "la conjetura y el cálculo vago reemplazan al conocimiento exacto".

La sociología brinda apoyo al jurista en todas las actividades organizacionales que de ordinario realiza; ya no puede marginarse de su diario operar, como miembro de organizaciones académicas, jurídicas o administrativas, el resultado que obtiene. El desconocimiento de las ideas desarrolladas por la sociología de las organizaciones significa, para el juez, algo más que una situación accidental respecto de la conducción de su grupo de trabajo; representa no poder llevar a cabo su objetivo de administrar justicia de un modo efectivo (Fucito, 1989).

No es ésta, sin embargo, la única utilidad que puede prestar la sociología al juez. Podemos agregar:

*a*) El conocimiento de la situación de hecho sobre bases más firmes que las suposiciones. Muchos elementos de la situación de hecho sometida al juez pueden constituir casos sociológicos típicos, cuyas características se encuentran codificadas suficientemente como para servir de guía e inspiración de probables cursos de acción: carrera criminal, y familia desintegrada, estigmatización y marginalidad, subcultura, etc. Del mismo modo son relevantes las situaciones no explicitadas en las relaciones sometidas a jurisdicción: dependencia concreta (que puede ser inexistente, en determinados casos), supuesta en la relación laboral o locativa de inmuebles, puede integrar criterios en uno o en otro sentido, más allá de los prejuicios propios del juez.

*b*) La valoración de las consecuencias del fallo permite no conformarse con fallos adecuados al derecho material, sino que, como afirma Lautmann, la preocupación debería orientarse a dictar una solución socialmente exitosa, aceptable para los interesados y susceptible de ser cumplida. Para conocer los efectos del fallo a dictar, el conocimiento sociológico es necesario.

*c*) De la misma manera, puede ayudar a neutralizar la presencia de consecuencias negativas típicas de la actividad judicial. El conocimiento por el juez de la selectividad detectada en el castigo del delito por parte de los tribunales; la definición conspicua de los miembros de determinada clase como criminales, más que los de otras, señalado hace largo tiempo en sociología criminal; las consecuencias de la rotulación o estigma criminoso; las consecuencias nefastas de la reclusión de los menores y de la inevitable carrera delictiva que la circunstancial represión no detiene, todos son elementos que, de conocerse y aceptarse más que formalmente, podrían inducir a conductas preventivas adecuadas al objetivo de control del delito. Una conciencia de estos hechos podría convertir al juez en algo más que en pasivo administrador de penas y reclusiones.

*d*) Determinados contenidos de las normas aluden a regularidades sociales cuya conceptualización corresponde tanto a la sociología como a la ciencia del derecho, tales como costumbres,

usos comerciales concretos, modos usuales de relación entre cónyuges o padres e hijos (que determinan el contenido de los roles y status, y los consiguientes derechos y obligaciones). Así, por ejemplo, la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, el "buen padre de familia" o la "moderada corrección" de los hijos sólo pueden determinarse a partir de circunstancias sociales concretas y variables en el tiempo, que el juez muchas veces supone sobre la base de su propia experiencia.

*e*) En el caso de conflicto entre normas jurídicas y normas subculturales de las partes, la sociología presta invalorable colaboración. La persona sometida a proceso o que peticiona o que es demandada, puede ser extranjera o de clase o estamento bajo (lo que en muchos países puede considerarse como términos equivalentes). En estos casos, las normas jurídicas, que se suponen aplicables formalmente a todas las personas, pueden ser contradictorias con las internalizadas por ellas. El juez puede conocer a partir del proceso de socialización que ha producido determinado comportamiento —delictivo o no delictivo— si se trata de conductas desviadas, respecto del medio social propio del agente, o si no lo son. Esto es particularmente útil en el caso de relaciones maritales, consumo de drogas, comunes en determinadas culturas, comportamientos presuntamente injuriosos. Todo ello sin perjuicio de que el juez pueda decidir que las conductas son violatorias del orden público y no deben ser toleradas a pesar de estar conformes con las prácticas subculturales del grupo en cuestión.

*f*) La sociología ayuda a la reflexión sobre la propia tarea judicial. El juez debería ser un intelectual que, excediendo el marco de la ley, fuera capaz de una reflexión más extensa y profunda sobre la sociedad en la que actúa y sobre la consecuencia de su actuar. La sociología, que en un aspecto es conciencia crítica de la sociedad, brinda la posibilidad de no encerrarse en determinada óptica dogmática, en favor de un enfoque pluralista y relativo, útil para el que debe analizar intereses y puntos de vista contrapuestos y contradictorios, pero surgidos del medio social que también puede gestar la tarea propia del magistrado. Un capítulo no pequeño de este aspecto es el conocimiento y manejo de la propia ideología, de modo que no se le atribuya a la norma aplicada.

*g*) La crítica de las normas jurídicas que aplica o deja de aplicar, muchas veces realizadas por los jueces, sólo puede efectuarse con conocimiento cuando se incluyen los supuestos de creación de las normas, sus consecuencias funcionales o disfuncionales y las posibles consecuencias de una alternativa legal. También en este caso, la sociología es base de información necesaria.

De los numerosos temas de investigación de la sociología jurídica señalamos, por su interés, una recreación, en un área específica, del tema "determinismo" o "libre albedrío"; por otra parte

una discusión sobre "determinismo legal" o "determinismo normativo no legal", que lleva al tema de la ideología en el marco de la ley y su aplicación. En otra línea, los estudios organizacionales de la administración judicial, que aplican a ella el actual nivel de análisis sistémico de estos grupos secundarios, y específicamente los sistemas de comunicación y de poder real (no necesariamente coincidentes con los formales). Otros temas son el ejercicio de las profesiones jurídicas (incluyendo la de jueces y funcionarios, ordinariamente vedados a todo intento de investigación), el uso cotidiano de las instituciones de derecho por particulares, que remite a la práctica normativa en materia contractual, familiar, del ejercicio del derecho de propiedad, los derechos verdaderos contra la administración pública (no sólo los formalmente disponibles), los estudios de estratificación social y administración judicial (quiénes acceden a los tribunales y el resultado que obtienen). Estos temas cobran particular interés en las vertientes críticas de la sociología jurídica, que abordan investigaciones sobre acceso a la justicia y marginación de estratos sociales del sistema oficial de petición de derechos, el estudio de los derechos humanos (y la negación de su ejercicio), el uso alternativo del derecho como modo de defensa de los marginales, los derechos "no oficiales" (como el de las villas miseria), el uso político del proceso, etc.

A esta lista debe agregarse el amplio espectro de investigaciones sobre aspectos criminológicos, desde la sociología funcional (con su estudio de subculturas desviadas, áreas de marginación, subculturas de delincuentes juveniles, explicaciones de los delitos vandálicos, de la carrera hacia el delito, etc.) hasta la sociología crítica (que estudia e investiga la rotulación o estigmatización de sectores sociales, y de categorías, como la de los enfermos mentales o disminuidos, el prejuicio y la incriminación policial o judicial, la evasión de penas por parte de delincuentes de "cuello blanco", la población carcelaria y la estructura social; en síntesis, la sociedad capitalista y sus vinculaciones con la conducta delictiva que se considera generada por ella).

La lista es extensa, pues se trata de vincular la práctica social con las normas jurídicas que pretenden alcanzarlas, y en la sociedad moderna no existe prácticamente ámbito social que no sea alcanzado por el orden jurídico. Hasta la intimidad lo constituye, no obstante la norma constitucional, ya que son variados y volubles los criterios que informan el concepto de "acciones privadas de los hombres" y "ofensa al orden y a la moral pública".

## 20. Los presupuestos metacientíficos de la sociología del derecho.

Ha quedado claro que la sociología del derecho, tal como la entendemos, no pretende abordar *todo el derecho* desde su perspectiva; busca pensar el ordenamiento legal desde afuera, como se ha sostenido, desde la sociedad, a partir de sus relaciones con otras guías de conducta. En última instancia, lo que pretende es saber por qué los hombres cumplen con las normas que se dan como jurídicas o por qué no cumplen con ellas; de dónde surgen estas normas, cuánto existe de deliberado en su creación y cuánto es producto de una práctica tradicional; en qué medida estas tradiciones alteran la aplicación de una norma y, en fin, qué distancia existe entre el derecho declamado y el derecho cumplido, entre el mundo formal y el mundo real.

Estos temas han inquietado desde antiguo a los pensadores desde dentro y desde fuera de la sociología, pero no se ha intentado sistemáticamente una sociología del *conocimiento jurídico*. La antigüedad misma de la inquietud se asimila a la que ha existido sobre todos los fenómenos sociales.

A partir de allí debemos observar que aun en las posiciones más pretenciosas sobre la autonomía de la ciencia social, debe aceptarse la presencia de presupuestos no explicitados, o por lo menos, ajenos al campo científico. Existen algunas definiciones previas que hacen a la cosmovisión del pensador y que se justifican a sí mismas: no se prueba científicamente ni el fundamento de la vida social en la cooperación ni el fundamento en el conflicto. Estas consideraciones son previas a cualquier trabajo sociológico y es ineludible tener alguna idea sobre estos aspectos, con fundamento filosófico o religioso.

Estimamos, según sostuvimos en otro trabajo (Fucito, 1988), que estas decisiones otorgan los criterios primeros para la clasificación de las concepciones teóricas en la sociología, y lo hacen también en la sociología del derecho. Esto se observa en la obra de muchos de los sociólogos teóricos, precursores y fundadores de la ciencia, que se han ocupado de la sociología del derecho, y también en los juristas que han intentado mirar el derecho desde afuera, como fenómeno.

Más adelante señalaremos cuáles criterios se tomarán como rectores en el análisis teórico, a partir de principios considerados inspiradores de cada línea de pensamiento en la cooperación y el conflicto. Podemos, sin embargo, anticipar algunas ideas sobre la relación entre cooperación y conflicto y las posiciones que se asumen sobre el sistema jurídico desde la sociología, que mostrarán cómo las primeras influyen sobre las segundas.

En primer lugar, si se cree (por los motivos que fueran, en general por decisión adoptada en virtud de una posición previa-

mente asumida) que la sociedad es cooperación e integración, se tenderá a ver el orden jurídico como el elemento que tiene la función de aportar al ajuste y evitar la disfuncionalidad. Esta concepción del sistema legal como restablecedora del equilibrio es, desde luego, básicamente conservadora, como lo es en general el análisis funcional (con la posible excepción de Merton, discutible, por cierto). Considera a las normas jurídicas tanto elemento de ajuste como el que evita los desajustes por medio de la sanción de la perturbación del equilibrio (condena penal o civil), o el elemento del sistema que integra a los restantes en un todo armonioso, "dando a cada uno lo suyo".

Si partimos de la idea opuesta, propia de la sociología del conflicto, podemos llegar a una concepción diversa del ordenamiento legal. Ya no será un elemento de ajuste, sino "la estructura misma del conflicto", como la llama Tomeo (1981). Si la sociedad es la perpetuación de la lucha de clases, el derecho es el mecanismo que la explica, justifica y mantiene. Será, por definición, un permanente motivador de la desigualdad social, una expresión instrumental del poder de los explotadores. Algunos teóricos de la sociología jurídica general y criminal han asumido este punto de vista, que analizamos en los Capítulos VII y IX.

Si lo expresamos en términos todavía más claros, un sistema que establece la propiedad privada crea la clase de los desposeídos, la marginación consiguiente y el castigo por los delitos que se ven llevados a cometer los que se encuentran en esa condición. El delincuente es producido por la sociedad y por la ley que, de este modo, lejos de integrar o poseer funciones positivas, es agente del conflicto y de la desigualdad.

Estas consideraciones —parciales por igual— muestran que la posición que se tenga sobre el derecho desde la sociología general no depende de ninguna investigación empírica sino de un preconcepto de origen filosófico o, si se quiere, de una ideología entendida como una *concepción del mundo* más que como una *falsa representación* de la realidad. En uno o en otro caso, es ajeno a la sociología del derecho misma y a la ciencia del derecho, por más que los autores traten de no derivar sus ensayos de las ideas concebidas previamente.

Debe reconocerse la inevitabilidad aparente de que esa opción previa sea anterior al análisis de los supuestos concretos de aplicación de la norma y esto, que en derecho es común (no obstante llamarse ciencia), no lo es menos en sociología.

La opción *cooperación-conflicto*, como base de la sociedad, es previa no sólo a las teorías sociológicas sino también a las sociológico jurídicas, y es notable cómo entre Bredemeier y Tomeo (podría decirse también entre Merton y los criminólogos críticos) las opciones parecen de tal modo tajantes que no admiten superación.

Desde ya entendemos, en consonancia con lo sostenido en anteriores oportunidades, que se trata de una falsa antinomia, porque el orden jurídico de una sociedad engloba a un número muy elevado de normas, más sus interpretaciones (indeterminadas en cantidad, por lo menos desde el punto de vista práctico), que sufren el influjo de los restantes subsistemas de control social a que nos hemos referido. Así considerado en su versión intermedia (podría optarse por la más reducida referida exclusivamente a las normas sancionadas, o la más amplia de los teóricos del *derecho libre* extremados, como Duguit), contiene normas que ajustan e integran el sistema y normas que lo desajustan y generan conflictos; normas cuya aplicación genera confianza social, y que si faltaran producirían graves alteraciones de la sociedad tal como existe (llámese equilibrio social, si se quiere, con las reservas propias con las que debe utilizarse este concepto), y otras normas cuya presencia puede considerarse agente de desajuste, frustración o conflicto. Todavía puede sostenerse que algunas normas tienen un efecto ambiguo. Así, por ejemplo, las antiguas normas sobre derecho de familia (como las que mantenían la indisolubilidad del vínculo matrimonial), ¿eran integrativas o generaban conflicto? Podría aplicarse en este caso el principio de "unidad servida por la función" desarrollada por Merton en su crítica a los postulados del análisis funcional (1964: 35, 61): integraban y sostenían a los que poseían normas del sistema de control social-religioso, coherentes con los fundamentos de esas normas jurídicas, pero frente a los participantes de otros subsistemas de control social (por ejemplo, las costumbres que legitiman toda unión duradera y pública sin mengua de la reputación de la mujer) generaba conflicto en la medida que estos grupos no valoraban la vigencia de un vínculo socialmente inexistente (el primer matrimonio disuelto en los hechos).

Frente a las categorías sociales que poseían criterios ajenos al matrimonio concebido según las normas religiosas católicas, el mantenimiento de la indisolubilidad del vínculo era disfuncional, pues si bien no impedía la legitimidad social, privaba de la equiparación del status legal.

Otros ejemplos sobre este aspecto ambiguo de la funcionalidad o conflictividad de las normas jurídicas son las distintas posiciones sobre la dimensión de la actividad del Estado, ajena a sus funciones tradicionales, referidas a la seguridad, la administración general, etc. ¿Para quién son funcionales las normas que otorgaban el monopolio estatal de correos, ferrocarriles o teléfonos? Sólo para aquellos grupos cuyo sistema normativo incluye los principios ideológicos y las ventajas que se obtienen con tales privilegios. Por el contrario, son disfuncionales y conflictivas para los grupos que sostienen las ventajas integrativas del supuesto contrario y señalan el conflicto derivado de una mala administración de tales servicios por parte del Estado.

En estos casos las normas en cuestión son funcionales para un subsistema y disfuncionales y conflictivas para otro, y sólo podrían considerarse funcionales o disfuncionales para toda la sociedad por apelación al falso postulado de la unidad funcional o por negación de los grupos e intereses que representan o que se benefician con la idea contraria.

De acuerdo con la idea que sustentamos, entonces, puede considerarse a las normas más o menos generadoras de conflicto o integradoras, según el subsistema que abarquen y la ideología de los miembros de cada subsistema, ideología que no cabe postular como unánime en una sociedad compleja. Sin perjuicio de esto, podría afirmarse que no hay sociedad que no posea en todo momento de su existencia normas de uno u otro tipo, lo que podría merecer también una forzada explicación funcional del cambio (a través del saldo líquido de funciones y de disfunciones (1964:61), que permitiría pasar de un utópico estado de equilibrio $S_1$ a otro no menos utópico $S_2$. Sin llegar a esas especulaciones, en todo momento de la vida social puede presumirse que las instituciones jurídicas no son totalmente funcionales ni totalmente conflictivas, sino que, *en conjunto,* son ambas cosas a la vez.

## 21. Las posibles sistematizaciones del pensamiento sociológico-jurídico.

Realizaremos ahora una breve referencia a algunas sistematizaciones que se han realizado en la historia del pensamiento sociológico-jurídico para interpretar la obra de los teóricos que posee esta disciplina.

Señalábamos en otro lugar, al tratar de la sistematización de las líneas de pensamiento social, que la falta de unidad entre las distintas concepciones posibilitó la proliferación de criterios sistematizadores de los cuales indicamos diez, que fueron empleados de acuerdo con las distintas necesidades, lugares y épocas en que los teóricos habían operado.

Los criterios empleados en sociología general eran, brevemente resumidos:

1) La ordenación de acuerdo con épocas históricas de aparición de las teorías.

2) La distinción entre escuelas basadas en los tipos de solución teórica dada a problemas básicos.

3) La distinción de las teorías según países o regiones en que vivieron sus productores.

4) La sistematización a partir de las ciencias en que se han inspirado.

5) La sistematización a partir de un principio teórico inspirador.

6) La combinación entre línea histórica de aparición de las teorías y el tipo de solución histórica dado a los problemas básicos.

7) La sistematización de períodos según una sucesión definida en términos de síntesis teórica preponderante en cada uno de ellos.

8) La vinculación del pensamiento sociológico con la transición de la comunidad feudal a las sociedades nacionales.

9) El señalamiento de los autores que en conjunto reúnen una tradición y marcan etapas fundamentales del pensamiento social.

10) La realización del análisis temático de cada sociología especial.

A éstos se suma el utilizado por nosotros, según se funde en la cooperación o en el conflicto como base de la convivencia social, y dentro de cada uno, por líneas de solución teórica dada a los problemas básicos de la disciplina (Fucito, 1988, párr. 1.2.2.).

## 22. Algunas sistematizaciones utilizadas en sociología del derecho.

Si intentáramos realizar algo parecido con la sociología del derecho nos encontraríamos con la aguda orfandad y abandono de esta rama de la sociología general. Esto ocurre a pesar de que la sociología del derecho es, por lo menos, tan antigua como la otra —aunque es dudoso que lo sea más, como ha sostenido Legaz y Lacambra (según cita Díaz, 1984:135). Coincidimos con Gurvitch y con Díaz sobre el peso que la doble resistencia que a la sociología del derecho hacen desde distintos ángulos la ciencia del derecho y la sociología, que ha retardado la formulación de teorías específicas y hasta la sistematización o aplicación de las teorías sociológicas generales del derecho (Gurvitch, 1945:1; Díaz, 1984:135).

Podemos agregar a esto una verdad expuesta por Arnaud en los siguientes términos, al referirse a la sociología jurídica francesa: "En cuanto a los autores extranjeros, también debe decirse que son ignorados: la soberbia de los juristas se manifiesta tanto en un comportamiento global, como por un menosprecio latente, cuando no ostentado, por lo que se hace en Europa continental (Rusia, "sovietizada", Alemania considerada "decadente" a pesar de la riqueza de los años treinta, hervidero del pensamiento que brota de fuerzas intelectuales tan vivas, Alemania enemiga, Alemania vencida, Alemania de la cual se ignora su rectificación para no tener que mirarla de frente; Italia confundida con un fascis-

mo considerado de opereta, luego menospreciado por costumbre), en el desdén por el pragmatismo anglosajón, y la ignorancia de lo que se piensa en otra parte, como si eso no hubiera sido pensado, o como si no se tratara de pensamiento" (1981:129).

Enemigos con los juristas, enemigos entre sí; el panorama no es sólo francés ni propio de la primera mitad del siglo. Y una de las consecuencias del retardo que tal estado de cosas origina es la falta evidente de criterio sistematizador en la mayoría de los autores que tratan de la historia —si no breve, raleada— de la sociología del derecho, no obstante la relevancia que aquéllos tienen. De los criterios antes expuestos, existe un predominio, entre los escasos historiadores de la sociología del derecho, del primero de los citados (ordenación cronológica) y el tercero (ordenación según países o regiones), con alguna sistematización incompleta, a partir de las ciencias en que se han inspirado (cuarto criterio) y de la síntesis teórica preponderante en cada uno (séptimo criterio). En general, con excepción de Treves, se trata de exposiciones que no poseen un grado elevado de sistematización, aunque presentan una buena información sobre los autores que tratan.

La más importante fue durante décadas la realizada por Gurvitch, que dedica un capítulo extenso de su *Sociología del derecho* a estudiar a precursores y fundadores, y en el que combina varios de los criterios anteriores (1945:75 y ss.). Su base es la fragmentaria consideración por parte de los teóricos de uno u otro tema de la materia (origen del derecho, relación entre realidad social del derecho y de otros fenómenos sociales, tipología de los grupos), y los divide en tres grupos: *a*) Aristóteles, Hobbes, Spinoza y Montesquieu, que presentan los problemas básicos, limitándose el primero a describir diferentes clases de derecho en su relación con el orden social eficiente, con la solidaridad social y los grupos particulares, e incluidos los dos que siguen a pesar de corresponder a una filosofía del derecho societario-naturalista y no a una sociología del derecho, ya que aplican la mecánica al estudio de los fenómenos sociales. En cuanto a Montesquieu, es el que por vez primera libera a la sociología del derecho de toda metafísica y de toda tendencia dogmática y la aproxima al estudio del derecho comparado.

En un segundo grupo de precusores incluye Gurvitch a Grocio, Altusio, Saint-Simon, Fichte, la escuela histórica del derecho, y a Leibniz, Proudhon y Gierke, por enfocar el tema del derecho sobre la base de los grupos particulares y combinaciones de grupos que lo generan, de modo que distinguen tantos tipos de derecho social como de grupos. De esta forma liberan al derecho del Estado, que deja de ser un grupo jerarquizado frente a los otros.

El tercer grupo comprende a los que se ocupan de la génesis del derecho, que pretenden estudiar por medio de análisis de las sociedades antiguas: Sumner Maine, Fustel de Coulanges, Ko-

valewski, y también Ihering, en cuanto a sus estudios sobre el derecho romano. Forman parte de este grupo también los etnólogos, especialmente Frazer, Boas, Malinowski, Radcliffe Brown, Mauss, Levy-Bruhl. Separa, por último, a los precursores en el campo de la sociología criminal: Lombroso, Garofalo, Ferri, Tarde.

Los fundadores son estudiados de acuerdo con su ubicación geográfica. En Francia, Durkheim, Duguit, Emmanuel Levy y Hauriou. En Alemania, Max Weber; en Austria, Ehrlich; en los Estados Unidos, Holmes, Pound, Cardozo y los realistas jurídicos (Llewellyn, Arnold). Ello a pesar del parentesco teórico entre algunas teorías consideradas por separado.

En otro de los trabajos de la década del 40, escrito por Roscoe Pound para la obra colectiva *Sociología del Siglo XX*, se realiza una extensa reseña bibliográfica tanto de la sociología del derecho (que el autor indicado estima *ciencia teórica*) como de la jurisprudencia sociológica (que entiende como una *ciencia práctica*), criterio que no compartimos (1965:274). El trabajo, de gran valor en cuanto a la información que administra, carece de un criterio sistematizador que presida la exposición, además del cronológico.

Comienza por Montesquieu —cuya obra es considerada como la primera tentativa para elaborar una sociología del derecho, según cita que realiza de Ehrlich, y del cual estima no existe un solo problema de sociología jurídica para el que no exista una sugestión valiosa en el *Espíritu de las leyes*.

El fundador, para Pound, es Augusto Comte (1965:277), en contra de la opinión de Gurvitch (1945:17), para el cual, de modo concordante con Ehrlich, el fundador de la sociología fue hostil a todo derecho, y por lo tanto excluye la posibilidad de una sociología del derecho. Para Pound, la hostilidad de Comte se limitaba a las leyes y no se extendía al derecho, de donde la "inutilidad de toda legislación" defendida en sus obras no equivale a la inutilidad de todo derecho sostenida por sus sucesores. Sin perjuicio de volver sobre el tema más adelante, debe observarse que también la desaparición de todo derecho es, por motivos muy diversos, la posición final de Marx.

Pound se ocupa brevemente de Spencer, Sumner Maine, Ward y Durkheim, señalando los aportes sucesivos a la ciencia, al igual que los de F. Ross y de Max Weber. En segundo lugar considera a Ehrlich, Horvath, Timashev y al mismo Gurvitch. En tercer lugar, a la Escuela histórica del derecho, Ihering, Duguit y Hauriou, analizando de paso a Kelsen y a Stammler, que no deberían tener un lugar equivalente en un análisis sistemático de la sociología del derecho, que no se propusieron realizar. Continúa analizando otros autores, e incluso sus propias obras, sin mayor precisión sobre los criterios de inclusión: Von Gierke, Tarde y los autores americanos.

Entre los trabajos más modernos, la *Sociología y filosofía del derecho* de Elías Díaz incluye unas "notas para la historia de la sociología del derecho". Allí no se establecen criterios rectores, pero se analiza a Aristóteles, Montesquieu, Comte, Marx, Durkheim y Max Weber en la primera parte, pasando luego a las contribuciones realizadas desde el derecho, comprensivas a su vez de temas tales como la oposición de juristas y filósofos a la sociología del derecho, precedentes de la ciencia que nos ocupa en la metodología finalista y en la historia del derecho, empirismo y sociologismo en el pensamiento anglosajón, para concluir en la obra de Gurvitch (1984:129-152).

Es posiblemente Renato Treves uno de los autores que ha presentado hasta ahora la sistematización más completa y significativa para el estudio de la sociología del derecho y de sus antecedentes históricos, ya que ha partido de la quinta alternativa señalada al comienzo de este párrafo: la utilización de un principio teórico inspirador en cada escuela o conjunto de autores.

Los criterios utilizados en la *Introducción a la sociología del derecho* son varios y pueden sintetizarse en:

*A*) Doctrinas de tipo teórico general referidas a la sociología del derecho.
  *a*) Teorías de la cooperación:
    1) que consideran al derecho como variable dependiente de la sociedad;
    2) que consideran al derecho como variable independiente de la sociedad.
  *b*) Teorías del conflicto que consideran al derecho, a la vez, como variable dependiente e independiente, según las distintas clases sociales consideradas.

*B*) Sociología del derecho de los investigadores empíricos.
  *a*) De los juristas (sociología en el derecho):
    1) Que se opusieron al formalismo legal.
    2) Que se opusieron al formalismo conceptual.
    3) Que se opusieron al formalismo jurisprudencial.
  *b*) De los sociólogos (sociología del derecho) (1977: Cap. I a VII).

Por medio del esquema anterior presenta numerosas teorías, separadas a su vez según sus propios principios, dentro de los generales antes señalados. Entre los precursores que consideran al derecho como variable dependiente de la sociedad se cuentan los teóricos de la Escuela histórica del derecho y Charles Comte con su *Tratado de legislación* publicado en 1836. Entre los que consideran al derecho como independiente de los datos sociales, coloca las escuelas del derecho natural y el utilitarismo de Bentham.

Los fundadores, dentro de la primera rama, son Saint-Simon, Augusto Comte (no obstante sus diatribas contra el derecho, ya que Treves coincide básicamente con la posición de Pound),

Spencer, Durkheim y Tönnies. Dentro de la segunda rama, el fundador es Max Weber, a quien considera opuesto a las teorías sociológicas del derecho, pero no a la sociología del derecho.

Al tratar de la sociología del derecho como variable independiente de la sociedad, continúa con el análisis de las teorías de Horvath, Timashev, Geiger, y más adelante, Parsons, Evan, Bredemeier, Friedman y Luhmann. En lo que hace a la sociología del conflicto, su presupuesto básico de la escisión de la sociedad en clases antagónicas obliga a atribuir un papel al derecho en el que no cabe opción entre dependencia o independencia de la sociedad: es dependiente respecto de la clase explotada, que está oprimida por la otra y que carece del uso de la fuerza del Estado, y es independiente respecto de la clase explotadora que dispone de esa fuerza. De ello deriva la necesidad de identificación entre derecho y Estado en Marx, Engels y sus sucesores. La evolución de este pensamiento desemboca en dos líneas teóricas: la que hace prevalecer el elemento económico social y la que hace prevalecer el elemento jurídico (1977:110). La primera corresponde a los primeros tiempos de la Unión Soviética (Stucka. Pasukanis), y sufre la represión stalinista y la rehabilitación posterior a 1956. La otra corresponde al auge stalinista y al refuerzo del concepto de Estado productor de normas (Vynsinsky), rechazado a partir del acceso al poder por Khruschev.

Respecto de la sociología del derecho de los investigadores empíricos, entre los juristas opositores al formalismo legal coloca a Gény, quien propone la investigación de los fenómenos sociales para satisfacer las necesidades de la vida jurídica, y también a Duguit, Hauriou, Cruet, Ripert y Savatier. Enfrentados al formalismo conceptual, Ihering, Heck, Rümelin y Ehrlich. En oposición al formalismo jurisprudencial, toda la tradición norteamericana y anglosajona en general, desde Holmes, Pound y Cardozo a Llewellyn y Frank.

Los sociólogos empiristas reúnen la mayor parte de las investigaciones de la época contemporánea, marginada ya de los aspectos históricos que aquí nos interesa destacar.

De esta sistematización compleja puede objetarse la no muy clara distinción entre derecho como "variable dependiente" o "variable independiente" de la sociedad. Si autores como Max Weber y Parsons son incluidos entre los segundos, esta independencia de la sociedad (a partir de generar las normas jurídicas un sistema coactivo autónomo, aplicado por el Estado) no sería diversa a la consideración de Durkheim, para quien el derecho (y todo hecho social) es externo y coactivo. Pero Durkheim es colocado entre los que consideran al derecho como variable dependiente de dos sistemas de solidaridad (mecánica —derecho represivo— y orgánica —derecho restitutivo—). Aquí la dependencia es clara, pero no justifica la negativa de ese carácter a Max Weber, para quien la legitimidad legal parte de un tipo de

sociedad (racional, capitalista) en la que es posible, del mismo modo que la legitimidad tradicional del derecho es consecuencia de otro tipo de sociedad y de sistemas de ideas políticas y religiosas. La costumbre es un sistema normativo amparado por el largo uso (tradición, hábito, imitación); el derecho tiene una validez garantizada por la coerción física y la autoridad del Estado, pero la transición entre un sistema tradicional y otro legal es fluida, según el autor citado, tan fluida como el paso de una sociedad tradicional a una sociedad racional en la cual reemplaza (en realidad, complementa) el sistema de control social anterior.

Respecto de Talcott Parsons, Treves lo ubica como cooperativista entre los que sostienen la independencia entre derecho y sociedad, porque el derecho es para él un sistema de normas coactivas que determinan la estructura y el funcionamiento de la organización de la sociedad. La función del derecho es integrativa (integra los elementos potenciales del conflicto y lubrica las relaciones sociales). Sólo con la anuencia de un sistema de normas el sistema de interacción social puede funcionar sin degenerar en conflictos abiertos o latentes. El sistema jurídico está conectado con el político; el orden jurídico se funda en la coerción y en la fuerza física, y la amenaza del uso de la misma es propia de la organización política (Estado). En este caso, la caracterización del derecho como conjunto de normas coactivas es similar al de Max Weber. La función es integrativa, pero en definitiva se trata de un subsistema social, no de un sistema independiente del sistema social. Por qué entonces sostener que para Parsons se trata de una variable independiente cuando los cuatro problemas que el derecho debe resolver son: 1) la legitimación del sistema (sentido del valor o del significado), lo que significa averiguar si el derecho es obedecido porque es querido por alguna autoridad —sin más— o por su fundamento en un valor religioso o derecho natural. Esto significa remitirlo a la sociedad y a la cultura, que define los valores respectivos; 2) interpretación de la norma o significado de la misma en un contexto particular (que es necesariamente social); 3) a quién se aplican y por qué se aplican las sanciones (también se trata de una cuestión dependiente de otros subsistemas sociales); 4) jurisdicción: quién aplica las normas y por qué las aplica (cabe la misma consideración).

Todos estos problemas dependen de la sociedad y a ellos apunta cualquier investigación del papel del orden jurídico. Por ello entendemos que para todos los autores considerados el derecho depende de la sociedad, si por esto se entiende algún otro subsistema además del integrativo (en Parsons) o los condicionantes siempre sociales de la legitimidad (en Max Weber).

Respecto de Marx, considerado como un autor que establece la dependencia del derecho respecto de la clase dominante y la independencia frente a la dominada (por carecer de coerción),

podría decirse que de acuerdo con su doctrina, los hombres entran en relaciones necesarias con motivo de la producción social de su vida, y estas relaciones son independientes de su voluntad, correspondiendo a una determinada fase del desarrollo de las fuerzas productivas materiales, según se expresa en el *Prefacio* a la *Contribución a la crítica de la economía política*. Esta dependencia es conjunta para todos los que ocupan posiciones en el sistema productivo. Si la superestructura jurídica se levanta sobre la estructura económica de la sociedad, no se ve cómo puede ser independiente para una u otra clase: es dependiente de la estructura y ésta se forma por el conjunto de relaciones de producción en las que están involucradas ambas clases (Marx, 1975; Prefacio, 8 y 9).

Las ideas se explican por la práctica material, ya que la conciencia es un producto social, y la estructura social y el Estado surgen continuamente del proceso vital de individuos determinados, según surge de la *Ideología alemana*. La independencia del derecho no se ve, si se repara en que las relaciones de producción efectivas entre los individuos se han de expresar necesariamente como relaciones políticas y legales. Asumen, según Marx, una existencia independiente, y se aceptan como fuerzas misteriosas a las que los juristas atribuyen validez especial, sólo porque, por la división del trabajo, han de rendir culto a dichos conceptos y ver en ellos, y no en las relaciones de producción, la verdadera base de las relaciones de propiedad efectiva (Marx, Engels; 1985, 19 a 25, y 430 y 431).

Es decir que las relaciones de producción, y la división del trabajo, producen juristas, que se ven necesitados de adorar los conceptos que crean; se trata, en suma, de una parte de la ideología. No puede verse, entonces, mayor dependencia de todos los participantes respecto de la sociedad, por lo menos según los textos de Marx y sin perjuicio de las interpretaciones divergentes de los seguidores.

En rigor, sólo podrían pertenecer a una teoría de la independencia del derecho respecto de lo social los iusnaturalistas extremados y algún grupo de formalistas que sólo quisiera ver la norma jurídica como una construcción lógica, independiente de los intereses que le han dado vida. Respecto de los primeros, porque si el derecho proviene de Dios, o de la naturaleza, y está inscripto en la mente de los hombres, y si se considera que toda disposición que no ajuste a esos principios dogmáticamente fijados no es derecho, puede sostenerse que el derecho es independiente de la sociedad. Por otra parte, si el derecho es un conjunto de normas válidas, que pueden y deben analizarse exclusivamente en relación con otras normas también válidas, dicho análisis aparece independizado de la sociedad que lo genera. Pero estas posiciones son ajenas a la sociología jurídica. Recordemos que Hauriou, no obstante su iusnaturalismo, sostiene que la fundación

de las instituciones tiene carácter jurídico, y que las instituciones son sustancialmente el centro y la fuente de juridicidad; en esta medida entra el citado autor en la sociología del derecho.

De allí entonces que quepa formular aquí reparo a la clasificación utilizada por Treves en su Introducción, y estimar que si bien el criterio que funda en la cooperación o el conflicto como base de la sociedad puede resultar útil, el de la dependencia o independencia de derecho respecto de la sociedad no lo es porque ningún sociólogo o jurista que haya presentado inquietudes sociológicas ha podido asumir la actitud de la independencia y sostenerla dentro de la sociología jurídica.

En la *Sociología del derecho,* de 1987, Treves prefiere otra sistematización. Allí dedica diversos capítulos a los precursores, a la contribución de las doctrinas sociológicas, de las doctrinas políticas, de la ciencia jurídica y a los fundadores.

Entre los fundadores considera a Vico, Montesquieu, Savigny, Bentham, Carlos Comte, y a diversos autores italianos. Entre los que contribuyeron desde las doctrinas sociológicas, a Saint-Simon, Augusto Comte, Spencer, Sumner Maine, Tönnies, Durkheim, Gumplowicz y Oppenheimer. En la contribución de las doctrinas políticas incluye a Marx, Engels, Lasalle, Menger, Renner, Lenin, Stucka y Pasukanis. En la contribución de la ciencia jurídica, a Ihering, Kirchmann, Kantorowicz, Ehrlich, Gény, Duguit, Hauriou, Von Gierke, Holmes y Pound.

Por último, entre los fundadores expone a Max Weber, Gurvitch y Geiger. La única alusión a la clasificación entre dependencia e independencia de la sociedad, como criterio distintivo de teorías sociológico-jurídicas, se observa al comparar la teoría de Bentham con la de Carlos Comte (Treves, 1987:24).

De los autores nacionales, señalo la breve reseña de Poviña, que con el título de "Historia de la sociología del Derecho", en sus *Cursos de Sociología,* estudia a precusores y fundadores de la ciencia (1950:II, 545). Incluye entre los primeros a la corriente del derecho natural, que arranca en Aristóteles y luego se diversifica en tendencias que llama clásica (Pufendorf, Locke, Rousseau), historicismo (Savigny) y positivismo (Ihering, Gumplowicz). En cuanto a los fundadores, sigue la exposición de Gurvitch.

No se pueden dejar de mencionar, a pesar de no formar parte de una obra sociológica, los capítulos dedicados a la "Historia del pensamiento jurídico occidental" incluidos en la *Introducción al derecho* de Aftalión, García Olano y Vilanova (1960, Caps. 21 a 23, pág. 722 y ss.). Allí, con el rótulo de "Escuelas modernas", se trata la jurisprudencia de intereses (Ihering, Heck, Rümelin), el solidarismo (Duguit), la escuela de Gény, la alemana de Kantorowicz y Ehrlich, y más adelante el "sociologismo norteamericano" (Holmes, Pound y el realismo norteamericano). No obstante enmarcarse en un estudio teórico general, que incluye doc-

trinas filosóficas a la par que sociológicas —por lo que no existe un método propio de la sociología en la reseña de las teorías—, se destaca la precisión y concisión del análisis de los autores mencionados.

## 23. La sistematización utilizada en este trabajo.

Uno de los sentidos de historiar la sociología del derecho es obtener resultados de los cuales pueda surgir algún rédito actual. Y ese beneficio consiste, a mi juicio, en la vigencia de las distintas observaciones que en distintos tiempos y lugares se efectuaron sobre la efectividad del orden jurídico y sus posibles causas, desde la afirmación dogmática a partir de la coacción estatal —fuera de nuestro campo— hasta el escepticismo absoluto, fundado ora en la fuerza impeditiva de la historia y de la costumbre, ora en la impredictibilidad de la conducta humana, más allá de los estrechos límites que las leyes jamás pueden traspasar.

En sociología del derecho cada nueva escuela no destruye el trabajo de su antecesora (a veces por ignorarla), sino que realiza una contribución de mayor o menor valor para el estudio científico del derecho. Así, por ejemplo, la escuela histórica de Savigny ha pasado, pero el método histórico ha quedado. Bien dice Pound en el prólogo a la *Sociología del derecho* de Ehrlich, en su versión inglesa, que la ciencia del derecho moderno nació en el siglo XVII, luego del divorcio entre la jurisprudencia y la teología, producido en el siglo anterior. En el siglo XIX, los problemas de la ciencia del derecho eran determinar analítica, histórica o filosóficamente la naturaleza de la ley. En el siglo XX, los problemas parecen ser no lo que el derecho es, sino lo que el derecho hace, cómo lo hace, qué es lo que puede hacer y cómo lo puede hacer (Ehrlich, 1936: 29).

Estas ideas, además de la necesaria de informar sobre el pensamiento de los autores, puede aventar en parte la crítica que podría (entre otras) formulársele a este trabajo: el intentar una historia idealista, desvinculada de las condiciones en que vivieron los autores que las expusieron o de las sociedades en que se produjo cada conjunto teórico. Los que adoptaron ideas sociológicas sobre el derecho no tuvieron en general influencias muy diversas a las de aquellos que se abroquelaron con el dogmatismo; en muchos casos, estudiaron en las mismas universidades. Hasta en el pensamiento materialista histórico y en las concepciones marxistas, de las cuales no es necesario abundar sobre la diversidad de fuentes en que abrevaron, llama la atención la coincidencia más que la discrepancia entre opiniones surgidas de experiencias que trascienden lo nacional, histórico e incluso los sistemas legales. Tampoco hay diferencias sustanciales entre la

sociología originada en el *Common Law* y la derivada de las estructuras normativas codificadas, si bien el primero pudo originar con más facilidad concepciones sociológicas que las segundas. Los realistas jurídicos que surgieron en el sistema anglosajón tienen una similitud clara con los realistas jurídicos sobre base económica de la Unión Soviética, en las primeras décadas del siglo. Y los dogmáticos y formalistas occidentales del derecho continental también la tienen en los juristas de la época stalinista. De modo que no hay cómo recortar los aportes y centrar las posiciones en una u otra ubicación geográfica o época. Lo que tiene de acumulativo este conocimiento debe ser reconstruido a partir del análisis histórico multinacional.

Se debe, empero, reiterar que frente a una serie de problemas comunes, se presenta la discrepancia respecto de la futura supresión del orden jurídico en la sociedad igualitaria preconizada por los sociólogos críticos modernos, que anticipamos en la Introducción y analizaremos en el Capítulo IX, actitud que si bien no puede considerarse propia de la sociología, influye en la estimación que se hace de la ley en las sociedades capitalistas.

Lo interesante del trabajo de historiar en tal sentido, es que nada de esa historia de la sociología, de más de un siglo, puede considerarse totalmente superado. La polémica entre Kelsen y Ehrlich está planteada de modo que todavía hoy puede tomarse partido por uno u otro. La sociología del conocimiento que Kantorowicz planteaba sin llamar así, no se hizo todavía en lo concerniente a los fenómenos vinculados a la producción de las normas jurídicas. La libre investigación científica de Gény quedó sólo en la propuesta, que todavía hoy puede realizarse. Todos los temas están expuestos y se avanza con excesiva lentitud, lo que justifica el inquirir además sobre sus causas, respecto de lo que hemos intentado alguna hipótesis en páginas anteriores.

La necesidad de fundar una sociología del derecho actual en los precedentes históricos parece tan importante como la que movió a Bobbio a escribir respecto de la filosofía del derecho (1980: 100). La sociología del derecho requiere la historia de su propia teoría, aunque hoy pretenda ser empírica, tal como lo fue la sociología general a partir de los años treinta con los trabajos de Thomas y de Znaniecki, los de Lynd, Mayo, Stouffer, etc. Pero aunque desde la década del sesenta existen numerosas investigaciones sobre normas y valores, operadores del derecho, actitudes frente a la administración judicial, etc., se ha olvidado en parte la fundada opinión de Merton y de Becker sobre las falencias de la investigación empírica que carece de base teórica [17].

[17] "Si bien antes la teoría social no confirmada por observaciones comprobadas carecía de fundamento, la búsqueda de hechos que no se guíe por la teoría carece de objetivo, y la acumulación de los mismos, sin sintetización teórica, carece de sentido" (*Becker* y *Boskoff*, *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, p. 41); Merton, 1964.

Treves, que en 1966 había sostenido la opinión de que la sociología teórica del derecho (doctrinal) era vieja y superada, por oposición a la de investigaciones empíricas realizadas sobre hechos particulares que interesan a la sociedad contemporánea, diez años después reconoce la presencia renacida de una sociología del derecho teórica, pero piensa que la investigación empírica sectorial ocupa aún un puesto de primer plano. En 1987, sostiene que la sociología del derecho empírica no es una sociología nueva, sino un momento más de una historia única. Esto responde, probablemente, al nuevo incentivo por los estudios teóricos, pero ahora no desvinculados de una posible experimentación sino como resultado de una etapa de maduración teórica que en estos estudios va aparejada con las comprobación o falsificación de hipótesis, frente a las afirmaciones generales o de carácter dogmático que cubren buena parte de los primeros períodos.

Para la sistematización utilizada en los capítulos siguientes se ha optado por separar dos supuestos metasociológicos (la cooperación y el conflicto social como base de la convivencia), tal como consideramos necesario en otro trabajo (Fucito: 1988, I), y a partir de esta decisión distinguir entre diversas escuelas, tanto en el siglo XIX como en el XX.

El segundo principio de sistematización consistió en separar las teorías que se ocupan de la desviación y de la criminalidad, de las teorías, hipótesis o meras opiniones sociológicas generales sobre el derecho. Es posible que esta separación quite riqueza al debate sociológico jurídico general, pero me pareció que la especialidad de la criminología y la gran cantidad de teorías sobre estos aspectos hacía necesario considerarlos en un capítulo aparte.

Incluyo a continuación un breve esquema del modo cómo se han analizado los diversos autores tratados en los capítulos siguientes. Señalo que no he pretendido incluir a todos, ni siquiera a cuantos evalué para su inclusión, sino a los que por mayor precisión o trascendencia de sus opiniones realizaron aportes considerables o formulaciones que, aunque repetitivas, no carecieron de fuerza expositiva y resultan convincentes. Los fundamentos de la inclusión de cada autor en una u otra orientación se encontrarán en el texto.

En lo que hace al siglo XIX, he separado doctrinas del derecho natural, del positivismo, del evolucionismo y de los precursores y fundadores de la sociología del conflicto. No ha sido posible distinguir con precisión aportes de sociólogos generales, por una parte, y juristas, por la otra, por el desarrollo incipiente de la materia en ese período. No obstante, he tratado, por lo menos, a uno que genéricamente puede colocarse en cada orientación, sociológica o jurídica. Es así que en las doctrinas del derecho natural consideré a *Montesquieu* como sociólogo y a *Bentham* como jurista; en el positivismo, a *Saint-Simon* y a *Augusto Comte* como sociólogos, y a *Carlos Comte* como jurista; en el evolucionis-

mo, a *Sumner Maine* y a *Spencer* como sociólogos y a *F. C. de Savigny* como jurista. Los aportes de todos ellos, sociólogos o juristas, son los generales que pueden realizarse desde una sociología enciclopédica.

En cuanto a los fundadores de la teoría del conflicto, en el área jurídica, he tomado como representante del darwinismo social a *William Graham Sumner*, y la obra de *Marx* y *Engels* como fuente de las ulteriores reflexiones críticas sobre el derecho que tienen vigencia hasta hoy.

Las líneas del pensamiento sociojurídico cooperativo del siglo XX se han dividido en cuatro ramas: 1) el positivismo organicista; 2) el conductismo o interaccionismo; 3) el organicismo historicista; 4) el funcionalismo. En cada una de ellas se han separado, por una parte, a los sociólogos generales, tomando figuras representativas, y por la otra, se tomó a los juristas. En el positivismo organicista, *Durkheim, Tönnies* y *Pareto* representan a los teóricos sociales: *Ehrlich, Gény, Nardi Greco, Cruet, Kantorowicz, Duguit* y *Gurvitch*, a los juristas. La cantidad de autores se justifica en el prolífico desarrollo de esta rama, y los señalados, con excepción probable de Nardi Greco, son, a mi entender, de inevitable consideración en la historia del pensamiento sociojurídico.

En el conductismo social se ha elegido a *Tarde, Edward Ross* y *Max Weber*, entre los sociólogos generales, y a *Ihering* como jurista representativo. La importancia de este autor, reconocida hasta por los autores marxistas revolucionarios de la época, me ha hecho pensar que no era necesario agregar otra figura. He separado la rama interaccionista anglosajona del pensamiento sociojurídico, para considerar a los fundadores de la "lucha contra el formalismo jurisprudencial": *Holmes, Brandeis, Cardozo, Gray, Frank* y *Pound* requieren, en rigor, más de un libro para su análisis; me he limitado a los comentarios insoslayables sobre su obra. Un punto separado merece el realismo jurídico escandinavo.

El organicismo historicista ha sido abordado tomando dos autores representativos: uno, sociólogo y teórico extraordinario (*Sorokin*); el otro, jurista de notable repercusión (*Hauriou*). El funcionalismo posee, asimismo, un representante máximo cuya sola consideración hace innecesaria toda otra (*Parsons*), y que inspira a los que han tratado los aspectos funcionales del derecho (*Evan, Bredemeier, Friedman, Luhmann*). Se han dedicado apartados a dos representantes del moderno funcionalismo italiano: *Bobbio* y *Ferrari*.

El pensamiento sociojurídico conflictivo del siglo XX se inicia con la consideración de tres autores que desde situaciones y con intereses diversos han dedicado parte de su interés al derecho; el aporte es evaluable en *Renner* y *Menger*, pero mucho más significativo por su trascendencia en las limitadas opiniones de

*Lenin*. El desarrollo de las concepciones conflictivas de raíz marxista comienza seguramente con la obra de los juristas *Stucka* y *Pasukanis*. No se ha querido terminar ese capítulo sin incluir algunos datos de la evolución posterior del derecho en la concepción stalinista, ideas que deberán ser retomadas luego al tratar de la sociología de los criminólogos críticos y tomar un ejemplo de la concepción moderna (*Poulantzas*).

Sigue un capítulo sobre algunos temas que preocupan a la sociología crítica jurídica: el acceso a la justicia (si bien este tema también es abordado en estudios no críticos), el discurso jurídico y sus usos, y el procedimiento judicial como instrumento viabilizador de derechos de la población marginal y desposeída (Cap. VII).

El Capítulo VIII se dedica a la sociología criminológica o de la desviación, con inclusión de los puntos de vista de la llamada "nueva criminología". En este tema se observa en su mayor dimensión la problemática de efectividad del derecho que se ha querido presentar en este libro: entre los dogmáticos y los funcionalistas, los realistas y los críticos, el tema ha sido debatido ampliamente sin conciliación de puntos de vista, y a ese debate se orienta la exposición, que concluye con un análisis de la criminología socialista de la década del 80, como un toque de realismo frente a la excesiva especulación de algunos críticos.

El capítulo siguiente analiza los condicionantes que existen en las organizaciones para la aplicación de las leyes y reglas técnicas (IX), ya que aquéllas constituyen laboratorios para la comprensión de la mecánica social y los fenómenos sociojurídicos.

El que se dedica a un análisis de la sociología del derecho en la Argentina (X), tanto en el siglo anterior como en este, sólo puede rescatar aportes a una línea cooperativa, organicista o funcional. Hasta la época actual, falta un desarrollo del pensamiento sociológico jurídico crítico en el país. Esto puede observarse tanto en los autores incluidos como en el tenor de las investigaciones y el dificultoso reconocimiento jurisprudencial de criterios sociológicos conservadores, no ya críticos ni cuestionadores del sistema.

De lo expuesto surgirá que los temas centrales de la sociología jurídica son las *fuentes* materiales y las *funciones* del derecho. Todos los sociólogos generales que se ocupan del derecho y los juristas con orientación sociológica tratan de las primeras, y buena parte de ellos, las segundas, sean organicistas, historicistas o positivistas, funcionalistas o críticos. Ellos han restado valor a las fuentes formales para otorgárselo a las materiales. De la cuestión de las fuentes surgen otras, ya que deriva la fuerza de las normas jurídicas (legalidad o legitimidad social, coacción o aceptación voluntaria), su carácter de actor del cambio social (ley eficiente o ley esclava de los cambios ya realizados), en suma, el carácter dependiente o independiente que el orden jurí-

dico revista respecto de la sociedad, su potencia o su impotencia, su capacidad para integrar a la sociedad o para generar conflictos en ella, o, por el contrario, seguir pasivamente el curso de los acontecimientos a pesar de los mitos contrarios.

El conjunto muestra, según creo, que hay puntos comunes de la sociología jurídica en contra del dogmatismo y de la ideología profesional de los juristas. Y señala también que el dogmatismo normativo no es el único que pretende agotar el estudio del derecho. También el dogmatismo sociológico crítico se erige en una opción final, con clara orientación a la utopía. Frente a ello queremos afirmar una idea de relatividad del sistema legal y de su presencia constante como instrumento para encauzar conductas humanas, efectivo en mayor o menor grado, coherente en mayor o menor medida con los otros sistemas normativos, agente del cambio o del conservatismo, arma de minorías explotadoras o técnica al servicio de intereses generales. Todo ello puede ser el orden jurídico, pero nada de ello puede ser afirmado apriorísticamente de él. Como sostenía Kelsen, las normas jurídicas constituyen una "técnica social específica"; pero la cuestión que nos interesa es "específica para qué", "específica para quién" y cuáles son las relaciones con las restantes técnicas sociales que también son específicas para encauzar conductas, pues imponen sanciones más o menos efectivas que las del orden jurídico.

Nada de todo esto tiene la claridad y la precisión de la teoría pura del derecho ni la rígida credulidad de los enunciadores del paraíso social ajurídico del futuro. Es coherente con sus principios que así sea; se inspira en el relativismo de la concepción sociológica, que ha visto y ve las variaciones y la falibilidad de lo social más que los esquemas lógicos de la especulación pura. Y aunque pretende, como querían Pareto y Max Weber, interpretar lógicamente las conductas no lógicas o irracionales, no cae en el error de refugiarse en la construcción de un geométrico mundo ideal, creyendo que éste, mágicamente, convertirá a la sociedad en símil de sus sueños. Es bueno para el hombre soñar; no creo que lo sea tanto cuando asume el rol de sociólogo o de jurista.

## Capítulo II

# PRECURSORES Y FUNDADORES DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: TEORÍAS DE LA COOPERACIÓN Y DEL CONFLICTO EN EL SIGLO XIX

Luego de haber adelantado algunos aspectos de la concepción sociológica del derecho, nos ocuparemos ahora de reseñar los aspectos relevantes de la obra de precursores y fundadores de la ciencia, partiendo del supuesto ya indicado del valor que muchas de esas obras poseen aún en la actualidad, y la lejanía de su superación alegada por parte de la doctrina. Antes bien, su vigencia muestra a las claras que no ha habido aceptación de muchos de los problemas planteados por los filósofos, juristas y sociólogos que se ocuparon del derecho desde una óptica realista, si por esto se entiende determinar la concordancia o discordancia entre las conductas reales y las prescripciones normativas jurídicas que pretenden regularlas, y las causas de dicha concordancia o discordancia.

Nos centraremos en los autores que, desde la sociología y desde la ciencia del derecho, con óptica cooperativa o conflictiva, han utilizado un punto de vista sociológico, en el amplio sentido indicado en el capítulo anterior. Sin embargo, el interés apuntará más hacia los juristas, ya que se trata de aportar a una sistemática y no redundar en temas extensamente tratados por otros autores (por ejemplo, Gurvitch y Treves). De los sociólogos generales, se referirá su posición sobre el orden jurídico en la medida que sea necesario para la exposición.

## 1. Las doctrinas del derecho natural.

Una primera mención en este lugar debe ser para los cultores del *"derecho natural"*, a pesar de que los objetivos y los métodos son distintos respecto de la sociología del derecho. Constituyen, en efecto, un antecedente, si bien separado netamente de los propósitos de la sociología. Tal como lo señala Treves, entre otros, las doctrinas del derecho natural tuvieron por objeto determinar que existía un derecho, además del positivo, que prevale-

cía sobre él, tipo prescriptivo que excedía la ley promulgada y la sentencia dictada a partir de ella. Más allá de este paralelo que ponía, por un lado al derecho natural y a la sociología, y del otro, al derecho positivo entendido como única forma posible de derecho, la diferencia aparecía rápidamente en cuanto se observara que el derecho natural es generalmente una forma autoritaria y dogmática de señalar la existencia de un derecho superior e inmodificable, derivado de Dios, de la naturaleza o del hombre, mientras la sociología del derecho pretende demostrar experimentalmente lo que de variable y mutable tiene el orden jurídico y su inserción en el sistema de control social, incluso bajo la capa de la fijeza del derecho positivo, en virtud de su dependencia de la sociedad. No es necesario abundar sobre estas cuestiones referidas al derecho natural, que han recibido importante desarrollo en la obra de los filósofos del derecho (véase, v.gr., Alf Ross, 1963: cap. X y ss.).

Sin embargo, al haber tenido un enemigo común, ambos (teorías del derecho natural y teorías sociológicas del derecho) plantearon temas similares frente a la vocación del derecho positivo de erigirse en derecho único. Así es como Gurvitch, por ejemplo, encuentran en Aristóteles, Grocio, Hobbes o Locke, los precedentes históricos de la sociología jurídica. Efectivamente, en estos autores existen fundamentos, si no de una sociología del derecho, por lo menos de las dos vertientes que hasta ahora pueden distinguirse, a partir de una visión conflictiva (Hobbes) o cooperativa (Locke) de la sociedad.

*a) Montesquieu.*

En el caso de este autor, muchas partes de su obra indican una pretensión sociológica, no obstante no haber podido dar fundamento a esta nueva disciplina, aunque para Ehrlich *El espíritu de las leyes* es la primera tentativa para elaborar una sociología jurídica.

Cuando Montesquieu trata de leyes naturales, no se refiere a leyes universales, de acuerdo al sentir de su tiempo, sino a las que dependen de condiciones variables según los lugares. Si bien, para él, derecho es legislación, realiza un comentario crítico sobre los objetivos de las leyes y una explicación de las leyes por sus causas (1748: cap. 13, L. 18, p. 259). El *espíritu general* de que trata Montesquieu es para Aron la cultura y para Pound la sociedad. Más cerca de la primera interpretación, entendemos que tiene vinculación con el espíritu del pueblo que ocupa a Savigny, aunque esta interpretación también ha sido fuertemente cuestionada, como veremos al tratar de este segundo autor.

Citemos de *El espíritu de las leyes* el párrafo que vincula la realidad económica con las leyes civiles: "Es la partición de las tierras la que engrosa principalmente los códigos civiles. En los

países que no existe esa partición, habrá pocas leyes civiles". La relación entre la disposición social para la aceptación de una ley y ésta misma: "Cómo es necesario, que, para las mejores leyes, estén los espíritus preparados". También su explicación de las discrepancias entre modos y costumbres respecto de leyes extranjeras no entendidas.

Una cita aparte merece el célebre Cap. 4 del Libro 19:

"Muchas cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las reglas de gobierno, los ejemplos históricos, las costumbres, los usos. De donde se forma un espíritu general que resulta de ello. A medida que, en cada nación, una de esas causas emerja con más fuerza, las otras ceden otro tanto. La naturaleza y el clima gobiernan sobre los salvajes, los usos a los chinos, las leyes tiranizan al Japón, las costumbres antiguas a los lacedemonios, las reglas de gobierno y las costumbres en Roma" (1748: L. 19, cap. 2).

Sostiene Pound que esta clasificación quiere decir que la ley (equivalente en el caso al control social) es parte integrante de la vida social, al igual que "otras cosas que gobiernan al hombre", y cada una de ellas determina a las otras. La sociedad da forma a la ley y ésta a la sociedad, siendo esta concepción contraria a la que sostiene que el legislador impone una ley a la sociedad. Gurvitch sostiene una posición contraria y estima que Montesquieu se limita a estudiar las condiciones en que los mandatos jurídicos se adaptan al tipo especial de sociedad que pretenden gobernar, lo que a su juicio es contradictorio, pues coloca al legislador por encima de la sociedad. Debe evaluarse el momento político y la teoría vigente en la época en que Montesquieu escribe (cuando el derecho era considerado exclusivo producto de codificaciones y ordenanzas) para entender que es suficiente no haber derivado el derecho (como ley) de la teología o de la autoridad, de la razón pura o de la metafísica, sino de hechos, y darle su lugar en la historia de la sociología jurídica, sin pretender una claridad teórica imposible en su época.

En el Capítulo 21 señala con claridad la relación entre normas jurídicas y de otro tipo: sólo hay instituciones singulares que confunden cosas naturalmente separadas, las leyes, las costumbres y los usos. Pero aunque separadas, no dejan de tener grandes relaciones. Lo que se refuerza en el Capítulo 27 al escribir: "Las costumbres de un pueblo esclavo son parte de su servidumbre, las de un pueblo libre son una parte de su libertad". En definitiva, Montesquieu es un precursor, porque si bien trata de "leyes naturales" que se reflejan en el derecho positivo, aquéllas no son universales, sino que dependen de condiciones diversas. *El espíritu de las leyes* pretende considerar, bajo la corteza formal de las reglas jurídicas, su inspiración y conexión con la forma de gobierno (grupo político de base). En ese sentido es co-

rrecta la caracterización de "primer gran nombre" que hace Levi-Bruhl (1955:26).

*b) Jeremías Bentham.*

La obra de Bentham tiene puntos en común con el iusnaturalismo, pero, al igual que Montesquieu, hace concesiones a posiciones que pueden llamarse "sociológicas", y también, de igual manera, las concesiones no le impiden afirmar el carácter determinante de conductas que el derecho tiene respecto de la sociedad (y en estos aspectos se aparta de concepciones como las de Augusto Comte en sociología y Carlos Comte y Federico de Savigny en derecho). Lo dicho ocurre porque para Bentham el derecho es básicamente un conjunto de mandatos emanados del legislador investido para tal función por el poder soberano del Estado. A partir de ello, entiende como posible y beneficiosa una codificación universal del derecho (en tres partes: civil, penal y constitucional), y justifica su intento de convencer a diversas autoridades (desde Madison al zar Alejandro de Rusia) sobre la necesidad de renovar íntegramente la legislación de sus países.

Al igual que Thibaut, Bentham cree en el poder de las leyes como instrumento para conservar o transformar el orden social existente. Este carácter independiente, si se quiere, de las condiciones de aplicación del mismo, no respeta, sin embargo, la totalidad de la concepción de este autor, ya que no estamos frente a una idea metafísica o del "dogmatismo jurídico". Respecto de lo primero, basta tener en cuenta el rechazo que formula, tildándolos de ficciones, de los conceptos de ley natural, contrato social, recta razón, y su pretensión de que sean reemplazados por un "principio verificable experimentalmente": la *utilidad,* a partir de la cual la legislación debe tener por fin procurar la máxima felicidad al mayor número posible de personas.

Su criterio general es el "principio de interés", según el cual todo individuo al pretender una utilidad tiende a alcanzar el placer y eludir el dolor. Esta idea de utilidad se traslada al plano social y funda la concepción jurídica. El punto de ruptura con las posiciones iusnaturalistas que realiza Bentham lo aproxima a posiciones futuras de la sociología del derecho, ya que le da un fundamento empírico y esta es precisamente la base de esa ciencia. El "fin del derecho" resulta en Bentham un objetivo social práctico y no una posición abstracta.

Además de eso Bentham es un precursor de la sociología del derecho por su interés en la organización judicial (estudio de la organización y distribución del trabajo, número y ubicación de los tribunales, etcétera), sobre profesión de los jueces (elecciones, promociones, inamovilidad), y funciones de abogados, procuradores, jurados; proyectó un sistema penitenciario para detenidos con mayor seguridad, para la reinserción social y modos

de asegurar la buena conducta, en obra que trata sobre clases de reclusos, vida grupal en la cárcel, tiempo libre. Trabajó también sobre prueba judicial y criterios para juzgar la validez de la misma, causas que producen la sanción de leyes y prejuicios (sofismas) que se utilizan para favorecer o para oponerse a la sanción de las leyes.

Para ejemplificar estas posiciones de Bentham puede tomarse el *Tratado de las pruebas judiciales* (1847), en el cual, a partir de la discusión de la opinión vulgar según la cual es necesario someter las constituciones políticas a un proceso que las haga retroceder a antiguos principios (opinión que descarta, ya que sostiene que la prosperidad inglesa no se debió a restauraciones periódicas sino a mejoras sucesivas), exceptúa de esa consideración a la legislación procesal: en ella entiende que los siglos primitivos han llevado ventaja a los siguientes (lo que es seguramente discutible).

Bentham acude, en 1823, época de esta obra, al procedimiento inglés antiguo, que considera más sencillo frente al "arte maléfico", que por "reglas tan molestas y tan poco conformes a la razón, multiplican de tan extrañas maneras las cuestiones de competencia". Muchos abogados, en los más variados países, incluso el nuestro hasta la época contemporánea, podrían suscribir estas líneas y sacar algunas conclusiones a partir de la resistencia que la introducción de la informática (que puede resolver automáticamente muchas de las inútiles cuestiones que se plantean a diario en ese campo) significó en el fuero civil de la Justicia Nacional hace algunos años.

La historia del procedimiento judicial es contraria a la de las demás ciencias, continúa Bentham: en éstas se procura ir simplificando el método de los antepasados; en la jurisprudencia se ha ido complicando cada vez más... se ha empeorado, multiplicando los medios y disminuyendo los efectos (1847:28, 29). Observa además que el deseo de eludir las leyes ha producido las sutilezas del foro, y el deseo de prevenir las intrigas del fraude ha obligado a echar mano de expedientes particulares.

"Conforme iba inventando el enemigo nuevos ataques, los ingenieros de la ley inventaban por su parte nuevas defensas; pero éstos han llegado a dejarse deslumbrar por la sutileza de su ingenio, y han multiplicado las reglas en una materia que exige poquísimas".

Aquí aparece el sentido práctico de este autor. Para encontrar de nuevo el camino, escribe, no es necesario acudir al antiguo procedimiento ni a conjeturas eruditas. El modelo natural de un buen procedimiento es el del "buen padre de familia", al dirimir las diferencias suscitadas entre los suyos: ésa es la imagen del buen juez. Si las familias han existido antes que los Estados, existen dentro de los Estados mismos, el tribunal doméstico es el verdadero tipo de tribunal político. Su método no se

halla en los libros, ya que "el legislador primitivo", el sentido común, enseñó al padre de familia y lo continúa haciendo. "El rústico labrador lo sigue por instinto, el legista se aparta de él por erudición" (1847:30). El legista no ignora lo que todo el mundo conoce, pero lo que sabe como "hombre natural", lo ignora como "hombre artificial"; uno es sencillez y precisión; el otro, sutileza, suposición y ficción. Aun hoy en día, la lectura de muchos fallos muestra bien a las claras que persiste lo que Bentham señaló con tanta claridad, y que justificó esta ironía:

"Si tiene que preguntar la hora que es o el tiempo que hace, principiará por interponer dos o tres personas entre él y el preguntado, inventará alguna ficción de astrología y empleará algunas semanas o algunos meses en escritos y cuestiones preliminares" (1847:30).

Es precisamente a partir del sentido común marginado del proceso judicial que puede decir el autor tratado: "Si se quisiera figurar un acto de demencia, no habría más que representar a un abogado inglés que se empeñara en trasladar a la vida común las ficciones, reglas y la lógica del foro". Hace mérito de la inmediación del tribunal doméstico, la no exclusión ficticia de testigos, el careo inmediato, la rápida resolución. Aun conociendo las diferencias que separan a un tribunal político de un tribunal doméstico, estima que el arte probatorio se ha degradado, y no perfeccionado, con la evolución de la sociedad.

Más adelante, al tratar del juramento de los testigos, agrega argumentos de sentido común y todavía hoy útiles y válidos: la debilidad de la presunta seguridad de esta prueba, por causas sociales, la formalidad del juramento, que no inspira confianza alguna en lo que dirá el testigo, y que aun, si es condición esencial del testimonio, priva de la declaración de muchas clases de personas que no pueden jurar por principios religiosos, a pesar de ser veraces, o de los menores que tienen aptitud para declarar sobre un hecho (1847:109, 110). Estas citas muestran la inclinación empírica y realista de Bentham, más allá de las concepciones generales, y permite colocarlo sin duda como un precursor de la visión sociológica del derecho por el marcado realismo con el que ha abordado algunos aspectos de la práctica judicial.

## 2. El positivismo.

### *a) Saint-Simon.*

Las posiciones positivistas de la sociología fundamentan una vertiente de precursores de la sociología jurídica que puede estimarse de mayor peso, por cuanto es natural que el orden jurídico sea vivido como un hecho social dependiente de otros, pasible de una explicación científica. De allí que los juristas positivistas nos

den desde el comienzo una visión nueva del derecho como variable social. Entre los antecedentes sociológicos de estas posiciones debe recordarse a Saint-Simon, cuya idea del derecho se encuentra arraigada en la concepción económica de la historia (representada por el peso que le otorga al industrialismo sobre las restantes actividades) y su desprecio por las clases sociales que llama ociosas, por comparación con las productivas.

Industriales son para Saint-Simon todos los que producen en cualquiera de los ramos materiales, básicamente tres grupos: cultivadores, fabricantes y comerciantes. Frente a ellas, todas las restantes clases son parasitarias, y, específicamente, la concepción del derecho de este autor se halla en su análisis de la "época crítica" iniciada con la Revolución Francesa, que dará lugar a la sociedad industrial, y que representa el fin del dominio de metafísicos y de juristas. El papel atribuido de ociosidad e inutilidad a estas profesiones, frente a las industriales, ha sido suficientemente analizado por los teóricos sociales y apunta a considerar que tanto unos como otros se ocupan más de las formas que de los contenidos, más de las palabras que de las cosas, más de los principios que de los hechos: "Acostumbrados a no fijar su atención en un punto, su espíritu se pierde frecuentemente en el laberinto de las ideas abstractas, y a partir de ello puede concluirse que mientras los hombres de leyes y metafísicos dirijan los asuntos públicos, la revolución no llegará a su fin" (1817 y 1821).

La parábola de la muerte de algunos miles de industriales (y el caos consiguiente de la sociedad) y la muerte de algunos miles de miembros de la estructura política, eclesiástica y jurídica del Estado (con su nulo efecto sobre la prosperidad), inserta en *El organizador* (1819), muestra que Saint-Simon no atribuye función alguna a la que luego se llamó superestructura política y jurídica, frente a las actividades productivas. Referido a ese menosprecio de la función jurídica, citemos también su alegato contra los legistas, incluido en el *Sistema industrial* (1821), según el cual, si la Cámara de Diputados fuera compuesta sólo por dos clases, nobles y funcionarios públicos de la administración, por una parte; industriales y personas que contribuyen directamente al progreso de la industria, con exclusión de todos los jueces, abogados y otros legistas, se establecería una discusión franca y positiva entre las partes, cuyo objeto sería determinar si la nación debe ser organizada en interés de los militares, ricos y funcionarios públicos o en bien de los productores, cuyo resultado podría anticiparse, en virtud de que la inmensa mayoría de la población se pronunciaría a favor de los segundos. Esto, que a su juicio convertiría a la política en simple y positiva, no se produce porque los legistas son mayoría tanto en el ministerio como en el Consejo de Estado, y suministran jefes a las tres partes existentes, que combinan los planes y conducen todas las acciones políticas existentes. Este análisis, contradictorio en parte con otros anteriores por

otorgar utilidad a "nobles y funcionarios públicos", pero que algunas ideas de Pareto sobre el papel de los juristas y el *instinto de las combinaciones* pueden aclarar, concluye con la afirmación: "Yo he tenido, pues, razón en decir que la preponderancia de los legistas (que son metafísicos en política) era una de las enfermedades sociales que Francia experimenta en este momento".

En esa misma obra los denomina "parásitos", al señalar como bastarda la lucha política entre nobles y clérigos, por una parte, y militares, legistas y propietarios no nobles, por la otra, cuando en realidad debe resolverse entre todos ellos y los productores, que son los que componen esencialmente la sociedad.

*b) Augusto Comte.*

Las ideas de Saint-Simon vinculadas al derecho se encuentran, como muchas otras, en el fundador de la sociología. Lo que hace a la concepción jurídica de Comte se encuentra tanto al tratar la estática como la dinámica social, pero especialmente al considerar a ésta en la descripción de la edad metafísica y su paso a la positiva. En la edad metafísica, los juristas han tomado el lugar de los teólogos y se han convertidos en clase dirigente, resultando unos y otros equiparables (1864: Sección LV, Tít. V). No obstante, lejos de constituir un nuevo orden social, sólo legitimaron el despotismo regio. Al igual que su predecesor, estima que, en la etapa positiva, la clase dirigente será la de los científicos y técnicos (equiparables a los industriales en Saint-Simon) y no la de los juristas.

Llega a sostener, en su *Sistema de política positiva*, que la palabra *derecho* deberá ser eliminada del lenguaje político como la palabra *causa* del filósofo, por tratarse de nociones teológico-metafísicas; una, inmoral y anárquica; la otra, irracional y sofística. Esta eliminación, no sólo de la palabra derecho sino también de la ideología que la sustenta, se justifica en el hecho de que desaparecería la ideología liberal e individualista, cuyo programa es la *Declaración de los derechos del hombre*; cada uno en la etapa positiva, tiene deberes hacia todos, pero nadie tiene derechos propiamente dichos: nadie tiene otro derecho que realizar su deber; sólo así la política podrá finalmente encontrarse subordinada a la moral (1890:I, 40 y 41, y II:526 y 527).

Treves ha sostenido que estas ideas excesivas muestran el pensamiento de Augusto Comte en oposición al *derecho* entendido como *derecho natural*, abstraído de las sociedades reales. Frente a la desaparición de este derecho, entidad metafísica insusceptible de verificación, aparece otro, renovado en la edad científica, que preconiza, subordinado a la política y a la moral, y que limita la acción individual sobre la base de deberes sociales (1987: 40 y 41). En la misma línea argumental, Pound estima que Augusto Comte era más hostil a las leyes que al derecho, lo que

obedece, a su entender, a que ese autor identificaba el derecho con el Código Napoleón (1965:277). Parecen, éstas, débiles defensas que hacen aparecer a Augusto Comte como partidario de alguna forma jurídica, pero no se compadecen seguramente con la opinión que tenía de la ley (identificada con el derecho) y de los juristas. Menos aún pueden sostenerse las ideas que pretenden atribuir a Comte una falta de oposición a la ciencia del derecho autónoma, simplemente por no haberla mencionado entre la sociología y la moral (Conf. Veniamín, cit. por Arnaud, 1981:66). Tiene razón Arnaud al no aceptar que Comte "se hubiera olvidado" de mencionar el derecho, ya que su concepción, de acuerdo con las categorías que utiliza, es clara: simplemente lo descarta como producto de la era metafísica, y para la formación ética de la sociedad, reemplazaba al derecho por la educación, reaccionando contra la concepción de Portalis, para quien se podía educar a través del derecho mismo.

Es evidente la negativa repercusión que podía tener la opinión de Augusto Comte entre los juristas, por cuanto los condenaba a la desaparición. Pero estas ideas negativas sobre un aspecto fundamental del control social, y sobre sus agentes, no justifica moderar o reinterpretar su concepción para "salvarla"; así fue formulada y no había lugar en su sistema para el derecho, ya que carecía de realidad. También rechazó las conclusiones de la Escuela histórica, por metafísicas, pero admitía la existencia de leyes verdaderas que no se pueden alterar por la legislación, con lo cual, de algún modo, reconocía la validez de las ideas de Savigny y de sus seguidores. Estas leyes verdaderas son inexorables, pensaba como positivista, y, por lo tanto, el derecho (legislado) era una imposibilidad: pretendería alterar el curso determinado de los hechos. De allí también derivaba el vaticinio de su desaparición.

En otros autores positivistas la posición sociológica aparece menos dogmáticamente formulada, y con mayores fundamentos; también pueden encontrarse opiniones contemporáneas más realistas que Augusto Comte, en el doble sentido de no resultar utópicas como su opinión respecto de la desaparición de las leyes, y por establecer con alguna precisión las causas de la dependencia de las normas jurídicas respecto del tipo de estructura social en que se originan. El mejor ejemplo es tratado a continuación.

*c) Carlos Comte.*

Este jurista francés, nacido en 1782 y fallecido en 1837, es considerado por varios autores como el verdadero fundador de la sociología, eclipsado injustamente por Augusto Comte. Sin entrar en este tipo de análisis, puede señalárselo, sin duda, como la figura positivista (en el sentido que esta palabra tiene en ciencia y no en lo que significa en la doctrina jurídica) por excelen-

cia, adoptado el punto de vista solidarista del derecho. En otras palabras, enfoca el derecho como sólo un positivista científico, un cientificista a ultranza, puede hacerlo.

Surge de su *Tratado de legislación* la pretensión de introducir en el estudio de la moral y de las leyes los métodos que tan segura y rápidamente han hecho progresar a todas las ciencias físicas. Carlos Comte se anticipa en setenta años a Durkheim, al entender que sólo hay hechos en el derecho y que delito y pena también son hechos sociales. Es, por ello, un precursor —si no fundador— sin esfuerzo de la sociología jurídica.

El tema central del *Tratado*... es explicar que el derecho es reductible siempre a hechos observables y verificables, tal como resulta del análisis de las instituciones en todas sus ramas. Sostiene Carlos Comte (que fue amigo de Bentham, al cual le reconoce la importancia de su influencia), al comenzar su extensa obra, la idea que lo guía: "Mi intento en esta obra no es rasguear un sistema de leyes o de moral, impugnar o defender las instituciones y costumbres de determinado pueblo, sino ver de introducir en el estudio de la moral y de las leyes los métodos que tan segura y rápidamente han hecho progresar a todas las ciencias físicas" (1836:I, 3). No hay otro medio para alcanzar el descubrimiento y la comunicación de la verdad. En los puntos de derecho concernientes a las relaciones patrimoniales o familiares sólo encontramos hechos. Estos hechos pueden sujetarse a la misma observación, ni más ni menos, que los hechos físicos. Es dable determinar su naturaleza o sus elementos, su causa y sus resultados, con tanta certidumbre como la naturaleza, causas y efectos de los que constituyen el ámbito de la historia natural (1836:I, 3, 6). Delito y pena son hechos; el procedimiento más complicado no es más que una serie de hechos. Del mismo modo, el derecho político: la subordinación social no es más que un hecho, al igual que las relaciones internacionales.

Llama la atención esta precisión en el punto de vista, en una época en la que hasta las versiones más próximas a la que luego se llamó sociología del derecho no pasaban de la alusión a entidades vagas y metafísicas como el "espíritu del pueblo", para fundar la relación entre derecho y sociedad. Del mismo modo, Carlos Comte tiene una idea clara respecto de la presunta universalidad del derecho romano y su carácter de *ratio inscripta*, al considerar que las decisiones de los jurisconsultos, lejos de tener esa característica, no son más que la descripción de los fenómenos que ocurrían en su sociedad. A esta afirmación, desde luego, debería señalársele que no enfoca el aspecto decisorio, en lo que tiene de voluntarista más allá de la descripción. Podría evaluarse, a partir de esto, la obra de Comte como la de un fundador del realismo jurídico, ya que rechaza toda idea normativa del derecho. Tampoco ve Comte, como lo hizo después Marx (que lo cita sin dirigirle las críticas despiadadas tan comunes en su obra),

que la vigencia del derecho no depende de una supervivencia ficticia producida por los juristas (como también lo creía Saint Simon), sino de un ajuste a condiciones reales actuales de la sociedad en la que existe.

Tomado el derecho en su dimensión fáctica, es lógico que pretenda buscar sus causas. No otra cosa buscó Durkheim al sentar las bases científicas de la sociología. En su discurso, Comte hace mérito de un progreso en las costumbres, de una disminución de los delitos bárbaros, de modo que resulta claro el progreso de la moral y de la legislación en Europa, aunque se ignoren sus reales causas (1836:I, 45). Rechaza la idea de causa única para este fenómeno, y más aún que el Cristianismo pueda serlo, porque en la Edad Media la religión no era lo que es en el siglo XIX, y no todas las naciones de Europa han progresado igualmente, a pesar de tener la misma religión. Es obvio que no pudo señalar las diferencias entre las ramas del Cristianismo ni observar el papel de la Reforma, tal como lo hicieron luego Sombart y Max Weber. Tampoco constituye causa del progreso la riqueza, de lo que son buen ejemplo los romanos en la época del fin de la República. Ni la "moralidad", de la que poco se sabe con precisión científica.

A su juicio, el progreso se debe, en la época moderna, a la exposición del efecto de las malas leyes (1836:I, 53). Las discusiones sobre el derecho divino o sobre la soberanía popular nunca han producido efecto importante en las instituciones o en las costumbres. Jamás hubiera causado Beccaria una revolución en la jurisprudencia criminal —sostiene con buena razón— si en vez de exponer los efectos de algunas leyes viciosas, se hubiese ceñido a despejar sus principios sobre el derecho de castigar.

La exposición de las causas no es dar preceptos ni consejos. Es usar el método analítico; describir las causas, naturaleza y consecuencias de cada procedimiento; su fuerza es la verdad (1836:I, 54). Es el conocimiento el que da el poder para cambiarlo. Así han desaparecido torpes instituciones, y a este conocimiento es a lo que más temen los tiranos.

Critica Comte, al igual que Bentham, el concepto de contrato social (desprecia los hechos, se funda en una falsedad y saca de ella conclusiones múltiples) y trata en cambio de buscar las fuerzas a las cuales obedecen los pueblos (leyes) en los mismos hombres, no en los libros, que "a no ser colecciones de embustes, no pueden encerrar más que descripciones de lo que hay o de lo que hubo" (1836, I, 229). No es necesario aclarar una vez más que este extremismo antinormativo no es requisito para una sociología jurídica, aunque sí lo es para el "realismo jurídico".

La distinción entre lenguaje y metalenguaje jurídico descriptivo aparece con claridad en la idea de Carlos Comte, según la cual nadie confunde un libro de botánica con las plantas que en él se describen, pero en legislación se mira como derecho a la

descripción del mismo: el libro de derecho "es derecho", cuando en rigor sólo trata de él. Muchas veces hay leyes sin que sea posible hallar en ninguna parte la descripción de las mismas: costumbres, *common law*. Hay, por otra parte, descripción de leyes antiguas que no existen, como no existen los emperadores romanos, aunque tengamos medallas con su efigie. "Las leyes de un pueblo están en él y forman parte del mismo, como sus costumbres, sus necesidades, sus pensamientos y sus pasiones". Cambian a veces en un pueblo las leyes, y el pueblo queda el mismo; y a veces se renueva un pueblo, y las leyes persisten. Pero esto sólo en parte es cierto: la nación tendrá el mismo nombre o idioma, pero si varían las leyes, varía el pueblo. Una descripción no es una ley ni la afirmación escrita de cierto orden de hechos es la existencia de éstos (1836:I, 235). Las declaraciones, las confirmaciones, las promesas y hasta los juramentos, nada son absolutamente, mientras no haya en la sociedad una potestad independiente que tenga el deseo y la fuerza para hacerlas respetar a sus autores.

"Escriba por otra parte en sus registros una asamblea amante de la igualdad, y más adelantada que su siglo, escriba, digo, que todos los hombres son iguales, que no hay distinciones de nacimiento, que no se reconocen jerarquías, títulos ni condecoraciones, etc.; ¿piénsase por ventura que esta descripción de un mundo imaginario será una potestad que trastrueque la realidad? Si conmina penas a cualquiera que no se conforme, tendrá quizá por efecto infundir momentáneamente la hipocresía, rebajar en apariencia a los unos, y levantar un poco a los otros; mas a la primera ocasión, alzaránse de todas partes las vanaglorias ajadas, y formarán un poderío que será la ley, reapareciendo entonces las jerarquías, los títulos, las distinciones y demás concomitantes" (1836:I, 236).

No existe, para el tiempo en que fueron escritas esas líneas, otra descripción más clara —y más cruda— de la influencia de la sociedad en las leyes estatuidas y la dependencia de éstas respecto de aquélla. Veinte años después, Marx y Engels darán una visión distinta de la dependencia en la *Ideología alemana*, y tomarán en cuenta lo expresado por Comte. Cuesta, todavía hoy, encontrar términos más precisos para formular la idea de que si existen impedimentos normativos extralegales de mayor peso que la legislación, las leyes son meras declamaciones.

Comte realiza un esfuerzo para asociar ley científica y ley jurídica o moral. Pero falla al tratar de relacionar en un mismo campo los aspectos normativo y fáctico de la ley y disminuir el valor de los primeros a partir de la efectividad que presenta en la vida social. Los siguientes párrafos son ilustrativos al respecto.

"¿Cuáles son, pues, los elementos que componen la fuerza que llamamos ley? En el orden físico se da este nombre a toda potencia que obra de una manera constante y regular, pero cuya

naturaleza yace por lo demás ignorada. Háblase de la ley de gravitación sin conocerla más que por los efectos que produce. En el orden moral se da también el nombre de ley a toda fuerza que obra de una manera constante y regular. Se la puede juzgar por los hechos que manifiestan su existencia y a veces desmenuzarla hasta cierto punto. Pero la naturaleza de los elementos primitivos que la forman yace tan oculta para nosotros como la naturaleza de las leyes del mundo físico. Así en legislación como en otras ciencias, es posible remontarse de un hecho a otro, pero siempre llegamos a hechos ante los cuales debemos detenernos porque más adelante nada vemos (1836, I; 237). Es harto común considerar como ley a una orden escrita, dada por un gobierno, redactada y publicada bajo ciertas formas. Tales órdenes forman realmente a veces parte de una ley; mas nunca constituyen una ley entera. Una ley es una potestad que deslinda ciertos modos de obrar o de proceder; pero dicha pujanza rara vez es una entidad sencilla. Compónese casi siempre de un sinnúmero de fuerzas que acuden a un mismo fin, y que se deben escudriñar separadamente si se quiere formar un concepto cabal de su totalidad (1836, I:238, 239). La ley no está en el hecho descripto; éste es un mero resultado. Es preciso ver la ley en la potestad que produce el hecho cuya descripción se acaba de leer. Estas fuerzas son las que actúan sobre el gobierno para ordenar ciertos comportamientos, las influencias de una parte de la población sobre la otra, las opiniones religiosas, los prejuicios de las facciones, las condiciones naturales, físicas y geográficas que determinan las ideas, las costumbres y sus relaciones recíprocas".

Debe notarse, a pesar de la falencia de esta concepción, la presencia de elementos relevantes para la sociología del derecho en el momento de examinar los supuestos de aplicación de una ley, y los fundamentos de la no aplicación en los casos en que debería corresponder. Las fuerzas "que actúan sobre el gobierno" son lo que actualmente se denomina grupos de presión y de interés; "las influencias de una parte de la población sobre otra" puede entenderse tanto como los influjos de la opinión pública en un sistema de estratificación por clases o estamental, como contemporáneamente a partir de los medios de comunicación masiva, que efectivamente condicionan las influencias mencionadas.

En lo que hace a la valoración de la actividad legislativa, la concepción del "arte de legislar" en Comte es claramente sociológica. Así, se pregunta si el legislador es un numen fundador o arreglador de pueblos a su albedrío. La mayoría de los autores que han escrito sobre leyes hacen desempeñar un papel inmenso a los legisladores, endiosándolos: llamándolos padres de las naciones, planteadores de los Estados, seres sobrehumanos (1836, I, 245). Tomando las leyes por lo que realmente son, se ve cuán arduo es variar las de un pueblo cuando este cambio no puede

verificarse sino por medio de una fuerza superior, propia del mismo pueblo, cuya existencia se quiere alterar. Es necesario modificar su entendimiento, sus hábitos y, en cierto modo, su manera de percibir. Así, cuando se escrudiña la obra de los legisladores, adviértase casi siempre que se ciñeron a describir los hechos materiales producidos por leyes ya existentes o a declarar las mutaciones que el tiempo y la experiencia han causado en el modo de juzgar y de sentir de una parte más o menos considerable de la población. Para cambiar las leyes concernientes a las costumbres de las familias, a la conservación y traspaso de las propiedades, opina, se necesita la fuerza de un ejército conquistador y, aun, a veces no basta. En las peores conquistas, los más bárbaros con los pueblos vencidos no impidieron que éstos se rigieran por sus propias leyes (1836:I, 246).

Los que presten atención a nuestra historia jurídica deberán recordar que las valoraciones encomiásticas a Vélez Sarsfield por parte de los juristas nacionales corresponden a lo que Comte señalaba en Francia, y si se observa el efecto de la modificación de la práctica jurídica por la codificación civil y comercial a partir de 1900, no se debe tampoco olvidar que fue paralela al cambio de la base poblacional de Buenos Aires como consecuencia del proceso migratorio externo. Hubo reticencia jurisprudencial, a partir de 1871, por largos años, a fundar sus fallos en la nueva legislación. También deben recordarse las curiosas supervivencias que el derecho anterior tuvo hasta bien entrado el siglo XX en las regiones no modificadas por el impacto inmigratorio externo. Pienso, por ejemplo, en el reconocimiento del mayorazgo y del vínculo en el reparto de aguas en La Rioja, señalado por la investigación de Mario Margulis sobre esa provincia (1968).

Lo antedicho se refiere como contrapunto a lo expresado por Comte, ya que es dable observar que la legislación introduzca a mediano plazo cambio en las conductas, pero en este caso puede verse sustentado por un cambio cultural. Si éste no existe, es posible que la idea de Comte responda a la realidad: los legisladores más famosos de la antigüedad, a quienes se atribuye la creación de las leyes que llevan sus nombres, no hicieron más que ir relatando los fenómenos ya existentes, y lo nuevo que se ha creído ver en sus sistemas no fue más que la expresión de una revolución ya consumada en las costumbres o en los ánimos. "Esto constituye un elogio para su obra; si en vez de describir lo que habían observado, o de ser los manifestadores de una sociedad nueva, hubieran consultado los sueños de su imaginación, es dudoso que hubiesen sido adoptadas sus obras ni encomendados hasta nosotros sus nombres" (1836, I:247). Por lo mismo, si un gobierno absoluto quisiera cambiar las leyes y establecer otras nuevas, no se dedicaría a borrar cuatro líneas por las cuales se dice que cada uno profesa su culto o goza de igual protección. Esta descripción no es la potestad que constituye la ley. Tendría

que ir desmenuzando por dentro los móviles de aquella potestad; trataría de modificar, si puede, los pensamientos y las pasiones de los adultos, se apoderaría sobre todo de los niños y amoldaría su entendimiento en los términos que mejor convengan a sus miras. Si tiene éxito, si logra colocar a sus hombres en las administraciones, tribunales, ejércitos y casas de educación, podrá lograr que dejen de existir algunas leyes antiguas, aunque ninguna ley escrita se haya borrado (1836:I, 250).

Es notable la intuición sociológica del autor, trasuntada en las citas precedentes. El Estado *orwelliano* que pretendiera cambiar las verdaderas leyes, debería apoderarse de los niños para amoldar su entendimiento; esto es, intentar un control ideológico sólo posible a través del proceso de socialización realizado con prescindencia de la influencia de la familia, ya que la otra alternativa (modificar los pensamientos y pasiones de los adultos) se plantea dubitativamente. Esto, como es sabido, se intentó en los regímenes autoritarios de este siglo, habiendo dependido el éxito de la extensión de la influuencia: menor en Alemania e Italia que en la Unión Soviética, y aun dudosa en ésta, si se observan las manifestaciones nacionalistas resurgidas a partir de su disolución en 1990. Por otra parte, se debería colocar a hombres adictos, esto es, agentes ya socializados, en los puntos claves del poder, para ejercer la acción social, más allá de suponer que el cambio de las leyes amolda a los actuales ocupantes de los cargos a nuevas expectativas. No llega a otra conclusión la sociología política en el estudio de los gobiernos que siguen a un movimiento revolucionario, si son efectivos, y la sociología organizacional respecto de la escasa o nula influencia que las nuevas reglas tienen en el funcionamiento de la administración, si no se cambian las expectativas reales y específicas de las posiciones involucradas. Logrado esto, es realmente poco importante lo que diga la ley escrita; y si no se logra, la ley escrita tampoco lo logrará. Una última cita muestra que en este aspecto Comte veía claro, aunque no abarcaba todas las posibilidades. Puede ironizar sobre el consejo de Voltaire:

"Queréis tener buenas leyes? Quemad las vuestras, y haced otras nuevas (Dict. Philosoph., V, Loi Salique). Esto es lo mismo que decir a una persona que se quejase de ser fea: ¿quiere Ud. tener una buena figura? Pues queme Ud. su retrato, y mándese hacer otro. Puédense quemar los libros, mas no las leyes de un pueblo, como ni tampoco sus pasiones, sus yerros, sus preocupaciones, ni las diversas clases de la población que mantienen a las demás en el estado en que se hallan. Antes del reinado de Carlos VII, ningún fuero de los que regían la Francia se había extendido. Si un filósofo hubiese dicho a los pueblos que entonces había: *vuestras leyes son malas, arrojadlas al fuego,* con dificultad hubieran comprendido cómo era posible quemar las leyes sin quemar a los hombres" (1836:I, 255).

En la Argentina, el cambio de las leyes vino por otro camino: un país despoblado en su mayor parte, y poblado por indios en su menor extensión, fue alterado por la población que se introdujo y por la supresión o marginación de los naturales. Las propuestas de Alberdi y de Sarmiento, las campañas al desierto y la política migratoria favorecieron el cambio de cultura por supresión y trasplante. Más allá de la valoración ética, ése fue el procedimiento. Durante este siglo, todavía Alfredo Palacios aconsejaba para las provincias del Noroeste argentino la mezcla poblacional con extranjeros, como un medio para combatir el decaimiento social y la pobreza; esto es, una forma de cambiar la cultura —y las leyes reales— cambiando la población. Varias de las teorías del desarrollo económico tienen un aspecto similar en sus formulaciones (Fueito, 1988, II).

No obstante las limitaciones, Carlos Comte merece un lugar muy destacado en la historia de la sociología jurídica como precursor, si no como fundador de la misma, por el modo de abordar los aspectos fácticos del comportamiento regido por el sistema legal y por considerar a la doctrina jurídica como un metalenguaje, más allá de su extremismo cientificista y de su negación de los aspectos normativos, en una tesitura próxima a lo que luego fue el realismo jurídico.

## 3. El evolucionismo.

### a) *Federico C. de Savigny.*

Con la presencia de una mayor influencia de Montesquieu, opuesta a las conclusiones de Bentham, se desarrolla la obra de este autor, cuyas concepciones sobre el derecho han servido a muchos críticos del dogmatismo jurídico y precursores de la sociología del derecho en el siglo pasado. Savigny fue, como es sabido, el propulsor de una de las grandes corrientes de opinión alemanas en la época de la codificación. A diferencia de Thibaut, para quien el derecho es un agente del cambio social (como pudo pensar Bentham), para Savigny, el derecho no es obra de una voluntad arbitraria, sino de lo que llama "el espíritu del pueblo". La vida humana común es para este autor "como la vida de un ser supraindividual": de allí la importancia que la continuidad histórica tiene para la formación del derecho.

Sostiene Savigny en *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (publicada en 1814), que un código eficaz, orgánico, no se hace por capricho ni cuando se quiere hacer, sino que se produce cuando las condiciones y las circunstancias de la cultura jurídica lo imponen. El derecho es obra del pasado, evoluciona lentamente y la costumbre es su base. Savigny rechaza la posibilidad de que los códigos puedan

garantizar la "mecánica exactitud de la administración de justicia", que dispense al magistrado de todo juicio propio y que signifique la aplicación literal de la ley, según la creencia del racionalismo iluminista. Critica la posición de los codificadores, que estiman que todo derecho es el resultado de la ley y que la ciencia del derecho sólo tiende a la determinación de ese contenido: sólo cuando un código perfecto lo prevé como necesidad capital, se puede recurrir, como por triste solución, al derecho consuetudinario, vago e insuficiente complemento de la ley.

La obra de Savigny es incipientemente sociológica al negar la posibilidad de que el orden jurídico pueda encontrarse libre de influencias históricas y culturales, de modo tal que no existe obra codificadora pura de acuerdo con solemnes abstracciones, para todos los tiempos y pueblos, si lo que se pretende es que se cumpla (1814:19 y 20). "En todas las naciones cuya historia no ofrece duda, vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del mismo modo que su lengua, costumbres y su constitución política. Todas estas manifestaciones no tienen una existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y actividades del pueblo, indisolublemente ligadas, y que sólo aparentemente se revelan a nuestra observación como elementos separados" (1814:23). Lo que forma un todo, escribe Savigny, es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario. Esta idea, si bien vaga, con características metafísicas y una inspiración en el ser nacional alemán que trataba de oponerse a la penetración cultural francesa (expresada por el Código Napoleón), contiene en germen la idea de cultura, entendida como un conjunto de hechos sociales que revisten los caracteres de coactividad, regularidad y externidad.

De lo que se trata, en definitiva, es de reconocer precisamente este carácter de hecho social externo, coactivo, y por lo tanto difícilmente evitable para las personas, de los fenómenos condicionados por la historia, frente a las decisiones que, si bien son producto de la razón no dejan de ser abstracciones que deben compatibilizarse con la realidad para pretender una aplicación no desnaturalizada ni desnaturalizadora. Savigny rechazaba esta posibilidad mecánica de aplicar leyes creadas —y extranjeras—, y sus discípulos fueron derivando hacia actitudes cada vez más reaccionarias.

La vinculación de las normas jurídicas con el lenguaje, sobre la base de la dependencia de ambos respecto de la costumbre, se presenta en el caso del autor tratado a partir de su valoración como "derecho vivo", en el común conocimiento del pueblo, en sus rasgos fundamentales, lo que constituye un pensamiento de corte sociológico, como lo es también la dependencia que el llamado *elemento técnico* del derecho (construcciones de los ju-

ristas) tiene de ese derecho costumbrista, que llama *elemento político*. En suma, todo derecho tiene su origen en los usos y costumbres y se crea primero por aquéllos y luego por la jurisprudencia, siempre en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador (1814: 24, 28).

Muchas derivaciones de estas ideas no son pertinentes para nuestro análisis. Pero sí lo es su insistencia en las utopías formuladas sobre los efectos de los trasplantes de normas jurídicas: sólo en el espíritu histórico está la garantía contra la permanente ilusión de considerar general a toda la humanidad lo que es propio y peculiar de cada pueblo (1814:110). La ley, en realidad, no existe de por sí; es, más bien, la vida misma del hombre mirada desde un punto de vista especial. Savigny no piensa que pueda modificarse el derecho de una sociedad ni se plantea las hipótesis orwellianas de Carlos Comte al respecto; sencillamente, lo niega. Estas ideas y la valorización contradictoria del derecho romano, que es considerado derecho común no obstante su ajenidad al suelo alemán, surge también de los artículos escritos por el autor en la *Revista de la Escuela Histórica* (1908). Así fue constituyendo una dependencia dogmática respecto del derecho romano, que llevó su escuela a la parcialidad y al estancamiento, pero permitió que la idea de evolución haya penetrado en todas las ramas de la ciencia. La derivación de la "conciencia nacional" que hizo del derecho pudo ser justamente criticada como insuficiente y mística, mas permitió destacar la fuerza original y el valor del derecho consuetudinario.

Sin perjuicio de ello, también debe decirse que puede serle imputado que avalara el paso "del amor por lo antiguo a la predilección por lo anticuado"; ya en 1862, un anónimo publicado en Berlín lo considera panegíricamente un "reaccionario", no obstante haberse opuesto a la codificación y no a la legislación, y para un momento determinado de la historia alemana y no como postura permanente (Gierke, 1903).

Con posterioridad a Savigny, la disputa entre germanistas y romanistas, que ya existía en su tiempo (y que se reflejaba en la *Revista de la Escuela Histórica* que publicaba junto con Eichorn, líder de la rama germanista), lleva a la separación entre ambas, derivando en la fundación de revistas propias y en el ataque frontal al romanismo, entendido como derecho extranjero. Respecto de este tema, es cierto que Savigny dogmatizó su posición considerando cualquier modificación del derecho romano como error o perturbación, introduciendo por la vía de considerarlo una *ratio inscripta* un rigorismo ahistórico que era la negación de su escuela. Tampoco reconoció, opuesto como era al racionalismo, el aporte que el derecho natural podía hacer contra el dogmatismo legal, que constituía, a su vez, al primero en un fenómeno histórico.

A partir de lo expuesto puede verse que la imputación de teutomanía y de oscuro fanatismo que hacían los romanistas a los germanistas, y la pretensión absurda de que el derecho sería más nacional germano cuanto más romano, debía sucumbir en una lucha estéril entre el nacionalismo a ultranza frente a una alternativa utópica, que después confluyen nuevamente en la conseguida unidad alemana. Por todo ello, de un cuadro pleno de posiciones extremas, románticas y reaccionarias, que tanto Savigny como sus contemporáneos y sucesores produjeron en un momento particularmente crítico de la historia alemana, debe destacarse la presencia de elementos sociológicos en germen que, inspirados en Montesquieu, servirían a muchos teóricos posteriores para acercar el derecho a la sociología. Y podemos convenir con Stone, que tanto Savigny en Alemania como Maine en Inglaterra mostraron que el orden jurídico estaba íntimamente relacionado con el contexto social, y desafiaron la competencia del mero análisis lógico, al igual que las especulaciones *a priori* sobre la justicia (1973:15). En este sentido lo recordamos como un precursor de nuestra materia.

Sin embargo, debe destacarse la opinión absolutamente adversa a la expuesta anteriormente, formulada por Alf Ross y los que se inspiran en él. Para éste, la escuela histórica, como hija del romanticismo alemán, no tiene nada de causal ni de natural: "orgánico", representa las fuerzas oscuras que animan a todas las cosas vivas y tienden a una meta; el "espíritu del pueblo", no tiene relación con el "espíritu de las leyes" de Montesquieu, sino que se trata de un principio espiritual, una esencia absoluta e irreducible que se revela en la vida de un pueblo, incluso en la jurídica, y que se desarrolla hacia su meta inmanente como expresión de la misión y del significado divinos de ese pueblo. La evolución del derecho no está determinada, sino predestinada, porque el historicismo no es sólo historia, sino criterio del bien. "El espíritu del derecho es lo absoluto, y el profesor de derecho su profeta", ironiza Ross (1963:335).

Las derivaciones de la escuela histórica dan buena razón a Alf Ross, pero la persistencia de las ideas va más allá de las inquietudes que generaron una actividad intelectual. Lo cierto es que Savigny fue rescatado como un jurista que buscó límites al derecho positivo, aunque lo haya hecho con fundamentos y argumentos de ideología romántica. El solo hecho de que haya sido pensado como un historicista fundado en elementos costumbristas, da pie para valorar la función que cumplió para la sociología jurídica. El mismo Ross, en otra parte de su obra, valora el papel de Savigny positivamente cuando sostiene que "Savigny y Marx nos han enseñado algo que no debemos olvidar: si estas teorías son despojadas de su atuendo absoluto, dogmático y metafísico, aparece una verdad relativa: la subordinación relativa del legislador frente a fuerzas sociales que limitan su formal poder so-

berano" (1963:341, 343). De eso precisamente se trata, y por eso precisamente lo recordamos.

*b) Henry Sumner Maine.*

Este autor, nacido en 1822 y muerto en 1888, publicó su obra antes que Spencer y le sirvió de fundamento. Tiene en su *Ancient law* (1861) principios comunes con el evolucionismo y debe ser considerado como el mayor representante de esta tendencia entre los precursores que específicamente se dedicaron al derecho. Sin perjuicio de ello, existen también elementos organicistas y positivistas, ya que no pueden determinarse tendencias absolutas sino líneas de pensamiento generales, sobre todo antes de fines del siglo XIX.

Sumner Maine piensa que la mayoría de las ideas jurídicas de las "razas civilizadas" remontan a la formación de la familia patriarcal, y la historia de su desarrollo no es más que la historia de la lenta evolución de este tipo de familia (s. f. 1:19). En lo que refiere a la relación del sistema legal con otros fenómenos normativos sociales, interesa destacar de su obra dedicada al derecho antiguo, con particular referencia al de la India, su observación según la cual no hay absolutamente ningún sistema de derecho escrito, desde China hasta el Perú, que en el momento que surge por primera vez de la oscuridad no aparezca embrollado con el ritualismo y los preceptos religiosos (s. f. 2:11). Al referirse al derecho indio, al que dedica buena parte de la obra, sostiene que está compuesto por infinidad de usos locales y por una serie de costumbres escritas que pretenden poseer más autoridad divina que el resto y que, en consecuencia, ejercen gran influjo sobre las demás reglas y tienden a absorberlas, si no hay algo que impida su asimilación (s. f. 2:13).

Para este autor la historia del derecho es una tendencia constante a separar el orden jurídico de los otros sistemas normativos, incluso hasta imponer ideológicamente la idea de que dicha separación no sólo es posible sino efectiva y tajante, por añadidura. En esta medida es un precursor de la sociología del derecho, que pretende explicar las causas del fracaso de esta separación y las consecuencias sociales de la imposición ideológica de la idea de un sistema jurídico independiente.

*c) Herbert Spencer.*

La obra de Spencer y la de Augusto Comte tienen en común la fe en la ciencia como instrumento capaz de mejorar a la humanidad, la marginación de los problemas metafísicos y la pretensión de fundar una nueva forma de convivencia social. Discrepan en cuanto a la ciencia que debe ser tomada como base para el análisis de lo social, que para Spencer no es la física sino

la biología. En lo que refiere al derecho, la discrepancia entre Comte y Saint-Simon, por un lado, y Spencer, por el otro, reside en el individualismo de éste, que fácilmente puede confrontarse con las tendencias socializadoras (en sentido amplio) de aquéllos.

La idea de la función social de las leyes y su dependencia de la sociedad surge de la distinción que efectúa entre *sociedades militares* (cooperación obligatoria, status, como señalaba Sumner Maine) y *sociedades industriales* (cooperación voluntaria, contrato, según el autor que acabamos de citar). Su posición individualista le hace pensar que los hombres no pueden conformar la sociedad a su antojo, y que las sociedades evolucionan hacia el tipo en el cual la cooperación no es obligatoria (estadio superior), ya que en ella la sociedad existe para beneficio de sus miembros, y no a la inversa. "A medida que por el progreso del industrialismo y el crecimiento de una población libre declina el poder del jefe político, predomina la parte de la ley que nace del *consensus* de los intereses individuales sobre la parte que deriva de la autoridad del soberano" (1947:II, 92).

Más allá de la valoración del contrato, en la fórmula liberal de "acuerdo de voluntades entre personas" que se suponen capaces para reglar sus relaciones económicas en igualdad de condiciones, interesa de este autor tanto la idea de la evolución de las sociedades como la dependencia que el orden jurídico tiene respecto de aquélla. Además, desde que no analiza nada similar a la etapa metafísica de Comte, o etapa crítica de Saint Simon, no presenta una postura manifiestamente opuesta a los hombres de leyes, como esos autores. También, y como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta sus orientaciones políticas, se opone a los principios del socialismo, que por autoritarismo asimila a las sociedades militares; esto es, evolutivamente superadas y que tienden a convertir a las personas en propiedad del Estado.

Al constituir el derecho una derivación del tipo de sociedad, puede considerar su carácter tradicional en tiempos primitivos y el valor de la costumbre en los modernos, ya que la ley nunca puede sustituir completamente los usos tradicionales. Esto se relaciona también con los sentimientos y teorías apropiadas para cada estadio social, desde la justificación del sistema teocrático por el mandato divino, el absolutista por la voluntad del soberano, la democracia por la voluntad mayoritaria del pueblo, y el estadio final que a su entender será el *consensus* de los intereses individuales y no la opinión que la mayoría tiene de ese *consensus* (que justificaría las tiranías parlamentarias). En este estadio final, las leyes no tienen otra justificación que su eficacia para conservar las condiciones de una vida plena en el estado de asociación (Spencer, 1947:II, 93 y 94).

## 4. Precursores y fundadores de la sociología jurídica del conflicto.

En oportunidades anteriores hemos señalado que el presupuesto básico de la teoría del conflicto es la escisión de la sociedad en clases antagónicas y la dependencia del orden jurídico respecto de esta situación. Corresponde aclarar que nos hemos referido hasta aquí a una sola vertiente de la sociología del conflicto, aquella que tomando la idea de división entre clases opuestas entre sí, adoptaba el punto de vista de los explotados. Existió otra teoría del conflicto, con consecuencias para la sociología del derecho que no llegan hasta nuestros días, basada en la asunción del punto de vista de los grupos dominantes: tal el llamado *darwinismo social* y la teoría poligenética, que desarrollan algunos elementos de Spencer, pero acentuando los rasgos de lucha por la existencia y la superioridad de algunas razas: Arthur de Gobineau, en su *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* (1853/1855), sostiene la extravagante idea según la cual todo lo que hay de grande y de noble en el mundo deriva de una sola familia, cuyas distintas ramas han reinado en los países civilizados del universo. Houston Chamberlain, en sus *Fundamentos del siglo XIX* (1900), combina el racismo con la excelencia de lo teutón, único tronco puro que habría ejercido la jefatura social y que está destinado para ello (teoría que luego asumió el nazismo en Alemania). El autor que a pesar de muchos excesos ideológicos puede interesar dentro del darwinismo social es William Graham Sumner, cuyos *Folkways*, estudio sobre las costumbres primitivas, se refieren también en parte a la génesis del derecho. Con excepción de este último autor, del que nos ocupamos brevemente en el presente capítulo, marginamos a los restantes de nuestro estudio, por el nulo aporte que realizan a la comprensión del fenómeno jurídico (y del fenómeno social en conjunto, ya que cabe únicamente incluirlos en una teoría de la ideología); luego de ello, nos referiremos a la vertiente representada por Marx y por Engels.

*a) El darwinismo social como teoría del conflicto y su concepción del derecho. La obra de William Graham Sumner* (1840-1910).

Pastor protestante que ejerció la cátedra de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Yale durante muchos años, sostuvo el punto de vista según el cual resulta inevitable el conflicto generado en la lucha por la existencia y que sólo permite el triunfo de algunos como producto de una selección natural que es absurdo impedir.

La desigualdad de las clases es normal y justa frente a la superstición de la democracia (Martindale, 1971:193 y ss.). Su obra más conocida es *Folkways* (neologismo debido a él), estudio sobre las costumbres y su génesis en los pueblos primitivos. En este trabajo hay algunos conceptos perdurables (como su idea de costumbre, etnocentrismo, intragrupo y extragrupo), que han pasado a la sociología general. Pero aquí sólo interesa su idea de derecho. La que sostiene, sólo admite una total dependencia de las costumbres y usos *mores*). La institución (a la que da un concepto que engloba a la vez la *institución-norma* y la *institución-grupo*) surge espontáneamente (matrimonio, propiedad) de esfuerzos primitivos, que van estructurando costumbres y luego unen alguna filosofía, por rudimentaria que sea. Las reglas se van especificando lentamente hasta constituir una estructura. De estas instituciones espontáneas surgen las instituciones decretadas, que son las formadas por una reflexión racional o experiencia, sistematizadas y definidas por la ley y sancionadas por el Estado.

De acuerdo a esta génesis, "es difícil encontrar instituciones puramente decretadas que sean poderosas y prósperas", tanto como lo es inventarla saliendo de la nada. Puede ser que el elemento racional de una institución sea tan grande que su origen costumbrista sólo se descubra mediante investigación histórica, como las legislaturas, tribunales, sociedades por acciones y Bolsas de Valores, pero en otras es fácilmente determinable, como en la propiedad y el matrimonio (Sumner, W. G., 1948:79 y 80).

Las actos legislativos son igualmente derivados de usos y costumbres. Decretar leyes positivas es imposible hasta que la reverencia por los antepasados se haya debilitado al punto de que a nadie le parezca mal quebrantar las costumbres tradicionales mediante tales decretos. De todos modos, para ser fuerte, la ley tiene que ser coherente con la costumbre (1948:81).

Las creencias sobre el poder de las leyes derivan de las costumbres. Pero Sumner introduce aquí un elemento voluntarista: la fuerza ha entrado históricamente en la constitución de las *mores*, y es bueno que así haya sido. "Sólo la fuerza ha hecho el derecho en el pasado, y si concebimos como fuerza (y así debe ser) las elecciones y los fallos de los tribunales, también debemos decir que en la actualidad también la fuerza es lo que hace el derecho. La fuerza, de cuaquier naturaleza que sea, anula las objeciones. Por lo tanto, el poder ha hecho todo el derecho que ha existido o existe hoy" (1948:93 a 95). Con esta idea contradice buena parte de lo que sostuvo antes, ya que la fuerza puede alterar cualquier precedente, cualquier costumbre. Los fundamentos de su opinión aparecen como ideológicos; justifica los despotismos y lamenta los fracasos de Sforza o de César Borgia; sostiene que la protección de los débiles es una moda irracional,

pues "solamente existe una débil probabilidad de que el más fuerte no tenga razón" (1948:92, 253, 245).

Otro punto de vista conocido de este autor es su idea de que la situación jurídica de las personas ha evolucionado del *status* al *contrato*. En las sociedades primitivas, las posiciones (status) otorgadas por las costumbres eran inquebrantables: la afiliación al grupo, el parentesco, la familia, el vecindario, la jerarquía, eran casos de status sin elección posible, ya que el nacimiento lo determina para el futuro de cada uno. En los tiempos modernos, el status ha sido reemplazado por el contrato (con lo que quiere significar cierta disponibilidad electiva). No obstante, "sea cual fuere el sentido que se le da al concepto de libertad, ésta nunca podrá significar la emancipación de la influencia del ambiente societario o de las costumbres de la sociedad en que se nace" (1948:96 y 97).

Como se ha dicho, algunos conceptos de esta obra han perdurado y hoy son parte del bagaje conceptual de la sociología. Es cierta, por otra parte, la dependencia de las leyes respecto de las costumbres, tal como lo hemos reiteradamente señalado. Pero en la obra de Sumner tal dependencia encubre un discurso profundamente reaccionario, en el sentido que su visión es opuesta a cualquier transformación observable en la época moderna. Así, por ejemplo, de su análisis de la Guerra de Secesión norteamericana surge una crítica hacia la supresión de la esclavitud, que alteró "el funcionamiento total y satisfactorio" de esta institución en el sur norteamericano. Lincoln es considerado el autor de un cambio arbitrario, y su obra liberadora, "pura retórica". La causa es que la alteración producida ha generado "discordia económica, social y política", ya que era "contraria a las costumbres de los blancos que allí vivían". No parece ver con mucha alegría el proceso "largo, penoso y desalentador" que llevará a un nuevo reajuste social (escribe hacia 1900).

Por todo esto su obra, más allá de algunos conceptos e ideas perdurables, aparece descalificada por la historia misma. La presunta inatacabilidad de las costumbres que predica es opuesta a todo racionalismo y a cualquier intento consciente de mejorar una situación social que pueda afectar costumbres y derechos adquiridos. De acuerdo con esta idea, la historia debería detenerse, y eso es lo que expresan la mayor parte de sus páginas. La otra idea rectora nos dice que la fuerza todo lo justifica y que no sólo el más fuerte impone su ley sino que es correcto y valioso que lo haga. Una pura y simple aplicación de la "lucha por la vida" y la supervivencia del superior que, generalizada como idea por Darwin y Spencer, llegará en el siglo presente a desarrollos nefastos en varios países europeos.

*b) La obra de Marx y Engels y sus aportes a la sociología del derecho.*

La teoría del derecho de Marx y Engels es apenas algo más que observaciones diseminadas en obras escritas con objetivos muy alejados del análisis jurídico, lo que puede aplicarse a Lenin. Por su parte, los ámbitos jurídicos ignoraron totalmente estos trabajos hasta las primeras décadas de este siglo; cuando aparece, lo hace como sustento del "derecho social", y su influencia es exclusivamente en las obras de los economistas (Arnaud, 1981:69). Es posible, sin embargo, reconstruir muchos aspectos significativos de la concepción jurídica de Marx y Engels, tal como se intenta a continuación.

Según la *Ideología alemana*, en cita común pero necesaria en el momento de precisar la opinión de estos autores sobre el tema que nos ocupa, "la organización social y el Estado brotan constantemente del proceso de vida de determinados individuos; pero, de éstos, no como puedan presentarse ante la imaginación propia o ajena, sino tal y como realmente son; es decir, tal y como actúan y como producen materialmente, y por lo tanto, tal y como desarrollan sus actividades bajo determinados límites, premisas y condiciones materiales, independientes de su voluntad... Las representaciones, los pensamientos, el comercio espiritual de los hombres, se presentan todavía aquí como emanación directa de su comportamiento material. Y lo mismo ocurre con la producción espiritual, tal y como se manifiesta en el lenguaje de la política, de las leyes y de la moral, de la religión, de la metafísica, de un pueblo" (1985:25 y 26).

De allí que el derecho, la moral, la religión, pierden la apariencia de su propia sustantividad. Los hombres, al cambiar su realidad material, cambian también sus pensamientos y los productos de su pensamiento, entre ellos, las leyes. Consecuencia de este punto de vista es que las luchas que se libran dentro del Estado (entre formas de gobierno, por determinados derechos políticos, etc.) son formas ilusorias mediante las que se ventilan las luchas reales entre las diferentes clases (1985:35).

Como el Estado es la forma por la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en la que se condensa toda la sociedad civil de una época, se sigue que todas las instituciones comunes tienen como mediador al Estado y adquieren por su intermedio una forma política. De ahí la ilusión de que la ley se basa en la voluntad y además en la voluntad desgajada de su base real, en la voluntad libre. Y del mismo modo se reduce el derecho, a su vez, a la ley (1985:72).

Los puntos de vista jurídicos de Marx y Engels son interesantes para ser confrontados con los marxistas posteriores. Así, también estiman que la ruptura total con la comunidad la establecen derechos tales como el *ius utendi et abutendi*, que tam-

bién significa la ilusión de que la misma propiedad privada descansa sobre la voluntad privada, como el derecho a disponer arbitrariamente de la cosa. En realidad, el derecho tiene limitaciones económicas concretas para el propietario privado, ya que la cosa no es tal en relación con su voluntad, sino que se transforma en verdadera propiedad en el comercio, pues allí se convierte en una relación. Estiman entonces que la reducción del derecho a voluntad es una ilusión jurídica, lo que será cuestionado en el momento de requerir la Revolución Bolchevique del derecho como factor de cambio social, tal como se verá.

También es ilusoria la idea de voluntad contractual en cuanto significa que los individuos establecen relaciones entre sí, cuyo contenido descansa en su libre voluntad. Esto depende, según esos autores, del desarrollo de la industria y del comercio. Más adelante se aclara esta idea: en realidad, sólo es propiedad privada lo que se puede vender o disponer, no todo lo que se tiene.

Puede verse entonces que en la concepción marxista existen dos temas diversos y conectados: el *primero* es que la especulación pura sobre el derecho en general lleva a construir categorías jurídicas abstraídas de las relaciones sociales determinadas. En esto puede coincidir toda la sociología del derecho, aun la no marxista. El *segundo* punto es que las categorías jurídicas construidas reproducen una estructura social específica, y esta estructura está constituida por relaciones sociales de intercambio. Esto sí es exclusivo de la posición teórica que analizamos. En otras palabras, para el marxismo la norma jurídica no está exclusivamente caracterizada por la imperatividad o la coercitividad que la constituye en una técnica de organización social aplicable a cualquier sociedad, tal como sostiene Kelsen; no interesan las características comunes de todas las normas, sino que la característica diferencial de la norma jurídica moderna se conecta con un modo de producción (Cerroni, 1965:78, 79). Para los autores analizados, si se pone de relieve la coercitividad de toda norma, no se advierte la diferencia fundamental entre las normas del derecho esclavista, feudal y capitalista, y su vinculación con los privilegios instituidos en cada sociedad. Queda claro que sólo interesa el rasgo histórico, diferencial, que hace a la función del derecho, y no el común, ideal, de coerción.

Marx y Engels ejemplifican esta dependencia de lo jurídico respecto de los modos concretos de producción con el caso de Amalfi, ciudad medieval que mantenía un extenso comercio por mar y que dio lugar al primer desarrollo del derecho marítimo (*Tablas de Amalfi*), y también con el caso italiano y luego de otros países, en los cuales la industria y el comercio desarrollaron la propiedad privada y ocasionó la recepción nueva del derecho romano que se eleva a autoridad (1985:73). Cuando después la burguesía fue lo suficientemente fuerte como para que los príncipes tomaran bajo su protección sus intereses y derro-

caran a la nobleza feudal, comenzó el verdadero desarrollo del derecho, en que todos ellos, pero especialmente en Francia y en menor medida en Inglaterra, toman como base el derecho romano. Aun en este último país se aceptan algunos principios jurídicos de ese derecho como fundamentos de la propiedad mobiliaria. Concluyen sosteniendo que el derecho carece de historia propia, así como carece de ella la religión. Para el marxismo, "el drama científico de la ciencia jurídica moderna está contenido en límites precisos: hasta tanto no se separe de la eticidad y de la filosofía, no puede surgir como objeto de la ciencia de modo autónomo, y luego, cuando se separa de ellas, puede hacerlo solamente funcionalizándose respecto de la esfera material" (Cerroni, 1965:30).

Esta posición no deja de constituir una filosofía, pero el aporte a la sociología es relevante. Alf Ross, por ejemplo, señala el paralelismo entre la concepción de Marx y la escuela histórica del derecho respecto del condicionamiento social del derecho y la posibilidad de una política jurídica: el derecho no es creado en forma arbitraria sino que es un producto necesario de la evolución. El legislador es impotente para ambas y, según Alf Ross, esta idea se debe a que esas escuelas son hijas de la filosofía del destino historicista y romántico. Las diferencias que encuentra en la comparación del marxismo y la escuela histórica son sustanciales, a partir de las fuerzas espirituales que reconoce la escuela histórica, y las materiales que existen en la marxista (1963: 339). Pero rescata a Savigny, como dijimos antes, más de lo que pretende descalificar a Marx como "dogmático y metafísico", calidades que si bien tenía, junto con las evidentemente proféticas, han mejorado la comprensión del fenómeno jurídico dentro del contexto social.

"Una chaqueta —escriben Marx y Engels— es mi propiedad si puedo venderla o empeñarla; si es un harapo, aunque tenga condiciones valiosas para mí (o que determinen que alguien sea por ello un andrajoso), no es propiedad privada, ya que no puedo disponer a partir de ella ni de las más insignificante cantidad de trabajo ajeno. Aunque el jurista, ideólogo de la propiedad privada, siga hablando de propiedad aun en ese caso, no lo es en las relaciones concretas; la tierra es propiedad sólo en la medida que representa una renta" (1985: 265). Esto depende de relaciones sociales.

En su crítica a Max Stirner, Marx y Engels exponen que los teóricos que consideran al poder como fundamento del derecho se hallan en oposición directa a los que ven la voluntad como base del mismo. En el primer caso, se verá al derecho y a la ley sólo como el signo o manifestación de otras relaciones. La vida material de los individuos, que no depende de su voluntad, constituye la base real del Estado; estas relaciones, lejos de ser creadas por el poder del Estado, son, por el contrario, el poder creador de él.

Los individuos que dominan por medio de estas relaciones, independientemente de que su poder deba constituirse como Estado, tienen que dar necesariamente a su voluntad, condicionada por dichas determinadas relaciones, una expresión general como voluntad del Estado, como ley, expresión cuyo contenido está dado siempre por las relaciones de esta base, como lo muestran con mayor claridad el derecho privado y el penal (1985: 386 y 387).

"Así como no depende de su voluntad idealista o de su capricho el que sus cuerpos sean pesados, no depende tampoco de ellos el que hagan valer su propia voluntad en forma de ley, colocándola al mismo tiempo por encima del capricho personal de cada uno de ellos". La ley aparece como una expresión de voluntad condicionada por intereses comunes. Lo mismo ocurre con las clases dominadas, de cuya voluntad no depende tampoco la existencia de la ley y del Estado.

El delito, que define como "la lucha del individuo aislado contra las condiciones dominantes", tampoco brota del libre arbitrio sino que responde a las mismas condiciones de aquella dominación. "Los mismos visionarios que ven en el derecho y la ley el imperio de una voluntad general dotada de propia existencia y sustantividad, pueden ver en el delito simplemente la infracción del derecho o de la ley".

Marx y Engels explican que a partir de la existencia y condiciones de vida material se determina el derecho, y que no tenerlo presente hace que aquellos propugnadores de la tesis contraria (la ley como exteriorización de la voluntad del soberano) no entiendan el porqué del fracaso al tropezar con "algo pesado" del mundo. Se refieren especialmente a los fracasos de Federico Guillermo IV, y comparan la ley matrimonial prusiana, que sólo existe en la cabeza de su autor, con el Código Civil prácticamente en vigor, lo que marca la diferencia entre las leyes sagradas y las temporales. La ley prusiana trata de hacer valer la santidad del matrimonio por razón de Estado, tanto respecto al hombre como a la mujer, e impone penas inaplicables. El Código francés, al considerar a la mujer como propiedad privada del marido, sólo permite que se persiga el adulterio de la esposa, exclusivamente en el caso de que el marido lo exija, haciendo valer su derecho de propiedad sobre ella. Esta es la *práctica* (francesa), por oposición a la *fantasmagoría* (prusiana), y aquí hay un nuevo ejemplo de la clara dependencia que para estos autores tenía el orden jurídico respecto de las condiciones materiales o sociales de la vida (1985:399).

El derecho hereditario se explica por la necesidad de acumulación y de la familia existentes antes que la ley promulgada, y no por la ficción jurídica de la prolongación del poder más allá de la muerte (ficción que, por otra parte, fue abandonada cuando la sociedad feudal se convierte en sociedad burguesa). La patria potestad absoluta y el mayorazgo corresponden a condiciones

materiales muy determinadas. En la crítica a Stirner se preguntan si no se detuvo este autor a pensar si el derecho que los hombres reivindican sobre los huesos, y los perros, no, no dependerá del modo como los hombres tratan productivamente esos huesos, a diferencia de los perros (1985:430).

Otro tanto ocurre con *La Sagrada Familia,* obra en la cual Marx y Engels dan por aceptado (ya que no analizan) que "el derecho no concede nada, sino que se limita a sancionar lo existente" (1958:256).

Varios autores hacen mérito de la doble actitud de Marx y Engels respecto del derecho, aludiendo a párrafos que indican que puede tener influencia sobre la infraestructura. En el Capítulo I nos hemos referido a la opinión de Treves, para el que Marx establece la dependencia del derecho respecto de la clase dominante y la independencia frente a la dominada. También Kelsen (1957), analizando los textos, sostiene que si el derecho forma parte de la superestructura ideológica como algo diferente de la infraestructura y opuesta a ésta (que es la realidad social constituida por las relaciones económicas), no puede ser efecto de esas relaciones y a su vez tener efecto sobre ellas. Hasta aquí la posición de Marx y Engels sería coherente. Pero ambos, según Kelsen, admiten que el derecho como elemento de la superestructura puede tener efectos sobre la infraestructura. En ese caso, la *ideología* sería *realidad,* en el mismo sentido que las relaciones económicas, y entonces el derecho influiría sobre la vida social (1957:30 y 31)[1]. Si esto es cierto, la posición de Marx y Engels resulta contradictoria y se vería en las consecuencias de desarrollar su pensamiento.

Creemos, sin embargo, que las más importantes citas que pueden hacerse de la obra de estos autores aluden al primero de los sentidos indicados, aunque el "voluntarismo" y el carácter independiente del derecho respecto de la realidad tuvo entrada en el pensamiento marxista soviético oficial a partir de la consolidación del stalinismo. Pero aquí, simplemente, se invirtieron los términos de la concepción original de Marx y Engels.

Hemos citado ya el párrafo del prefacio a la *Contribución a la crítica de la economía política,* en el que Marx sostiene que las relaciones jurídicas y las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que tienen sus raíces en las condiciones materiales de vida, cuyo conjunto resume Hegel en el nombre de *sociedad civil,* y que la anatomía de ésta hay que buscarla en

[1] Pero agrega a este razonamiento, que puede considerarse correcto, que la doctrina burguesa del derecho no resulta una ficción de juristas como piensa Marx, sino que es "la descripción de una realidad social, dentro de la cual hay elementos económicos y legales en una relación de interacción o interdependencia", lo que es más difícil de admitir para la sociología jurídica.

la economía política. Pero además: "El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la sobreestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. Las fuerzas productivas materiales de la sociedad chocan con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí".

A esto puede agregarse que en *El capital*, al tratar sobre el proceso de cambio, afirma que las cosas se relacionan unas con otras como mercancías sólo a través de la relación entre sus poseedores: las personas se deben reconocer como propietarios privados, a través de una relación jurídica que se expresa mediante el contrato. El contenido de esta relación jurídica lo da la relación económica (1982:I, 48).

Si seguimos analizando su obra veremos que la dependencia de las leyes promulgadas respecto de la sociedad aparece tan clara en la concepción cooperativa de la misma época, y ha sido común tanto a los autores que proponían utopías sociales como a los reaccionarios. No pueden hacerse distingos en este sentido como para atribuir la dependencia a una línea y la independencia a la otra. Savingy y Marx piensan que el derecho depende de la sociedad, y se verá que en el siglo XX aparecen dentro de las concepciones conflictivas los "voluntaristas" y dogmáticos de la ley, para afirmar su independencia, ni más ni menos, al estilo de los racionalistas de la Revolución Francesa.

Este punto es significativo, porque en virtud de necesidades políticas (sobre todo de la Unión Soviética), se altera en un momento el pensamiento de Marx para ajustarlo al voluntarismo jurídico. Pero no se observa cómo, salvo forzando los textos, puede arribarse a esa conclusión. En el *Anti Dühring*, algunos párrafos refuerzan el punto de vista que se desprende de las restantes obras, de la total dependencia de la moral y de las leyes respecto de las condiciones de producción de la vida material. Allí se dice que el precepto *no robarás* surge cuando se desarrolla la propiedad privada sobre muebles y deriva de ella. La presunta máxima eterna de igual contenido sólo tiene sentido en ella, ya que si en una sociedad hubieran desaparecido los móviles de robo, de modo tal que sólo un perturbado pudiera robar, el predicador que lo sostuviera sería objeto de burla. Toda teoría moral, escribe Engels, ha sido producto de una situación económica concreta de la sociedad, y aunque ha habido cierto progreso en ese sentido, no se ha salido de la moral de clase. La construcción de la moral y el derecho, no a partir de relaciones sociales reales sino a partir del "concepto" de sociedad, sólo puede hacerse con algunos vestigios de contenido real que puedan encerrarse en esas abstracciones sobre las que construye, y con el contenido que el ideólogo aporte, tomándolo de su conciencia.

La conciencia es la que le brinda, según Engels, concepciones morales y jurídicas, que son una expresión más o menos correspondiente (positiva o negativa, favorable o adversa) de las relaciones sociales y políticas en que vive. Cuando cree estar construyendo una teoría de la moral y del derecho para todos los tiempos y mundos, lo que hace en realidad es trazar una imagen caricaturesca, arrancada de su base real, de las corrientes conservadoras o revolucionarias de su tiempo (Engels, 1975:79 a 81).

En la *Crítica al programa de Gotha*, Marx expone algunas ideas que luego son desarrolladas por Lenin en *El Estado y la revolución*. De éstas destaco la idea de que el derecho, en los primeros tiempos de la sociedad comunista, estaría comprimido por límites burgueses, pero esto es inevitable porque jamás puede estar a un nivel superior al de la forma económica de la sociedad y de su correspondiente desarrollo cultural. Sólo en la fase superior de la sociedad comunista, cuando desaparece la sumisión de los individuos a la división del trabajo, y el antagonismo entre trabajo manual y trabajo intelectual, puede rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: "De cada uno, según su capacidad; a cada uno, según sus necesidades" (1973:33).

Como señala Kelsen en su análisis de la teoría del derecho marxista (1957), esto puede interpretarse en dos sentidos: en el primero, que en esa última fase del comunismo no habrá derecho, porque el derecho es por su propia naturaleza derecho burgués, es decir, derecho de clase; en el segundo, que aun en la perfecta sociedad comunista habrá derecho, pero no derecho burgués si por éste entendemos un orden coercitivo que garantiza la explotación de una clase por otra —al que una superestructura ideológica presenta como realización de la justicia, pero que es simple simulación de lo justo—, sino derecho realmente justo (1957:59 y 60). No sigo con el desarrollo de Kelsen en este punto (que lo lleva a sostener que en este segundo caso el derecho será realmente idéntico a justicia y es norma verdadera), pero observo que la real justicia se encontraría fundada en el principio "De cada uno según su capacidad; a cada uno según sus necesidades". Como cualquier doctrina de derecho natural, no nos dice cómo se definen socialmente las capacidades y las necesidades, cómo se llenan esos principios abstractos con contenidos concretos. Con citas de otros textos, Kelsen defiende la interpretación por la cual, según Marx, la sociedad comunista tiene derecho. En la *Crítica de la economía política* dice que no puede haber sociedad en la que no haya alguna forma de propiedad (y también, por ende, en la comunista, en la cual la propiedad es colectiva); en todo caso, la propiedad supone un orden legal. Cuando dice "cada forma de producción crea sus propias relaciones jurídicas", implícitamente manifiesta que la forma de pro-

ducción comunista crea una relación jurídica (Kelsen, 1957:63 y 64).

La otra interpretación sostiene que en la sociedad comunista no hay Estado, no hay coacción, y por ello no hay derecho. Kelsen mismo reconoce que esta interpretación también tiene fundamento y que surge de las fuentes anarquistas de Marx y de Engels. Lo cierto es que resulta difícil sostener la exclusividad de una interpretación en contra de la otra. Los textos son suficientemente ambiguos como para dar lugar a ambas; de todos modos, es cierto que la predicción de una sociedad de justicia perfecta, sin Estado y sin derecho, es una profecía similar al mesiánico Reino de Dios, un paraíso futuro con las mismas posibilidades de concreción y que funda explícitamente las ideas desincriminadoras y supresoras del derecho penal de parte de la criminología crítica marxista moderna, a la que estudiamos en el Capítulo VIII. Precisamente, esta doble base interpretativa de los textos de Marx hace divergir a los teóricos de la criminalidad sobre este punto.

En *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Marx escribe la misma idea ya reiterada: "Sobre las diversas formas de propiedad, sobre las condiciones sociales de existencia, se levanta toda una sobreestructura de sentimientos, ilusiones, modos de pensar y concepciones de vida diversos". Todavía, respecto de Marx, podría agregarse una carta dirigida a Lasalle en la que le critica la idea según la cual la institución del testamento, aunque tomada del derecho romano, no pudo desarrollarse autónomamente en Europa occidental. Por el contrario, sostiene, el derecho romano, en forma más o menos alterada, es recibido por la sociedad moderna, porque la representación jurídica que el sujeto tiene de sí mismo en la sociedad basada en la libre concurrencia corresponde a la representación de la persona en el derecho romano. Aunque la recepción del testamento romano se basó inicialmente en una concepción equivocada (según muestra Lasalle), esto no quiere decir que el testamento en su forma moderna sea el testamento romano concebido erróneamente. Según ello, las relaciones reales determinan la pertinencia de un instituto jurídico; una conquista de un período anterior asimilada por el período posterior no es necesariamente una cosa vieja entendida erróneamente. Lo entendido erróneamente es, precisamente, la *forma universal* (Stucka, 1969:184 y 185). Este materialismo de la concepción jurídica es tan claro en Marx porque, desde su óptica, la concepción materialista de la historia se confirma a cada paso con el estudio de la ciencia jurídica.

Nos referiremos por último a la obra más importante de Engels respecto al derecho observado socialmente, que constituye además el trabajo más significativo de los precursores de la teoría del conflicto para relacionar derecho con sociedad. El *Origen de la familia, de la propiedad y el Estado* se basó en trabajos de

Morgan, que sostiene la idea de que la familia es un elemento activo, nunca estacionario, en permanente evolución, mientras que los sistemas de parentesco son pasivos y sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia, no sufriendo modificaciones radicales sino cuando se ha modificado radicalmente la familia.

Engels trató de demostrar en esta obra que en los orígenes fue posible una sociedad sin Estado y sin derecho (lo que justificaría su existencia futura, por lo menos como posibilidad relevante).

Entiende que mientras la familia sigue viviendo, el sistema de parentesco se osifica, y mientras éste continúa en pie, por la fuerza de la costumbre, la familia rebasa su marco, lo que señala la familia real y la osificación y cristalización del derecho.

El tema central del libro es sociológico-jurídico: la dependencia entre tipos de sociedades (y de sistemas productivos) y tipos de matrimonio. Se acepta que al *estado salvaje* corresponde la familia consanguínea, a la *barbarie*, una sociedad sin Estado y sin derecho, el matrimonio sindiásmico (por grupos) y la poligamia del hombre; la *civilización* tiene la familia monogámica por expresión, señalada por el dominio del hombre, la paternidad determinada y la herencia de bienes. Las dos primeras formas corresponden a la propiedad común (lo que implica contradicción, ya que hablar de formas de propiedad significa admitir formas de derecho, negadas antes). La última de las formas (civilización) corresponde a la propiedad privada de bienes: la nueva sociedad reconocerá la propiedad social y deberá presentar un nuevo tipo de familia.

Las obras de Morgan y de Bachofen en las que se basó Engels eran discutidas y dudosas. Hoy carecen de todo respaldo científico. Esas sociedades primitivas tenían un sistema jurídico estricto (como sostenía Durkheim) basado en la venganza de sangre, la expulsión de la comunidad, la propiedad colectiva de la tierra y la propiedad individual de los muebles como instituciones de derecho tradicional, no estatal. No eran seguramente ningún paraíso perdido a recuperar. Aquí se nos muestran los fundamentos iusnaturalistas de la concepción, ya que ese derecho ideal puesto en el comienzo de la sociedad (aun negada su calidad de derecho) es propio del "buen salvaje" de Rousseau y adecuada base para una teoría contractualista.

Más que estas ideas interesa la concepción de la familia monogámica y su relación con la sociedad capitalista.

En la edición de 1891 de la obra, Engels agrega que la familia monogámica se funda siempre en la posición social de los contrayentes, y por ello es siempre de conveniencia (1979:69). Sostiene que el amor sexual sólo es regla en el proletariado, ya que en esta clase faltan por completo los bienes de fortuna, para cuya conservación y transmisión por herencia fueron instituidos

precisamente la monogamia y el dominio del hombre. En el proletariado, también por ello, falta todo motivo para establecer el predominio masculino y aun los medios para conseguirlo. Salvo la brutalidad que el hombre le depara a la mujer desde el comienzo de la monogamia, ésta se encuentra equiparada, sostiene contradictoriamente. Muchas veces es la mujer el sostén familiar, ya que ha sido arrojada al mercado de trabajo y a la fábrica. De allí que, a su juicio, la familia proletaria no sea monogámica, en sentido histórico, aun con la más absoluta fidelidad: será monógama sólo en sentido etimológico. A estas consideraciones no obstan, según Engels, la igualdad de derechos reconocida por la legislación ni el libre consentimiento matrimonial: la igualdad en los papeles es similar a la de los contratantes, respecto de los cuales la ley no hace distingo entre situaciones de clase.

Hasta la ley más progresista se da enteramente por satisfecha desde el momento en que los interesados han hecho inscribir formalmente en el acta su libre consentimiento. Lo que ocurre entre los bastidores jurídicos, en la vida real, y cómo se expresa ese consentimiento, no es cosa que pueda inquietar a la ley (1979: 71). Más adelante se comparan los regímenes que requieren del consentimiento de los padres para el matrimonio de los hijos (países de herencia forzosa e imposibilidad de desheredación, salvo casos excepcionales, como Francia, Alemania, y los que tomaron sus leyes), y aquellos en los que no se requiere el consentimiento (pero puede desheredarse libremente, como el derecho inglés). La ley se justifica en situaciones de hecho derivadas del régimen de bienes que rige al matrimonio. Por esto, en definitiva, aun los regímenes jurídicos divergentes ceden ante la realidad: la distinción entre el matrimonio de los que tienen algo que heredar (condicionado) y de los que no tienen nada (no condicionado).

Respecto de la inferioridad legal de la mujer, sostiene que no es causa, sino efecto, de la opresión económica que sufre. De la mujer productora a la mujer criada principal en el régimen patriarcal, separada y marginada de la producción, situación que se revierte cuando el capitalismo (y la gran industria) abre la puerta a la obrera, pero de tal manera que existe incompatibilidad entre su función doméstica y su función de trabajadora industrial, y así sólo puede ser plenamente ejercida una a expensas de la otra. "Lo mismo que en la industria le acontece a la mujer en todas las ramas del trabajo, incluidas la medicina y la abogacía". En la familia moderna el hombre es el burgués y la mujer es el proletario, sostiene. Y esta situación, cabe agregar, se ha modificado muy lentamente a lo largo de este siglo.

Según Engels, sólo la supresión de la familia individual como unidad económica puede dar igualdad a la mujer con el hombre. Relaciona las bases de la monogamia con las bases de su contrapartida: la prostitución. La monogamia surge, a su juicio,

de la riqueza y la voluntad de que sea sólo trasmitida a la descendencia legítima. Esto explica la sanción jurídica del adulterio de la mujer (que podía introducir hijos ilegítimos en el matrimonio), y la ausencia de sanción para los hombres, que así pudieron practicar, abierta u ocultamente, la poligamia.

La pregunta siguiente es: si la monogamia apareció por causas económicas, ¿desaparecerá cuando se suprima el derecho hereditario? Lo que desaparecerá, según Engels, es la ficción *monógama* y se podrá llegar a una *monogamia* verdadera y plena. Si no existe sino propiedad social, si los hijos legítimos y los naturales merecen la misma atención, si la economía doméstica es un asunto social, desaparecerá el temor a la ilegitimidad del nacimiento que por motivos económicos (encubiertos por consideraciones morales) impide el sinceramiento de las relaciones entre hombres y mujeres. Se terminará también con la "deshonra de las mujeres" y la "honra de la virginidad" (1979:72/4). Para la época en que fueron escritos, signada por una espesa ideología matrimonial plena de ficciones y justificatoria de profundas desigualdades, estos párrafos muestran un sentido crítico que, sin duda, sirvió como elemento de reformas futuras en la vida social familiar y, consiguientemente, en el derecho.

No obstante, la dependencia de lo económico agota lo social y supone para el proletariado reglas distintas que no eran confirmables. El matrimonio es libre para la ley y para los proletarios. No será libre en su concertación, sostiene, sino cuando, suprimiéndose la producción capitalista y las condiciones de propiedad creadas por ella, se aparten las consideraciones económicas que aún ejercen poderosas influencias sobre la elección de los esposos. Entonces el matrimonio no tendrá, a su juicio, más causa determinante que la inclinación recíproca. Y no sólo ello, sino que la infidelidad, tolerada por las mujeres por causas económicas (preocupación por su propia existencia y por el porvenir de sus hijos), ya no tendrá justificación ni aceptación. Esto convertirá en monógamos a los hombres más que en poligámicas a las mujeres.

Engels sostiene que desaparecerá también la indisolubilidad matrimonial, ya que si la pauta del amor sexual es el único justificativo matrimonial, cesado éste no debe existir matrimonio, pues no hay motivos individuales ni sociales para que subsista.

Mucho de este proceso ha ocurrido sin la supresión del capitalismo y sin el advenimiento de la propiedad colectiva. Pero la exposición es una muestra acabada, seguramente la más clara dentro de la teoría conflictiva inicial, de la dependencia de los hechos jurídicos respecto de los sociales, a lo que se suma, en el caso, la dependencia de los hechos sociales de los económicos, por la cual parece que la conducta monogámica, más allá de la legislación matrimonial monogámica, depende de la economía.

Se ha intentado en las páginas precedentes una lectura de la obra de Marx y Engels. Reservamos el análisis de la posición marxista, tal como evolucionó con posterioridad, al Capítulo VI, referido a la sociología del derecho conflictiva en el presente siglo, y parte del VIII, donde se estudian las ramas de la criminología crítica. Allí se verá que Marx ha sido interpretado, reinterpretado, e incluso falsificado, para responder a los intereses teóricos o políticos de los intérpretes. Sin embargo, debe aceptarse que esta es la suerte última de todo pensador relevante, que interesa a veces no tanto por lo que exactamente manifestó (objeto difícil, si no imposible, por el carácter multifacético del lenguaje y la profusión de la obra), sino por la simiente que en otros genera reflexiones aplicables a diversos tiempos y lugares.

# Capítulo III

# LAS LÍNEAS DEL PENSAMIENTO SOCIOLÓGICO-JURÍDICO EN EL SIGLO XX

## 1. Introducción.

Al exponer las líneas teóricas del pensamiento social de este siglo, en un trabajo anterior (Fucito, 1988:70 y ss.), señalamos ocho vertientes principales: 1) el organicismo positivista; 2) el conductismo social; 3) el organicismo historicista; 4) el neopositivismo; 5) el formalismo; 6) el estructural funcionalismo; 7) las nuevas teorías del conflicto social, y 8) la sociología crítica Si se quisiera encontrar representantes de esas líneas en la sociología jurídica, aparecerían desde el inicio dos problemas: no todas las líneas están representadas y algunas de las que podrían asimilarse no pertenecen a la sociología sino a la filosofía del derecho.

Entre las que encontramos sin gran dificultad, con la salvedad de que algunos juristas no han elaborado excesivamente las líneas de pensamiento social que sustentan sus concepciones jurídicas, lo que permitiría incluirlos en más de una orientación, señalamos:

*a) El organicismo positivista.*

Por constituir en muchos aspectos la obra de *Durkheim*, *Tönnies* y *Pareto* la continuación de los puntos de vista de *Comte* y *Spencer* (a pesar de la distancia que han querido poner, sobre todo Pareto, con sus antecesores), las concepciones jurídicas de esos autores pueden incluirse en esta línea, del mismo modo que la obra general. También existen juristas que han adscripto a esa posición, de modo que estimamos tanto a *Ehrlich* como a *Cruet*, *Gény*, *Duguit*, *Nardi Greco* y *Gurvitch*, partícipes de la misma, pese a las diferencias que existen entre la obra de unos y otros.

Por último, y no obstante repetir ideas de Gény, Ehrlich y Cruet, entre otros, daremos un lugar especial a *Kantorowicz* y a su *Lucha por la ciencia del derecho*, ya que consiste en un anticipo de la sociología del conocimiento jurídico, por la particular

interpretación de las obras sociológico-jurídicas que lo precedieron.

*b) El conductismo social.*

Con la prevención de las numerosas subramas de esta escuela, y con el dato común de presentar una teoría de la acción social en su base, puede indicarse a *Max Weber* como representante, cuya obra abarca tanto el campo de la sociología general como el de la sociología del derecho en concreto. Esto es así a pesar de la concepción formalista que Weber tiene del derecho, pues su tipología de la dominación y de la acción social excede en mucho el abordaje puramente formal del objeto jurídico.

También las obras de *Gabriel Tarde* y de *Edward Ross* merecen ser consideradae en este lugar, así como a *Rudolph von Ihering* entre los juristas. Separamos la rama anglosajona del interaccionismo por la importancia que revisten *Holmes, Brandeis, Cardozo, Gray, Frank* y *Pound*, si bien puede señalarse que, en general, el interaccionismo se encuentra en la base de sus obras, pero no ha sido desarrollado íntegramente.

*c) El organicismo historicista.*

Como consecuencia de la ruptura entre el positivismo y el organicismo se presentan dos ramas. Una es el neopositivismo, que por los motivos que más abajo se dan excluimos de la sociología jurídica. La otra es la del epígrafe, de la que *Sorokin* es el principal exponente en teoría social, y los sustentadores de la teoría de la institución (*Hauriou, Renard*), los representantes específicos en la vertiente sociológico-jurídica, no obstante el dato de dogmatismo jurídico que presentan, según se refiere más adelante.

*d) El estructural funcionalismo.*

Derivado del organicismo, ha tenido un desarrollo importante a partir del segundo tercio del siglo en la obra de importantes sociólogos (*Parsons, Merton*), que ha dado lugar a numerosas formulaciones de teorías jurídicas de esa base: pueden citarse a *Evan, Bredemeier, Friedman, Luhmann* y a todos aquellos que a partir de una óptica semejante han considerado al derecho como subsistema funcional, así como han originado el desarrollo de los estudios de los subsistemas estructurales correspondientes (administración de justicia, policía, etc.). Probablemente es la línea que más trabajos concretos ha inspirado hasta la época contemporánea inclusive, y sin perjuicio de haber sufrido, tal como ocurrió en la sociología general, el embate de las vertientes críticas.

*e) Sociología crítica del derecho.*

Para abordarla hemos fragmentado la exposición de la siguiente manera: en el Capítulo VI se toma la visión de las primeras décadas del siglo presente, mediante *Renner*, *Menger* y *Lenin*, que sirven de introducción general a *Stucka* y a *Pasukanis*, autores que se han desarrollado con alguna amplitud por constituir intentos que, inspirados en el marxismo original, pretendieron realizar una teoría del derecho que respondiera a la visión sociológica del mismo. En el segundo de los autores citados culmina una suerte de "realismo jurídico marxista", que es rápidamente ahogado por el voluntarismo normativista de Vynsinsky, que representa, durante Stalin, una versión similar a la de Kelsen. El desarrollo y la confrontación de estos puntos de vista resulta sumamente útil para mostrar que la característica atribuida al orden jurídico como dependiente de las condiciones de vida social (en este caso, de la estructura económica), se opone a la concepción del derecho como variable independiente; esto ha ocurrido también en el área soviética, a pesar que las opiniones de Marx podrían considerarse un impedimento para la segunda alternativa.

En cuanto a las restantes líneas del pensamiento sociológico general anotadas al comienzo (neopositivismo y formalismo), se han desarrollado como vertientes filosóficas. Su preocupación no pasa por la aplicación concreta del derecho sino por la o las lógicas que pueden utilizarse para su desenvolvimiento teórico.

## 2. El organicismo positivista jurídico de los sociólogos generales.

*a) Emilio Durkheim.*

Nos interesan las referencias que sobre el derecho se hacen en *De la división del trabajo social*, *Las reglas del método sociológico* y las *Lecciones de sociología*. Si partimos de la base que el ordenamiento jurídico (y cada norma en concreto) es un hecho social, puede aplicarse lo expuesto por Durkheim al tratar del *hecho moral*, en el primero de los trabajos citados, para caracterizar al sistema legal como tal.

De este modo, el derecho consiste en reglas de acción que se reconocen a partir de ciertos caracteres distintivos: debe ser posible observarlos, describirlos y clasificarlos, así como buscar las leyes científicas que los expliquen (hechos sociales). Del orden jurídico no interesa su fin trascendente, sino su condición de *histórico*, su desarrollo con el imperio de causas de este tipo, su *función* en la vida temporal. Si es de tal manera en determinado

momento, se debe a que las condiciones en las que viven en ese momento los hombres no permiten que sea de otra manera. Cambia el derecho cuando cambian las condiciones: el derecho se forma, se transforma y se mantiene por razones de tipo experimental.

No implica renuncia de mejorar la realidad (moral o jurídica) su propuesta de explicarla causalmente. Se trata de resolver cuál puede ser el mejor conjunto de leyes, pero a partir de su estudio científico. No se renuncia a un orden jurídico ideal o mejor: pero al ideal sólo puede llegarse luego de observar lo real.

Al igual que la moral, para Durkheim el orden jurídico es un sistema de hechos realizados, ligado al sistema total del mundo. Esta es una consideración subsistémica de ese ordenamiento respecto del sistema social total: una concepción de las normas jurídicas como variable dependiente de la sociedad. Como es un hecho social, no puede ser fácilmente alterado, ni siquiera cuando el cambio sea deseable; como es solidario con otros hechos, no puede ser modificado sin que aquéllos sean alcanzados. A menudo es muy difícil calcular por adelantado el resultado final de esta serie de repercusiones. Por último, no puede durar a menos que sirva para algo y que responda a alguna necesidad; esto lleva a considerar la derogación y creación consuetudinaria de normas jurídicas en caso de lagunas sobre temas que constituyen hechos sociales históricos o bien presentan una necesidad de regulación. Esta clara consideración del "derecho como hecho" y su vinculación con otros hechos puede resumirse en la máxima: "*No es todo lo que debe ser*" (1967:35 y 36).

Debe tenerse presente también que Durkheim estudia la solidaridad social (y su correlativa tipología sobre la división del trabajo social) a partir del derecho, porque la solidaridad es un *hecho interno* que se nos escapa, y el orden jurídico es un *hecho externo* que puede ser estudiado. "La vida social, en todo lugar donde existe en forma duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el derecho es sólo esta organización misma en lo que tiene de más estable y preciso" (1967:61).

¿Cómo resuelve Durkheim el posible conflicto entre norma jurídica y costumbre? Considerando *patológicos* los estados sociales de discrepancia: es cierto que el orden jurídico refleja sólo una parte de la vida social, pero normalmente las costumbres no se oponen a él sino que son su base. Si ocurre lo contrario, ya no coincide con el estado presente de la sociedad y no obstante ello "se mantiene sin razón". Estos casos "no pueden durar sin peligro". Aun dejando de lado la inconsecuencia de considerar la existencia de hechos sociales sin razón (puede haber, y de hecho hay, poderosas razones para mantener en los papeles normas que nadie cumple), este punto es de suma importancia: si las leyes no tiene la costumbre como base, se resiste su cumpli-

miento. Cuando las costumbres se degradan, las normas racionales para fines sociales son dejadas de lado a favor de normas corruptas que benefician ilegítimamente a algunos. Pero también puede ocurrir que las costumbres evolucionen (por ejemplo, hacia una mayor igualdad social, como ha ocurrido desde la época feudal) y el derecho escrito constituya el baluarte de los privilegios. En este caso, la separación de la conducta prescripta por la norma tiene como fundamento un ideal que puede ser compartido. En ambos casos, más allá de considerar a uno como degradante y corrupto y al otro como valioso y superior, desde el punto de vista sociológico la explicación es la misma: *el derecho escrito pierde legitimidad social* (porque es obstáculo al egoísmo institucionalizado, o porque no se cree en los privilegios que establece); se atenúa siempre frente a un sistema de normas de más peso, que es el realmente practicado o el que tenderá a consolidarse en la ley. Estas ideas están expuestas o sugeridas por Durkheim y constituyen uno de los pilares de la sociología del derecho.

En general se hace menor mérito de lo que antecede que de otros puntos que, si bien son significativos, no constituyen un aporte similar. Me refiero a la dependencia del orden jurídico de las formas de solidaridad (ya que el derecho las reproduce y se han eliminado por definición las discrepancias), lo que impide partir de clasificaciones jurídicas para entenderlo sociológicamente. Esta idea es derivada de la dependencia de las normas jurídicas respecto de la sociedad y compartida por todos los que pueden llamarse sociólogos del derecho. Rechazadas las clasificaciones jurídicas (por ejemplo, entre derecho público y privado), es necesario encontrar una característica de los fenómenos jurídicos que varíe junto con ellos, y Durkheim la encuentra en la *sanción*. Así, definido el derecho como toda norma de conducta sancionada, hay, según el autor, dos tipos: las que implican una disminución impuesta al agente (*derecho represivo*) y las que significan una restitución de las cosas al estado anterior (*derecho restitutivo*) (1967:65).

Respecto de las primeras, la comprobación de las variaciones del derecho represivo prueban que el elemento permanente y general que pudieran presentar no puede encontrarse entre las propiedades intrínsecas de los actos impuestos o prohibidos por las normas penales porque presentan gran diversidad. Deben encontrarse entonces, según Durkheim, en las relaciones que tienen con alguna condición exterior a ellas. Un acto es definido como criminal, según la conocida caracterización del autor, cuando ofende los estados fuertes y definidos de la *conciencia colectiva*, definida a su vez como el conjunto de creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad (1967:75).

Un acto criminal no es reprobado porque sea un crimen sino, al contrario, es un crimen porque es reprobado. La reacción es común porque al haber sido atacada la conciencia colectiva, ella debe resistir; de allí que no sea una reacción individual, como alguna vez lo fue.

La importante conclusión de esta concepción es la dependencia del delito (hecho social) respecto de la sociedad, y la dependencia de la norma jurídica penal (hecho social) de la misma sociedad, representada aquí por la "conciencia colectiva", término que entendemos por el conjunto de creencias y normas efectivamente cumplidas por la sociedad. La reprobación que funda la sanción sólo puede surgir de otra norma, no jurídica, y de nuevo observamos que si no hay un sistema de respaldo, no habrá delito sancionado, aunque el "debe ser sanción" conste en los códigos penales. La voluntad concreta de castigar al desviado no surge de la ley ni del juez; surge de la creencia de que es correcto el castigo en ese caso porque ofende las normas éticas, religiosas, costumbres. Si esto no ocurre, podrán los códigos inscribir las declaraciones que se consideren más avanzadas, pero esto no cambiará la realidad, como escribía Carlos Comte. Este es un punto central de la concepción sociológica del derecho, que origina un permanente enfrentamiento con los partidarios de la autonomía legal: éstos no observan el limitado cumplimiento de la ley penal, la relación entre denuncias y sentencias y otros fenómenos sociales señalados por los criminólogos. Frente al incumplimiento de la ley de nada sirve señalar que los jueces son "desviados" o que la comunidad no la respeta. Lo importante es entender las causas sociales de la desviación, tema ajeno, en general, a los juristas.

Sigamos con Durkheim, que nos ha sugerido la precedente digresión. Otra referencia importante al derecho se encuentra en *Las reglas del método sociológico*; allí alude a la normalidad del crimen y a su concepto de que las condiciones con las que se relaciona son indispensables para la evolución de la moral y del derecho. Para el autor, el crimen es un agente del cambio social, ya que puede anticipar la futura moral. De hecho, Sócrates, correctamente condenado de acuerdo con las leyes atenienses, fundó una nueva concepción de la que hoy todavía somos tributarios; muchos murieron bregando por la libertad de pensamiento y de religión, por luchar contra la esclavitud. Todos fueron condenados como criminales de acuerdo con las leyes de sus sociedades; pero gracias a ellos se cuentan hoy muchos de los logros morales e intelectuales de los seres humanos. Si bien respecto de estos puntos la sociología no tiene dudas, no pretende tampoco conocer por anticipado cuáles leyes actuales serán en el futuro consideradas injustas, y quiénes, de los hoy tratados como desviados o delincuentes, serán los fundadores de nuevas concepciones. La profecía no es tarea científica; sin embargo, la

inquietud que en muchos ideólogos suelen originar estas reflexiones constituye un elemento adicional para desconfiar de la sociología, por parte de aquellos que consideran su modo de sentir y pensar una concepción eterna, ajena a la historia. Esto le ocurrió a Augusto Comte y luego a Durkheim, a partir de su idea de la "normalidad del crimen", no obstante su aclaración que descartaba la normalidad del delincuente.

También en *Las reglas del método sociológico* se expone la idea que la pena no puede considerarse un remedio, ya que el delito no es una enfermedad. Todo ello remite a que el castigo es función de la conciencia colectiva de la comunidad, y sólo en la medida de la afectación de ésta se reprimen jurídicamente las conductas.

Nos referiremos, por último, a la obra que específicamente se relaciona al derecho. Ésta es el conjunto de cursos dictados en Burdeos entre 1890 y 1900, editados posteriormente con el título de *Lecciones de sociología (Física de las costumbres y del derecho)*, y que constituye una sociología política y jurídica.

Allí define Durkheim la física de las costumbres y del derecho como aquella que tiene por objeto el estudio de los hechos morales y jurídicos, definidos como reglas de conducta sancionada, y cuyos problemas son dos: 1) *causas y fines útiles de las reglas*, que remiten a la constitución histórica de las mismas, 2) *cómo son aplicadas por las personas*, esto es, cómo funcionan en la sociedad (1965:43). Para el autor, el método de esta física del derecho (o sociología del derecho) debe ser doble: la historia y la etnografía comparadas (para determinar la génesis de la regla) y la estadística (para medir el grado de autoridad relativa de las reglas ante las conciencias individuales y descubrir las causas en función de las cuales varía). No cabe pensar que Durkheim haya considerado que el método sociológico, del cual formuló sus primeras reglas, deba ser excluido de esta rama de la sociología; más bien, debe ser completado con los tres que indica.

Vuelve Durkheim a insistir en el carácter social del derecho a partir de la evaluación de la inexistencia de una *mala in se*. "El robo sólo es castigado porque está prohibido. Supongamos una sociedad que tenga de la propiedad una idea diferente a la que nosotros tenemos, y muchos actos que hoy en día son considerados robos y castigados como tales perderán su carácter y cesarán de ser reprimidos. La sanción no depende, pues, de la naturaleza intrínseca del acto, ya que puede desaparecer, y el acto seguir siendo lo que es. Depende enteramente del vínculo que apoya este acto en una regla que lo permita o que lo prohíba. Y es por esto que se definen todas las reglas del derecho y de la moral" (1966:44 y 45). Estas reflexiones son más valiosas que el rasgamiento de vestiduras que muchos ideólogos hacen frente a la disminución del castigo de los delitos en determinados mo-

mentos de la vida social. Significa que cuando se asiste a un aflojamiento de la represión, lo que ocurre es que se ha perdido consenso sobre el valor de los bienes tutelados, sea por los órganos encargados de hacerlo (policía, administración judicial), sea por los sectores que rigen la comunidad o por ésta, en conjunto. La ley deviene en letra muerta, en parte, porque ya no se cree en que deban castigarse los actos que allí se mencionan. Frente a este hecho social —de difícil manipulación, como todos los hechos sociales—, las declamaciones son impotentes: la aplicación de las leyes es una variable social y carece de la autonomía que quiere verse en ella.

La idea del desfase entre derecho y sociedad se reitera en la obra: "No existe ninguna institución que no degenere en algún momento dado, ya sea por no saber cambiar a tiempo para acomodarse a las nuevas condiciones de existencia, ya sea porque se desarrolla en sentido unilateral, dejando de lado algunas de sus propiedades, lo que la vuelve incapaz de cumplir los servicios a los que estaba destinada. Esto puede ser motivo para buscar reformarla, pero no para declararla definitivamente inútil y suprimirla" (1966:66 y 67). Sociedad que se modifica más allá de la previsión jurídica, disposición legal interpretada de un modo ajeno a los presupuestos considerados en su sanción, ambas causas de un desfase que debe llevar a la reforma del orden jurídico.

Buena parte de la obra se dedica, por otra parte, a reivindicar la moral corporativa, y el sistema corporativo, basada, según dice, no sólo en razones económicas, sino también morales, ya que considera que la rehabilitación de la moral profesional a través de corporaciones que las ejecuten no permitiría la sustracción de las funciones económicas de estas morales específicas. Considera que en las sociedades desarrolladas las actividades económicas se rigen por la moral y el derecho común, pero éstos no se han construido para la vida especial de los oficios. La moral profesional no debe ser sólo la del médico, abogado y sacerdote, también debe ser la del comerciante y del industrial, del empleador, etc. Durkheim aspira a que la corporación tenga en lo futuro un papel más importante que en el pasado, y que sustituya al distrito territorial como unidad política del país (1966: 72, 78, 82). Lamentablemente, sus aspiraciones se concretaron, ya que esta obra, escrita en los primeros años del siglo, vaticinaba el auge corporativo europeo de las décadas siguientes, pero exclusivamente en este aspecto. El derecho de las sociedades corporativas, lejos de constituir lo que pretendía Durkheim, degeneró en aberraciones que, por conocidas, no es menester reiterar aquí.

La obra de Durkheim constituye una reafirmación importante del punto de vista sociológico en derecho, la primera significativa desde la teoría general en este siglo, desde una óptica

cooperativista, que en la versión del autor se convierte en corporativa.

*b) Ferdinand Tönnies.*

Nos hemos referido en otro lugar al organicismo de Tönnies, basado en su idea de voluntad colectiva que deriva de una voluntad humana fundada en apetitos y deseos, y a sus criterios cardinales de *voluntad esencial* y *voluntad arbitraria*. Éstas determinan la presencia de una *comunidad* o una *sociedad* (Fucito, 1988). Señalemos ahora que de cada tipo de convivencia deriva un tipo de derecho, de modo que para Tönnies la dependencia del orden jurídico respecto de la sociedad es clara y evidente. El derecho no deriva de pensamientos o de opiniones sobre la justicia; es el tipo de convivencia el que crea las formas de ordenamiento jurídico. De este modo, así como a la llamada *voluntad esencial* propia de las comunidades corresponde un derecho derivado de las exigencias de la vida vegetativa, a la *voluntad arbitraria* le corresponde uno derivado del intercambio: de un derecho sobre la posesión a un derecho sobre el intercambio de valores y bienes, tal la evolución de las formas jurídicas (Tönnies, 1947:232 y 233).

El primero de estos derechos, referido a la vida familiar comunitaria, se basa en costumbres y recibe su consagración por la religión. El derecho que corresponde a las sociedades es contractual y válido por el poder del Estado (1947:234). Estas definiciones, que son también de derechos *naturales* respectivos a cada forma de convivencia, definen también distintos tipos de moral. Entre ellas, las comunitarias son preferidas por Tönnies como superiores, pues están fundadas en el altruismo, no sobre el egoísmo, y sobre la unión del derecho y la moral, y no en su separación. La crítica al derecho societario pasa entonces por su separación de la moral, de las costumbres, por la sanción del Estado como único fundamento y por representar un modo de convivencia inferior al comunitario.

Debe señalarse aquí que Tönnies presta demasiada atención a las teorías dogmáticas del derecho, de modo tal que su sociología del derecho aparece fundada en dos categorías: una, sociológica (la comunitaria), y otra, jurídica (la correspondiente a las formas societarias). En esta última parece como que las costumbres y la religión carecen de lugar, y el derecho es simple instrumento creado por el hombre, sancionado por el Estado, divorciado de los restantes sistemas normativos. En otros términos, Tönnies no ha prestado suficiente atención al fundamento social del derecho, en el sentido de su permanente relación con los restantes subsistemas de control social.

Señala Treves que el socialismo de Tönnies, que lo lleva a criticar la vida societaria por su crisis, a partir de las exigencias

no satisfechas del movimiento obrero, se funda precisamente en esta valoración de lo comunitario. El socialismo significaría la exigencia de nuevas necesidades comunitarias no satisfechas por el derecho y la moral societaria del liberalismo económico y del capitalismo. La justicia social sería en este caso esa expresión que Tönnies ve presente en las formas de convivencia agrarias por sobre las capitalistas industriales (1987:53 y ss.). La sociología del derecho aparece explícita, aunque, según creo, con bases truncas, ya que existe siempre una dependencia e interrelación con otros sistemas normativos, a pesar del "único fundamento en el Estado", y en todo caso, la deficiencia del sistema jurídico societario es encontrarse atado a una moral individualista, y a una ética comercial, o, en última instancia al "espíritu del capitalismo" de base protestante al que aludía Max Weber.

La rescatable conclusión de su sociología jurídica es que el derecho, apartado de las exigencias comunitarias y atado a conveniencias de intercambio, pierde el carácter de respuesta a las necesidades de los miembros del cuerpo social, para responder a intereses sectoriales, distanciada cada vez más de una moral altruista y alejada también del *consensus* propio de los estadios sociales que valora. La ley creada artificialmente, racionalmente, con apoyo estatal, no puede compararse, para Tönnies, con la derivada de una forma social que tiene respuestas costumbristas para los problemas de convivencia, respuestas que se fundan en la unión y no en la separación individualista de los miembros.

c) *Vilfredo Pareto.*

No encontramos en el *Tratado de sociología general* una sociología jurídica específica, sino solamente referencias y alusiones al derecho; por esta causa el autor no se encuentra incluido en las reseñas usuales de nuestra materia. Sin embargo, Pareto presenta interés porque de su sociología pueden extraerse conclusiones inmediatas aplicadas a los aspectos jurídicos de la sociedad; esto es así tanto en la teoría de la acción como en la de los residuos y derivaciones.

Toda la sociología general de Pareto tiende a demostrar el carácter irracional y razonador del hombre y los estrechos límites de la acción lógica. Debe recordarse que, a diferencia de Max Weber, Pareto considera que no existe tendencia histórica hacia ese tipo de acción y descarta que el mundo formal y racional moderno prevalezca sobre el histórico tradicional e informal. Esto da pie para realizar algunas conclusiones derivables del pensamiento del autor, sobre la base de sus clasificaciones de los actos no lógicos (1916:I, 65 y ss.).

Aunque en contadas oportunidades Pareto se refiere al derecho, se puede sin dificultad entender que la acción de los operadores del derecho (particularmente del juez) *debería ser* un

acto lógico, ya que pretende constituir una adecuación de los medios a los fines tanto en la realidad como en la mente del actor. Pero muchas veces realiza actos no lógicos de la clase "no-sí": el actor (juez) cree que los medios guardan relación lógica con los fines, pero esta relación en realidad no existe; hay incongruencia entre los elementos evaluados en el proceso intelectivo y la sentencia obtenida. También pueden existir (y de hecho se observa que existen) acciones no lógicas de la clase "sí-sí": el juez obtiene un resultado adecuado al medio empleado y subjetivamente también lo cree (congruencia entre los elementos evaluados y la sentencia), pero las realizaciones objetivas no corresponden a las propuestas últimas de los que sometieron el caso a la jurisdicción; la sentencia es, en la práctica, una ilusión, ya que no es cumplida ni hay medios reales para exigir su cumplimiento. Los ejemplos de Pareto al tratar este tipo de acciones (revolucionarios que obtienen resultados que no buscaban, errores científicos, ilusiones de políticos e intelectuales) se pueden extender fácilmente a las "ilusiones de los jueces" que creen que la escritura sobre un papel de determinados contenidos imperativos modifican necesariamente la realidad. En términos sistémicos, puede señalarse que se trataría del caso que el macrosistema social pone trabas a las propuestas (sentencias condenatorias) del microsistema. El juez, como intermediario en el circuito que parte del medio externo y vuelve a él, es impotente para satisfacer la petición de control que proviene de los que someten el caso (particulares o ministerio público), por variados motivos: desde la insolvencia del deudor hasta la corrupción del medio externo que esteriliza la posibilidad de concretar el castigo del delincuente identificado.

La teoría de los residuos y las derivaciones presenta varios puntos interesantes para el análisis jurídico, en cuanto a que el estudio lógico de la conducta no lógica es, tal como pensaba Pareto, un tema fundamental de la sociología, y específicamente también de la sociología del derecho. Muchos hombres y mujeres (más de los que se cree) actúan de modo no lógico, aunque siempre se pretende lo contrario. Si buscáramos la verdad (y este debe ser el objetivo de la ciencia, no la utilidad), deberíamos tratar de desenmascarar estos actos, aunque en este punto debe recordarse que, precisamente, Pareto entendía que no era una actitud necesariamente buena para la sociedad: a veces son más funcionales para el sistema las falsedades. La idea se aplicaría si consideraremos que muchos de los preconceptos sobre la lógica de los jueces, el castigo inexorable de los delincuentes y la objetividad de la justicia, son adecuados para el ajuste del sistema social y para que los particulares no descrean del sistema judicial y acudan a la venganza privada o a la justicia por propia mano. Esas creencias significarían disfunciones del sistema frente a la funcionalidad del prejuicio.

Sin embargo, el descorrimiento del velo sobre la realidad de los operadores del derecho puede no tender al caos, sino a la corrección de las disfuncionalidades, percibidas también por los destinatarios del servicio, y en este caso el paternalismo de Pareto resulta en última instancia pernicioso.

Para él, los residuos son elementos constantes que representan sentimientos o estados psíquicos subyacentes en diversos tiempos y lugares, y las derivaciones son los encubrimientos racionalizadores (justificaciones variables). Aquel que dice "me gusta esta solución" o "no me gusta la decisión", se encontrará alejado del campo de las derivaciones sólo en el caso que no pretenda justificar su preferencia. El que justifica, el que racionaliza, es objeto de estudio. Queda también excluido el comportamiento lógico, que no racionaliza sino que razona adecuadamente a los fines propuestos.

Una sentencia realizada de acuerdo con la conducta lógica, funda racionalmente el fallo. Una sentencia alógica justifica las preferencias de su autor. Estos fallos justificados no son excepcionales; los realistas jurídicos en la tradición anglosajona dirían que el precedente no es buscado, sino inventado. Si bien las tradiciones jurídicas son diversas, el resultado puede ser el mismo. Un juez que justifica su preferencia dictada por un preconcepto por medio de largas lucubraciones, es típicamente una persona que entra en el análisis paretiano.

En el análisis de los residuos y derivaciones de Pareto es visible la combinación de la teoría de la ideología con el psicoanálisis, a pesar de que el autor se opone a la primera e ignora al segundo. Si analizamos los tipos de residuos podemos encontrar elementos pertinentes para el análisis jurídico en los siguientes:

1) *Persistencia de los agregados.* A diferencia del instinto de las combinaciones (que sería aplicable en el poco probable caso actual que se combinaran arbitrariamente elementos según ideas fantásticas, pero que era el modo posible de llegar a una conclusión en el sistema medieval de pruebas), el residuo del epígrafe puede fundar sentencias actuales: mantener por tradición combinación de elementos, que se justifican por esa misma tradición: estabilidad y conservación. Así, el modelo tradicional de organización familiar y del rol de la mujer, las creencias religiosas que pueden fundar con mayor precisión y cercanía que las leyes invocadas, y de este modo constituirse en obstáculos para las transformaciones violentas.

Una subespecie de este tipo de residuos es para Pareto "los que vinculan a los participantes de la misma profesión entre sí", lo que me hace pensar en la ideología profesional de abogados y jueces, que genera tradición en el modo de pensar, en el lenguaje y en las concepciones metajurídicas, a modo de una subcultura no necesariamente compartida por otros agrupamientos sociales

(y, extremando el análisis en sociedades de grandes dimensiones, ni siquiera común a todos los abogados y jueces practicantes de su profesión).

2) *Residuos en relación con la sociabilidad.* Éste es otro tipo pertinente para nuestro análisis. Dentro de ellos identificaba Pareto la necesidad de uniformidad, es decir, la necesidad de juzgarse a sí mismo y a los demás por criterios uniformes no racionales (costumbres, modas). Dentro de esta forma de conducta alógica se presenta la necesidad de imponerse a los demás por cualquier modo (persuasión o fuerza), como consecuencia de la hostilidad que generan las transgresiones a esos modos irracionales, aunque uniformes, de conducta. Cualquier neofobia, a la que son proclives algunos operadores judiciales y determinados círculos —que se atribuyen el carácter de custodios paternales de los valores en que dicen creer— respecto de la conducta de los demás (tradicionalismo ideológico), todo prejuicio que justifique una conducta aparentemente regida por la ley, sea de particulares o de agentes del Estado, cabe en esta categoría.

Al tratar de los residuos sexuales y de las largas justificaciones a favor de determinadas morales sexuales aceptadas como dogmas, sin observar su variación en el curso del tiempo y en la extensión de las sociedades, se observa en Pareto al crítico de las normas sociales carentes de racionalidad (de acuerdo con su definición de acción lógica), tales como las originadas en antiguas y oscuras tradiciones y en usos irracionales. Los distintos tipos de residuos aparecen como conjuntos de sentimientos que actúan permanentemente en las sociedades, y su persistencia, según el criterio de Pareto, le hubiera permitido fundar sin dificultad una sociología jurídica, teniendo en cuenta que el derecho, aun como formulación racional, nunca puede superar la irracionalidad social presente en las conductas humanas. Esta sociología jurídica hubiera sido pesimista como toda la sociología paretiana, en el sentido de no admitir que el hombre moderno pudiera superar las viejas trabas que condicionaron su accionar a lo largo de la historia.

Las derivaciones (estudio de la ideología, aunque Pareto no utilizaba ese término) buscan explicar las teorías justificativas por las cuales las personas confieren una lógica aparente a lo que en realidad no la tiene en la medida y extensión supuesta por los actores. De ellas resultan pertinentes, a mi entender, para el objetivo de una sociología jurídica, en especial por su utilidad para el análisis de contenido de los fallos judiciales, las siguientes:

1) *Las afirmaciones dogmáticas,* indiscutibles e independientes de la experiencia, con poca fuerza demostrativa, pero gran fuerza persuasiva (por lo menos en el intento). Si bien reducidas —se supone— en la aplicación del derecho moderno, todavía pue-

de identificarse ese uso del lenguaje en muchos fallos, toda vez que una afirmación pretenda autosustentarse.

2) *El argumento de autoridad* es más común que el anterior, ya que se justifica en él una solución por el recurso de la opinión indiscutida de algún maestro, o simplemente por adscribir a una línea de las varias posibles, sin explicar los fundamentos por los que se opta.

3) *La aceptación de sentimientos o principios,* otro de los tipos de derivaciones, merece una alusión concreta al derecho por parte del autor. Aquí alude no sólo a "entidades metafísicas" sino a entidades jurídicas, cuyos principios no pueden discutirse: la teoría del pacto social, la solidaridad, el deber social, la paz obtenida por el derecho, la democracia, no constituyen a su juicio fundamento de solución alguna, en especial por la vaguedad del contenido que justifica en definitiva cualquier solución posible.

4) *La persuasión por pruebas verbales.* Este tipo de derivaciones es sumamente común en el discurso político, incluso en el político-jurídico. Consiste en apelar a palabras que pueden fundar todo tipo de seudorazonamientos; en este caso, que podría considerarse parcialmente superpuesto con el anterior, se refiere al discurso emotivo que pretende hablar al corazón antes que a la mente. Paradójicamente, éste fue el sistema discursivo utilizado por los regímenes que hicieron de Pareto una fuente de inspiración (como el de Mussolini). El discurso parlamentario moderno tiene mucho de emotividad como base de la convicción a la que se pretende inducir, y la experiencia indica que es utilizado muchas veces para fundar soluciones que se suponen técnicamente adecuadas a intereses supuestos o reales, sobre los aspectos más variados de la vida social regulados por el sistema legal. Otro caso común es el juicio oral, cuando los abogados intentan de este modo persuadir al jurado de la inocencia o culpabilidad del procesado.

Con lo expuesto creo haber mostrado que este autor tiene del orden jurídico una visión totalmente dependiente de la realidad social, y de su existencia, una concepción que estima reglada y conducida por el irracionalismo omnipresente, del que sólo se salvan los escasos agentes racionales del sistema social. Estos operadores científicos "lógico-experimentales" son identificados por el autor con profesiones a las que el derecho es ajeno, porque es independiente de cualquier consideración jurídica, ética o moral: el acto lógico puede ser jurídico (un ingeniero al realizar una obra autorizada) pero también antijurídico (el planeamiento de un delito) o inmoral (un especulador calculando sus objetivos).

Por todo ello, estimo que, a pesar de tratarse de menciones generales, es posible reconstruir una sociología jurídica de la obra de Pareto, y ésta debe formar parte de un estudio sobre los teóricos sociales generales que se han referido al derecho, ya que cons-

tituye una de las vertientes en que se ha expresado el positivismo jurídico en el siglo XX: en este caso, la organicista, en la pesimista concepción social del autor que consideramos.

## 3. La sociología del derecho organicista y positivista en la obra de los juristas del presente siglo.

Según hemos señalado anteriormente, nos ocuparemos de un reducido grupo de juristas cuya orientación en la sociología del derecho puede justificarse de acuerdo con las indicadas en el título. Ellos son *Ehrlich, Cruet, Gény, Duguit, Nardi Greco, Gurvitch* y *Kantorowicz.*

*a) Eugen Ehrlich.*

Para muchos autores es el fundador de la sociología jurídica, por el énfasis del análisis sociológico en su obra —que es total— y por tratarse de un jurista y profesor de derecho civil que ingresó en la sociología a través de su primitiva adhesión a la Escuela histórica del derecho (Arnaud, 1981:98).

Los *Principios fundamentales de la sociología del derecho* de este autor, nacido en 1862, datan de 1912, y fue la obra elegida por Kelsen para su crítica a las posiciones sociológico-jurídicas, según señalamos al tratar de la concepción sociológica del derecho. Ehrlich considera que la ley es un fenómeno social y por ello cualquier clase de ciencia legal (jurisprudencia) es una ciencia social. En consecuencia, la ciencia del derecho es una parte de la ciencia teórica de la sociedad (sociología): la sociología del derecho es la ciencia teórica del derecho.

A partir de estas consideraciones se concluye que su posición es la del positivismo, ya que la observación de los hechos es el método de la sociología del derecho (1936:473) y la ciencia así entendida es empírica. En el breve prefacio a su obra sostiene: "Si el presente volumen debiera ser resumido en una sola proposición, ésta sería: hoy, igual que en cualquier otra época, el centro de gravedad del desenvolvimiento legal no reside en la legislación ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la sociedad misma".

El aspecto organicista de su concepción deriva de considerar que no hay derecho individual, sino que todo el derecho es *social*, y especialmente *derecho de asociaciones* (1936:42), descubrimiento que atribuye a Gierke. El derecho es producto de la vida común de los hombres, esto es, de la asociación, que es al fin independiente de ellos y también de la fuerza exterior del Estado, consideración similar a la que efectuara Hauriou. Esta asociación es la fuente del poder coercitivo de las normas, ejercida socialmente.

Ehrlich considera que el fenómeno social que debe ser estudiado por el científico jurídico está constituido por los hechos, no por las palabras de la ley; por ejemplo, los usos que asignan a cada miembro de las asociaciones humanas su posición, las relaciones de dominación y de posesión, los acuerdos. Obsérvese que los usos, considerados hechos sociales al estilo de Durkheim, son normas; y las relaciones de dominación (fenómeno del poder) también son normativas. Aclara el autor que a esa consideración de los hechos debe ser agregada la proposición legal, entendida sólo como un hecho; por ejemplo, con referencia a su origen o a sus efectos, a todas las fuerzas sociales que conducen a la creación de la ley. Este agregado es pertinente, porque de lo contrario se podría pensar que el uso es "el hecho del derecho" cuando en realidad, por faltar la norma escrita, se determina su existencia por la observación de su práctica, de la cual se infiere la norma.

Para Ehrlich, la ciencia del derecho es tanto histórica como etnológica (al igual que para Durkheim), porque el derecho de las naciones ha pasado aproximadamente por los mismos estadios de desarrollo. Así la principal función de la historia del derecho es suministrar el material a la sociología del derecho, pero teniendo en cuenta que no se trata de la historia de la proposición legal ni de las fuentes ni de la doctrina legal, sino de las instituciones jurídicas. Del mismo modo, la historia económica y social es fuente de la sociología del derecho (1936:475, 476). Respecto de los objetivos de una ciencia sociológica del derecho, que según vimos es la única posible, sostiene Ehrlich que la primera función es presentar una exposición de los elementos comunes en las relaciones legales, sin referencia al derecho positivo que las gobierna, y estudiar los elementos peculiares de cada relación con referencia a sus causas y sus efectos. En el campo del derecho público, sobre todo criminal, señala el autor el avance realizado, a diferencia del campo del derecho privado.

Sugiere estudiar el derecho viviente, que es el que existe aun si no se ha plasmado en normas jurídicas; su fuente de conocimiento es en primer lugar el documento legal; en segundo término, "la observación directa de la vida", del comercio, de los usos y costumbres y de las asociaciones, no sólo de las reconocidas sino también de las desaprobadas (1936:493). Puede verse en este párrafo una avanzada propuesta de que se estudien los tipos ilícitos de control social como parte de la sociología del derecho, trabajo parcialmente desarrollado por Sutherland, años después.

Debo destacar además el valor que le otorga al *documento legal* para la investigación sociológica, no sólo para determinar normas de derecho consuetudinario o aplicables exclusivamente a determinadas ramas (como el derecho comercial). Mucho más tarde se valorizó este tipo de material como base significativa de estudio en la investigación del derecho practicado.

Según Treves, el punto de vista más importante de Ehrlich es la idea del derecho como *derecho de las asociaciones* (fábricas, haciendas agrícolas, etc.), lo que lo lleva a promover su estudio (1977:78) y a preparar un ambicioso proyecto para investigar el derecho efectivamente practicado en Bucovina (estado en el que fue rector de la Universidad de Czernowitz), propuesta inicial de investigación empírica en sociología del derecho.

Tomeo, a su vez, señala que Ehrlich realizó el intento más directo y decidido para elaborar, sobre la base de la ciencia social, un concepto autónomo del derecho, precedente que osó afirmar en un clima cultural no dispuesto a acoger tal afirmación, ni la competencia del sociólogo para afrontar el problema del concepto del derecho en su totalidad, y en consecuencia, penetrar legítimamente los mecanismos estructurales del sistema jurídico (1981: 12 y 13). Pero como hubiera enseñado Pareto, la posición de Ehrlich, aun siendo más aceptable, servía menos que el dogmatismo a los fines estatales. Respecto del clima cultural a que alude Tomeo, lo consideramos aun en la actualidad modificado más en la forma que en la sustancia, porque posiciones como la de Ehrlich pueden recibir (y de hecho reciben) la misma respuesta indiferente que hace setenta años. Sin embargo, su éxito fue amplio en la sociología jurídica norteamericana: el realismo jurídico se encuentra en buena medida fundado en los mismos puntos de vista.

Hago notar, por último, que este "prestigioso representante del antiformalismo conceptual", como lo califica Treves, se había referido en 1903 a una "libre investigación del derecho" y a la ciencia del derecho libre, en consonancia con lo sostenido por Gény en 1899 y por Kantorowicz en 1906.

*b) François Gény.*

En su importante obra *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo,* publicada por primera vez en 1899, y cuya segunda edición data de 1919, señala, en primer lugar, los criterios que fueron rectores para consolidar la codificación legal, a los que nos hemos referido en diversas oportunidades. Según Gény, el método tradicional de interpretación del derecho positivo tiene dos aspectos: uno relativo al reconocimiento y a la interpretación propiamente dicha de las fuentes del derecho aplicable. El otro, tendiente a la elaboración más elevada de la materia jurídica, busca, debajo de las fuentes, los principios vivificantes necesarios para el funcionamiento total del derecho privado. De estas dos partes, sólo la primera es tratada didácticamente; la segunda requiere que se encuentre y se marque su lugar en la interpretación de las fuentes.

Dominados por los resultados de la legislación, sostiene Gény, los juristas, en especial los franceses, no hablan de la interpreta-

ción del derecho o de las reglas del derecho, sino de la interpretación de la ley. Todo, para ellos, se reduce a dar su carácter pleno al pensamiento del legislador, expresado en los textos que de él emanan. Cuando esta ley es bien comprendida e interpretada, debe suministrar todas las soluciones jurídicas deseables. Simultáneamente, se excluye la costumbre del número de las fuentes creadoras o reveladoras de un derecho no escrito. Algunos llevan a descartar también la equidad, los principios inmanentes de un derecho superior e ideal. Todo ello constituye, en suma, la dogmática jurídica (1919: I, 26 a 30).

Tal como lo indicaba Demolombe, la exégesis sigue el texto paso a paso, para descubrir más fácilmente el pensamiento del legislador. También pertenece a esta escuela la idea según la cual si una ley es clara, no debe eludirse la letra con el pretexto de penetrar su espíritu. Cuando la palabra no expresa claramente el pensamiento, acuden a la lógica que, según escribía Ihering, es "buscar el pensamiento de la ley en el alma de su autor". Sobre las posiciones críticas de Ihering a la dogmática volveremos más adelante.

La dogmática rechaza la costumbre, derecho no escrito, fundado sobre el asentimiento universal, que surge de la conciencia jurídica colectiva y que se traduce para cada nación en los usos reconocidos y aceptados, la tradición en sus mil formas, y los precedentes judiciales. Se acepta que puede ayudar a la interpretación de la ley para ciertos casos dudosos, revelando el pensamiento del legislador, y también se la acepta cuando la ley la toma en cuenta, como en el caso del derecho comercial. Pero a excepción de esos casos no existe, ya que el método prescripto consiste en acudir a la pura deducción como procedimiento exclusivo. "Los artículos del código son teoremas en los que se trata de demostrar la relación y extraer las consecuencias. El jurista es un geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica", cita Gény de la obra de L. Liard *L'enseignement supérieur en France*. Algunos han llegado todavía a más: cita a un pensador (E. Roguin), para quien el rol actual del jurista no está todavía suficientemente reducido, y que aspira, para un ideal de codificación, a que se vuelva inútil la simple interpretación de la ley (919:59).

Pienso que en la fantasía de algunos de los que aspiran a un derecho informatizado, con sentencias electrónicas automatizadas, emitidas por combinación de los elementos con los que ha sido alimentado el sistema, se encuentra esta vieja idea de la norma impoluta gracias a la ausencia de interpretación. Gény, por su parte, no pretende en su obra volver al viejo tema de la codificación, superado desde la polémica de principios del siglo XIX entre Thibaut y Savigny. La codificación es un hecho no sólo consumado, sino irreversible, y esto hace inútil cualquier discu-

sión sobre las condiciones de una codificación ideal o si debe consistir sólo en principios generales o soluciones particulares.

Tomada la legislación vigente como un hecho, se pregunta si no se puede concebir por parte del jurista, intérprete de la ley, una actividad fecunda que sin llegar jamás a la autoridad de las soluciones legales pueda cumplir su misión sin abdicar de la independencia de juicio y de la libertad de investigación que son, para la ciencia jurídica y para todas las demás, las condiciones esenciales de la fecundidad y del progreso (1919:I, 63 y 64). Gény sostiene categóricamente que debe atacarse el fetichismo de la ley escrita y codificada, elemento saliente del derecho tradicional, y debe renunciarse, bajo el régimen de la codificación, a la pretensión de encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas: "Por otra parte, el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas aparece impotente para suministrar a la investigación científica otra cosa que un instrumento de descubrimiento, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz, por sí mismo, para demostrar el buen fundamento o probar el mérito intrínseco y la verdad durable" (1919:I, 60 y 203).

Es en vano pretender, por medio de una dialéctica sutil y refinada, dirigir al intérprete hacia lo absoluto, sostiene atinadamente. La certidumbre, necesaria al derecho positivo, no se obtiene por un solo método. Al lado de la ley escrita se encuentra la costumbre, la tradición histórica. El legislador no puede inmiscuirse en el método jurídico ni imponer al intérprete, en el ejercicio de su libre investigación, una cierta concepción del derecho natural, que debe quedar en el dominio puramente científico.

La interpretación de la ley y la tarea judicial se desenvuelven para Gény de la siguiente forma: toda situación jurídica presenta dos órdenes de nociones de naturaleza esencialmente diferente: por un lado, el hecho, que da lugar a la aplicación de una regla; por otro lado, la regla de derecho. Pero si el juez se encuentra ante el silencio o la insuficiencia de las fuentes formales, como regla general debe formar su decisión de derecho de acuerdo a los mismos puntos de vista que hubiera tenido el legislador si se propusiera reglar la cuestión. Esta es una forma de escapar de la arbitrariedad frente al tema absolutamente concreto que lo lleva a resolver, una forma de marginar las influencias de la situación personal que se le ofrece, de modo de basar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva. Nótese que aquí Gény toca un punto fundamental de la sociología jurídica: los aspectos ideológicos que influyen en la elección de una alternativa, sobre la base de que las opciones no surgen de la ley solamente y que existen lagunas que deben ser llenadas. Pero el modo indicado es una parte de la solución: la propuesta total es la actividad, a la que llama *libre investigación científica.*

Este modo de encarar la tarea del juez y del jurista que da nombre a su escuela es *libre* porque se encuentra sustraída de la acción propia de la autoridad positiva; *científica,* porque no pueden encontrarse bases sólidas sino en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelarle. Tal como señala Treves, surge con claridad que para Gény el ordenamiento jurídico no es completo, y cuando las fuentes formales del derecho resultan insuficientes debe acudirse a la libre investigación científica para colmar las lagunas (1919:I, 124 y 125).

A partir de ese método se interroga por un lado a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases de la justicia, pero en cuanto este método puede conducir a la arbitrariedad y condicionar la respuesta a situaciones personales, debe también dirigirse a los fenómenos sociales para extraer de los mismos las leyes de su armonía y los principios de orden que demanden.

Gény señala que si bien esto conduce a las ciencias sociales, no puede esperarse mucho de la sociología por el estado de indeterminación y confusión metodológica en que se halla (debe recordarse que la obra fue publicada en 1899, siendo dudoso que Gény conociera para esa época la obra reciente de Durkheim). Rescata, no obstante, el significativo papel de los documentos que surgen de la práctica notarial privada, de las decisiones administrativas, de la práctica policial, como datos adicionales de investigación.

En su obra *Ciencia y técnica en derecho privado positivo* (1914), Gény considera al derecho como una función de la vida social y como uno de los elementos que informan y dirigen esta vida. A partir de lo dicho, puede estimarse que este autor adscribe al *positivismo* en cuanto a que la libre investigación es científica en los términos que el positivismo definía a la ciencia, y se dirige a los fenómenos sociales para extraer de los mismos las leyes de la armonía y los principios de orden, así como por sus propuestas de investigación empírica. Y es también *organicista,* por la definición funcional del derecho referida más arriba y por considerar a la sociedad un organismo, según veremos más adelante. El aporte más significativo de su obra a la sociología del derecho es la desmitificación de la ley escrita: "La ley escrita sobre la cual nuestra ciencia jurídica positiva pretende edificar hoy todo su sistema no puede ser tenida por otra cosa que por una información, muy limitada, del derecho..." (1919, II, Conclusión, 221). Ella deja un gran número de puntos no previstos a los que otros órganos deben prever. "A veces, la ley escrita debe ser completada precisamente por la costumbre; y aunque ésta no parece tener, en las condiciones actuales de la organización social, más que un campo de acción muy estrecho, he mostrado que conserva siempre su fuerza productiva indispensable, y que debería tener un lugar importante en nuestra civi-

lización". Si bien la apelación a la "naturaleza de las cosas" o a la "interrogación a los elementos sociales" son recursos sin mayor precisión, por lo menos Gény trata de indicar que algo más debe hacerse, a falta de toda dirección formal, por los numerosos puntos que no se encuentran netamente resueltos por la ley ni por la costumbre. Gény tiene en claro que "todos los elementos de investigación social deben jugar su rol en la obra de interpretación jurídica, con la única condición de saber reconocer el valor propio de cada uno y jerarquizarlos en consecuencia". Claro está que precisamente aquí es donde carece de recursos teóricos para precisar el modo por el que debe realizarse esta construcción y jerarquización.

También expone claramente un principio sociológico jurídico: sería en vano pretender encadenar todas las soluciones requeridas por la vida en un sistema de teoremas precisos y que dominaría la lógica pura. Aun buscando una precisión indispensable, no debe perderse de vista que la naturaleza misma de los problemas a resolver dejará siempre un lugar necesario a la apreciación subjetiva del intérprete (1919:II, 223).

Gény mismo contesta algunas objeciones a su método. La primera de ellas sería que lo propuesto no es original ni novedoso, en cuanto de una forma u otra la interpretación jurídica ha tenido ese papel. A ello contesta que si bien es cierto (ya que el método propuesto coincide en su espíritu con las más seguras tradiciones de la jurisprudencia civil), se trata de que se acepten abiertamente todas las consecuencias, en lugar de confinarse en un culto ciego de los textos y de las concepciones lógicas, y que se reconozca, por otra parte, el lugar que deben tener en la investigación del jurista los procedimientos de la ciencia social. En suma, un sinceramiento con la realidad de la práctica jurídica, que dice hacer lo que es empíricamente imposible: considerar al derecho como un conjunto de teoremas y pretender una operatoria lógico-formal manifiestamente ficticia.

La segunda objeción que enfrenta es que el método propuesto suprime la seguridad y la estabilidad del derecho, ya que el intérprete, sin el apoyo de sólidas construcciones abstractas, librado a su sentimiento, dejará la vida expuesta a todas las incertidumbres del juzgamiento personal. Sostiene Gény que esta objeción podría detener su pensamiento si el sistema tradicional diera aquí más garantías en favor de la verdad objetiva; pero es sólo por ilusión que uno se imagina encontrar en la estrecha interpretación de los textos legales alguna base firme para las soluciones jurídicas. En realidad, desde que se excede el pensamiento concreto del legislador, no se encuentra más en la ley que lo que uno quiere colocar. Desde el punto de vista que se lo vea —sostiene—, no se llegará, en presencia de fuentes formales insuficientes que se adaptan dificultosamente a los hechos, a excluir toda influencia a la interpretación subjetiva del juez. ¿No vale

más entonces buscar el modo de limitar esto por elementos objetivos, tomados de la realidad de las cosas, que desnaturalizar la más segura de nuestras fuentes formales, la ley escrita, para arrancarle por la fuerza preceptos que ella no contiene, o abusar de la lógica para que sustituya a la enseñanza de la vida misma? En el fondo, ésta es toda la cuestión, concluye.

Creemos que este problema de la sociología jurídica está en Gény planteado con claridad y suficiencia, tanto para su época como para la actual. El derecho positivo ha servido y sirve muchas veces de pretexto para las más variadas y caprichosas interpretaciones, que tomadas del contexto social del intérrprete o de sus preferencias personales, se justifica en la ley misma, y que sólo ideológicamente le otorga sustento suficiente.

Gény estima que la vida supone e implica un organismo (según la concepción organicista a la que hemos hecho referencia) incesantemente productivo, que recibe todos los elementos del medio y los elabora para proyectarlos en su campo de actividad propia (concepción sistemática). Para la época en que escribe considera que la necesidad sería introducir en la organización positiva la solidaridad social, igualar las condiciones de lucha entre las actividades rivales, asegurar un reparto de beneficios más proporcional a los esfuerzos y a las necesidades de cada uno, atenuar los rigores excesivos del derecho individual, en consideración al interés social y común.

Por último, podría objetarse que la legislación está incesantemente activa y como tal es un elemento suficiente para todo. Pero estima, por el contrario, que los procedimientos legislativos son muchas veces impotentes y estériles, y la iniciativa gubernamental o parlamentaria es el único método con el que se puede contar para poner en vigor las leyes. Cuando una regla nueva se introduce dentro de los espacios dejados libres por la ley para colmar sus lagunas o para completar el sistema sin contrariar sus disposiciones, es excesivo pedir como condición ineludible la puesta en movimiento del aparato legislativo. Y si éste es inactivo, o es demasiado lento, es verdaderamente antisocial prohibir a la jurisprudencia toda marcha hacia adelante (1919, II; 227 y 228). Por lo tanto Gény estima que su método es el adecuado para ajustar el derecho a los cambios sociales, para impedir el retraso legal por la cristalización de la ley. Más allá de considerar que el legislador podría realizar por sí mismo las reformas, cree que no puede fiarse de esa posibiidad, y que es mejor que su intervención se mantenga como relativamente reducida en materia de derecho privado.

Trata de avalar, en suma, viejas prácticas que la historia del derecho ha mostrado siempre al lado de la ley, como resultante de órganos que elásticamente han formado y aplicado derecho, aunque fuera para remediar las insuficiencias de la ley (derecho pretoriano en Roma, costumbre en los tribunales populares medieva-

les, doctrinas del derecho natural en la época posterior). La tesis y la conclusión de toda la obra es que los elementos formales y lógicos que se ofrecen al jurisconsulto en el aparato exterior del derecho positivo son insuficientes para satisfacer los *desiderata* de la vida jurídica; de donde resulta la consecuencia inevitable de que la jurisprudencia debe buscar, más allá y más abajo de esos elementos, los medios para cumplir toda su misión.

Esta escuela no llevó a cabo el programa que Gény propuso, probablemente por insuficiencia de recursos teóricos y una muy limitada consideración de los aspectos sociológicos implicados. Abre el camino de la investigación y la propone (como lo hacen Cruet y Morin), pero no la realiza ni deja de girar en torno de los mismos problemas. Carbonnier señala que la sociología del derecho avanzó cuando se dispuso a la investigación empírica de modo efectivo, sin esperar las conclusiones de esta presociología especulativa (1977:105). Pero no es justo atacar a este autor por lo que no hizo, sino merituarlo en lo que se indicó, que fue suficiente para que otros pudieran, con menores ataduras al aparato interpretativo tradicional de los juristas, avanzar más sobre los hechos del derecho, con menor respeto de esas ideologías. También debe tenerse en cuenta que para la época en que Gény escribía su obra, los métodos de la sociología empírica no habían sido desarrollados, y la ciencia social se encontraba en la transición entre su etapa enciclopédica inicial y la analítica.

*c) Carlos Nardi Greco.*

La *Sociología Jurídica* de este autor, una de las primeras que recibieron como título ese nombre (1907), es exponente del organicismo positivista desde la óptica de un jurista con inquietudes antropológicas. Su prologuista y profesor de la Universidad de Génova, a la que pertenece el autor (A. Asturaro), hace mérito de su juventud y de su "cultura positiva", además de la adscripción a su propia escuela.

Para Nardi Greco la ciencia que se propone los problemas generales del derecho no puede ser distinta de la que estudia en general cada una de las demás clases de fenómenos sociales y el conjunto mismo de la sociedad: la sociología general; por ello no existe distinción entre ciencia del derecho y sociología, y ésta se propone el mismo fin que antes se propuso la filosofía del derecho. Es un buen ejemplo del imperialismo sociológico al que se opuso Kelsen, y que no dejaba lugar para ningún otro punto de vista, salvo la explicación causal de los fenómenos jurídicos considerados como hechos sociales.

El autor trata de relacionar los fenómenos sociales con los elementos presociales de los estadios animales; aquí surge claro el evolucionismo spenceriano, como se desprende de su idea que la explicación de un hecho social debe entenderse como reducción

a un orden más general y menos complejo, y únicamente observando el modo de conducirse de los individuos animales en la vida aislada, y las variaciones que sufre su conducta cuando varios de la misma especie conviven un tiempo determinado, se agregan definitivamente y forman grupos sociales.

Los hombres primitivos, evolución de especies animales, poseen problemas comunes explicables a partir de sus necesidades, pero no "hechos jurídicos". Es en sociedades más complejas cuando la costumbre aparece como una forma de reforzar las conductas en cuyo interés va comprometida la supervivencia del grupo. Ello genera represiones colectivas a la violación de las prohibiciones, y esta nueva costumbre aparecerá convalidada por la conciencia de su utilidad social. Nardi Greco justifica sus conclusiones a través de numerosos ejemplos antropológicos sobre "pueblos primitivos" y sociedades atrasadas contemporáneas, que constituyen la mayor parte de su extensa obra, al mejor estilo de Spencer.

El derecho se propone en sus orígenes como una "regla inhibitoria de la conducta individual" (1907:87), a partir de la costumbre de reprimir colectivamente las desviaciones, con lo cual se ejercita simultáneamente un sentimiento de seguridad. No existiendo en origen hechos políticos (originados en el Estado), el derecho surge en ausencia del Estado, y aun en ausencia de toda organización política, y se desarrolla inicialmente sin sufrir la influencia de la actividad estatal. De allí que el derecho como expresión de la voluntad dominante no significa, como plantearon Hobbes y Austin, "voluntad estatal", sino voluntad que obra en el seno de un grupo social de modo irresistible. Se observa aquí otra vez la idea básica de la sociología jurídica; el orden jurídico depende de las estructuras social y cultural más que de una voluntad estatal específica. Nardi Greco sostiene que el derecho es eficacia: "No puede hablarse de la existencia de una norma de derecho si esta norma no es observada en el orden real de los hechos, y si al ser infringida no se aplica efectivamente".

La vigencia de una norma jurídica se basa en un elemento puramente subjetivo: la convicción de la inevitabilidad de su aplicación, criterio mantenido por el hecho externo de la aplicación de la pena. Puede verse que para el autor se trata entonces de una causalidad externa, en los hechos, efectiva, y no de una relación de imputación. El agente coactivo que permita efectivizar la norma jurídica no es necesariamente estatal: es el "grupo social entero" (1907:92), idea similar a la de Durkheim. Lo que se castiga es lo que perjudica a la existencia del grupo, o como hubiera expresado el autor citado, a la conciencia colectiva.

Al estilo positivista, Nardi Greco busca las "constantes" en el derecho: los elementos mantenidos inalterables en toda la evolución de los fenómenos jurídicos. Para este fin realiza extensas ejemplificaciones de sistemas históricos del derecho, y concluye

que se trata de hechos sociales cuya función es determinar la conducta individual proveyéndola de motivos (1907:388), básicamente la inevitabilidad del castigo en caso de incumplimiento. Si muchas normas se cumplen sin que se requiera coacción externa (y de hecho, si no se observaran las reglas de derecho en su gran mayoría espontáneamente), el sistema jurídico no podría durar un solo día; es en este elemento que finca su secreto: la conciencia interna por experiencia directa o indirecta de la real y efectiva aplicación de las sanciones en los casos de transgresión.

Para distinguir las normas jurídicas de las morales o religiosas estima que a pesar de que alguien puede abstenerse de robar o matar, no en virtud del temor de la norma jurídica sino por la coincidencia con otras normas, la norma jurídica sería aquella que, cuando faltase otro motivo, tendería a determinar ella sola el acto con la representación de la coacción. Nardi Greco combina las ideas positivistas de la ciencia comtiana con la evolución spenceriana y la idea del derecho como hecho social y garantizado por el grupo social de Durkheim.

El "grupo social" genéricamente formulado tiene algunas precisiones. Las reglas jurídicas tienen por objeto la tutela de bienes y actividades útiles a todos los que componen el grupo social, a su mayoría o aquellas clases que pueden disponer de la fuerza social necesaria para constituir la obligatoriedad de las reglas jurídicas (1907:401). El objeto de la ciencia teórica del derecho, de acuerdo con la concepción positivista del autor, es "agrupar las variaciones bajo leyes y principios generales". La búsqueda de constantes también guía la diferencia entre moral y derecho. En el campo jurídico, siguiendo la regla general que establece que los hechos que determinan la producción de un fenómeno, al modificarse condicionan las variaciones del fenómeno producido, explican que los cambios en la economía y en la familia (actividades sociales preexistentes al derecho y suficientes para producirlo) generen alteraciones en las normas jurídicas. En otras palabras, el derecho positivo es una variable dependiente de los hechos sociales económicos y familiares y, específicamente, las reglas de derecho de guerra, morales, religiosas, culturales y de derecho constitucional cambian de contenido según la evolución de la estructura militar, los sentimientos morales, el conocimiento científico y las formas políticas (1907:412 y ss., 551 y 552). Sin embargo, esas reglas no son equiparables por su importancia social a las primeras: económicas y familiares.

El método de Nardi Greco, que pretende obtener explicaciones de validez universal por medio de inducciones a partir de ejemplos dudosos de civilizaciones primitivas, es harto deficiente. También lo es su disolución de la ciencia del derecho en la sociología, entendida como una ciencia causal explicativa de tipo general, derivada a su vez de deducciones biológicas y psicológicas aplicadas a condiciones humanas (concepción propia de un estadio

primitivo de esa ciencia, atada a otras consideradas más desarrolladas, en este caso, a partir de la concepción spenceriana). Su lectura demuestra hasta qué punto fue necesaria en su momento la depuración concretada por Kelsen, y explica cómo obras similares generaron los excesos normativistas de este autor.

No obstante, de una obra que carece de mayor utilidad y relevancia actual se pueden rescatar algunas ideas como las transcriptas, de las cuales surge un punto de vista que, aunque desmedido en cuanto a las posibilidades atribuidas y deficiente en su formulación, es sociológico en la búsqueda de las causas que dan lugar a las normas jurídicas.

*d) Jean Cruet.*

Entre los autores que desde el derecho han dado los pasos iniciales en la consideración sociológica queremos dar un lugar a la interesante obra de Jean Cruet, en especial a la titulada *La vida del derecho y la impotencia de las leyes,* publicada en 1908, no tanto por las ideas básicas, que son repeticiones de las ya vistas, sino por las atinadas observaciones y conclusiones que realiza.

Dos frases, una colocada al comienzo de la obra y otra antes de la primera parte, definen el espíritu del autor: "Vemos todos los días a la sociedad rehacer la ley, pero jamás se ha visto a la ley rehacer la sociedad". "Si la ley disimula de un modo casi completo la vida espontánea del derecho, no es cierto que la haya suprimido enteramente". Con ambas, el autor se define como un escéptico respecto de la ley escrita —probablemente el segundo de los realistas jurídicos europeos—, en una posición que asume sin medias tintas.

Para Cruet el *derecho* es solamente *derecho judicial.* El juez ha sido el alma del progreso jurídico, el artesano laborioso del derecho nuevo contra las viejas formas del derecho tradicional. Esa participación del juez en el rejuvenecimiento del derecho es, en algún grado, una ley natural de la evolución jurídica: nacido de la jurisprudencia, el derecho vive por la jurisprudencia y es por ella que se lo ve frecuentemente evolucionar bajo una legislación inmóvil. Sin perjuicio de señalar que esta posición se atempera en el curso de la obra, en la que se reconoce como fuente del derecho a las prácticas sociales, señala tres ejemplos de sistemas jurídicos en los cuales la regla del "derecho judicial" es innegable: el derecho pretoriano, el musulmán y el inglés.

Respecto del primero, estima que fue la interpretación de los pontífices (primeros jurisconsultos) la fuente de formación del derecho, interpretación creadora posible por el laconismo de la Ley de las XII Tablas, cuyo texto era sólo una orientación para la jurisprudencia. Agrega también que a esto coadyuvó la

"ignorancia del pueblo", aunque no puede darse a esta expresión un alcance preciso ni compatible con lo que más adelante refiere.

El progreso jurídico romano es atribuido al pretor, verdadero creador del derecho, aunque luego, cuanto se trató de buscar un texto perfecto, condensado, único y perpetuo (la codificación de Justiniano), se llegó a un anquilosamiento decadente: "Toda la sociedad absorbida por el Estado, todo el derecho encerrado en la ley, y el derecho ha cesado de evolucionar porque la sociedad ha cesado de vivir" (1914:24-34).

Respecto del derecho musulmán, se supone que debería estar todo en el Corán, pero en realidad está todo fuera de él. La recopilación de la palabra de Mahoma fue contradictoria; los jurisconsultos musulmanes, basados en la oscuridad y en el carácter fragmentario e incoherente de las disposiciones del texto religioso, tuvieron el material necesario para una interminable interpretación. Aquéllos, inspiradores de los cadís, trataron de deducir de cada acto del Profeta las enseñanzas jurídicas, presumiendo su aprobación tácita a los actos y palabras de sus compañeros si no se las había condenado expresamente. Así, el silencio del Profeta era una fuente de derecho (1914:39). De todo esto surgen varios sistemas legislativos divergentes, secundarios, localizados en distintas partes del Islam, y varias interpretaciones ortodoxas (por lo menos cuatro, según el autor citado) para esclarecer el criterio de los cadís.

En lo que hace al derecho inglés, elaborado por los jueces, no tiene una formación confesada. Se entiende que los tribunales interpretan la ley, no la hacen. El derecho se "busca" en costumbres inmemoriales; es en ellas donde el juez, en ausencia de un texto votado por asambleas parlamentarias, inquiere por la regla aplicable a los hechos de la causa. La regla existe en alguna parte: encontrarla es cuestión de ciencia o de paciencia. Aparentemente, la decisión del juez es suficiente para probar auténticamente la existencia y el contenido de la ley; desde que el juez la establece, estaría condenado a perpetuidad a la observación rigurosa, en los casos iguales o análogos, de la regla revelada. De este modo la evolución social no existiría y la costumbre sería inmóvil, tal como para practicar un culto supersticioso de los precedentes judiciales.

Sin embargo, a juicio de Cruet, la realidad del *Common Law* es bien diversa: mientras se niega el movimiento, el derecho evoluciona, lenta pero continuamente, de una forma arcaica a otra moderna; los precedentes son muy numerosos, especiosos, oscuros y muchas veces contradictorios e incomprensibles por su antigüedad. Puede creerse que el juez inglés, cuyo sentido práctico es conocido, solicita la solución a las inspiraciones de la sociedad moderna, sin evocar, desde el fondo de los tiempos, la memoria honorable de sus predecesores. Es decir que Cruet opta por la solución, luego sostenida por Gray, según la cual el *Common Law*

está constituido por las normas creadas por los jueces al decidir los casos sometidos a su consideración y no por las tradicionales, como la de Blackstone (que defiende la constitución por costumbres inmemoriales), o la de Carter —costumbres actuales— (Cruet, 1914:47; Cueto Rúa, 1957:35 y ss.).

De estas consideraciones Cruet deriva una importante conclusión: la función de la jurisprudencia, en todas las sociedades, es colocar, tanto como sea posible, las más audaces de sus innovaciones bajo la protección regular de la ley o la costumbre. Este respeto nominal tiene por fin salvaguardar la autoridad moral del derecho consagrado, sin obstaculizar la adaptación progresiva de sus fórmulas a las necesidades presentes de la evolución social. Así se neutralizan ciertas reglas del derecho codificado, por ingeniosas construcciones, que no lo atacan jamás frontalmente. Expresado esto en términos funcionales significa que la función manifiesta de las leyes es mantener la apariencia de la estabilidad social y la función latente de la administración judicial es adecuar esas normas a la realidad, sin reconocerlo jamás, y respetando siempre un precedente nominal.

Para Cruet la jurisprudencia es una colección de experiencias jurídicas, renovadas constantemente, en las cuales se puede tomar en vivo la reacción de los hechos sobre las leyes. Por eso cree que la acción jurisprudencial renovadora comienza por los tribunales inferiores, que son los que ven más de cerca los intereses y deseos de los justiciables: una jurisdicción muy elevada no es apta para percibir tan rápidamente y con claridad la corriente de las realidades sociales. De allí que considere absurdo conferir a los tribunales el poder de completar leyes o precisar el sentido por medio de disposiciones generales con validez hacia el futuro.

Cruet ataca el llamado formalismo jurisprudencial, propio de los países del *Common Law*. Cuando existe sobre un tema de derecho una jurisprudencia constante y uniforme, termina por adquirir una fijeza equiparable a la de la ley; en ese momento el derecho del juez se convierte casi en el derecho escrito: los abogados la respetan, y para ganar un juicio no la atacan de frente sino que dicen que no es aplicable al caso. "La jurisprudencia, en ese momento, habiendo evolucionado contra el derecho, debe evolucionar contra ella misma, lo que es más difícil y más lento, ya que todo cuerpo de derecho no tiende, como señaló Tarde, a evolucionar sino a asentarse. Y si mucha anarquía es desorden, un poco de anarquía es progreso". (1914:83, 84).

La misma visión sociológica, que estudia los hechos del derecho como fenómenos sociales y no como deber ser jurídico, la aplica luego a las que llama *costumbres políticas contra las leyes constitucionales*, afirmando que para conocer el régimen constitucional de un país no es suficiente leer su Constitución; debe estarse a su estructura consuetudinaria, que nunca falta, aun en

los países de Constitución escrita. Se refiere, desde luego, a lo que los constitucionalistas denominan Constitución material.

Las opiniones sobre la legislación atinente a la familia tienen especial interés. "Las transformaciones sobre el derecho familiar han sido consecuencia de una transformación en las condiciones morales y materiales de la vida privada; la iniciativa deliberada del legislador no existe"; por el contrario, se ha perdido confianza y *credibilidad en el poder intimidatorio de los textos legales*; en este campo puede comprobarse la gradual retracción de las prohibiciones jurídicas y la represión penal en el campo de la conducta sexual. No existen en las modernas legislaciones reglamentaciones minuciosas sobre estos temas, y es bueno que así sea, ya que, de acuerdo con las ideas de Durkheim (que Cruet acepta), si verdaderamente la vida en familia nos inclinara al incesto, las defensas del legislador quedarían en total impotencia.

Igual versión realista expone sobre el matrimonio, señalando la diferencia entre legitimidad social y legalidad, que permite reconocer socialmente los nacimientos ilegítimos, así como los derechos de los hijos naturales (téngase presente que la obra fue publicada en 1908), señalando un dato de la realidad social que es una consecuencia no querida por el derecho de la época: en estas uniones no reconocidas por la ley, la mujer vive en pie de igualdad con el hombre; son uniones privilegiadas sobre las matrimoniales, por el status no disminuido de aquélla.

El obstáculo al desenvolvimiento de la unión natural es el descrédito moral en los medios sociales que lo reglan informalmente; cuando se acepta la unión libre no hay descrédito, y es por ello mismo que existe. La fuerza del matrimonio legal reside esencialmente en la costumbre (1914:130). Con referencia al divorcio también presenta una visión que puede considerarse, por lo menos, aventurada para la época, por estar exclusivamente fundada en consideraciones sociológicas: sostiene que presentarlo como una institución jurídica que la ley puede crear o suprimir, es un error; el juez que dicta una sentencia de divorcio tiene la apariencia de disolver la unión conyugal, pero esta unión en la mayoría de los casos no tenía más que una existencia nominal. Como hay una unión libre, también hay un divorcio natural, que resulta de la separación moral o material de los cónyuges. La ley carecería simplemente de sinceridad si declarara la indisolubilidad del vínculo matrimonial. En cuanto a la separación de cuerpos, forma atenuada del divorcio legal, deja subsistir del matrimonio sólo el nombre.

Señalemos que Cruet margina cualquier consideración económica del matrimonio y de la indisolubilidad del vínculo, en oposición a la concepción de Engels en su obra sobre *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.*

Respecto de los derechos absolutos del padre, considera válida la idea que sugiere buscar frente a un niño culpable a un padre

criminal. Cruet está anticipando la concepción social de la familia como unidad de interacción, en la cual no puede estimarse la presencia de un elemento patológico si no se involucra y explica a los restantes miembros del conjunto.

Como concepción general, Cruet entiende que si todo el derecho se funda en la sociedad, la ley no es otro modo autónomo sino el reconocimiento de lo que ya existe; las asambleas políticas tienen la iniciativa de las leyes, pero han dejado a la jurisprudencia y a las costumbres la iniciativa del derecho. El legislador tiene el firme propósito de innovar, y por sus leyes se considera frecuentemente un creador: pero no crea nada si no recepta los usos compartidos y no reconoce las concepciones enraizadas en la población. El derecho, según este autor y según Gabriel Tarde, es la conclusión de un silogismo práctico, del cual la premisa mayor está constituida por los deseos, necesidades y apetitos de los miembros de la sociedad, y la menor, por sus creencias, ideas y conocimientos. Toda modificación en el estado de los deseos o creencias tiene necesaria contrapartida en el derecho. Si a pesar del silencio, de la oscuridad de la ley y las irregularidades cotidianas, la sociedad en conjunto parece moverse dentro del círculo de la legalidad, esto es sobre todo porque las prescripciones de los textos coinciden en general con las exigencias de las costumbres.

Al igual que Kantorowicz, Cruet estima que si todos los ciudadanos, conocedores de todas las leyes, las aplicaran con devoción y fanatismo, respetando todas las formalidades, la vida social sería de una insoportable complicación: reconoce por ende las funciones negativas del ritualismo jurídico en la vida social varias décadas antes de que se formulara en el funcionalismo sociológico. El que marcha por la vida con el código en la mano, sostiene, no es precisamente el ciudadano honesto, que en todo caso cumple con la ley sin conocerla, por coincidencia con la costumbre. Es, más bien, el deshonesto que usa y conoce todos los resortes del procedimiento para eludir su persecución y eventual condena. Podría agregarse: y que sabe cómo evitar el cumplimiento contractual y se asesora sobre estos temas, en los cuales el abogado resulta cómplice de su mala fe.

La normalidad del delito es una idea que también acepta de Durkheim como hecho inevitable. La ley no existe si no se la respeta; pero si no es cuestionada, es dudoso que progrese. Si la ilegalidad es individual, no pone a la ley en peligro, pero si es colectiva, constituye una advertencia clara al legislador, que le indica el desacuerdo entre sociedad y ley. Le demuestra que la vida social está lejos de ser una pasta a la que la cocinera da la forma que le place, según los términos de Spencer. En suma, el derecho no domina la sociedad, sino que la expresa (1914:336), en esta concepción sociológica claramente anticipadora de la relación entre orden jurídico y social, que puede catalogarse de realis-

ta sin que por ello se quiera expresar exacta correspondencia con los que negaron la existencia de la ley como modelo de conducta. De esto trataremos más adelante.

*e) Un antecedente de la sociología del conocimiento: la obra de Hermann Kantorowicz.*

Nos referiremos ahora a la obra de un autor que, si bien repite ideas de Gény, Ehrlich y Cruet, merece una consideración especial por sugerir un punto de vista que puede considerarse antecesor de la sociología del conocimiento jurídico, veinte años antes del *perspectivismo* propuesto por Mannheim. Esto es porque entiende a la "libre investigación científica" propuesta por Gény como un relativismo entre los diversos puntos de vista sobre el derecho, de los cuales pueden derivarse interpretaciones distintas. También anticipa en varias décadas la consideración interdisciplinaria del derecho cuando valoriza la colaboración de los puntos de vista de otras ciencias (economía, psicología, sociología), para agregar los conocimientos necesarios al juez, al que le pide, en este sentido, "profunda cultura" y no prestidigitación en tesis jurídicas.

Si bien *La lucha por la ciencia del derecho* (que publicó con el seudónimo de Gnaeus Flavius, en 1906) es anterior en seis años a la obra más importante de Ehrlich, éste a su vez lo precedió en tres años en el análisis del derecho libre. También lo precede Gény, ya que la primera edición del *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo* data de 1899.

Muchas ideas formuladas ya son conocidas en su tiempo; sin embargo la obra vale por su claridad y por algunas particularidades que señalaremos. Así, por ejemplo, indica que para el positivismo no hay otro derecho que el reconocido por el Estado; el derecho natural era rechazado por su pretensión de ser un derecho válido para toda la eternidad; pero si le resultaba claro que esto *no podía ser* el derecho natural, no le prestaba atención a lo que en realidad era: un derecho que pretendía afirmarse con independencia de la potestad del Estado. Era una especie particular de "derecho libre".

En lo que tiene de particular, el carácter de "universalmente obligatorio" del derecho natural hay que atribuírselo a los juristas, que como filósofos se equivocaron siguiendo la manera de pensar de su época (1908:70). Su derecho era histórica e individualmente condicionado, como todo derecho. El relacionar una filosofía jurídica con el "modo de pensar" de la época es remitir a los fundamentos de la sociología del conocimiento: si esto hoy resulta obvio, no lo era en 1906 para la teoría jurídica ajena al marxismo.

Según Kantorowicz, el "derecho justo" de Stammler, la "libre investigación" de Ehrlich y Gény, son normas destinadas

a valuar, completar y desarrollar el derecho estatal. Nosotros, sostiene, no podemos defraudar a nadie del inocente placer de llamar *derecho* sólo al estatal. Claro que para esto debería negarse el carácter de tal a los escritos sobre un código que no entró todavía en vigor, a las discusiones *de lege ferenda,* al derecho natural, al consuetudinario y a toda la historia del derecho. Las sentencias no derivan sólo de la ley: requieren otras fuentes.

La concepción del *derecho libre,* para el autor considerado, no tiene por qué caer en los errores metafísicos de los siglos XVII y XVIII; el mundo es cambio y progreso, y el derecho libre es tan transitorio y frágil como las estrellas mismas [1]. El derecho libre es el derecho natural del siglo XX (1908:74), y tiene una gran ventaja sobre el derecho estatal: se lo conoce. A diferencia de aquél, que se practica, sobre éste pocos conocen una parte; la mayoría no sabe casi nada.

Del mismo modo que Cruet, sostiene que los ciudadanos que saben mucho derecho, frecuentemente pertenecen a la clase de "gentileshombres equívocos": el cajero que estudia el Código Penal; todos los delincuentes que analizan las normas que los pueden alcanzar, mientras que los honestos tienen poco de su vida afectada por estas inquietudes.

El derecho estatal no vive independientemente del derecho libre. Éste es el terreno de donde nace el primero. Todo pensamiento legislativo ha existido primero en una norma de derecho libre; cada crítica al derecho estatal, de la que nace su evolución, existe originariamente en una norma de derecho libre: éste colma las lagunas de la ley. No pretende caer en un dogma por salir de otro: no por dejar de creer en que la ley carece de lagunas se podrá afirmar que es en el derecho libre en donde no las hay. Muchos casos carecen de solución jurídica: el derecho libre tiene soluciones conocidas; no puede tener las que no se conozcan (1908:84).

A su juicio debe evitarse una característica de la ciencia del derecho: la megalomanía jurídica. No puede existir una ciencia que resuelva cada problema y tenga solución para todos.

El escepticismo de Kantorowicz también se formula frente al derecho libre, ya que no forma un sistema, como tampoco lo forma el derecho estatal: resultado de las más variadas épocas y civilizaciones y de los más diversos aspectos de la vida, se han establecido en general sin examen y desordenadamente en la conciencia y bajo la conciencia. De allí que la relación entre la ciencia del derecho y la ley debe cambiarse. Cuando la ley se muestra desnuda, la ciencia es sólo su portavoz. La ciencia debe suministrar las definiciones de todas las nociones y colmar las lagunas

[1] Alude al *Fausto* de *Goethe,* que se refiere a los derechos naturales como eternos e inquebrantables como las estrellas. Para ese tiempo ya se sabe que también las estrellas son transitorias.

conforme al derecho libre. La ciencia así entendida es libre indagación del derecho y libre creación del derecho cuando hace valer el derecho individual. Es fuente del derecho. Debe notarse que aquí el autor, con el fin de escapar del formalismo legal, cae prácticamente en un formalismo conceptual, reconociéndole a la ciencia jurídica un carácter integrador que puede llevar a petrificar el derecho en las interpretaciones que de él hagan los juristas.

Esta idea se confirma cuando Kantorowicz afirma que el movimiento del derecho libre no repudia toda dogmática, sino sólo lo hace con el "ilógico dogmatismo" que pretende, sobre la base del texto legal, elevar un sistema completo, merced al auxilio de la lógica, mientras se sirve inconscientemente y sin principios de la ayuda de las otras fuentes del derecho (1908:111). Esta dogmática legal debe ser desestimada por una "libre dogmática", que acude al derecho libre como fuente subsidiaria. Es relativa, frente al absolutismo de la otra, ya que fuera de la ley no existen normas obligatorias y las que hay son diversas, tal como lo son las concepciones del mundo, los intereses de los cuales emanan.

La sociología del conocimiento se encuentra bien expresada en este párrafo: "Sería anticientífico que el jurista desarrollara sus propias ideas sobre la vida y defendiese sólo la interpretación que le conformase. El método justo consiste en colocar en un sistema los diversos puntos de vista y deducir luego las posibles interpretaciones que corresponden a estas perspectivas, y que son, por ello, relativamente exactas". El relativismo es un virtuoso punto medio entre los *ukases* del objetivista, que nos dice que su punto de vista es el verdadero, y el monólogo del subjetivista, que considera interesantes sólo sus propias perspectivas. De allí la necesaria compañía para el relativismo del historicismo, y su enemistad con el absolutismo. Esta es la ciencia del derecho que desea (1908:114).

La *voluntad* está en la base del derecho, y por eso el jurista justifica la regla estatuida tal como luego justificará la contraria, si un código diverso se le ha impuesto. En todos los casos, el verdadero actor es la voluntad: vana apariencia de deducción lógica (1908:130). Aquélla no está al servicio de la verdad, sino de los *intereses*. Este punto es común con el desarrollo posterior de Ihering y de Pound, que aquí aparece anticipado.

Al comparar el derecho con la teología, equipara las lagunas de los textos sagrados y los jurídicos, asimilando a su escuela con los efectos de la Reforma, que produjo franqueza, confirió al sentimiento su derecho y enseñó a escuchar atentamente la voz de la conciencia. Pero, dice, la ciencia del derecho todavía espera su Lutero.

Parece, entonces, que si una sentencia no puede fundarse en lo absoluto, en el derecho estatal, la escuela está en contradicción con los ideales de *legalidad, seguridad* y *objetividad* propios del

dogmatismo jurídico. En realidad, sostiene Kantorowicz, esos ideales nunca fueron realizados:

1) *El fundamento de la sentencia en la ley.* Porque los tribunales arbitrales acuden al derecho libre y prescinden del estatal, y aun los tribunales estatales acuden a la buena fe, las buenas costumbres, la equidad y otros subrogantes de la ley. Claro que lo hacen "por mandato de la ley", con lo cual se obedece su voluntad para negarla. En síntesis, considera absurdo sostener que el juez juzga conforme a la ley, aun cuando ésta contenga un precepto por el cual decide según la equidad.

2) *El juez como siervo de la ley.* Los códigos de este siglo incorporan normas que permiten al juez fallar de acuerdo con principios no legales (costumbre, jurisprudencia, equidad, principios generales del derecho, analogía, doctrina, reglas que dictaría si fuera legislador). El problema del juez será que su decisión *praeter legem* no se convierta en *contra legem* (1908:138).

3) *La sentencia debe ser previsible.* Si esto fuera posible, no habría juicios ni tampoco sentencias. ¿Quién se atrevería a demandar o a ser demandado si se supiera perdedor por anticipado? Salvo que se quiera sostener que los abogados de las partes perdedoras son siempre ignorantes o impostores.

4) *La sentencia debe ser objetiva.* Kantorowicz sostiene que un hombre no puede sino imprimir su personalidad en todo lo que hace. Resulta evidente la variación de las decisiones de un tribunal de acuerdo con la personalidad de los que fallan; esta reflexión es similar a la que había formulado Gabriel Tarde en *La criminalité comparé,* según se verá en el capítulo siguiente.

5) *La sentencia debe ser una producción rigurosamente científica.* El autor se pregunta cómo se compatibiliza esto con la contradicción innegable entre teóricos y prácticos, con la estima del "tacto de los juristas", "el arte de la jurisprudencia" y la presencia de jurados. Si la ciencia del derecho debería ser desapasionada, los jueces, como todos los hombres, no lo son.

Puede observarse a partir de lo expuesto la posición muy cercana a una sociología del conocimiento jurídico, que resalta una y otra vez la imposible objetividad de las concepciones, y la relación entre éstas y el tiempo y lugar en que se formulan, y la ideología como condicionante de los modos de pensar.

Kantorowicz busca para el derecho la *popularidad* que tiene en los sistemas del *Common Law,* y que resulta imposible en el derecho codificado por las prácticas secretas, que resultan detestables no sólo por esto sino por la ininteligibilidad de los tecnicismos. Para lograr este objetivo propone también la presencia de jueces que sean conocedores no sólo de las ideas jurídicas dominantes en su sociedad, sino de los hechos de la vida y de los

resultados de las ciencias afines: jueces que poseyendo una profunda versación en economía política y prácticas comerciales, no se sientan impotentes ante los procesos bancarios; que conocedores de las tramas urdidas por la delincuencia profesional moderna, puedan encontrarse intelectualmente armados frente a ella, y jueces que tengan conocimientos suficientes de arte como para distinguir entre dibujos obscenos y producciones artísticas libres (1908:146 y 147). Estas ideas ya estaban en el pensamiento jurídico contemporáneo, por ejemplo, en el *Manual del juez* de Gross (s/f).

Es innegable su vigencia; podríamos pedir hoy que ningún juez llegue a la magistratura sin previo ejercicio profesional libre, que no existan los que por ignorancia resulten superados por las tramas urdidas en el mundo cotidiano, que excede los límites de un despacho y de la mediocridad burocrática.

Kantorowicz propone en 1906 el estudio de la economía política (es interesante confrontarlo con la idea de Carlos Cossio, que varias décadas después pide entre nosotros su supresión en las Facultades de Derecho, al igual que las materias "enciclopédicas" ( 1933, 1945. Fucito: 1990 *b*), de la psicología (para la interpretación de testimonios), de las investigaciones sociológicas (1908:147), para convertir a los jueces en *especialistas de los hechos de la causa*. Teoría y práctica no pueden consistir en enseñanzas distintas. El estudio de la ley debe ser el de las situaciones de la vida, de las relaciones jurídicas concretas. De aquí podrán surgir jueces que por su aprendizaje y sus experiencias sepan juzgar con plena conciencia de la función social de cada institución jurídica y de las consecuencias sociales de sus decisiones. Sólo entonces podrá llegarse a la imparcialidad. Mientras tanto, la parcialidad que se revela en tantas sentencias no deriva de la mala voluntad sino de la ignorancia de los hechos y de las ideas sociales, así como de los prejuicios de clase (1908: 148). La ciencia del derecho libre debe lograr la autoridad de la ley que no se obtiene porque el jurista, desde la Universidad, pierde la facultad de distinguir entre la voluntad de la ley y lo que se le agrega clandestina o deslealmente. Esto podrá restaurar incluso la fe en el juez, que será más fiel a la ley y que podrá, en su ausencia, ser el creador del derecho.

El reconocimiento de los prejuicios, una Escuela de Magistratura basada en un amplio conocimiento científico, el relegamiento de la ley a su justo lugar: este es el balance de esta obra de Kantorowicz, tan citada como poco leída en la actualidad, no obstante la vigencia de mucho de lo que en ella se expresa.

*f) Léon Duguit.*

Las posiciones que sobre el derecho posee este destacado jurista pueden calificarse de un organicismo extremado más que

del anarquismo que alguna vez se le imputó. Duguit se opone tanto a los juristas ortodoxos como a los marxistas, ya que sostiene que si bien es cierto que la clase burguesa carece de derecho de poseer con exclusividad los instrumentos de producción, tampoco la clase obrera tiene ese derecho. Más aún: ni la colectividad ni las clases ni la sociedad ni los individuos tienen derecho alguno. La noción de derecho subjetivo (poder perteneciente a una persona para imponer a otra su propia personalidad) es una noción metafísica, según su juicio, que no debe tener lugar en la organización positiva de las sociedades modernas. Esto sólo bastaría para calificarlo de organicista y positivista.

Sin embargo, la noción es más clara aún: Duguit sostiene que el derecho subjetivo pertenece a una etapa superada de la historia de las instituciones y de las ideas. La nueva sociedad excluirá la noción de un derecho perteneciente a la colectividad para mandar a los individuos, y la noción de un derecho perteneciente al individuo con el fin de imponer su personalidad a la colectividad y a los otros individuos. No hay derecho social ni derecho individual.

Esta posición extrema se justifica en una concepción social del derecho, según la cual los hombres, para formar parte de un grupo social y de la humanidad, están sometidos a una regla de conducta que se les impone: no tienen derechos, pero todos están obligados (por ser seres sociales) a obedecer la *regla social.* Todo acto individual que viole la regla social provoca una reacción que reviste diversas formas según tiempos y países. Esta regla social es simplemente postulada (como suelen postular los organicistas las condiciones básicas de su sistema): cualquiera sea su nombre y fundamento —escribe Duguit—, no puede dejar de existir porque sin ella la sociedad no existiría. Toda sociedad es disciplina, y como el hombre no puede vivir sin sociedad, no puede vivir sin someterse a esa disciplina. El fundamento de la regla es la *solidaridad social,* entendida como el hecho de la interdependencia que existe entre los hombres por la comunidad de necesidades y la división del trabajo entre los miembros de la humanidad, y particularmente entre los miembros de un mismo grupo social (1908:8).

En este sistema fundado en postulados, los primeros son la existencia de la regla social, su fundamento en la solidaridad, y la definición de la regla social como regla de derecho, no como regla moral, por aplicarse sólo a las manifestaciones exteriores de la voluntad humana, que impone a los hombres los actos con valor social. La regla social es la ley orgánica de la vida social, alejada —según pretende— de las viejas concepciones del derecho natural por no ser absoluto, ideal, geométricamente verdadero; la regla social no es absoluta ni ideal, sino un hecho que cambia como las sociedades humanas: deriva de su estructura infinitamente variable.

En este punto puede, entonces, explicitarse la sociología del derecho de Duguit: la sociedad, por su estructura variable (pero identificable en cada momento), tiene determinadas formas de asumir la solidaridad que requiere la interdependencia de sus miembros. Esto es, según terminología funcional más moderna, un prerrequisito funcional; pero asume diversas formas (hechos sociales) expresadas en variadas formulaciones que son reglas de derecho. Si lo primero se postula, lo segundo puede determinarse empíricamente. En todo caso, esta regla social deriva de la estructura social, y por ello el derecho depende de la sociedad de la que emerge.

Con tal concepción de derecho, emergente orgánico que expresa deberes de las personas entre sí, puede considerar su coincidencia con Augusto Comte: la palabra *derecho* debe ser descartada del lenguaje político como la palabra *causa* del filosófico; el derecho ha sido de una naturaleza antisocial que tendió siempre a consagrar la individualidad; en el estado positivo (en sentido comtiano), la idea de derecho desaparecerá irrevocablemente: cada uno tiene deberes, pero no derechos. "Nadie posee otros derechos que el de siempre realizar su deber" (1908:12 y 13). Así se constituirá el nuevo sistema político y social.

A partir de estas ideas se le ha imputado un anarquismo que, bien visto, no existe. El fundamento de la imputación es que reconoce a cada persona la posibilidad de rehusar la obediencia de la ley con el pretexto de que no es conforme a la noción que tenga de "regla de derecho". Sin embargo, lo que pretende en su utopía jurídica —que constituye la mayor parte de su obra— es que los gobernantes no legislen sino sobre las leyes de las cuales no existen dudas: "Ciertas reglas de derecho han penetrado en un momento dado tan profundamente en la conciencia de los hombres, y con tal generalidad, que la ley que la reconozca tendrá una adhesión casi unánime" (1908:55, 56). Estas leyes serán pocas, y es mejor que así sea.

En un porvenir que cree cercano, Duguit piensa que los gobernantes harán cada vez menos leyes porque las relaciones de los individuos serán regidas, sobre todo, por reglamentos convencionales, que las autoridades no deberán ni sancionar ni controlar ni vigilar. En esto se ha mostrado con poca visión respecto del futuro de la ley, y si bien se refiere al problema de la norma ajustada al sentimiento generalizado y al desfase entre orden jurídico y estructura social, las perspectivas y conclusiones son meras hipótesis improbables.

Las derivaciones de su pensamiento caen en varias oportunidades en situaciones que de practicarse tendrían el efecto opuesto al que supone. Por ejemplo, al tratar del acto administrativo y del jurisdiccional, considera que éstos emanan de una voluntad individual, sea del jefe de Estado, ministro o juez, que toman una decisión que en nada se distingue de la voluntad de cualquier

particular. Por lo tanto, no acepta que se hable de actos de autoridad, o de poder público, o de que los funcionarios tengan una parcela de poder (1908:69 y 70).

Expresa así que la voluntad individual (aunque sea de funcionarios legalmente habilitados) no puede producir efectos sociales, salvo si es conforme a la regla de derecho, a la regla social. La administración no es un poder superior, ni el acto administrativo un acto de naturaleza especial dotado de un respeto casi supersticioso que permite al príncipe imponer su real placer. Si no se acepta la idea contraria, según la cual el acto administrativo es un acto como cualquier otro, que sólo produce efectos si está de acuerdo con la regla de derecho, el particular no está protegido contra la arbitrariedad.

Cabría preguntar de qué modo se ejerce prácticamente la defensa y quién la tutela. Si todos los actos son iguales, parece que Duguit deja sólo dos caminos: 1) una anarquía, en la cual cada uno define la regla social y acepta o rechaza los actos de los demás según su propia definición, o 2) el totalitarismo que quiere evitar, basado en una presunta definición que alguien imponga sobre lo que es la regla social en un momento determinado, y para una sociedad determinada, como expresión de la solidaridad. En este caso, una vez definida, ¿quién podría alzarse contra ella? El organicismo solidarista se transforma en un autoritarismo sin límites. Las ideas jurídicas de Duguit tienen base social, pero ni describen ni explican: sólo proyectan sobre la base de una visión distorsionada y utópica del derecho, en cuya historia parece no reconocerse nada valioso. No queda aclarado si por las propuestas formuladas podría llegar a un estado de solidaridad organicista superior a los atacados (al mejor estilo comtiano), o a una sociedad cuyas condiciones de vida es fácil imaginar.

Destacamos dos críticas a la posición de Duguit. La primera es de Roscoe Pound, que no entiende de qué modo puede ayudar al jurista el desarrollo alcanzado por Duguit en su obra: ¿cómo determinamos la regla social? ¿Cuáles son los valores sociales? ¿Qué es lo antisocial? En rigor, no cree que pueda determinarse empíricamente (lo que es extraño en Pound, tratándose de un jurista con orientación sociológica), sino que cada uno lo hará con sus propios valores (individuales, sociales, o los que sustentaba Duguit). El jurista, en concreto, no puede esperar que se le diga cuál es el valor social supremo, y entonces la administración de justicia se retrotraería a una justicia personal u oriental (al estilo de la justicia del cadí).

En verdad, Pound no cree posible que los múltiples intereses sociales puedan ponerse en un común denominador del cual surja el valor social singular de carácter definitivo: pretensiones económicas, morales, religiosas y culturales son insusceptibles de unificación. Un acto puede ir contra un valor social y favorecer a la vez a otro valor social distinto, como ocurre con la libertad

de prensa y la de expresión. Si la prueba de lo que es antisocial deriva del resultado logrado, o de un compromiso, carece de utilidad. En el fondo, estima que se trata de una tendencia hegeliana, según la cual la idea de *libertad* queda reemplazada por la idea de *lo social,* y a través de cuyos conceptos se busca un *derecho inexorable* (Pound, 1950:115 y 118).

La segunda crítica es de un autor nacional, más extrema, probablemente errada. Enrique Martínez Paz sostiene, refiriéndose a nuestro autor: "Su gran cruzada contra la metafísica del derecho resulta en definitiva un intento de demolición de todo derecho... por eso ha podido muy bien calificar Esmein esta doctrina como una quimera anarquista y Hauriou como un anarquismo doctrinal, y hasta servir de fundamento a la tiránica legislación bolchevique" (1924:8 y 9).

No obstante estas opiniones, nos queda la idea de que el organicismo de Duguit lleva al totalitarismo absorbente, pero no al anarquismo, que es su opuesto. Los presupuestos de Duguit sólo pueden fundar posiciones anárquicas si se los vincula con la destrucción del orden existente, pero no con la construcción del que se pretende. Allí se ve con claridad que si nadie tiene derechos, y todos obligaciones, la cosmovisión es contraria a la sostenida por Esmein, por Hauriou, por Renard (en *El derecho, el orden y la razón*) y por Martínez Paz, teniendo en cuenta además que en este último caso la "tiránica legislación bolchevique" puede ser calificada de muchas maneras, menos como fundada en concepciones anárquicas. Lo confirma el hecho de que Duguit influyó notablemente en las concepciones autoritarias de derecha de este siglo. Tanto la *Carta del Lavoro* como la ley nazi del trabajo se inspiran en este autor, y definen al trabajo como una obligación social. La influencia se refiere a la regla de solidaridad como base social, el menosprecio de las diferencias de clase y la expresión de las ideas totalitarias expuestas precedentemente. Las concepciones se separan de Duguit en el papel atribuido al Estado, reducido, para el futuro, según se señaló, en cuanto a la legislación. El Estado nacionalsocialista se constituye en hegemónica e indiscutible autoridad. No obstante esta importante diferencia, no cabe duda de que la concepción de Duguit sirvió con claridad a los intereses autoritarios y totalitarios de esos sistemas (V. Friedmann, W., 1947:235, 237 y 238).

*g) Georges Gurvitch.*

La caracterización de este autor como organicista —el último que consideraremos en esta escuela, pues preferimos colocar a Ihering entre los juristas que parten del interaccionismo en su concepción, a pesar de que también presenta ideas organicistas— surge de su firme respaldo a Durkheim, y su consideración del derecho como hecho social (hecho normativo, según su defini-

ción), que une la autoridad a la garantía social. También por entender que el derecho debe estudiarse a partir de conductas colectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas consuetudinarias), y en la base material. Puede confirmarse la idea cuando se observa que de los tres problemas básicos de la sociología del derecho a que alude, y que luego consideramos, dos son funcionales: la sociología sistemática del derecho y la sociología diferencial del derecho y el restante dinámico (sociología genética del derecho) (1945:68 y ss.).

Como muchos sociólogos del derecho, Gurvitch se opone a las doctrinas que, consolidadas con el iluminismo, atribuyen al Estado el monopolio del poder político, reduciendo todo a derecho estatal, única fuente por desvalorización de las tradicionales como la costumbre, decisiones judiciales y doctrina. Su posición, que llama "pluralismo jurídico", se funda en la idea según la cual el poder jurídico no reside sólo en el Estado sino también en muchos otros entes diversos e interdependientes: existen numerosos ordenamientos jurídicos. La ley del Estado no es la única ni la principal fuente sino sólo una de ellas. El Estado no es más que un pequeño lagó profundo en un inmenso mar del derecho que lo circunda por todas partes (1832:152), y el poder jurídico, la fuente principal del derecho y el derecho mismo residen en los llamados *hechos normativos.*

Para llegar a esta idea debe rechazar las definiciones usuales de derecho, porque el fenómeno jurídico es extremadamente complejo, encontrándose dentro de él elementos ideales y reales, estabilidad y movilidad, orden y creación, poder y convicción, necesidades sociales e ideales sociales, experiencia y especulación, ideas lógicas y valores morales. De allí, según el autor, la presencia de definiciones unilaterales: metafísicas, trascendentales, normativas, psicológicas, utilitarias, materialistas y sociológicas, todas ellas consideradas por Gurvitch como dogmáticas y arbitrarias, sin interés, salvo para el punto de vista del cual dependen.

El modo por el cual llega a su definición consiste, en primer lugar, en considerar imposible la elusión del "hecho jurídico", que debe ser delimitado de los hechos sociales. Acude a categorías propias de la filosofía para fijar la estructura formal de la experiencia jurídica inmediata: actos colectivos de reconocimiento de valores espirituales y también encarnados en hechos sociales en los que se realiza (hechos normativos). En segundo lugar, la filosofía ayuda a determinar la característica universal de los valores jurídicos, elementos que varían juntamente con la experiencia de los valores y las ideas lógicas (1945:56 y 60).

A partir de allí puede definirse sin riesgo el derecho como el *intento de realizar la justicia en un medio social dado,* lo que es correcto si se tiene en cuenta la variabilidad de los aspectos de la justicia misma, es decir que la justicia no es sociológicamente un elemento ideal ni inmutable. La idea de la justicia así presen-

tada no puede servir como criterio de valoración (derecho justo o derecho injusto), ya que todo derecho la tiene como elemento constitutivo, aun el que desde el punto de vista de la moral sea peor.

La justicia no se opone al orden ni a la seguridad, sino que éstos son elementos inmanentes a la idea de justicia. Hay tantos grados de orden y de seguridad como aspectos de justicia. El derecho como control social legal se distingue, a juicio de Gurvitch, de las restantes clases de control social (moral, religioso, estético, educacional) por los caracteres siguientes:

1) Carácter determinado y limitado de los mandamientos jurídicos, frente al carácter ilimitado e infinito de los otros mandamientos, especialmente de las exigencias morales. "No matarás" tiene, por ejemplo, diferente alcance en derecho y en moral: en derecho, se puede o se debe matar a otro en determinados casos (defensa propia, guerra, ejecución); en la prohibición moral, puede ser tan amplia como para vedar las palabras hirientes que pueden abreviar la vida del otro.

2) El carácter bilateral o multilateral de la regulación jurídica, que constituye su estructura imperativa atributiva, por oposición al carácter unilateral imperativo de los otros tipos de regulación. Esta estructura imperativa atributiva de todas las manifestaciones jurídicas consiste en una unión indisoluble entre lo debido por alguien y lo pretendido por otro.

3) La indispensabilidad de una garantía social de efectividad del derecho que dé seguridad para una correspondencia real de pretensiones y deberes y que se muestre ella misma en la necesidad para todo derecho de ser positivo, esto es, de derivar su validez de hechos normativos (1945:62 a 64).

Los hechos normativos, que para el autor considerado son el centro del análisis sociológico jurídico, son caracterizados como los que unen el carácter de autoridad y la eficiente garantía social, excluyendo de ambos el carácter autónomo (propio de la moral y de la estética) y el carácter heterónomo (propio de la religión y de la educación). Para desempeñar ese papel, los hechos normativos no necesitan estar organizados ni poseer medios fijos de coacción externa, ni la coacción estatal. La sociología del derecho puede terminar con la confusión entre algunos tipos especiales de hecho normativo y el conjunto de ellos, y eliminar algunas definiciones inaceptables de derecho, como las que lo condicionan a la coacción externa, al poder, a las organizaciones (instituciones), al Estado.

Por otra parte, si el hecho normativo es cada manifestación de la realidad social capaz de engendrar derecho (es decir, de ser fuente primaria y material), los hechos normativos de las sociedades poseen en la vida jurídica primacía sobre los hechos

normativos de las formas de sociabilidad (1945:218). Pero las formas de sociabilidad pueden dar lugar a diversas clases de derecho; así, son formas de sociabilidad (microsociológicas) las uniones de pueblos que hablan el mismo idioma, las relaciones basadas en atracción sexual o en religión, pero éstas son jurídicamente estériles. Otras, como las relaciones que consisten en cambios, contratos, propiedad, conflictos, son productivas desde el punto de vista jurídico.

Para Gurvitch, la coacción no es un elemento necesario, sino usual en el derecho, a diferencia de los requerimientos estéticos y morales que excluyen la posibilidad de esta coacción, y los mandamientos religiosos que excluyen la posibilidad de que la coacción tenga carácter concreto y fijo. Acepta la presencia de un derecho sin coacción, lo que ejemplifica con el derecho constitucional e internacional, erróneamente.

Ya en el centro de su concepción, estima que la sociología del derecho estudia la realidad plena del derecho, comenzando por sus expresiones tangibles y externamente observables en las conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas consuetudinarias, innovaciones de conducta) y en la base material (1945:67 y 68). Sus problemas básicos son:

1) Problemas de la *sociología sistemática del derecho* o microsociología, que estudia las manifestaciones del derecho como función de las formas de sociabilidad y de los planos de la realidad social (esto es, las relaciones funcionales entre realidad social y clases de derecho).

2) Problemas de la *sociología diferencial del derecho,* que estudia las manifestaciones del derecho como una función de las unidades colectivas reales cuya solución se encuentra en la tipología jurídica de los grupos particulares y de las sociedades totales. Estos dos tipos de estudio son funcionales.

3) Problemas de la *sociología genética del derecho,* que estudia las regularidades y tendencias de factores de cambio, desarrollo y decadencia del derecho en un tipo particular de sociedad (a la que titula "macrosociología dinámica del derecho").

Según Treves, el punto de vista del autor considerado puede vincularse con una ideología socialista más próxima a Proudhon que a Marx. En rigor, este socialismo, que le hace preferir los hechos normativos derivados de la unión por comunión e interpenetración a los derivados de la delimitación en la relación con los otros (representantes, respectivamente, de valores transpersonales y de los valores personales), está explícito en el pensamiento del autor. Su preferencia por el derecho social, y por el socialismo, le hace afirmar que "la democracia es el derecho social organizado. . . la fórmula del socialismo es perfectamente idéntica a la fórmula de la democracia, y esto es la soberanía del derecho

social" (cit. por Treves, 1987:164). Por otro lado, a su juicio, democracia y socialismo no necesitan ser conciliados, pues son la misma cosa.

De allí que su sociología del derecho, al expresar el pluralismo jurídico, queda atada a su concepción, y es más propuesta que una descripción sociológica. Sin perjuicio de estimar que es también una obra general avanzada dedicada a la materia, la *Sociología del Derecho,* publicada en 1942, aparece más útil en su parte histórica (que insume más de la mitad del trabajo) que en la sistemática, sobre todo por su tendencia a las clasificaciones y separaciones de planos que no se han mostrado productivos para generar un avance teórico de la materia, y que parecen agotarse en su propia enunciación.

En lo que hace al centro de su concepción, si bien es correcta la caracterización de todo derecho como derecho justo, por los fundamentos dados, no es menos cierto que al eliminar la coacción como elemento del derecho (por oposición a las normas morales o religiosas) y al no asociar íntimamente la coacción del derecho con la coacción de la costumbre, nos remite a un campo en que las formas jurídicas son excesivamente abiertas. Si toda forma de sociabilidad puede engendrar derecho, y si son equivalentes, el único elemento social que salva a la sociedad de la anarquía es la jerarquización que hace en cada momento de sus valoraciones.

Alf Ross extrema la crítica al atribuir a Gurvitch una dirección metafísica espiritualista (señalo que también se la atribuye a Savigny y a Marx, entre otros), ya que el modo de superar el dualismo entre realidad y validez (tema al que Ross dedica buena parte de su obra) ha sido por la creación de una unidad superior (el hecho normativo) que elimina las contradicciones, constituyendo una doctrina filosófica de la naturaleza del derecho (1961: 57 y 60); calificación que ha sido tildada de "precipitada" por Treves (1987:168 y 169 nota), por la subordinación que Gurvitch hace de sus desarrollos a la investigación empírica. Ross reitera su apreciación en *Sobre el derecho y la justicia* (1963:5). Sin embargo, puede estimarse a la *Sociología del Derecho* de Gurvitch como una teoría general del derecho fundada en consideraciones sociológicas (en cuanto a la base ubicada en la experiencia jurídica, su idea del hecho normativo y su concepción de la justicia), pero que no avanza en el plano sociológico sino que se limita a la utilización de criterios generales para su construcción teórica. En este sentido creo plenamente justificado el comentario de Treves, para quien Gurvitch no distingue la filosofía de la sociología, y las considera con atención análoga, colocando en el mismo plano las contribuciones de ambas disciplinas para construir su teoría (1987:161). Esta falta de separación entre ambos tipos de conocimiento se observa con claridad en la obra analizada, y en esa

misma medida sus presupuestos no conforman, sobre todo porque no consideramos adecuado, según afirmamos anteriormente, mezclar los métodos del filósofo con los del sociólogo. Esta afirmación vale aunque no se pretenda negar el papel rector que la filosofía tiene sobre toda forma de conocimiento.

## Capítulo IV

# EL CONDUCTISMO SOCIAL EN SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tal como lo anticipamos, entre las variadas tendencias, ramas y subramas de las vertientes interaccionistas hemos elegido, entre los sociólogos generales, a *Gabriel Tarde,* por el particular interés que tuvo en el derecho (como magistrado que fue), y a *Edward Ross,* cuya obra sobre control social tiene directa vinculación con el fenómeno jurídico, que es una de sus manifestaciones. Mayor atención deberá ser otorgada a *Max Weber,* figura sobre la que se ha opinado mucho respecto de su posición sociológico-jurídica. *Rudolph von Ihering* ocupará nuestro interés al tratar de los juristas que han partido de una concepción interaccionista. La tercera sección está destinada al análisis de la tendencia anglosajona del conductismo; sobre estos temas se ha trabajado mucho, lo que me exime de un estudio pormenorizado. La última es sólo una mención para el realismo jurídico escandinavo, que tiene por objeto señalar diferencias con el realismo americano, más cerca de "lo social" que de la sociología. Todos los autores, con excepción de *Alf Ross,* abarcan un período de producción desde 1870 hasta 1950, aproximadamente.

## 1. Sociólogos generales.

*a) Gabriel Tarde.*

Tarde es uno de los primeros sociólogos analíticos que basa su sociología en procesos de tipo psicológico. El objeto de estudio de esta ciencia es para él las creencias o deseos, con los distintos nombres de dogmas, sentimientos, necesidades, costumbres, moral. Según sienta en su obra más difundida, *Las leyes de la imitación,* estos fenómenos se repiten (y en esta repetición se encuentra la posibilidad de constituir una ciencia para su estudio), por imitación, en todas sus formas: imitación costumbre, imitación moda, imitación-simpatía o imitación obediencia, imitación-instrucción o imitación educación. La idea básica es que cualquier cambio o transformación social es motivado por un

número determinado de ideas (innovaciones) anónimas, que se extienden y propagan por imitación más o menos rápida. El derecho también forma parte de este proceso de invención o imitación.

Trata de este modo de superar el evolucionismo, ya que entiende que "evolución en un sentido neto quiere decir propagación imitativa, más o menos extensa, de un ejemplo proporcionado por el primer imitador" (1947:43). Las sociedades y las épocas difieren en sus modelos de imitación, y los períodos en que adquiere prestigio el pasado (imitación de la costumbre) alternan con períodos de imitación de la moda (lo que posteriormente se llamó institucionalización del cambio).

Tarde intenta demostrar con ejemplos históricos que en ninguna de las ramas del derecho (criminal, procesal, obligacional, régimen de las personas e internacional) puede sostenerse la uniformidad de la evolución. Según el autor, aun partiendo del mismo estado jurídico, las evoluciones pueden ser diferentes, por la diversa infiltración de otros derechos, como en el caso del derecho francés y el alemán por el influjo del romano y el canónico (1947:166). La evolución del derecho se compone de inserciones laboriosas y sangrientas a veces, de ideas nuevas aportadas de tiempo, de un lado y de otro, no se sabe por quién. Así sea por proselitismo religioso (cristianismo, islamismo, budismo), por conquista exterior (derecho romano, derecho inglés, francés, en diversos tiempos y lugares), por revoluciones internas que cambian de mano el poder. Nada hay de uniforme ni de permanente, y la cristalización sólo puede mantenerse por aislamiento del pueblo que lo sustenta (1947:167 a 172).

La administración judicial tiene como base la imitación, que tal es la jurisprudencia. Los jueces pueden seguir rutinariamente los precedentes (imitar lo anterior: costumbre), o decidir como la mayor parte de sus contemporáneos, y entonces preferir el modelo nuevo. En un caso o en otro, el juez participa de los "cambios de vientos en la atmósfera pública". En la imitación finca también el respeto "un tanto supersticioso" a la doctrina. Según Tarde, este respeto se entendía en Roma, en donde no había jurisprudencia (colecciones de sentencias) ni jueces permanentes. Lo mismo ocurría en la Edad Media. Pero los jueces modernos, que tienen el "modelo interior", usan el modelo exterior sólo por imitación tradicional (costumbre). A todas las razones por las cuales podría justificarse acudir a citas de doctrina para fundar un fallo, no encuentra otra mejor que la decisión de los maestros romanos de haber elevado casi al rango de leyes las *responsa prudentum*. Sin la imitación de esa práctica sería poco probable que media docena de jurisconsultos investidos de un raro derecho, sin mandato alguno, pudieran decidir contemporáneamente sobre el derecho de todos (1947:184 a 186).

El valor de la imitación parece responder a una razón lógica. Así, sugiere que los legisladores no toman en cuenta los precedentes legales para crear las leyes. Pero la facultad de cambiarlo todo a través de nuevas leyes es puramente nominal —sostiene—, en concordancia con los restantes sociólogos del derecho: deben forzosamente respetar en cierta medida las leyes antiguas, los hábitos jurídicos de las poblaciones, inspirarse en sus necesidades antiguas o nuevas, que deben satisfacer conforme a esos hábitos. De hecho, su omnipotencia no es más que una obediencia, dócil o no, a las necesidades y órdenes de los electores. Además de esto, a todos los textos votados y promulgados, los comentaristas, profesores, jueces, consejeros, bajo la forma de jurisprudencia o doctrina, les hacen decir una porción de cosas en las que nunca soñaron (1947:191 y 192).

Tarde descarta la idea de evolución lineal y se afirma la dependencia del derecho respecto de la sociedad, en este caso fundando las transformaciones en el punto de partida de cierto número de percepciones naturales, de necesidades innatas y adquiridas sobre las cuales se ejercen vicisitudes, de acuerdo a su satisfacción o insatisfacción transitoria. Cuando ocurre lo primero, existe cierto período de tranquilidad, en general luego de una construcción imponente o monumental en el área jurídica. Luego, cuando aparece insatisfactoria, nuevas adquisiciones de ideas y de aspiraciones requieren un trabajo de reconstitución y refundición. De allí puede derivarse que los derechos divergen entre las sociedades, aun bajo la capa de similar legislación.

Para Tarde, un código puede ser considerado como la conclusión más o menos directa de un silogismo práctico, cuya premisa mayor consiste en el estado de aspiraciones, pasiones y apetitos de una sociedad dada, y la menor, el estado de conocimientos, creencias e ideas. Todo aquello que modifique las premisas debe tener su contrapartida legislativa. La premisa menor se modifica con la aparición de nuevas creencias religiosas, de nuevas ideas filosóficas o científicas. La mayor, que consiste siempre en la consagración de una jerarquía de intereses y privilegios, se modifica por guerras, revoluciones y conquistas, o por cambios económicos (como las invenciones que alteran y trastornan el equilibrio de las necesidades, creando nuevas profesiones). La evolución jurídica depende, entonces, de las evoluciones religiosas, filosóficas, políticas y económicas y no podría ser una y predeterminada, a menos que las otras lo fuesen también (1947:193).

Puede decirse que aunque cada una evolucionara por fases regulares, el orden jurídico no necesariamente tendría ese carácter, porque las evoluciones son independientes y no paralelas, y no marchan a igual paso. Pero, a pesar de todo, son las necesidades básicas del hombre las que determinan los problemas, que, aunque diversos, se contienen en una corta enumera-

ción: el hambre, el amor, la conservación, la reproducción, lo dominan todo y refieren a problemas derivados. Aquí se plantea la idea de lo que los funcionalistas llamaron luego "prerrequisitos funcionales" o problemas básicos que deben resolver las sociedades: cada necesidad satisfecha da lugar a otras necesidades, produciendo situaciones multiformes y pintorescas, ya que las soluciones posibles para cada problema son numerosas y la naturaleza accidental, en parte, de la solución encontrada es la que determina o especifica la del problema siguiente.

Es interesante y productiva la plasticidad que Tarde atribuye al orden jurídico como derivado casi impredictible de la multiplicidad de variables sociales que lo determinan. Y su firme orientación sociológica no permitiría que pudiera observarlo de otra manera. Para este autor, el derecho debe ser estudiado como un exclusivo objeto de la sociología si se lo quiere ver en su realidad viva y completa, sobre todo si se lo quiere entender en su evolución social. En la analogía con la formación de una lengua encuentra la mayor fuerza expositiva, ya que, al igual que ella, debe su formación a circunstancias históricas, geográficas y étnicas (aquí cabría precisar que entre las primeras, el fenómeno del poder social es fundamental) más que a la excelencia de las soluciones. La propagación de una norma jurídica se debe a imitaciones entre sociedades o entre clases, y por ello los resultados pueden ser —y de hecho son— eminentemente transitorios y modificables, ya que las respuestas mismas se modifican al pasar de una sociedad a otra (1947:204 a 206; 1900:24 y 25).

Sin perjuicio de las críticas que merece su teoría de la imitación, por su carácter excluyente de otras explicaciones de lo social, el carácter de jurista y magistrado que revistió Tarde le permitió, juntamente con sus estudios sociológicos, formular las atinadas observaciones transcriptas *supra*. Éstas son particularmente penetrantes en su obra dedicada a la sociología criminal (1890), que analizaremos al tratar este gran campo de la sociología.

*b) Edward A. Ross* (1866-1951).

Parte de la obra de Ross se realizó con la influencia de Tarde (Martindale, 1971:375), y en esa parte se incluye su *Control Social*, publicado en 1901, tema de la sociología general y de la jurídica que si bien había sido mencionado desde Augusto Comte, a partir de su preocupación por el orden, no había sido sistemáticamente tratado hasta Ross.

El control social aparece en esa obra como la contribución que la sociedad brinda al orden social mediante la afirmación intencional de su ascendiente social, aunque la palabra ascendiente tiene a veces el significado de la más alta apreciación ética o normativa de una escala de valores, y en otras, el de pre-

sión u obligación a adaptarse en sentido psicológico (Gurvitch, 1965:I, 246 y 247).

En el control social se integran, para Ross, las creencias sobrenaturales, las ceremonias, los ideales personales, la moralidad corriente (que llama opinión pública), las artes, la educación, el conocimiento y el derecho. Se confunden aquí normas y procesos (la educación es un proceso de transmisión normativo, sin perjuicio de poder ser ella misma objeto de normatividad). Pero, a pesar de tales imprecisiones, queda claro que para Ross el orden social descansa en el control social, idea que luego veremos reproducida en Parsons. Como la sociedad no puede existir sin orden, el control social aparece como imprescindible. Las varias clases de control social antes identificadas están integradas en cualquier sociedad, constituyendo un todo específico: se vinculan y complementan mutuamente, y el estudio del control social consiste básicamente en el de sus varias clases, y el modo como se jerarquizan en cada tipo de problema.

Luego, Ross clasifica los controles, que pueden diferir en su debilidad o fuerza, su rigidez o elasticidad, de acuerdo a cómo se configuren en la sociedad. Las varias clases de control social son competitivas y su integración y jerarquización varían. Dentro de ellas, la ley aparece como el sector más progresivo del control, asentado únicamente en su utilidad.

En su obra *Principos de sociología* (1921), considera que la ley es la piedra angular del edificio del orden, la herramienta perfecta y la más especializada del control al servicio de la sociedad.

De la obra de Ross nos interesa particularmente el haber considerado al orden jurídico como un elemento del control social, que aparece en consonancia con otros, también identificados. Esta concepción es particularmente rica, puesto que, más allá de lo que el autor ideó, no hay duda que puede entenderse la inefectividad del subsistema legal como una consecuencia de la discordancia entre los distintos elementos del sistema de control social, sus contradicciones o el conflicto normativo que deriva de que una parte del sistema (por ejemplo, el legal) exija determinado tipo de conductas, mientras la otra (por ejemplo, las costumbres o la religión) requiera la contraria. De acuerdo a cuál sea el que posea más fuerza o rigidez, podremos observar cuál es el que predomina y comprender uno de los posibles motivos del desajuste.

*c) Max Weber.*

Al tomar como objeto de la sociología la explicación causal de la acción social en su desarrollo y efectos, Max Weber entra en una de las ramas de la corriente del pensamiento social que

estamos desarrollando, ya que para él la sociología es una ciencia de la conducta humana en la medida que es social.

La pretensión de Weber de atenerse a una sociología libre de valores y considerar su obra como un acto racional respecto de un fin (como todo trabajo científico), siendo este fin la verdad, coloca a su obra en un delicado equilibrio, varias veces roto, y que es particularmente dificultoso en su sociología jurídica. Ésta, como toda su obra, se presenta deliberadamente como objetiva, y como inconclusa. Recordemos que para Weber, a diferencia de Durkheim o Comte, la ciencia jamás completa su construcción, y por lo tanto sus resultados son provisionales.

Sin embargo, una y otra vez aparece una toma de posición, que es rápidamente controvertida, como para que no se piense que se ha tomado un partido valorativo, más allá de la descripción científica. Es por eso, probablemente, que pueden surgir consideraciones tan contradictorias sobre la utilidad o la aportación de su sociología jurídica en los autores que se han ocupado de ella, ya que, con sólo tomar un aspecto u otro de su trabajo, un párrafo o el siguiente, el resultado puede ser una percepción diversa de la obra.

Así, por ejemplo, Gurvitch sostiene que la ciencia del derecho necesitaba y necesita el aporte de la sociología para escapar de su esterilidad, en mucho mayor grado que la sociología del derecho de la ciencia del derecho. Weber, al investigar las posibilidades de conductas sociales efectivas que se realizan en reglas rígidas fijadas y elaboradas de antemano, no advierte —dice ese autor— que debajo de ellas hay principios flexibles y *ad hoc,* y que debajo de éstos hay creencias colectivas vivas que dan al derecho su efectividad real. Gurvitch termina rechazando buena parte de los presuntos aportes de Weber, por entender que al reaccionar contra los precursores de la sociología del derecho fue demasiado lejos en sus concesiones a las ciencias dogmáticas normativas, y por haber reducido el hecho social a la orientación por otros con sentido subjetivo, lo que estima una regresión respecto de Durkheim (1945:42 a 44).

En una posición diversa, Treves entiende que la sociología del derecho de Weber responde tanto a las exigencias de los juristas que consideran el orden jurídico en su apertura a la sociedad, como a las del sociólogo que considera a la sociedad y pretende determinar en ella la función del orden jurídico (1987:144). Arnaud, por su parte, estima que Weber no ha constituido una sociología jurídica propiamente dicha, sino que allanó los últimos obstáculos metodológicos para su formación, sosteniendo que, por lo demás, la especificidad de su obra no es la relación entre sociología y derecho sino la dialéctica que establece con la obra de Marx (1981:106 y 107).

Antes de concluir si es posible alguna opción entre estas alternativas, expondremos los temas más importantes de la socio-

logía jurídica de Weber. Sin embargo, puede anticiparse que las limitaciones, si existen, provienen, en todo caso, del objetivo general de su sociología, que es mostrar la apertura del mundo moderno hacia la racionalidad y la secularización.

En Weber existe, como señala Aron, una estrecha solidaridad entre la causalidad histórica y la causalidad sociológica, y ambas se expresan en términos de probabilidad, variando ésta de acuerdo con las circunstancias. Sin embargo, y aunque no pueda determinarse con precisión el carácter de la sociedad del futuro (con lo que descarta la determinación unilateral por un elemento, sea el económico, como Marx, o el político o religioso), se puede no obstante anticipar ciertos caracteres de dicha sociedad: Weber creía que el proceso de racionalización y burocratización se desarrollaría inexorablemente (Aron, 1976; II, 243 a 245).

La sociología jurídica de Weber trata de mostrar el aporte del derecho occidental a ese proceso, y expone con claridad que tal es su objetivo: "En esta obra nos interesan especialmente los derroteros y destinos de la racionalización del derecho, o sea, el desarrollo de sus actuales caracteres 'jurídicos' específicos" (1974: I, 531). También se justifica por la exposición de la idea, según la cual en el desarrollo de las cualidades de racionalización influyen, hasta condicionarla, la peculiaridad del círculo de personas que pueden concretar profesionalmente la formación del derecho. En primer término, "en este proceso figura el tipo de la doctrina jurídica, expresión que aquí significa educación o formación escolar de los juristas prácticos". Se entiende entonces que Weber busque permanente fundamento en las categorías jurídicas elaboradas por esos juristas, y las discuta en general como jurista, aunque también lo haga como sociólogo. También es comprensible entonces el apoyo que Kelsen brinda a su sociología jurídica, y la crítica de ambos a otros sociólogos del derecho, como Ehrlich.

No obstante todo esto, como se verá, Weber pretende permanecer fiel a su objetividad; sin embargo, aunque afirma los elementos de la racionalidad derivados de la técnica jurídica moderna y critica los obstáculos a su desarrollo, asume finalmente el punto de vista contrario, con lo que deja sumido en una incertidumbre tanto el criterio sustentado como el futuro de la sociología jurídica y del derecho mismo. Probablemente, en esta vaguedad final de su posición deba encontrarse entonces la discrepancia entre los comentadores de la sociología jurídica del autor que comentamos [1].

[1] Varios autores han hecho mérito de la contradicción básica de la sociología jurídica de Max Weber y han tratado de buscar la superación de esas contradicciones, conf. *Trubek*, 1986: 573, donde se refiere a la posición de Kronman. Del análisis que sigue se han eliminado los aspectos referidos a la sociología política de Max Weber, en especial los tipos de dominación. En rigor, la dominación legal podría ser tratada en este

1) *Validez de los órdenes legítimos.*

Veremos, en primer lugar, cómo se llega al concepto de derecho para Max Weber y su relación con otros órdenes válidos. Sabemos que la acción social (aquella que la sociología debe básicamente comprender) puede orientarse en la representación de la existencia de un orden legítimo. La probabilidad de que esto ocurra se llama "validez del orden". La validez de un orden no es sólo regularidad del mismo sino que significa algo más: el orden orienta acciones de acuerdo con máximas que pueden ser señaladas. Los partícipes pueden orientarse por el orden de acuerdo a variados motivos, pero "la circunstancia de que al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que *debe ser*, acrecienta la posibilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable" (1974: I, 25).

Un orden sostenido sólo por motivos racionales de fin es mucho más frágil que otro que provenga de una orientación únicamente mantenida por la costumbre, pero todavía mucho más que el orden que aparezca con el prestigio de ser obligatorio y modelo, es decir, con el prestigio de la legitimidad. El tránsito de una orientación a otra es completamente fluido en la realidad histórica. De hecho, pueden existir distintas concepciones del sentido del orden, unas junto a otras, siendo en ese caso, para la sociología, todas igualmente válidas en la extensión que determinan la conducta real. Para la sociología no presenta dificultad reconocer que distintos órdenes contradictorios entre sí puedan valer unos al lado de otros dentro de un mismo círculo de hombres (1974:I, 26). Ésta es, sin duda, una apreciación fundamental de la sociología jurídica, como también el sostener que el mismo individuo puede orientar su conducta en diversos órdenes contradictorios, y no sólo de un modo sucesivo, sino aun en la misma acción. Así, por ejemplo, el que se bate a duelo se orienta por un código de honor, pero al ocultar su acción, se orienta por el código penal.

Cuando la elusión o la transgresión del sentido medio de un orden se convierte en regla, entonces la validez de ese orden es muy limitada o ha dejado de subsistir en definitiva. Entre la validez y la no validez de un orden, para la sociología no hay una alternativa absoluta, tal como existe, en razón de sus fines, para la ciencia del derecho. Existen, más bien, transiciones fluidas entre ambos casos, y pueden valer, uno al lado del otro, órdenes contradictorios, en la amplitud que alcance la probabilidad efectiva de una orientación real de la conducta por ellos.

---

lugar como parte de la sociología jurídica. Pero, por su importancia, se ha preferido considerarla en el Capítulo IX, como parte de la sociología organizacional.

2) *Concepto de derecho.*

Un orden se llama *convención* cuando su validez está garantizada externamente por la probabilidad de que, dentro de un determinado grupo social una conducta discordante (o divergente), habrá de tropezar con una relativa reprobación general. El saludo, el vestido conveniente, los límites de forma y contenido del trato, se exigen como obligación o modelo, y no se deja a su libre elección, como sería el modo de preparar la comida. La falta se sanciona a veces con más fuerza que la coacción jurídica.

Se llama *derecho* al orden cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción física o psíquica ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión. En la convención falta un cuadro de personal especialmente dedicado a imponer su cumplimiento. La presencia de ese cuadro es lo decisivo en el concepto de derecho.

En este tema observamos cómo Max Weber pretende aislar lo típicamente jurídico del contexto normativo general. La forma de hacerlo es seguramente correcta, pero, aparentemente, los otros órdenes normativos resultan propios del campo de la sociología general y ajenos a la sociología jurídica: tal el caso de las convenciones *contra legem.* No puede discreparse de la idea de tratar de definir el derecho por la coacción y exigibilidad de la conducta sancionada por medio de un grupo específico (definición ésta de la ciencia del derecho), pero sí en la marginación de los restantes órdenes válidos de la consideración por la sociología jurídica.

La definición oficial del derecho puede ser útil para la ciencia jurídica y para una sociología de tipos ideales, pero puede cuestionarse la utilidad de un tipo ideal construido sobre esas bases formales. El cuadro coactivo, judicial en sentido moderno, o sin estas características, pareciera dejar fuera todo el derecho informal o lo que con cobertura jurídica es "antijurídico". La sociología no está interesada sólo en la coactividad con la que el derecho se autodefine. Esto es sólo un dato identificable dentro del fenómeno jurídico, pero inseparable de los otros elementos observables. Así, por ejemplo, la norma que aparece como coactiva, que todos dicen cumplir, pero que se encuentra distorsionada en su aplicación o simplemente incumplida en medida apreciable; las normas no definidas como jurídicas, pero que indirectamente se revisten de coactividad jurídica (prejuicios que informan decisiones judiciales). Hemos anticipado estos temas en el Capítulo I.

Si tomáramos los aspectos mencionados en la concepción del derecho en Max Weber, podríamos tener una idea excesivamente dogmática de su elaboración. Esta imagen ha influido significativamente en los juristas que han buscado apoyo sociológico en

su obra más que en los sociólogos del derecho, que siempre han preferido reelaborar el concepto de derecho y no atenerse a las construcciones de la ciencia jurídica. También se observa similar preferencia por un tipo construido con elementos formales en su modelo de dominación legal con administración burocrática, en el cual los elementos típicos de la burocracia aparecen como descripciones jurídicas. En la realidad, los elementos extrajurídicos dan a las organizaciones una fisonomía discrepante de tal modo con el tipo weberiano que puede preguntarse útilmente para qué le sirve a la sociología un tipo así construido, en el que cargos, competencias y jerarquías parecen girar en el vacío (Fucito, 1981:28 y ss. Véase el Cap. IX de esta obra).

3) *El punto de vista sociológico y el jurídico.*

Weber afirma que la consideración jurídica del derecho se pregunta por lo que idealmente vale como derecho: "Qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formulación verbal que se presenta como norma jurídica". La sociología se pregunta por lo que *de hecho ocurre* en una comunidad. Mientras que la ciencia del derecho trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción, la ciencia social (y también la económica) considera las conexiones efectivas. Ambos modos de considerar los fenómenos —dice Weber— plantean problemas totalmente heterogéneos y sus objetos no pueden entrar en contacto de un modo inmediato. El orden jurídico ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver directamente con el cosmos del actuar económico real porque ambas cosas yacen en planos distintos: una, en la esfera ideal del deber ser; la otra, en los acontecimientos reales (1974:I, 251).

Esta distinción, que colocaba a Weber en una posición opuesta a los que, como Ehrlich, entendían el estudio del derecho de una sola forma (la sociológica), no puede discutirse actualmente: hoy la sociología no pretende la absorción de la ciencia jurídica, de acuerdo con la definición de su objeto dada *supra*. Sólo debe requerir, y en esto Max Weber no fue suficientemente independiente, que al crear su objeto de estudio, la sociología jurídica no dependa de las construcciones jurídicas más de lo que le sea necesario para entender las acciones de los operadores jurídicos que se dicen regidos por normas de ese tipo.

4) *La delimitación del derecho público y del derecho privado. Aplicación del derecho.*

La misma línea de pensamiento, que permite darle parcialmente fundamento a Gurvitch en su crítica, continúa en la Sección VII de la Segunda Parte de *Economía y Sociedad,* llamada "Economía y Derecho" (1974:I, 248). Los primeros párrafos, en

los que trata de delimitar los campos del derecho público y privado, se inician nuevamente con una excesiva dependencia de las construcciones jurídicas.

Enumera los diversos criterios de distinción propios de la teoría jurídica de la época y concluye que la delimitación de las esferas no es todavía uniforme respecto del derecho público y privado, lo que completa con información histórica de lo que se ha entendido por administración. Destaco de esas páginas la idea de que por "creación del derecho" se entiende actualmente el establecimiento de normas generales integradas, según el lenguaje de los juristas, por uno o varios preceptos jurídicos. "Concebimos la *aplicación del derecho* como una aplicación de esas normas y de los preceptos singulares que el pensamiento jurídico deriva de ellas a *hechos concretos* que son *subsumidos* bajo las mismas" (1974:I, 508). Weber acepta esta distinción del formalismo jurídico, pero puntualiza que no en todas las épocas de la historia del derecho se ha pensado en igual forma, y señala, entre otros casos, "la actividad judicial de tipo irracional que constituye la forma primitiva de la aplicación del derecho y que ha dominado total o parcialmente en el pasado, excepción hecha del ámbito de aplicación del derecho romano". Aquí parece entender que la irracionalidad (interpretada como las formas tradicionales o carismáticas de poder, esto es, como ajenidad a la racionalidad que observaba o propugnaba —no obstante su pretendida avaloratividad— en el mundo moderno), es sólo patrimonio del pasado. Entendido así, habría en este punto otra importante diferencia con las consideraciones sociológico-jurídicas tanto de su tiempo como contemporáneas. No reconoce, una vez más, la sociología, que los legisladores y jueces hagan realmente lo que dicen hacer, o lo que deben hacer, sin comprobarlo empíricamente. De esta comprobación surge, por lo menos, más allá del optimismo weberiano, un escepticismo, si no es un pesimismo a lo Pareto. Lo cierto es que la irracionalidad puede estar presente bajo la capa de racionalidad, tanto en la ley como en la comprobación de los hechos.

5) *Normas generales y particulares.*

Del mismo modo sostiene que "la distinción entre las normas generales por aplicar y las que provienen de la misma actividad judicial, nunca se ha realizado en forma tan completa como en el caso de la distinción actual entre derecho sustancial y procesal". Esto es cierto en la ciencia del derecho, ¿pero lo es en la práctica de los jueces? Weber parece conformarse una vez más con los resultados de las elaboraciones jurídicas, y sólo acude a la historia para señalar épocas en las que la práctica difiere de las *formulaciones* actuales. Hasta allí no nos dice nada sobre la práctica jurídica de su tiempo, ni sobre el efecto que diversos elementos culturales (por ejemplo, los prejuicios) pueden tener en

el "deber ser" de los operadores jurídicos. En otras palabras, sostener que las ordalías, juramentos o pruebas de Dios son medios irracionales de prueba, no significa atribuir racionalidad automática a la prueba prescripta por los códigos procesales modernos si éstos dejan al juez una discrecionalidad en la evaluación que le permite introducir todo tipo de elementos irracionales que desnaturalicen la presunta "racionalidad" prescripta por el orden jurídico.

Concluir que la diferenciación de las concepciones fundamentales acerca de las esferas jurídicas corrientes depende en la actualidad, en gran medida, de razones de orden técnico-jurídico y en parte de la asociación política (1974:I, 509), es reunir dos planos que habían sido diferenciados previamente. La técnica jurídica nos permite elaborar un sistema lógico, un deber ser coherente, propio de la ciencia jurídica. La asociación política nos remite a intereses y situaciones de poder que pueden tornar inconveniente en la práctica el deber ser prescripto por las leyes y sistematizado por la ciencia del derecho. El carácter indirecto de los condicionantes económicos, que Weber reconoce en cuanto a la "racionalización de la economía" sobre la base de la comunidad de mercado y la libre contratación, es importante límite a esta idea, como se verá, pero sólo a favor de la racionalidad individual de los agentes económicos, mas no de su irracionalidad.

La dependencia que Weber reconoce respecto de las construcciones de la ciencia jurídica se ven una y otra vez en esta parte de su obra. Así, sostiene, de acuerdo con nuestra manera actual de pensar, que la tarea de sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claras, coherentes, y, sobre todo, desprovisto dicho conjunto en principio de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos en algunas de las normas del mismo sistema, pues de lo contrario éste carecería de su garantía esencial, pretensión que no le reconoce al derecho inglés (1974: I, 510). Es el jurista el que habla al referirse a "nuestra manera" de pensar. El sociólogo analizaría los elementos ideológicos implícitos en tal pretensión, qué significa y para quién significa "garantía esencial" el creer en la completividad del sistema legal, y que todos los hechos puedan ser subsumidos en normas jurídicas preestablecidas. Sin embargo, concede que "la sublimación lógica del sistema fue casi siempre muy imperfecta y el casuismo suele escapar de tal manipulación, por depender de procesos esencialmente intuitivos".

Estas citas refuerzan el criterio según el cual Weber asumió sucesivamente los roles de jurista y de sociólogo, sin combinarlos, probablemente para lograr de ese modo la tan buscada objetividad científica. Es, precisamente, por esta característica

que las afirmaciones de Gurvitch, señaladas *supra*, deben sufrir una limitación a favor de la posición de Treves.

Si tomamos otras partes de *Economía y Sociedad* se verá que Treves tampoco se equivoca cuando advierte que las afirmaciones anteriores sólo dan una idea parcial de la sociología del derecho del autor, sin perjuicio de recordar que las definiciones de derecho que da lo colocan más próximo a Kelsen que a Kantorowicz y a Ehrlich (Treves, 1987:148). En realidad, la parte más importante de la sociología jurídica se desarrolla, a mi entender, a partir del párrafo 2 del Capítulo I (*La economía y los diversos órdenes*), de la segunda parte de *Economía y Sociedad*, y VII (*Economía y derecho*), especialmente págs. 510 y ss.

6) *Racionalidad e irracionalidad en la creación y en la aplicación del derecho.*

Al concluir su análisis de la diferenciación entre los campos jurídicos objetivos, intenta Max Weber una tipología de la diversidad de los medios técnico-jurídicos que emplea la práctica del derecho, con el título de "Las categorías del pensamiento jurídico racional". Allí se fijan importantes bases para distinguir la aplicación del derecho de acuerdo a la racionalidad o irracionalidad formal y material de su creación y aplicación.

I) *Derecho irracional desde el punto de vista formal.* — Corresponde al supuesto de que para la regulación de la creación de las normas o de la actividad judicial se recurre a procedimientos no controlados racionalmente, como los oráculos y sus sucedáneos.

II) *Derecho irracional desde el punto de vista material.* — Es aquel en el que la decisión de los diversos casos depende, esencialmente, de las apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales.

III) *Derecho racional en sentido formal.* — Es aquel en el cual lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, unívocas, de los hechos. Si bien todo derecho formal es relativamente racional, este supuesto tiene a su vez dos posibles alternativas:

*a*) Cuando las características jurídicamente relevantes son de orden sensible. Es el caso en que se exige que una determinada palabra sea pronunciada, que se estampe una firma o que se ejecute una acción cuyo significado simbólico ha sido establecido definitivamente de antemano.

*b*) Cuando las características jurídicamente relevantes han sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas. En este segundo supuesto, el rigor del formalismo exter-

no —caso *a*— resulta atemperado por la racionalidad formal, pues desaparece el aspecto unívoco de las características externas.

IV) *Derecho racional en sentido material.* — Es el que supone, en la decisión de los problemas jurídicos, la influencia de ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con la abstracción lógica (Weber, 1974:I, 511).

Esta tipología es de utilidad, aunque Max Weber no permanezca neutral frente a ella. Considera que "una sublimación jurídica específicamente técnica en el sentido actual sólo es posible en cuanto el derecho posee el carácter formal" (tipo 3 *b*), ya que "únicamente la abstracción interpretativa hace posible la tarea sistemática, que consiste en ordenar y racionalizar, con ayuda de la lógica, las reglas jurídicas cuya validez se acepta, formando con ellas un sistema coherente de preceptos abstractos". Esta es una afirmación de un deber ser jurídico, no una descripción fáctica de la realidad de los operadores jurídicos. Significa una opción frente a los llamados "racionalismo material" e "irracionalismos formal y material", que son importantes instrumentos para el análisis del derecho contemporáneo, no sólo del histórico. Aquí, una vez más, no se hace especial mención ni se señala el papel de la ideología de los que forman el presunto "sistema coherente", no se trata de las condiciones por las que materialmente se "acepta la validez" del sistema normativo, ni sobre las muchas formas de "ordenar y racionalizar" que no dependen del derecho sino de las condiciones sociales en que el mismo se produce. Se omite considerar la fuerte trascendencia de lo que llama "racionalismo material", y que, de hecho, no evitan legisladores, jueces u otros operadores jurídicos. Más aún, debería incluirse la "irracionalidad formal" del derecho en su creación y aplicación, que no pertenece solamente a la época de los oráculos, sino que es observable cotidianamente, y la "irracionalidad material" que llena el contenido de las interpretaciones jurídicas y sus modificaciones en el curso del tiempo, aun con la misma base racional y formal dogmáticamente obtenida.

Pero no obstante ello, la tipología presentada como histórica presta gran utilidad a la sociología jurídica moderna, con sólo considerarla como "tipos puros", esto es, como abstracciones arbitrarias de un contexto fáctico, que en la realidad aparecen mezclados. El derecho en su práctica moderna no responde típicamente al criterio de racionalidad formal de orden sensible (derecho formulario), pero conserva alguno de estos caracteres formales en el proceso que tornan irracional todo el procedimiento: lo que no se argumenta en la contestación de demanda no puede

ser alegado luego, salvo hechos nuevos; la prueba no ofrecida oportunamente no puede producirse, aunque sea esencial y el olvido atribuible a los abogados. El juez no puede fallar *ultra petitio,* aun frente a la ignorancia jurídica manifiesta de los letrados en lo que hace a los derechos de sus defendidos. La preclusión de los actos procesales tiene también este carácter de formalidad, en la cual la búsqueda de la verdad sustancial pierde valor frente a los pasos rituales por los que, con el fin de garantizar la "igualdad de las partes" (también formal), en rigor, se generan los abusos que el procedimiento escrito pretende evitar.

Del análisis concreto de situaciones jurídicas de hecho (práctica de los operadores del derecho) podría concluirse que tras el barniz de derecho racional formal a través de interpretaciones lógicas, se tiene cualquiera de los otros. Y esto, básicamente, porque no es posible, como se sostuvo en el primer capítulo de este trabajo, la "clara definición" ni las "reglas rigurosamente abstractas", ni pueden superarse la irracionalidad material del derecho ni las apreciaciones valorativas de índole ética, sentimental o política, ni la irracionalidad en sentido material (normas que rompen con la abstracción lógica). Es aquí donde puede existir la mayor riqueza de la sociología jurídica actual: en entender que algunas circunstancias de aplicación del derecho son históricas (tal parece que la irracionalidad formal pertenece en general a épocas pretéritas), pero otras son consustanciales a su aplicación; en definitiva, la irracionalidad desde el punto de vista material no es otra cosa que lo sostenido por el realismo jurídico en la aplicación del derecho, y la racionalidad en sentido material es lo que sostiene la sociología jurídica contemporánea al incorporar el derecho a un sistema de control social, en el cual las otras normas (ejemplificadas por Max Weber en imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, postulados políticos) pueden prevalecer sobre las jurídicas. Es evidente que estas ideas no eran centrales en lo que Weber pretendía exponer, sino, según señalamos, mostrar los factores que han contribuido a la racionalización del mundo moderno en igual proceso propio de la civilización occidental. No parece interesarle cuánto de la irracionalidad prevalece en el derecho y en la sociedad moderna, aunque en definitiva sostiene que "el progreso en la racionalización del derecho no va necesariamente acompañado por una creciente conformidad de los comportamientos con su validez normativa. La misión del sociólogo es evidenciar esta separación" (Freund, 1968:219 y 220).

7) *Orden jurídico, convención y costumbre. Génesis del derecho.*

En este punto se trata de mostrar la evolución de los sistemas normativos desde formas más irracionales hacia formas ra-

cionales modernas. La costumbre es una conducta típicamente regular que subsiste únicamente por su carácter usual e imitación irreflexiva. Es una acción de masa cuya prosecución nadie exige del individuo (Weber, 1974:I, 258). Se trata de lo que llamamos un hábito, ya que el concepto de costumbre, en sentido moderno, corresponde a lo que Weber llama *convención*: la influencia en la conducta es sólo por la aprobación o desaprobación de un círculo humano que forma un "mundo circundante" específico del actor. Ya se señaló la ausencia de un aparato coactivo, propio del derecho. De la costumbre, en la definición weberiana, cabe desembarazarse sin oposición alguna, aunque de hecho esto no sucede, y sólo lentamente, por medio de la imitación de otra costumbre, ocurre este fenómeno.

De ambos conceptos concluye Weber que lo que se "acostumbra" puede tener un peso tal en la acción que si la coacción jurídica (invocando lo que es usual) hace de una costumbre una obligación jurídica, no añade casi nada a su eficacia, y cuando va contra ella, fracasa. Toda actitud anímica interior hacia las regularidades de conducta lleva consigo inhibiciones sensibles contra las innovaciones, y constituye un apoyo muy fuerte para la creencia de su obligatoriedad.

En este cuadro, ¿cómo nacen, en el mundo en que estamos adaptados a lo regular y vigente, las innovaciones? Parece ser que por la influencia de personas, quienes, en virtud de vivencias anormales (patológicas, muchas veces), son capaces de influir sobre los demás. Muy a menudo nace una acción comunitaria de masa referida al que ejerce la influencia y su vivencia, de la que después pueden desarrollarse consensos con el contenido correspondiente. Las influencias de la endopatía y de la inspiración son las fuentes principales de la imposición de innovaciones efectivas, cuya práctica en forma regular apoya con rapidez al sentimiento de obligatoriedad del que eventualmente van acompañadas. La innovación naciente se halla más próxima a dar origen al consenso y finalmente al derecho si su fuente fue una inspiración duradera o una endopatía intensiva (1974:I, 260). La experiencia histórica muestra que siempre se desarrolla de la convención si es fuerte la fe religiosa, la esperanza y la idea de que también los poderes suprasensibles premiarán o castigarán aquella conducta aprobada o desaprobada por el medio. También la idea de los garantizadores especiales del orden, nacida de la observancia constante de cierta forma de actuar, de que no nos encontramos frente a una costumbre o convención, sino frente a una obligación jurídica, puede desarrollarse a partir de las mismas premisas. Esto es *derecho consuetudinario*. Por último, deriva la exigencia racionalmente pensada por parte de los interesados de que la obligación convencional o la consuetudinaria deben ser colocadas expresamente bajo la garantía de un apa-

rato coactivo para asegurarlas contra toda sacudida: derecho estatuido (1974:I, 267).

Según Weber, cuando un precepto jurídico hace referencia a las "buenas costumbres", la observancia de las obligaciones convencionales se ha hecho, al mismo tiempo, obligación jurídica. La formación histórica y el pase de una costumbre al derecho puede gestarse de este modo o de otro. Pero, aparentemente, Weber no observa que la pluralidad de obligaciones convencionales pueda hacer excesivamente llena de contenido la obligación jurídica en el caso de las buenas costumbres, y consiguientemente disponible o discrecional para el juez. Existen muchos otros casos similares, de uso cotidiano, como el "orden público", la "seguridad", etc.

Debe agregarse a estas ideas otra de gran importancia: el derecho, la convención y la costumbre no son, de ninguna manera, los únicos condicionantes normativos con los que se cuenta o se puede contar como garantizadores de una conducta que se espera de otro, sea por haberse prometido o porque vale como obligatoria, sino que junto a ellos existe, sobre todo, el *propio interés del otro* en la continuación de un determinado actuar consensual. La regulación normativa es un componente importante de la actividad consensual, pero no es su forma universal. Señalamos que en la idea de interés subyace la racionalidad del agente individual, no su irracionalidad, que también debe ser evaluada.

8) *El conflicto entre convención y derecho.*

Las garantías jurídicas son consideradas por la sociología tanto consecuencias como causas de regularidades del actuar humano. Regularidades *de facto de la conducta* (costumbres) pueden convertirse en fuente de nacimiento de reglas *para la conducta* (convención, derecho), pero también puede ocurrir lo contrario. Las normas jurídicas pueden producir consecuencias que no son las directamente derivadas de sus ordenaciones. El hecho de que la mortalidad infantil disminuya si una norma jurídica válida limita el trabajo de las mujeres, es una consecuencia de aquella norma, pero sólo puede ordenarse el trabajo de las mujeres en tales condiciones, mas no la disminución de la mortalidad infantil.

"También en el caso de una acción directamente mandada o prohibida, la eficiencia práctica de la validez es naturalmente problemática: su cumplimiento es consecuencia adecuada, pero no absoluta y sin excepciones. Intereses poderosos, por el contrario, pueden conducir, a pesar del aparato coactivo, a actuar no de una manera aislada, sino preponderante y duradera en forma contraria a la de la norma jurídica válida, sin que sean sancionados"... Cuando se ha hecho constante un estado de este tipo, y los partícipes llegan a consecuencia de esto al convencimiento

que su actuar, y no el exigido por la norma, es conforme a las normas, la fuerza coactiva garantizadora acaba por no imponer esa regla y el dogmático del derecho habla entonces de "derogación por el derecho consuetudinario".

Es posible un estado de conflicto crónico entre normas jurídicas que garantiza el aparato coactivo de la fuerza política y las reglas convencionales. En este punto Max Weber establece una importante regla de sociología jurídica: "Y si bien ciertamente no es nada raro que sean establecidas normas jurídicas para cambiar costumbres y convenciones, la situación normal es, sin embargo, la siguiente: que el orden jurídico no 'rige', no 'vale', empíricamente a consecuencia de la existencia de la garantía colectiva, sino porque su validez, como costumbre, está arraigada y ejercitada, y la convención desaprueba casi siempre la flagrante desviación de la conducta que le corresponde. Para el dogmático del derecho, la validez (ideal) de la norma jurídica es un *prius* conceptual; una conducta que no esté jurídicamente normada, de un modo directo, es para él 'permitida' jurídicamente, y por consiguiente abarcada (idealmente) por el orden jurídico. Al contrario, para el sociólogo, la regulación jurídica, y en particular la regulación racionalmente estatuida de una conducta es, desde el punto de vista empírico, sólo una componente en la motivación de la acción comunitaria, y, por cierto, una componente histórica que aparece casi siempre tardíamente y operando de un modo muy diferente" (Weber, 1974: I, 269).

Esta afirmación es crucial y pone a la sociología jurídica de Max Weber en su valioso y justo lugar al establecer que en el conflicto entre convención y derecho, éste no lleva la mejor parte, y que el derecho es eficaz sólo cuando está firmemente respaldado por los restantes órdenes normativos o habituales.

9) *Derecho y economía.*

Si se aplica lo expuesto a las relaciones entre derecho y economía, surge que en ciertas circunstancias un orden jurídico puede seguir sin modificación alguna a pesar de cambiar radicalmente las relaciones económicas. Teóricamente, un orden de producción socialista podría llevarse a cabo sin cambiar las leyes capitalistas, ya que sería posible —dice Weber— llegar a adquirir los medios de producción por el Estado por vía de la contratación, lo que, aunque muy improbable, no es teóricamente imposible.

Los órdenes jurídicos pueden ser divergentes, pero las relaciones económicas, similares, si en los puntos económicamente importantes el efecto práctico es el mismo para los interesados. Weber observa también que si es cierto que el derecho no garantiza únicamente los intereses económicos, sino los más diversos (la seguridad personal, el honor, los poderes divinos, situaciones privilegiadas de todas clases, que pueden no ser apetecidas necesariamente o de un modo predominante por motivos económicos),

la garantía jurídica está, en el más alto grado, al servicio directo de los intereses económicos. Y cuando esto ocurre es porque toda la fuerza que garantiza un poder jurídico es mantenida en existencia por esos grupos, y la formación de los grupos sociales está condicionada en alto grado por los intereses materiales. Weber amerita la disminuida fuerza del derecho sobre la economía en el mundo moderno: "La tendencia a abandonar probabilidades económicas sólo para actuar con arreglo a la ley es naturalmente pequeña si una convención muy viva no desaprueba la evasión del derecho formal, cosa que no será fácil si los intereses perjudicados por una innovación jurídica son muy extendidos; y además, la elusión de leyes en el campo económico es fácil de encubrir" (1974: I, 271). Una de las más inaccesibles a la influencia del derecho es la valoración económica de los bienes (formación de los precios). Los interesados privados, tanto por la baja observabilidad de cada actuación como por el mayor conocimiento racional de la situación de mercado que la poseída por los órganos creadores de derecho, pueden "desfigurar el fin propuesto por el precepto jurídico hasta invertirlo en la práctica, como ha ocurrido muchas veces". Sólo en teoría, el pleno monopolio, y por lo tanto, el control del mercado, facilita técnicamente el dominio de su economía por la coacción jurídica; si no aumentan a pesar de esto sus posibilidades, se debe a la existencia de asociaciones políticas en conflicto y al poder de los intereses privados. Hago notar una vez más que el límite del derecho como estructura racional aparece colocado en general por la presencia contemporánea de sistemas más racionales (por ejemplo, el capitalista privado en la obtención de sus intereses). Se trata de una racionalidad mayor que la jurídica, que también la presenta. Ese límite, en menor cantidad de oportunidades aparece colocado por la irracionalidad de los sistemas normativos, y cuando esto ocurre, para Weber parece tratarse de un hecho histórico. Solo excepcionalmente este autor encuentra instituciones modernas que muestran la persistencia de la irracionalidad: el juramento, el juicio por jurados (1974: I, 520), porque, como señalamos, el objetivo del trabajo se agota en mostrar los destinos de la racionalización del derecho como proceso comprobado.

10) *El aprendizaje jurídico y la práctica profesional.*

Otro tema en el que se enfoca sociológicamente un aspecto de la práctica jurídica es el relacionado con los aprendizajes jurídicos de tipo profesional y los pensamientos jurídicos (1974: I, 588) por medio de la oposición entre aprendizaje práctico al estilo inglés, y la enseñanza teórica en escuelas jurídicas, de modo "científico", en sentido técnico de la palabra, según su aclaración.

Weber historió los dos modos de formación jurídica desde la Edad Media, y estima que la primera dificultaba la visión sis-

temática de la totalidad de la materia jurídica, lo que condecía con su fin, que no era la sistematización racional, sino la creación de esquemas de contratos y de acciones utilizables prácticamente, con vistas a la satisfacción de necesidades específicas y constantes de los interesados. El tipo más puro de la segunda clase de enseñanza lo representa la moderna enseñanza universitaria mediante el monopolio que para ese fin ejercen los institutos especializados, en general completada con exigencias de aprendizaje de tipo práctico. Afirma, y no es dudoso, que "su carácter racional sistemático puede llevar el pensamiento jurídico a una amplia emancipación de las necesidades cotidianas de los particulares y originar su escaso contenido intuitivo", y que, movido por necesidades lógicas, puede tener como consecuencia que, al menos en un gran número de casos, margine los intereses y necesidades de las partes como fuerza impulsora de la formulación del derecho. Esta afirmación no es sólo una posibilidad, sino una comprobación que puede realizarse en los sistemas de derecho continental, y que experimentamos cotidianamente. Sin embargo, la inquietud de Weber es reseñar la evolución histórica de ambas formas, a partir de las religiones bíblicas, y mostrar cómo el efecto de la educación jurídica varía cuando los portadores son *honoratiores*, esto es, notables que guardan relaciones profesionales con la práctica del derecho, lo que es posible cuando, por una parte, el ejercicio del derecho se encuentra liberado de la dominación sacramental y, por la otra, el volumen de la carga profesional no ha alcanzado las proporciones que las necesidades de las ciudades determinan. El estudio del desarrollo histórico es exclusivo en todo el párrafo, ya que la exposición tiende a mostrar el proceso de secularización del derecho en consonancia con la racionalidad del mundo moderno.

11) *Racionalización formal y material del derecho.*

A partir de los desarrollos anteriores, se trata aquí de determinar las influencias entre las formas políticas de dominación y las cualidades formales del derecho, que es el objetivo pretendido. Max Weber entiende que cuanto más racional era el aparato autoritario de príncipes y jerarcas a través de ciertos funcionarios, tanto más se tiende a dar a la administración de justicia, en forma y contenido, un carácter racional. Esto ocurre tanto en los medios procesales pretorios de la antigüedad como en las Capitulares de los reyes francos, en las creaciones procesales de los monarcas ingleses o en el procedimiento eclesiástico inquisitorial. Se observa tanto en la eliminación de medios procesales irracionales como en la sistematización del derecho material, lo que significa también su racionalización.

La tendencia a la racionalización del derecho surge tanto por los intereses de la administración (autoridad papal) como por los

intereses de grupos particulares poderosos, necesitados de la racionalidad del derecho: clases burguesas de Roma, al finalizar la Edad Media y en la época moderna. Allí donde no existió este nexo, no hubo racionalidad ni secularización, lo que señala (aunque Weber no lo expresa concretamente) la dependencia del orden jurídico respecto de una estructura social determinada. La misma racionalidad, determinada por intereses de sectores concretos, hace que la "justicia de los notables" muestre a veces un doble aspecto, según se trate de los interesados típicos de la misma capa de los notables o de las capas dominadas por ellos. Ejemplo es el antiguo derecho inglés, estrictamente formal en el primer caso, e informal para los asuntos cotidianos y delitos de las masas. También esto significaba, por el costo de los abogados, una denegación de justicia en Inglaterra tanto como en la Roma republicana. Cabría acotar, en nuestro país, la actualidad de estos problemas, tanto por la exigencia de largos y costosos procesos para cuestiones cotidianas que deberían tener un procedimiento oral y sumario, como por el mantenimiento formal de la distinción entre proceso civil y proceso laboral, con la cual se pretende favorecer la litigiosidad de los sectores de menores recursos (lo que, desde luego, no se logra, ya que se interpreta de modo formal y ritual un proceso que, por sus características, debió ser sumario).

La denegación de justicia a partir del alto costo del proceso no puede sino favorecer —escribe Weber— los intereses de los capitalistas y de las capas poseedoras. Cuando no se podía lograr el dualismo de la justicia formal para los conflictos internos del propio estrato, y la arbitrariedad o denegación de justicia para los económicamente débiles, los capitalistas preferían una administración de justicia de carácter formal para todos, sobre la base del impulso procesal de parte (1974: I, 606 y 608). De todas formas, el autor admite que Inglaterra no obtuvo su primacía capitalista gracias a su derecho, sino a pesar de él, teniendo en cuenta que los notables de la justicia, con su complicado sistema de tramitación y recursos y alto costo, también eran un obstáculo a los intereses de los burgueses. Esto constituye, de paso, una certera ironía sobre la "efectividad del derecho" como agente del control social y de la solución de los conflictos.

Por estos mecanismos, y a partir de la evolución señalada, se establece la idea moderna de que el derecho es algo válido siempre de modo uniforme, y que sólo necesita ser interpretado inequívocamente en cada caso, con vistas a su aplicación. Esta concepción no se opone a la justicia teocrática, que tiene el mismo principio, sino a las formas mágicas (modos irracionales de revelación, que siempre implicaron una amplia variación de normas); pero el pasaje de lo mágico a un sistema más racional tuvo como contrapartida el exagerado estereotipo normativo, ya que lo único santo era, en la época anterior, la fuerza de la tradición,

sublimada por los sacerdotes hasta constituir un sistema de derecho sacro.

12) *Condicionantes históricos de la codificación.*

Al buscar las causas históricas y sociales de la codificación, expresión del derecho racional moderno, de acuerdo con su concepción (que comparten, como hemos dicho, los juristas en general), Weber señala que la alianza de los intereses del príncipe con las capas burguesas constituyó una de las más importantes fuerzas impulsoras de la racionalización jurídica formal. Los burgueses la promovieron por estar interesados en reclamar derechos inequívocos, claros, sustraídos al arbitrio administrativo irracional, y privilegios (que Weber considera "interferencias irracionales", aunque de hecho pueden ser totalmente racionales para los beneficiarios) que garanticen la obligatoriedad y previsibilidad de los contratos. Y el príncipe, porque su interés fiscal y su necesidad de orden y unidad del reino lo lleva a una consideración que es también racional: que los funcionarios puedan ser indistintamente empleados en todo el ámbito territorial, lo que también coincide con los intereses de éstos en cuanto burocracia de carrera planificada.

Este proceso no fue lineal, ya que entre las genuinas tendencias de la burocracia no está el garantizar derechos independientes del arbitrio discrecional de los príncipes y de los funcionarios, y en las formas antiguas del capitalismo no hay interés en la garantía de los derechos: muchas veces los grandes monopolizadores coloniales y comerciales se apoyaban en privilegios principescos para pasar sobre el derecho común vigente y sobre el derecho de los gremios. A pesar de todo, la tendencia a la codificación se va consolidando de modo que a la larga coincidieron en ella los intereses de funcionarios, los económicos de la burguesía y los intereses fiscales y técnico-administrativos del príncipe, a lo que debe sumarse todavía otras capas dominantes o dominadas, y las creaciones políticas externas o compromisos estamentales o de clases sociales que tratan de obtener la unidad interna de una asociación política (1974:I, 628 y 630). Un caso especial de éstos es el de los campesinos y burgueses, que han sufrido frente a los nobles por falta de normas inequívocamente fijas y accesibles a la generalidad, y por la falta de control en la aplicación del derecho. A ellos les preocupa más que un derecho sistemático, un derecho claro y formal que permita resolver de manera indiscutible los puntos controvertidos.

La sistemática, a juicio de Weber, es introducida no sólo por los códigos, sino también por los productos "didáctico-literarios", es decir, por los libros jurídicos, que no pocas veces alcanzan la consideración de algo canónico, que domina en la práctica con la fuerza de una ley. La redacción sistemática del derecho suele

aparecer primero como una recopilación del derecho para evitar dudas y conflictos. Toda codificación, y toda sistematización del derecho no codificado por los prácticos o por los juristas, tiene en común un sentido de racionalización del material jurídico; además, en la seguridad jurídica creada por la codificación suele existir un fuerte interés político, y por eso todas las nuevas creaciones políticas son propensas a la codificación, desde Gengis Kan hasta Napoleón. De allí que intereses políticos, sumados a los anteriormente vistos, llevan a la pretensión de querer hacer valer racionalmente lo material, y, en consecuencia, a la guerra contra lo que "sólo de hecho es tenido como derecho", tal como el llamado derecho consuetudinario, los usos y la práctica jurídica, que eran, al igual que toda fuente tradicional de interpretación jurídica (si no estaban basados en la determinación expresa del legislador), fuentes de valor inferior para la aplicación del derecho; a lo sumo podían ser toleradas en caso de silencio de la ley (1974: I, 632 y 636).

El proceso de racionalidad del derecho lleva, según Weber, a las siguientes etapas teóricas del desarrollo:

1) Revelación carismática a través de profetas jurídicos.

2) Creación y aplicación empírica del derecho por notables.

3) Otorgamiento del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos.

4) Derecho sistemáticamente estatuido y aplicación del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico formal.

El que esos estadios de racionalidad construidos teóricamente no se sucedan en la realidad histórica en el mismo orden de racionalidad creciente, no se den todos, así como que los motivos del modo y grado de racionalización fueran de índole muy diversa, no obstaculizan la construcción. Aclarado de este modo el objetivo, se entiende que considere "ideologías estamentales internas de los juristas prácticos" las tendencias antiformalistas del derecho, al reseñarlas. Estima, aparentemente sin pronunciarse con claridad, que "una judicatura a tono con lo que se considera el ideal (por esas tendencias antiformalistas) tendría que prescindir muy a menudo de una referencia a las normas abstractas, y al menos, en caso de conflicto, tendría que admitir estimaciones enteramente concretas, es decir, una decisión no sólo no formal, sino incluso irracional. Señala el procedimiento de degradación del derecho, y la oposición de los juristas tradicionales al "irracionalismo valorativo", pero, curiosamente, tratándose de un punto de tan particular importancia para la sociología jurídica, concluye que "la discusión especial y sobre todo la crítica de estos movimientos, que como acabamos de mostrarlo, desembocan en resultados contradictorios, hallaríase aquí fuera de lugar" (1974:I, 655). En realidad, tendrían allí un importante lugar, pero Weber pretende ser fiel a su objetividad y a la necesidad de no pronun-

ciarse, de modo que sólo señala que todas las especies, incluso las irracionalistas, de repudiación de la sistemática jurídica puramente lógica desarrollada en la ciencia del derecho, son consecuencias de la racionalización científica y de la autorreflexión, libre de supuestos, del pensamiento jurídico. Se trata, en suma, de la aspiración de los juristas prácticos modernos hacia la elevación del sentimiento de la dignidad estamental por el fortalecimiento de la conciencia del poder. Esta afirmación se ajusta a una sociología del conocimiento jurídico, y podría corresponder —o no corresponder— a situaciones históricas concretas.

Señalo sobre este tema que a pesar de la ausencia de una clara toma de posición, Weber no se coloca entre los sociólogos del derecho o los juristas que así piensan, sino en el resto de la comunidad jurídica. En principio, reitera su voluntad de no fundamentar sus afirmaciones en la materia: "Cuando se le priva de la creencia en la santidad del formalismo jurídico y se le pide que emita 'juicios de valor', el resultado suele ser completamente diverso del que se obtiene en los países aludidos" (se refiere a Inglaterra y a Estados Unidos). Pero agrega que el jurado popular, al estilo norteamericano e inglés, es una "justicia de Cadí", totalmente irracional, ya que responde al sentimiento de los legos no educados jurídicamente, a quienes ofende siempre en el caso concreto el formalismo del derecho, así como al instinto de las clases no privilegiadas que reclaman una justicia de tipo material (1974: I, 658). La actividad verdaderamente creadora, es decir, portadora de nuevo derecho, sólo es propia de los juristas de tipo profético: "No es seguro que en los países de derecho codificado se pueda convertir a un juez burócrata en profeta jurídico con sólo ceñirle la corona del 'creador' ". Aquí ya habla el jurista, como en el párrafo siguiente: "De todos modos, la precisión jurídica del trabajo es rebajada cuando en lugar de conceptos jurídicos se hacen intervenir en los considerandos de las sentencias consideraciones sociológicas, éticas o económicas". Weber, jurista, indica cuál es la mejor técnica jurídica, y ésta es la que no acude a principios de otra ciencia.

Puede afirmarse que plantea dos cuestiones. La primera es si realmente es la mejor técnica jurídica; una respuesta en el mismo plano permitiría sostener que un fallo que se sustentara en elaboraciones sociológicas —en cuanto ésta es una ciencia y no una simple opinión sobre la vida social— podría resultar más adecuado a la realidad (y por esto, lograr mejor acatamiento, ajuste a las necesidades sociales y prestigio para la administración judicial) que uno basado en elaboraciones doctrinarias de las leyes, artificiosas e impracticables.

La segunda cuestión es específicamente sociológica: ¿existen fallos sustentados sólo en el orden jurídico? Descontado que pocos se manifiestan apoyados en la sociología, en la ética o en la economía, ¿no acuden subrepticia o inconscientemente los jue-

ces a consideraciones sociales —esto es, a prejuicios, ya que no a elaboraciones de la ciencia social—, a su ética o a sus concepciones económicas? ¿Pueden evitarlo, de acuerdo con su formación, intereses y subcultura del grupo judicial?

Estos planteos no ocupan a Weber. De allí que todo el cuerpo de conocimientos y creaciones de lo que fue la sociología jurídica hasta su tiempo (tan discursiva como la ciencia del derecho contemporánea a ella), sea calificada exclusivamente como una de las "reacciones características contra el dominio de la especialización y el racionalismo", esto es, una suerte de oscurantismo teológico o metafísico, o tradicionalista.

Sin embargo, y una vez más, esto es opuesto a la incertidumbre del futuro. El último párrafo de su sociología jurídica señala que el "resultado inevitable", condicionado por el desenvolvimiento técnico y económico, tendrá que ser el desconocimiento creciente, por parte de los legos, de un derecho cuyo contenido de orden técnico es cada vez mayor. "Este destino puede ser ocultado por la creciente sumisión, determinada por consideraciones generales, al derecho en vigor, mas no puede ser eludido. Todas las exposiciones de tipo sociológico-jurídico o filosófico-jurídico mencionadas brevemente por nosotros, a menudo altamente valiosas, fortalecerán siempre esta impresión, ya que se trata de teorías sobre la naturaleza del derecho o sobre la posición del juez y sea cual fuere el contenido de tales teorías" (1974:I, 660).

Frente a su toma de posición formalista, luego de haber sostenido que no cabía analizar esos temas en su obra, asume la posición contraria, de modo que en definitiva aparezcan como "altamente valiosas" las concepciones que él no ha valorado en exceso, sino que, por el contrario, ha rechazado algunas páginas antes. La ambigüedad final es clara: ya no vemos el camino claro hacia la racionalidad, desde la irracionalidad inicial, sino que parece abierto e "inevitable" el camino a la misma irracionalidad primitiva. Y en este aspecto, como en otros, aparece la básica posición de Weber: su afirmación de la tendencia a la racionalidad —como postulado político— y su temor que esa tendencia pueda interrumpirse, volviendo a los que considera estadios anteriores de la evolución social, política y, en este caso, también jurídica.

Nos hemos extendido en el análisis de Max Weber por dos motivos: el primero porque hemos querido fundar la posición de la imposibilidad de atribuirle un carácter definido como sociólogo o como jurista tradicional, ya que asume ambos sucesivamente, y su discurso deviene en una ambivalencia que resulta, a nuestro juicio, clara. El segundo, ya que la extensión de las citas se justifica también porque es necesario exponer las más importantes y fecundas ideas de su sociología jurídica, a menudo mencionadas con generalidad, pero sin detalle. Esas ideas han sido y siguen siendo importantes instrumentos de análisis del punto de vista de los sociólogos del derecho.

## 2. La sociología del derecho interaccionista de los juristas.

*a) Rudolph Von Ihering* (1818-1892).

Este jurista, que comienza su vida académica con los aportes y defensa del formalismo jurídico y la concluye con una abierta crítica a esa posición, debe ser incluido en esta reseña más por las líneas que sugirió dentro del pensamiento jurídico que por un desarrollo sociológico sistemático (Treves, 1987:105). Al no existir en su obra una teoría sociológica explícita, su ubicación en el interaccionismo se realiza a partir de algunas ideas sobre el fundamento de la vida social más que por la derivación hacia un organicismo implícito, que también podría haberse tomado como base de su caracterización, y que es la usual, según apunta Arnaud (1981:82). De todos modos, esta ubicación es aproximada en cuanto no fue un sociólogo sino un jurista cuya obra interesó a la sociología.

Lo consideramos interaccionista por entender que tal es la idea que surge de su concepción: los hombres se utilizan mutuamente, la voluntad mueve al mundo y el fin mueve a los hombres. Pero el fin egoísta de cada uno sirve a la sociedad en cuanto "la naturaleza enseña al hombre a conquistar al otro para sus propios fines: consiste en relacionar su propio fin con el interés del otro" (1877:28). El Estado, la sociedad, las relaciones, toda la vida descansa en esta fórmula, y de allí nuestra opción en la ubicación del autor, que, por otra parte, sólo se realiza con fines expositivos y ordenatorios de la teoría.

Desde la óptica sociológica, las obras más significativas son *La lucha por el derecho* y *El fin en el derecho*. Nos referiremos a algunos aspectos de ellas.

1) *La lucha por el derecho.*

Originalmente, una conferencia pronunciada en Viena, en 1872, permite asumir a Ihering una posición opuesta a la de Savigny: el derecho no se forma de un modo insensible y costumbrista, sino en la lucha contra la arbitrariedad y la ilegalidad, y por la obtención del fin de la paz social. "Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente... La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho" (1957:45). Discute la idea de Savigny de la formación insensible y pacífica del derecho, sosteniendo que el "piadoso tiempo primitivo" fue signo de crueldad, brutalidad, inhumanidad, frente a la cual cualquier norma jurí-

dica fue acompañada en su nacimiento de violentas luchas. Un derecho ganado sin esfuerzo es tan ficticio como los hijos que trae la cigüeña. Un derecho que se logra tiene más que ver con la realidad del nacimiento. Lo que la cigüeña trae, puede llevarlo cómodamente el zorro; el hijo nacido no puede ser impunemente arrebatado a su madre.

Este punto de vista le hace formular agudas reflexiones de psicología jurídica, más agudas aún para la época de sus escritos. Así, se pregunta por la "manía litigante" que se atribuye a algunos sectores sociales (hoy podríamos referirnos a clases, categorías y grupos profesionales). Toma, como ejemplo, a los campesinos alemanes de su tiempo, a los que considera partícipes de un fuerte sentido de la propiedad y de una acendrada desconfianza. Esto los hace reaccionar fuertemente cuando consideran lesionado su patrimonio, y en consecuencia su falta de mesura produce un extravío que termina en una mayor lesión patrimonial. Ihering relaciona esta actitud con la del antiguo derecho romano, en el cual, cuando ambas partes creían ser de buena fe, la que perdía debía expiar una pena por la resistencia que había opuesto al derecho del adversario. "El sentimiento exaltado de derecho no obtiene ninguna reparación por el simple restablecimiento del derecho: exige una satisfacción especial por el hecho que el adversario, culpable o inocente, ha disputado el derecho" (1957:68 y 69). De allí que no se trate, en el caso, de lo que el pueblo sepa en sentido jurídico del derecho de propiedad, sino de lo que "siente". Puede no saberse nada de fisiología del hígado o del corazón, pero sentirse con precisión un dolor o afección al mismo. El autor equipara el dolor físico con el dolor moral causado por la injusticia intencionada, la arbitrariedad, y sin perjuicio de la analogía, ha tocado un punto de interés para la sociología jurídica: justo o injusto, *el derecho que se aplica es el que se siente, no el que consta escrito*. Y una atinada conclusión sobre litigiosidad: querer intimidar a una parte por la alusión a las costas y demás consecuencias del proceso, o la inseguridad del resultado, es un error psicológico, pues en estos casos el problema no es de intereses sino de sentimiento de derecho herido. De aquí podemos obtener una hipótesis sociológica: aceptado que las ideas sobre el derecho no se improvisan, sino que poseen fuerte arraigo social, cuando existe una frustración (sentencia vivida como injusta, pleito interminable, mala fe del adversario premiada o convalidada), se produce un grave descrédito del sistema legal y judicial en su conjunto. Las consecuencias de la creencia popular según la cual el derecho premia al delincuente, no son advertidas a veces por juristas y jueces, centrados en sus propias teorías sobre el delito, la prueba, o cualquier otra. La amenaza de la justicia por mano propia surge siempre cuando estos sentimientos se encuentran heridos. Para el caso, tampoco el deudor comercial o el fallido que ha dejado multitud de créditos impagos son vividos como deu-

dores en sentido técnico-jurídico moderno, sino como delincuentes de alta escuela, que se encuentran asesorados como para eludir el peso de la ley, amparados también por un sistema judicial inoperante. Mucho más grave es el caso de delito que afecta sentimientos profundos (violación, corrupción de menores, homicidios aberrantes, torturas y asesinatos políticos, secuestros extorsivos seguidos de muerte), en los cuales el sentimiento popular puede ser, simplemente, la impunidad por la dimensión de las penas y los diversos beneficios de excarcelación otorgados, reducción de penas, indultos, etc.

Por último, saltando tiempos y lugares, debemos dar la razón a Ihering sobre las actitudes y sentimientos de las personas obligadas a litigar por venganza de la contraria o por motivos manifiestamente injustificados. Desde que entre nosotros no existe prácticamente el rechazo *in limine* de la demanda (aunque conste en los Códigos Procesales), la condena en costas del vencido es una pena ínfima frente al daño ocasionado. Este sentimiento no es caprichoso, ya que el litigante obligado debe afrontar el pago de su propia defensa (sólo en mínima parte cubierto por la regulación judicial a costa de la contraria), y disponer del tiempo necesario para las contingencias del juicio (consultas, audiencias, etc.). De allí que ese criterio del "antiguo derecho romano" puede ser vivido actualmente con tal que se den las condiciones del litigio; de hecho, frente al escaso o nulo uso que los jueces hacen de las normas que penan al litigante temerario y a su defensa letrada, resulta ser una buena venganza obligar a otro a litigar, aunque se resulte perdedor en el juicio.

Otras ideas de Ihering fecundas para la formulación de hipótesis sociológico-jurídicas derivan de la relación entre valores jurídicos y deseos de resarcimiento. El campesino que toma como ejemplo entenderá como grave violación que se introduzcan en su propiedad o se queden con sus frutos, pero mucho menos una ofensa a su honor. El militar no soportará que nadie afecte su honor, y probablemente será menos cuidadoso en la administración de sus bienes. Esto deriva de la escala de valores jurídicos y del modo como son compartidos por el grupo social. Aunque el autor no usa esta terminología, la idea del reproche que podrán hacerle los iguales de clase al que deja violar su derecho o al que reacciona con energía, como determinantes de su conducta, remite a normas subculturales, propias de estratos y agrupamientos de todo tipo. Esta idea es válida: la propiedad será defendida firmemente por algunos sectores sociales, pero no será tan valorada por los estratos que suelen ser espectadores de la propiedad ajena y sólo participantes marginales. En otro ejemplo, donde la familia monogámica y la fidelidad son valores practicados (no sólo declamados), la infidelidad de la mujer puede castigarse duramente, y perseguirse hasta en la intimidad. En los estratos o grupos sociales en los cuales constituye una fachada, sólo se perse-

guirá formalmente cuando el escándalo público obligue a ello. Si la libertad sexual de la mujer soltera no es respetada, la violación será un delito "inscripto" en el código penal, pero sólo circunstancialmente perseguido. Si la mujer casada es considerada propiedad sexual del hombre, la pena será enérgica y deberá cuidarse que la venganza no sea privada.

De este modo se podría continuar con otras figuras e instituciones jurídicas, y si se lleva a nivel estatal, entender que los Estados castiguen con más severidad las acciones que atenten contra sus condiciones de existencia. Pero debe advertirse que en este caso, las condiciones (en el sentido atribuido por Durkheim) pueden variar y las normas penales diferir del sentimiento jurídico del pueblo o de la clase, en cuyo caso se da el supuesto que analizábamos *supra* [2].

Ihering fue un sociólogo jurídico, aun antes de la explicitación de los principios de esta ciencia, y por eso recuerda a Montesquieu y a las "ideas que ha reconocido el primero, y constituyen el mérito inmortal". Como tal, sus palabras también sufrieron errónea interpretación, a la que suelen estar sometidos (antes y ahora) los que discurren sobre los prejuicios de su tiempo (y aunque no pretendan estar exentos de ellos). Señalo en este sentido su comparación entre los ingleses, que no aceptarían "ensayos de rapiña" de hoteleros y transportistas, aun en país extranjero, y los austríacos, que para no discutir pagarían un exceso injustificado, de lo que inducía la larga evolución social y jurídica que llevaba la primera actitud y cultura, con su incomprensión para otras sociedades de menor evolución jurídica. El autor mismo indica en nota el disgusto que esta interpretación produjo en Viena, que no es otra, ni más ni menos, que la incomprensión que genera cualquier observación de corte sociológico que contradice prejuicios firmemente arraigados, como suelen ser todos los etnocéntricos (1957:89). Piénsese en las reacciones que hoy despierta el atribuir a algunos sectores sociales, o a la cultura de algún país, caracteres autoritarios o antidemocráticos. Cada grupo o comunidad se considera a sí misma el crisol de los valores más depurados que puedan existir. El que lo discute se arriesga a algo más que a una crítica.

Si alguna duda hubiera sobre el carácter sociológico de la etapa final de la obra de Ihering que analizamos, véase este párrafo: "La esencia del derecho es la realización práctica. Una norma jurídica que no ha estado nunca en vigor o que ha perdido su fuerza no tiene ninguna razón para ese nombre; se ha convertido más bien en un resorte inerte en el mecanismo del derecho, que no coopera y que hay que eliminar sin que se altere nada". Este principio es aplicado tanto al derecho público como al privado y éste es su mérito, más allá de la permanente incur-

[2] Sobre este tema *Ihering* se extiende en 1877: 108 y ss.

sión en el "deber ser" con que compara la pobre realidad de la aplicación y la defensa del derecho.

2) *El fin en el derecho.*

En esta obra desarrolla una teoría de los intereses sociales como fin del derecho. Los fines de la generalidad de las personas se dividen en dos clases: los organizados, que se realizan mediante un aparato prefijado, y los no organizados; los primeros se encuentran, en su más elevada expresión, en el Estado. El interés (en un fin cualquiera) es la condición indispensable de toda acción humana. Obrar sin interés es un no ser, al igual que obrar sin fin (1877:38). Si incorporamos esta idea a los desarrollos posteriores de Max Weber, diríamos que el interés constituye el sentido subjetivo de la acción social. Los fines de las personas no permiten suponer una existencia para sí separada de la existencia para los demás: "Yo tomo al hombre en la posición que de hecho ocupa en la vida real". En una traducción sociológica, las acciones sociales se vinculan en sistemas conectados, relacionando los fines de las distintas personas entre sí.

Los fines individuales se proponen la afirmación egoísta del sí mismo, y se distinguen por tres tendencias: la afirmación física, la económica y la jurídica. La primera es la conservación de la existencia, la segunda es la patrimonial, y el derecho garantiza ambas.

Los elementos que surgen de la consideración jurídica (norma y coacción) son elementos de pura forma que no nos dicen nada sobre el contenido del derecho. Todo lo que menciona es que la sociedad exige ciertas cosas de sus miembros; pero no se advierte el fin. Sólo el contenido del derecho nos enseña su verdadera utilidad social. Si la misión del derecho fuera realizar "lo verdadero en sí", sería desolador, estaría destinado al error perpetuo; cada siglo, transformando su derecho, trae la condena del precedente, que creía que su derecho consagraba la verdad y sería, a su vez, condenado por el siglo siguiente. No se trata de una cuestión de verdad o error: para la voluntad, no hay medida absoluta. En una situación o en otra la voluntad actúa de diferente modo, y será tan justa u oportuna en un caso como en el otro. La voluntad, para Ihering se juzga de acuerdo con el fin que se propone. El fin de la voluntad es lo que caracteriza el acto como justo o injusto. Lo justo es la medida de lo práctico, es decir, de la acción (1877:270 y 271).

El derecho, para el autor comentado, no expresa la verdad absoluta: su verdad no es más que relativa y su medida se arregla a su fin. Por eso el derecho no es igual en todas partes, sino que se encuentra adaptado al estado del pueblo, al grado de civilización, a las necesidades de la época. Un derecho universal, para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde a la panacea universal. Es una piedra filosofal.

A partir de estas ideas está presente el organicismo, y la teleología consiguiente, en su concepción; cuando se trata de derecho, todo existe para el fin y en vista del fin; el derecho entero no es más que una creación única del fin. ¿Y cuál es el fin del derecho? Al recoger la idea de que el fin de los actos del ser animado es la realización de sus condiciones de existencia, entiende que el derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coercitivo del Estado (1877:270 y 272). La idea de "condiciones de vida de la sociedad" es relativa; se trata de condiciones subjetivas. Son aquellas de las cuales depende la existencia física, y también todos los bienes, el honor, la libertad, etc. Cierto es, tal como dice Bobbio, que una respuesta tan genérica nada nos dice sobre el fin del derecho en concreto, y nos remite nuevamente a la "coacción" (1980:266 y 267). Pero Ihering avanza más sobre el tema al tratar de los intereses sociales.

La cuestión de las condiciones de vida, tanto del individuo como de la sociedad, es una cuestión de educación nacional e individual. Si las condiciones de vida de la sociedad varían, el derecho también varía. Lo superfluo para una sociedad, es necesario para otra. Allí donde la oscuridad es la condición de vida —escribe—, es un delito capital introducir la luz: enseñar a leer a los negros era un delito grave en los estados esclavistas de América, antes de la guerra civil. Tanto la indiferencia del Estado hacia la enseñanza como la protección del Estado, la prohibición o la obligatoriedad, son "necesarias". Cuál es la justa, se pregunta. Responde que justas son las cuatro, teniendo en consideración cada época. El cristianismo es otro ejemplo que confirma este punto de vista: primeramente el Estado lo persiguió: no podía vivir con él. Luego exigió su acatamiento: no podía vivir sin él. Muerte a los cristianos, muerte a los herejes. Los calabozos y las hogueras siguen, sólo cambian las víctimas. Luego de todo ello, la libertad de conciencia; ¿cuál era la concepción "verdadera"? Todas lo eran, según su tiempo (1877:277). Es clara la vinculación de esta idea con la que Durkheim sostendría una década después, sobre el hecho social normal y el ajuste del delito a este concepto, en *Las reglas del método sociológico*.

Podría objetarse —escribe Ihering— que el derecho, a veces, se encuentra en manifiesta oposición a las condiciones de vida de la sociedad y a sus intereses. Pero esto no impide considerar que, por su subjetividad, el legislador cree preservar la existencia de la sociedad. En una sociedad que tiembla frente al diablo, los que pasaban por sus aliados (brujas, magos) eran más temidos que los homicidas. El motivo que armaba el brazo de la Inquisición era la garantía de las condiciones de existencia de *esa* sociedad, pero no objetivamente, sino la que era tenida *subjetivamente por tal*, con prescindencia de si era o no era un requisito objetivo de la existencia social. En este paso de la objetividad a la subjeti-

vidad está la distancia entre la concepción de Ihering y la de Durkheim, y la ratificación de la idea subjetivista del "fin del derecho" que nos ha permitido insertarlo en este lugar de nuestra exposición.

Los intereses sociales fueron clasificados por Ihering en *jurídicos, extrajurídicos* y *mixtos*. Los segundos están impuestos por la naturaleza; el derecho es ajeno a ellos. Los mixtos se refieren a la conservación y a la propagación de la vida, al trabajo y a las relaciones sociales. Los móviles son el instinto de conservación, el sexual y la ganancia. Éstos son comunes a los hombres y a la sociedad; por eso el suicida, el célibe y el vagabundo contravienen leyes fundamentales de las sociedades, igual que homicidas y ladrones; si todos obrasen como ellos, el mundo perecería. Se nota una deficiente concepción psicológica y sociológica en la caracterización de estos conceptos. Para la época de esta formulación, no se había pensado que el vagabundo podía ser producto de la sociedad, al igual que el suicida o los "ladrones". Si todos obraran como ellos, esto es, si todos fueran desviados de un sistema de normas, podrían ocurrir otras alternativas que la pensada por Ihering. De hecho, aquella frase reemplaza una teoría de la desviación y de sus causas y consecuencias, si bien puede considerarse implícita en ella la ideología del consenso o acuerdo básico entre las personas sobre las normas que rigen esos intereses mixtos.

Respecto de los intereses puramente jurídicos, son aquellos por los cuales la sociedad, con el fin de asegurarlos, debe delegar exclusivamente en el derecho, ya que sin ellos no habría seguridad para la vida ni para los bienes. No es necesario establecer que se coma o se beba, se defienda la vida o se reproduzca la gente; pero no matar, no robar, pagar las deudas y prestar contribuciones al Estado se deben fijar por éste, porque, de lo contrario, igualmente los particulares las impondrían, con mayor rigor. Nuevamente se mezclan diversos supuestos, en este caso jurídicos, que muestran un análisis muy superficial de los casos involucrados. Ihering justifica la coacción, no obstante la existencia de los intereses, tanto por la falta exacta de la noción de los "verdaderos" intereses como por la necesidad de establecer una idea de la solidaridad que existe entre el interés general y el particular: la voluntad maligna o desprovista de energía siempre podría sacrificar el interés general remoto al interés particular inmediato (1877: 350 y 351).

El jurista soviético Stucka, que analizó la obra de Ihering con singular respeto pese a tratarse de un autor "burgués", hace mérito de la idea de interés, que si bien no corresponde a la de interés de clase, es tan fuerte como para suponer que incluso la lógica en la interpretación judicial puede subordinarse a él (1969: 71). La caracterización que hace de este autor es significativa, ya que considera que, por su sinceridad, ha realizado una auténtica revolución en la ciencia jurídica, no obstante ser conservador en

política, colocarse en la perspectiva de la clase burguesa y ser opuesto a la revolución. Este "grave pecado" para la concepción de un jurista soviético de los primeros tiempos, debe entenderse como "opuesto a la revolución socialista", porque Ihering, en general, entiende que si bien desde el punto de vista jurídico toda revolución es condenable —de modo que si ésa fuera la última palabra de la ciencia del derecho, la sentencia para todas las revoluciones ya estaría dispuesta—, en algunos casos la fuerza sacrifica el derecho y salva la vida; la sentencia de la historia es la definitiva y decisiva. Según Stucka, a Ihering le faltó el valor suficiente para llevar su teoría a las últimas consecuencias: si bien el derecho es un interés protegido, no lo llamó "interés de clase". En rigor, Ihering estaba bien lejos de esa idea, ya que, según expusimos al comienzo de este párrafo, son precisamente los intereses individuales y privados los que otorgan la base para la defensa de los derechos públicos. No obstante, señalamos esta opinión por provenir de un jurista enrolado en una concepción clasista del derecho y que en su obra poco o nada rescata del derecho que llama burgués y de las concepciones jurídicas de él derivadas.

3) *Jurisprudencia en broma y en serio.*

Una mención aparte merece este trabajo, conjunto de artículos que luego fueron reunidos en un libro y que constituyen una burla a las ficciones jurídicas y a sus realizadores. En "el cielo de los conceptos jurídicos" donde es llevado el autor, en un remedo de la Divina Comedia, los juristas teóricos que ingresan en él tienen en común "la fe indefectible en el dominio de los conceptos y principios abstractos", gracias a la cual están completamente asegurados contra el intento de preocuparse por las consecuencias prácticas de principios y conceptos: esa preocupación es de otros (1933: 257). El paraíso de la ciencia pura y de la lógica jurídica posee como condición no tener ninguna relación con la vida. Allí se dispone de un "aparato de construcciones" con el cual la cosa más sencilla (por ejemplo, un contrato) se torna tan compleja como para poder ser explicada por una imposibilidad lógica. También existe una "prensa dialéctica hidráulica para interpretaciones", mediante la cual se consigue sacar de cada pasaje todo cuanto se necesita, y que a través de un inyector de infiltraciones dialécticas permite introducir y mezclar los pasajes respectivos, pensamientos, suposiciones y limitaciones que eran completamente ajenos al pensamiento del escritor, descubrimiento de los teólogos que les permite a los juristas, aun cuando explotan sólo una décima parte de sus posibilidades, producir sistemas enteros con una sola palabra [2 bis].

[2 bis] Remiten estas ideas a lo que expusimos en el Cap. I sobre el lenguaje jurídico y la imposibilidad de considerarlo un lenguaje cerrado.

La ironía, que responde a una realidad muchas veces observada entonces y ahora en la práctica de juristas y magistrados, sigue con el reconocimiento de la "bomba eliminadora" de todo lo que moleste en las fuentes, de modo de poder concertar los pasajes más contradictorios, el "taladro dialéctico" que permite alcanzar el fondo de las cuestiones difíciles, aunque pasa frecuentemente del otro lado, y el "muro del vértigo", que en su filo —similar al de una navaja— constituye el camino de la deducción dialéctica y en el que la razón, a la más mínima falta, corre el peligro de caer en el precipicio de la locura, aunque a los que les ocurre tal cosa no les produce mucho daño, ya que, a poco, intentan de nuevo el experimento (1933: 262 a 265). Todo este conjunto de aparatos disponibles para el teórico del cielo de los conceptos permite, a su juicio, llegar al "raciocinio ideal", que constituye la ventaja peculiar del jurista: se trata de prescindir, al pensar en el derecho, de toda aplicación práctica como un presupuesto. La cuestión de su aplicación y de la demostración no cuenta para nada. Lo que el teórico piensa, existe: *cogito, ergo est,* y la jurisprudencia resulta así la matemática del derecho. Si al hacer cuentas con sus conceptos, al igual que el matemático con sus magnitudes, el total es lógicamente correcto, nada hay en el mundo que pueda conmover la solución.

Termina Ihering rechazando este destino teórico, y también el cielo de los filósofos, creyéndose destinado al cielo de los prácticos por pensar que la legislación positiva está inspirada en la diversidad histórica y en la utilidad, cuando no en la arbitrariedad. En el lugar elegido se siente penetrado por la libertad y por la vida. Y es allí donde despierta del sueño al que lo condujo la lectura de un tratado de derecho y la débil luz de la lámpara, que tomó por el sol (1933: 314).

Vale el tiempo dedicado a leer estas un tanto olvidadas páginas de un jurista inteligente que pudo reaccionar contra sus propias tendencias iniciales, y a partir de cuya saludable crítica muchos juristas y jueces podrían pensar que su función social pasa por los supuestos prácticos de la aplicación de las normas y no por la vana teorización.

## 3. La tendencia anglosajona en el interaccionismo jurídico.

Los países del *Common Law* tuvieron una significativa ventaja en la aceptación de los principios de la sociología jurídica: el entender el derecho sobre todo como creación judicial. Esta tendencia se observa especialmente en los Estados Unidos, y no es menor la incidencia que tuvo para que Holmes, Cardozo y Brandeis (tres de los más representativos expositores de la tendencia) llegaran a ser miembros de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Como señala Carbonnier (1977: 82), hay un esfuerzo constante en ellos, así como en Pound, para relacionar el derecho con todo lo que está fuera de él, esto es, con los demás fenómenos sociales. Este esfuerzo se traduce en ciertas ideas-guías tales como: leyes y juicios tienen consecuencias en la vida social, las transformaciones de la sociedad determinan la evolución del derecho, la efectividad de las reglas jurídicas depende del grado de aceptación en la opinión pública, ideas calificadas hoy por Carbonnier como banales, pero resistidas por juristas y jueces de fines del siglo pasado. Puede discutirse la banalidad —si no la elementalidad— de tales ideas; en muchos lugares (entre ellos nuestro país) parece no haber sido superado el formalismo legal y conceptual que dominaba la práctica jurídica del siglo anterior.

*a) Oliver W. Holmes* (1841-1935).

No cuesta mucho adscribir al conductismo la obra de este abogado, luego juez de la Suprema Corte de Massachusetts por veinte años, y de la Suprema Corte de los Estados Unidos por treinta años más. De su obra mencionaremos *El Common Law*, publicada en 1881, y la conferencia que pronunció en 1897, luego publicada como *The Path of the Law* (La senda del derecho).

En la primera se propone dar una idea general del derecho, y para ello comienza por reconocer que se requiere algo más que la lógica: "La vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia jurisprudencial". El estudio racional del derecho, que debe llevar a conocer esta experiencia, o mejor, a prever lo que los tribunales efectivamente hacen, es un estudio que debe ser analizado preferentemente a partir de la economía y de la sociología, y no de la historia. La posición de Holmes es claramente opuesta a la suficiencia de la lógica jurídica para entender la aplicación del derecho. "Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres".

Aquí el autor ya identifica el derecho con el hecho, pero en esta obra todavía está cerca de la historia: el derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas: a fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser.

El derecho se estratifica en fórmulas y adagios legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pero éstos son fósiles. Como el derecho es administrado por hombres capaces y experimentados que saben demasiado para sacrificar el buen sentido en aras de un silogismo, se comprobará que cuando las viejas reglas se man-

tienen de la manera que han sido, se han encontrado para ello nuevos fundamentos más adaptados a la época, y que gradualmente van recibiendo un nuevo contenido. Por último, reciben una nueva forma proveniente del terreno al que se las ha trasplantado.

En la conferencia *La senda del derecho,* reduce la función de la historia del derecho. Si ésta debe ser parte del estudio de lo que constituye el derecho (que para Holmes es sólo profecías de conductas), la misma existencia de un precedente histórico carece de entidad para justificar su vigencia; al jurista le interesa la historia en la medida en que arroja luz sobre el presente. Aquí sostiene Holmes que el objeto del estudio del derecho es la *predicción* de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia. A la pregunta fundamental de "qué es el derecho", muchos juristas contestan que es algo distinto a lo que deciden tribunales concretos y sostienen que es un sistema de la razón, la deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados que pueden no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si tomamos el punto de vista del mal hombre, al que sólo le interesan las consecuencias materiales que gracias al conocimiento del derecho se pueden predecir, veremos que a él poco le importan los axiomas o las deducciones, pero sí, en cambio, saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de un lugar determinado. Holmes dice opinar de un modo bastante parecido al de este "mal hombre": entiende por derecho "las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto: nada más ni nada menos" (1975: 21).

Se propone, primeramente, distinguir el derecho, contaminado por la terminología de la moral, de ésta, y, en segundo término, atacar la falacia de que la única fuerza operante en el desarrollo del derecho es la lógica. Es cierto que el lenguaje de las sentencias es el de la lógica, y la forma y el método de ésta satisfacen esa ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda mente humana. Pero esa certidumbre no es más que una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativa a fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece inarticulado e inconsciente, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso. Se puede dar forma lógica a cualquier conclusión y esto es posible por cierta creencia relativa a las prácticas de la comunidad o de una clase, o por efecto de cierta opinión referente a política jurídica, o, en suma, por cierta actitud con relación a determinado asunto, actitud que no admite una exacta medición cuantitativa, y que no puede por ello fundamentar conclusiones lógicas exactas. Ninguna proposición concreta resulta evidente de suyo, por más deseos que tengamos de aceptarla. No se trata, sin embargo, de eliminar la lógica del derecho, sino limitarla a sus justas proporciones.

Actualmente, sostiene Holmes, si queremos saber por qué una regla de derecho ha adoptado su particular perfil, recurrimos a la tradición. La mejor justificación de una ley es su aceptación y que los hombres están acostumbrados a ello. Pero la historia es sólo el primer paso: para el estudio del derecho, el buscador de antigüedades no es el hombre del futuro: lo serán el perito en estadística y el experto en economía (1975: 35).

Como bien señala Cueto Rúa, para Holmes el derecho no es sino una especie de conocimiento altamente técnico respecto de la conducta probable de los tribunales, cuya fuente no es estrictamente psicología o sociología, sino una mezcla heterogénea de historia, economía, política y lógica, en la medida en que ellas aparecen reflejadas en las profecías del pasado (repertorios de fallos, colecciones de leyes, tratados de derecho), sea de un modo aparente en el razonamiento judicial o como motivaciones ocultas que es necesario exponer a la luz del día (1975: 63).

De esta breve exposición surge con claridad el carácter interaccionista de la concepción: el derecho es *conducta*, y no es otra cosa. Sostiene Treves que Holmes inició en los Estados Unidos una "revuelta contra el formalismo jurisprudencial", esto es, la lucha contra el *"Leading Case"*, o caso normativo, que por su importancia es tomado como precedente con fuerza de ley, y cuyo conjunto constituía la base del estudio del derecho (Treves, 1978: 128; 1987: 132). Probablemente, por la fuerza de la exposición de Holmes, además de las condiciones de vida norteamericana, esta reacción fue significativa y abrió la puerta a las investigaciones empíricas en sociología jurídica de un modo que los países de derecho continental resistieron casi hasta la época contemporánea.

Es claro, respecto de la posición básica de Holmes, que *reducir* el derecho a predicción de conducta es *insuficiente*. Se puede, dentro de ciertos límites, predecir con bastante exactitud las actitudes de los tribunales, pero eso no equivale a las normas que los jueces aplican. Si lo primero es lo requerido por los particulares a los abogados (qué hará el juez en un determinado caso), no tiene ninguna relevancia para el juez mismo. Éste no puede, como señaló Olivecrona, resolver un caso sobre la base de la predicción de cómo lo va a resolver él mismo, y supone la existencia de un sistema de normas que tiene que aplicar porque son obligatorias para él (1956: 220 y 221). De modo que no nos resuelve el problema básico de qué son las normas.

Por último, Holmes no llevó a sus mayores consecuencias las tesis de su pensamiento, sino que esto lo hicieron los representantes más extremos del realismo jurídico (Frank, Llewellyn). Pero orienta el centro de interés hacia el punto de vista sociológico y, sobre todo, hacia los fundamentos de la conducta judicial.

*b) Louis Brandeis (1856-1941).*

La influencia de Holmes se notó rápidamente en la obra de Louis Brandeis, su amigo y juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cargo que es antecedido por una práctica profesional en defensa de causas populares. Así, la llamada *Memoria Brandeis (Brandeis Brief)* fue una defensa de la constitucionalidad de la ley de limitación a diez horas del trabajo industrial femenino, dictada por el Estado de Oregón. Esta ley fue atacada de inconstitucional y la defensa como abogado la realizó con argumentos sociológicos, en su casi totalidad, y con fundamentos estadísticos de su país y europeos, informes de inspectores de fábricas y comités de expertos, además de funcionarios sanitarios. Del trabajo, lo estrictamente jurídico ocupa dos páginas; las restantes cien se refieren a los otros argumentos. Demostró que las largas horas en la fábrica eran peligrosas para la salud, seguridad y moral de las mujeres, y que su acortamiento tenía significativas ventajas sociales y económicas. Lo importante de este caso no es sólo haberlo planteado, sino su aceptación judicial, signo de la temprana permeabilidad a las condiciones de aplicación del derecho y a la entidad práctica de su función social (Brandeis, 1956: 29).

Después, durante el gobierno de Wilson (1916), Brandeis fue nombrado juez de la Suprema Corte norteamericana, sin haber ocupado otros cargos judiciales, manteniéndose treinta y tres años en esa función, a la que accedió con gran oposición política. No puede dejar de señalarse aquí el comentario de Edmond Cahn al realizar una semblanza del autor que nos ocupa; dice que el éxito de Brandeis como abogado se debió a no haber actuado nunca como tal, sin actuar a la vez, en alguna medida, como juez, y su éxito como magistrato se debió a no haber asumido nunca esta función sin haber valorado al mismo tiempo el rol del abogado (Cahn: 1956; 27). Creo que éste es un punto importante, también negado por nuestra tradición jurídica, de la relación significativa entre las dos funciones; el abogado no defiende cualquier causa ni asume sólo la justicia de su cliente; muchas veces, es el primer juez de los planteos que se le someten. El juez, por su parte, no se limita a creer que maneja abstracciones con libertad, y que es el único representante de la justicia. Asume su papel combinado con el de aquellos que presentan las causas al tribunal, y él mismo es un práctico del derecho con una función circunstancialmente diversa de la de otros operadores judiciales.

Es cierto que se observa muchas veces la creencia contraria tanto en abogados como en jueces. Los papeles están a menudo en conflicto y esto se origina en prejuicios sobre las funciones que los otros (jueces o abogados) representan, no siempre en intereses divergentes. Tomar el punto de vista del otro puede ser un útil ejercicio para evitar caer en situaciones en las cuales el grupo de referencia lo constituye exclusivamente el grupo de pares.

Según el comentarista citado, el legado de Brandeis está constituido por la idea que los abogados deben aprender la "lógica de los hechos", pero no en los casos concretos, sino en el contexto comunitario y nacional. El exclusivo conocimiento de los casos resueltos (jurisprudencia) y de las reglas de la lógica, tanto para Brandeis como para Holmes, según hemos visto, no constituye un buen abogado ni un buen magistrado. En segundo lugar, no es suficiente la dedicación con fidelidad a los intereses privados sin tener en cuenta los intereses públicos: practicar no sólo la ley sino la justicia (Cahn: 1956, 32).

Brandeis, en cuanto "cruzado del derecho", en su extensa práctica como abogado fue fuertemente cuestionado al ser propuesto para la Corte, no obstante demostrar luego que la defensa estricta de las garantías constitucionales tiene su lugar no sólo en la práctica libre de la profesión de abogado sino en el tribunal máximo de un país que pretende hacer coincidir su Constitución formal con su Constitución real[3]. El perfil de este jurista se completará diciendo que era enemigo de toda dogmática jurídica, de la persistencia inmutable del saber humano, opuesto a la jurisprudencia de conceptos, un realista jurídico; en suma, interesado en las estadísticas más que en las normas inmodificables, aunque no asumió el rol de un científico del derecho (ni siquiera social), sino un compromiso con las causas y con un modelo de sociedad.

*c) Benjamín N. Cardozo (1870-1938).*

Tanto Holmes como Brandeis, Cardozo, y luego Pound, Llewellyn y otras figuras relevantes del pensamiento jurídico norteamericano, han reconocido el carácter creador de la actividad judicial. Cueto Rúa señala un punto importante sobre la visión de estos autores: no obstante su posición minoritaria expuesta desde lugares tan significativos como el máximo tribunal federal, ninguno fue atacado por sus opositores, ni considerado usurpador de autoridad o extremista ideológico. Por el contrario, cimentaron la democracia de su país a través de un ejercicio sabio y mesurado de la función judicial. En rigor, sólo reconocieron "un hecho cuya presencia o subsistencia no depende de su aceptación o negación por el observador. La diferencia que existe entre la descripción neutral de lo que acaece y el desconocimiento de la realidad por puro prejuicio, es la que existe entre la objetividad científica y la animosidad ideológica" (1957: 96, 98, 100), idea que compartimos plenamente.

[3] Puede verse un análisis de sus puntos de vista en materia constitucional a través de la reseña de votos incluida en 1956: Parte II, ps. 34 y ss. Sin embargo, la renuncia de todo principio para lograr el ajuste a los intereses circunstanciales puede llegar a un absurdo jurídico, como el fallo de esa misma Corte en "Estados Unidos vs. Álvarez Machain", que comentamos en nota 7 bis del Cap. I.

Cardozo fue miembro de la Corte de Nueva York entre 1917 y 1932, y de la Suprema Corte de los Estados Unidos entre 1932 y 1938. Cuando renunció Holmes, a avanzada edad, Cardozo fue considerado el sucesor de sus ideas. Su punto de interés fue la actividad del juez. *La naturaleza de la función judicial,* una de sus obras más significativas, fue un curso dictado en Yale, publicado en 1921 por esa Universidad. La pregunta central que formula en ese trabajo es: ¿dónde encuentra el juez el derecho que incorpora a su fallo? La respuesta de Cardozo no es clara ni precisa, pero tiene algunos aspectos destacables.

Según el autor comentado, en algunos casos la respuesta es fácil: surge de la Constitución o de la ley. En ellos el juez no va más allá de esas normas, cumple un mandato creado por el legislador, aunque su trabajo no sea mecánico. Sin embargo, hay dudas, ambigüedades por aclarar, muchos casos en los cuales el silencio de la ley o la falta de un antecedente facilite la tarea (Cardozo, 1947:109 a 111). Es aquí donde a la lógica se suma la costumbre, la historia y las consideraciones sobre el bienestar, la justicia y la moral. La explicitación del principio general contenido en los precedentes no interesa a Cardozo, actitud que, tal como señala Cueto Rúa, es errónea y lo lleva a inconsecuencias (1957: 104 y 105). Su interés se encuentra en el desarrollo de ese principio, que el juez realizaría a través de cuatro métodos: el de la lógica, el histórico (método evolucionista), el de la tradición (por las costumbres de la comunidad) y el sociológico (por el bienestar social, la justicia o la moral) (Cardozo, 1947:117). El problema no consiste en que todos los métodos conduzcan al mismo resultado, sino que den respuestas diversas. Aquí se ven, a su juicio, las limitaciones del método lógico, ya que no puede extremarse al punto de contradecir elementos de la historia, la tradición o el bienestar social, de modo que es necesario tomar alguna decisión.

Cuando las necesidades sociales requieren ciertas respuestas, es menester ignorar la historia y la tradición y atender a esos fines actuales. En este caso, el método sociológico (que en la terminología imprecisa de Cardozo se refiere al estudio de los valores necesarios para realizar el bienestar social, esto es, como una forma de política social) debe prestar ayuda al juez. Este método no sería necesario en el caso que el desarrollo de la norma, siguiendo líneas lógicas e históricas, concordara con los requerimientos actuales, pero sí lo será en caso contrario.

Es observable en esta exposición, como señaló Cueto Rúa, el pragmatismo implícito en la idea de que si una norma funciona bien en la sociedad, merece ser reconocida (Cardozo, 1947:149; Cueto Rúa, 1957:109). De lo contrario, los restantes métodos justifican su análisis y su adecuación a esa realidad. Así surge una imagen de juez que no innova cuándo y cómo le gusta; es libre, pero no totalmente. Toma su inspiración de principios consagrados; ejerce su oficio regido por la tradición, con utilización

de la lógica y la analogía, y subordinado a la necesidad de orden en la vida social. Esto aleja su posición de cualquier acusación de concebir un nihilismo jurídico, sostener la arbitrariedad de las decisiones judiciales o la ausencia de reglas, tal como pudo hacerse con posterioridad a partir de la obra de los realistas extremos.

El juez resulta ser así un árbitro de los diversos valores en juego, que se encuentran predeterminados; en primer lugar, la uniformidad o imparcialidad del derecho debe guiarlo, así como la ajenidad al prejuicio y a la arbitrariedad. Pero la adhesión a través de la lógica, la historia o la tradición jurídica (que desde luego no es particular de los sistemas del *Common Law* sino también del derecho continental), no puede obtenerse a un alto precio. No puede subordinarse el interés social a la certeza. Es allí donde el juez, convertido en legislador, debe apartarse y marcar un nuevo punto de partida. Para reconocer el momento en el cual un interés pesa más que otro, actúa como el legislador: a través de su experiencia, su estudio y reflexión (Cardozo, 1947: 165, 153 y 154).

Se ha señalado la confusión en que incurre Cardozo en materia de valores jurídicos e intereses sociales (Cueto Rúa, 1957: 112 y ss. y sus citas), así como la falta de una guía objetiva para determinar la labor judicial. Lo que llama "método sociológico" no tiene mucho de método ni de sociología. Sin perjuicio de esto, muchas de sus ideas indican una reflexión sobre la realidad: los jueces, a sabiendas o ignorándolo, realizan procedimientos de incorporación de contenidos que, si bien valorativos en su totalidad, los alejan de la concepción tradicional de aplicación del derecho.

*d) John Charles Gray.*

Publicó en 1921 *La naturaleza y fuentes del derecho,* oponiéndose a las versiones tradicionales de Blackstone y de Carter sobre el carácter declarativo de las sentencias en el *Common Law,* para sostener que el derecho no está constituido por costumbres inmemoriales (según el primero) o actuales (según el segundo), sino por las normas creadas por los jueces al decidir los casos concretos que se les someten a su consideración (Cueto Rúa, 1957: 50). "El derecho del Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres está compuesto por las reglas que los jueces, o sea, el órgano judicial de ese cuerpo, establecen para la determinación de derechos y deberes jurídicos" (*La naturaleza y fuentes del derecho,* cit. por A. Ross, 1961:68). Gray cita las palabras del obispo Hoadly en un sermón al rey, en 1717: "Quienquiera que tenga una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita u oral, es verdaderamente el Legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que primero la escribió o la dijo".

De allí que el derecho legislado no sea derecho hasta que los jueces no lo apliquen. Y "el derecho de una gran nación está dado

por las opiniones de media docena de ancianos, algunos de ellos, posiblemente, de inteligencia muy limitada, porque si media docena de ancianos forman el más alto tribunal de un país, entonces ningún principio o regla que rehúsen seguir será derecho en ese país" (Alf Ross, 1961: 69). Esta posición, así planteada, es circular, como se ha señalado muchas veces, e ignora un hecho fundamental: si el derecho es lo que los jueces dicen que es, se olvida preguntar por qué la opinión del juez importa más que la de cualquier otra persona. Lo que ocurre es que se ha obviado a la norma que inviste al juez de poder, y que le preexiste, como le preexisten muchas otras normas que guían su labor. Sin un derecho preexistente no sabemos quién es el juez (Alf Ross, 1961: 70).

*e) Jerome Frank: Los límites del conductismo.*

En nuestra exposición, este autor merecería ser más considerado un anticientificista que un conductista, de acuerdo con algunos críticos, por su carácter nihilista en cuanto a la existencia de reglas [4]. Sin embargo, sin negar esta caracterización, de sus obras resalta más la desmesurada preocupación por la conducta de los operadores jurídicos que ya había expresado Holmes, si bien llevada a sus últimas consecuencias y con negación de otros factores. Debe señalarse, sin embargo, que Frank mismo se refirió con duras palabras al conductismo, al que llamó "psicología del veterinario" (1949: 159).

Tal como expresa Cueto Rúa en su excelente presentación del pensamiento de este autor, al asumir Frank el punto de vista del abogado litigante (que es una versión del "mal hombre" de Holmes, a partir de la necesidad que expresan sus intereses profesionales específicos), su mira no está centrada en las predicciones de conducta de los jueces en general, sino de jueces concretos, pues tal es el objeto de su cometido: convencer a jueces determinados, en tiempo y lugar determinado, de que su cliente tiene razón. Se trata entonces de saber predecir, en esas circunstancias, una sentencia en concreto. El centro de atención se corre, en este autor, de las normas a los hechos de la causa, pero no cómo ocurrieron, sino cómo el abogado puede llegar a convencer al juez que acaecieron.

La función del abogado es despertar credibilidad en el juez respecto de la versión de los hechos que interesa a su cliente, y ésta es la causa de las controversias, ya que el contrario tendrá una versión distinta, mucho más que las normas jurídicas aplicables al caso. Son precisamente "los hechos controvertidos" lo que se trata de probar, siendo las cuestiones de derecho las menos (según ocurre, cabe anotar, también en nuestro medio judicial).

[4] Ver la cita que el mismo *Frank* hace de la crítica de Kunz y su respuesta en 1945: 177 a 180.

El punto es entonces la prueba de los hechos; cómo ocurrieron es un enigma, porque no hay hechos puros. Hay que reconstruirlos indirectamente, y esta cuestión, de suma importancia en el *Common Law* dada la evaluación que de los mismos hacen jurados legos, no es menos importante en nuestro sistema continental, ya que es evidente que sobre lo que pueda acreditarse (o falsificarse) de ellos, en la causa, depende la sentencia.

Sobre los testigos, es mucho lo que puede decirse acerca de su imprecisión, la distorsión de los recuerdos por el paso del tiempo, la ideología y la falsedad que presentan. Frank apunta entre las limitaciones de esta prueba, su falibilidad por: *a*) su observación directa de los hechos cuando sucedieron; *b*) la manera de conservar en la memoria sus observaciones iniciales; *c*) la manera de prestar su testimonio o exponer lo que recuerdan (1957: 33 y 34). Agrega la observación que, aunque no se lo proponga, el abogado que interroga al testigo previamente, lo alecciona aunque no lo pretenda o tenga conciencia de ello. Esto es claro para cualquiera que conozca los riesgos de las entrevistas y cuestionarios como métodos de investigación social (ya que, de algún modo, el tema es común): las preguntas que sugieren respuestas, y la misma selección de temas que orienta el interés y las respuestas a lo buscado. Si los investigadores sociales, atentos a este problema, tratan de eludirlo por medio de una cuidadosa selección de palabras y de preguntas para hacer más objetiva su observación, parece muy probable que ningún abogado lo tenga en cuenta. Cuando no se trata, por el contrario, de aleccionar al testigo sobre lo que debe o lo que no debe decir, corruptela por demás conocida y extendida en el foro hasta el punto de poder considerarla una desviación institucionalizada.

A todo esto debe sumarse que el juez es "testigo del testigo" [5], sujeto a los mismos errores y prejuicios, que aparecen multiplicados cuando en procedimientos como el existente en muchas jurisdicciones de nuestro país, no asiste a las declaraciones testimoniales sino que se limita a leer la versión que empleados no calificados hacen de dicho testimonio en el "acta", con lo que se suma a todo lo expuesto la distorsión, ignorancia de los hechos principales y criterio selectivo de las declaraciones que son vertidas por escrito, de forma tal que sólo en hipótesis respeta las palabras y estilo del declarante.

En definitiva, a Frank le interesa la personalidad del juez más que todas las abstracciones normativas, para entender el proceso judicial. Lo grave de este punto de vista no es llevar al campo de la psicología o de la sociología todo el peso científico de una metodología específica, lo que sería oponible y fraccionador, pero que entraría dentro de un área de estas características, sino que Frank niega a estos tipos de conocimiento, como al derecho mis-

[5] Según la acertada caracterización de Cueto Rúa, en 1988 c.

mo, carácter científico. De este modo los hechos aparecen como insusceptibles de ser aprehendidos a través de conceptos generales, y por hipótesis que puedan ser probadas de acuerdo con una metodología predeterminada. La predicción científica (objetivo final de toda ciencia) aparece como una simple conjetura.

Frank no se interesa entonces por las normas; son para él, simplemente, un modo falaz de buscar seguridad y certidumbre, que son imposibles de lograr en la vida social. Y aunque las normas tuvieran esa certidumbre en general, no es lo que interesa: las partes y los abogados no buscan "normas generales", sino conductas concretas de los jueces en experiencias jurídicas específicas, casos determinados, no hechos hipotéticos para los cuales la norma fue prevista y que pueden no coincidir con los que interesa probar. Al colocarse en la posición del abogado defensor, no puede decirse si se ganará o no se ganará la causa hasta que la sentencia se haya dictado. Antes, sólo se puede efectuar una conjetura respecto de la conducta del juez que fallará: el derecho sólo existe cuando se ha sentenciado de un modo inapelable. Antes de ese momento sólo hay derecho probable. Y, en consecuencia, *derecho* sólo es el conjunto de casos fallados.

Sin embargo, si antes de la sentencia sólo hay una probabilidad de derecho, esta probabilidad surge en el sentido de la norma y de los fallos precedentes, ya que allí se observa una cierta tipificación de los hechos. La cuestión es saber, ya que no existen dos hechos iguales, si se podrá convencer al juez de que los hechos de *esta* causa son similares a los previstos por la norma (si están identificados) o por los fallos que se citen.

En demérito de la importancia de las normas generales, surgen los factores económicos, políticos y sociales y los subjetivos del juez ocultos en sus opiniones individuales, ya que es individual la configuración que los estímulos sociales hacen en esa persona. Nótese que a partir de esta idea de Frank surge bien claro por qué la psicología y la sociología son imposibles como ciencia: la subjetividad de cada agente no permite generalizar; idiosincrasias, animosidades, son datos exclusivamente personales. Nada científico existe similar a tipos de personalidad, personalidades autoritarias, "prejuicio de clase" o cualquier otro concepto. Incluso, en esta tesitura, si se estudiara la personalidad de un hombre en concreto (¿haciendo una ciencia de cada persona?), la predicción sobre su conducta futura también sería probable. Si sabemos que un juez tiene reacciones frente a una categoría determinada de personas (mujeres, mujeres solteras, hombres pelirrojos o morenos, hombres impacientes, católicos, judíos, polacos o irlandeses, para tomar algunos de los que da el autor comentado), todavía no sabemos si su próximo fallo lo reflejará, ya que, por ejemplo, podría sofrenar su prejuicio para ser admirado por alguien que no participa de él y cuya opinión o estima le interese. Frank agrega que hasta un modo de hablar, de toser, puede avi-

var en el juez recuerdos agradables o desagradables y predisponerlo a favor o en contra, afectar su recuerdo, modificar el criterio por el cual le otorga credibilidad a un testigo, etc. (1935: 105).

En síntesis, los descubrimientos de los hechos por el juez son el resultado de sus reacciones subjetivas ante las reacciones subjetivas de las personas a las que acude para reconstruir los hechos (testigos, peritos). El subjetivismo no es doble sino múltiple, de modo que para la causa, los hechos *no son objetivos sino subjetivos*. Lo que un juez determinado que aprecia la prueba encuentra en una causa no es lo mismo que otro hubiera encontrado en el supuesto de haber conocido en el mismo caso, pues para la apreciación de la prueba los jueces no son seres fungibles en sus reacciones y respuestas (1957: 35, 36). Respecto de los hechos, hay mucho de verdad en estas apreciaciones, y los abogados que practican su profesión pueden dar fe cotidiana.

La dificultad de las tesis de Frank reside en que toma un hecho verificable (el poder discrecional de los jueces frente a declaraciones contradictorias de los testigos para elegir la que consideran digna de confianza), y lo extiende formando una generalización inexacta: como las contradicciones son comunes, las normas carecen de importancia y el juez ejerce una autoridad ilimitada en sus fallos. Para esto puede acudir al cómodo recurso de decir que los hechos del caso no coinciden con los previstos en la norma o en el precedente jurisprudencial, y fallar a su antojo. Parece ineludible para este autor que la discreción del juez no podría "ser fácilmente sometida a regulación externa. Jamás han sido formuladas reglas acerca de su ejercicio ni pueden serlo. Por lo tanto, es libre (*unruly*)" (1957: 37).

Otro modo como puede justificar la resolución a su pleno y libre arbitrio (pero no de modo abierto, sino "bajo la ley"), es a partir de que los hechos previstos en la norma son simbolizaciones de fenómenos sociales, y éstos, en su ocurrencia concreta, nunca son iguales, sino similares, en el mejor de los casos. Frente a este elemento de la realidad, puede asignar mayor importancia a las diferencias (que siempre existen) que a las similaridades para descartar la aplicación de la norma o del precedente judicial. Es decir que una ley deja de aplicarse de la manera que propuso el legislador, tanto si se aplica a hechos que no existieron como a si por error, o por la razón que sea, el tribunal niega la aplicación a los hechos que verdaderamente sucedieron en el caso de que se trata.

De paso, Frank ataca duramente al sistema de juicios por jurados, sosteniendo que los miembros legos de aquéllos utilizan el arbitrio discrecional en la evaluación de los hechos, para entregarse a diario a la tarea de interpretar leyes en contra de la más indudable voluntad legislativa. Claro que, si esto es cierto, Frank incurre en una nueva contradicción: existiría una voluntad ex-

presada en la norma que podría respetarse si no se interpretaran arbitrariamente los hechos; en otras palabras, se trata de un vicio hermenéutico, no de una imposibilidad fáctica.

La importancia que Frank da a los testigos se justifica en el sistema del *Common Law*; es ciertamente la más vulnerable de las pruebas, y ordinariamente la que más alteraciones puede generar en la reconstrucción de los hechos. Con motivo de su análisis, el autor agrega algunos aciertos en la observación, que tienen importancia sociológica. Uno de ellos es que no existe mucha uniformidad en la formación de los criterios de evaluación por parte de los jueces, ni hay reglas que los ayuden a formarlos. De hecho, esto puede comprobarse en nuestros tribunales por la cantidad de fallos que se limitan a afirmar que "no existen motivos para restar fuerza probatoria al testimonio", o que lo dicho "merece plena fe" al que sentencia. La fórmula oculta la subjetividad y discrecionalidad ilimitada de la evaluación. Otra afirmación que merece destacarse es que esas creencias de los jueces sobre la evaluación son decisivas para la suerte de la mayor parte de los litigantes, porque en los casos en que existe apelación, los tribunales de alzada generalmente aceptan lo que ha creído el tribunal que ha conocido en el caso en primera instancia y su modo de evaluar la prueba (salvo groseras violaciones en la ponderación probatoria, que más que una discrecionalidad mayor del juez *a quo* señalan un defecto en la argumentación vertida por escrito). En los aspectos probatorios los tribunales superiores interfieren poco, y los máximos no intervienen (entre nosotros, a excepción del recurso de arbitrariedad, por cierto, limitado en la práctica). Por otra parte, las creencias y criterios que fundan la evaluación de los hechos no constan en los fallos y tampoco se pueden controlar.

Frank llega así a limitar incluso la idea de profetizar el resultado de un litigio cuando aún no se ha fallado el juicio, de modo que se exagera en gran manera la certidumbre del desenlace[6]. El entusiasmo antinormativo, que lo ha llevado a eliminar el sentido de obligatoriedad de la norma, es contradicho por él mismo en sus obras más generales (como en *La influencia del derecho europeo continental*). Allí sostiene que en todo sistema de derecho las normas sustantivas pueden garantizar el resultado del litigio, y que la manera de celebrar prácticamente un juicio en determinado país y en una época concreta afecta seriamente la operatividad de las reglas de derecho sustantivo, de modo que una regla procesal puede inutilizar completamente un precepto sustantivo; son afirmaciones que, sostenidas desde una óptica sociológica, reconocen claramente la

[6] *Short of Sickness and Death: a Study of Moral Responsability in Legal Criticism*, cit. en 1957:42 y 43, nota.

existencia de las normas sustantivas y procesales e imputan a la mala aplicación de éstas la inefectividad de las primeras.

El panorama que dejan los párrafos anteriores de las principales obras de Frank es la existencia de una especie de "justicia del cadí", con inseguridad e incertidumbre total, sólo atenuada (pero no suprimida) por el conocimiento de la personalidad del juez, que de todos modos antepone su intuición a cualquier criterio racional, y a lo sumo racionaliza su decisión ya tomada en los considerandos de la sentencia. Esta realidad estaría ocultada a los ojos de la población, para no controvertir la idea funcional de una seguridad jurídica que no existe. Lo que los jueces dicen no es derecho, sino verbalizaciones de lo que hacen. Y ya hemos visto lo que hacen.

El hecho de que pudiera existir semejante sistema jurídico, con jueces como los descriptos, no significa una realidad jurídica universal. En realidad, los jueces se sienten condicionados por las normas; es cierto que, tal como lo hemos expuesto en más de una oportunidad, su libertad es mayor de la que suponen los que han sostenido la imposibilidad de que creen derecho. Pero el resultado de su labor no aparece como un conjunto errático de intuiciones, una caprichosa interpretación de hechos inventados, un presunto *realismo* que a fuerza de cargar las tintas se torna surrealismo.

Por esta vía no existe ciencia del derecho ni sociología. Y desde nuestra óptica, la sociología ha enseñado (y ha observado) que las personas están normativamente condicionadas. En materia de comportamiento jurídico trata de discernir la influencia de los restantes sistemas para explicar los resultados concretos de la conducta. *Una combinación de sistemas de orientación de conducta*: tal la problemática de la sociología jurídica respecto de los operadores del derecho. *Ningún sistema de orientación normativa*: tal es la conclusión de Frank, no obstante haber tratado él mismo de moderar su posición frente a las críticas, negando haber dicho lo que había escrito.

La conducta es definida como un actuar con sentido subjetivo, en un contexto normativo que crea expectativa mutuas. Si no existieran estas expectativas, nadie sabría a qué atenerse dentro de la sociedad. El grado de descomposición social que tal hipótesis acarrearía es insusceptible de verificación: no hay sociedades sin normas, sin expectativas, sin cultura. No hay más que un mínimo de conductas erráticas, no reguladas socialmente, y según hubiera señalado Max Weber, no serían acciones sociales. Hasta las sociedades en guerra poseen sus normas, diversas de las sociedades con conflictos controlado e institucionalizados, pero con normas al fin: es posible saber a qué atenerse, así ronde la tragedia cotidianamente.

De allí que la visión exagerada de Frank, si bien posee algunos aciertos, llega a la autodescalificación. Su "escepticismo

jurídico constructivo", como llama a su hipótesis (compuesta por el escepticismo ante los hechos y ante las normas), y "la conciencia de que las reglas jurídicas formales producen mucho menos certidumbre jurídica de la que admiten los teóricos ortodoxos" (lo que es cierto), no permiten obtener tales conclusiones. En rigor, pareciera que Frank no siguió su propio consejo, puesto en el Prefacio de *La influencia del derecho europeo continental*[7]. Vale, sin embargo, como duro alegato contra las prácticas rutinarias que muchos funcionarios, crédulos en la objetividad de sus procedimientos, reiteran día tras día. Una cita de Chesterton es esclarecedora sobre su propio punto de vista: "Lo peor que les ocurre a todos los funcionarios... no es que sean malvados (pues algunos son buenos), ni que sean estúpidos (pues algunos de ellos son muy inteligentes), simplemente es que se han acostumbrado a la rutina" (1957:75).

Aquí ha salido del aspecto normativo legal y ha entrado en otro, que Frank desconoce, pero cuya importancia intuye: el normativo informal, la "práctica reiterada" de la organización judicial, que desnaturaliza en muchas oportunidades las normas sustantivas y procesales.

Dentro del marco de pensamiento expuesto, no es extraño, en otro sentido, que Frank se oponga al derecho comparado como modo de extraer los mejores preceptos o la mejor técnica jurídica para aplicar a países en los que no se originó, y también a la codificación como cristalización del derecho, para concluir, correctamente, que las diferencias en cuanto a la aplicación del derecho son casi inexistentes entre el sistema continental y el *Common Law* (1957:73, 94 y 95). No sorprende tampoco que critique con similar dureza la tendencia universitaria (continental o del *Common Law*) de enseñar el derecho mediante libros y no a partir de la realidad. El derecho no puede, a su juicio (y como es obvio, por los antecedentes vistos), aprenderse en tratados de derecho, ni por el estudio de casos fallados. Esto es sólo estudio de opiniones. Así como no se estudia la medicina o la arquitectura por medio de gráficos o fotografías, el derecho tampoco puede serlo a partir de textos jurídicos.

Hemos tomado a Frank, además de valorar los méritos innegables de analizar un punto de vista heterodoxo para afirmar la posición sociológica, por la saludable crítica que induce en sistemas anquilosados. Más allá de estos aportes, nada hay en una posición que a fuerza de querer ver "la realidad" no incorpora la idea de que esta realidad sólo puede ser vista por medio de sistemas conceptuales, y que es útil el que suministran las cien-

[7] Dice que los germanos antiguos tenían por costumbre discutir dos veces todos los asuntos de importancia para el Estado. En una de ellas, embriagados, para que sus consejos no carecieran de vigor, y en otra, sobrios, para que no les faltara discreción.

cias por la predicción que han permitido del curso de los hechos. De lo contrario, tales sistemas conceptuales igualmente existen en los pensadores, pero configurados e integrados por la opinión errática y el prejuicio.

*f) Roscoe Pound (1870-1964).*

Al comentar su propia obra en un trabajo de 1945, este importante sociólogo norteamericano del derecho dice que primeramente fue partidario de la jurisprudencia analítica (Austin), luego de la escuela histórica (Savigny, Maine), posteriormente de la filosófico-social (Ihering, Stammler, Kohler), y por último, por la influencia de Ross y de Small, de la escuela sociológica del derecho (1965:I, 308). Carácter diverso del extremismo de Frank, tiene en común con él solamente el prestar atención a los elementos conductuales del fenómeno jurídico, el entender el derecho como acción.

Lo que nos interesa especialmente de sus trabajos son sus comienzos como opositor a la escuela analítica, la historia de las doctrinas sobre el objeto del derecho y la teoría del interés. En 1906 pronunció una conferencia dedicada a las causas del descontento popular por la administración de justicia, en la *American Bar Association,* que tuvo gran repercusión tanto por las adhesiones como por las críticas que le formularon. En ella puso de manifiesto las deficiencias de la administración judicial (ver Puig Brutau, Prólogo a Pound, 1950).

En su obra *Interpretations of Legal Story,* que reúne conferencias pronunciadas en 1922, sostiene que el problema central del derecho es compatibilizar la *estabilidad* (capaz de dar un orden social firme) con la *transformación* (que señala la necesidad de adaptarlo a la presión de otros intereses sociales y de nuevas causas susceptibles de menoscabar la seguridad establecida). Esa armonización es también la de compatibilizar la administración judicial según normas rígidas o deducciones sobre la base de premisas bien delimitadas, y la administración judicial según la intuición, más o menos adiestrada, de magistrados con experiencia. Este es el centro de la polémica entre juristas analíticos e históricos. Para resolver el problema se ha acudido a la autoridad (el mundo griego y luego el moderno entre los siglos XII y XVI), a la filosofía (los siglos XVII y XVIII), a la historia (siglo XIX), pero en ningún caso desterrando a la anterior.

Primitivamente, la idea de autoridad significa que el derecho aparece como dictado por la divinidad (Código de Hammurabi, Leyes de Manú, Ley Mosaica), y luego como normas imperativas emanadas del poder soberano en una sociedad políticamente organizada (derecho romano de la República, derecho francés de los siglos XVI y XVII, derecho público moderno). Luego de la revolución de 1688 pudo expresar también la omni-

potencia del Parlamento inglés, y a partir de las revoluciones americana y francesa, la del "pueblo", sucesor de la soberanía del Parlamento inglés o del rey francés. De cualquier forma, su característica radica en que sitúa a un autor único, indiscutible y decisivo, detrás del orden jurídico vigente. De allí el papel interpretativo de la voluntad legislativa atribuido a jueces, la idea del proceso mecánico que descansa en la lógica jurídica, hasta el punto de quitarle importancia al hecho de quién sea el intérprete y quién haga la interpretación. En estos supuestos prevalece la idea de estabilidad sobre la de transformación, y los hombres no advierten (o niegan) que el derecho se transforma constantemente. De cuando en cuando lo reajustan alterando la revelación admitida, o por medio de interpretaciones que dejan intacta la letra, pero le confieren un sentido totalmente nuevo, o por ficciones que equivalen a juegos. Cuando acaban por darse cuenta de la transformación y se ven forzados a darle una base fija, el creyente de la autoridad exige de un modo deliberado y ostensible un acto especial de creación (1950:5 y 9).

La teoría del derecho natural y la filosofía que apeló a la razón también constituyeron criterios de autoridad, basados en la necesidad de seguridad. Sin embargo, tenían la ventaja de que, a partir de un plan que no era competencia de un legislador humano, debían comprobarse permanentemente todos los detalles de la construcción y así tener la certeza del ajuste. Y aunque el plan fuera eterno, la razón podía señalar el desajuste del derecho positivo. Según Pound, la historia no permite suponer que el derecho hubiera sido el mismo, pero aun estimando que se ha desarrollado, trató de señalar la estabilidad mediante la investigación de los principios de ese desarrollo. La escuela histórica se hundió a fines del siglo XIX, y fue reemplazada por un pragmatismo generalizado. Mientras que la primera despreció toda acción consciente y la eficacia del esfuerzo humano, el segundo considera que la validez reside en los actos, no en cuanto realicen una idea, sino en la medida que poseen la efectividad necesaria para lograr su propósito, que es el de satisfacer un máximo de necesidades humanas. El hombre no es un perturbador de un orden racional y ordenado: no debe temerse a la acción ni al cambio ni al compromiso. Los cuadros simplistas creados por las escuelas de siglos anteriores ceden ante los resultados logrados por la psicología y la sociología: no hay idea única que resuelva el problema. El orden jurídico efectivo no es una cosa simplemente racional. Es un complejo más o menos irracional, que nos obliga a luchar para imponer la razón, y en el cual, tan pronto como una parte ha sido ordenada racionalmente, surgen nuevos elementos irracionales que se interponen en el proceso de entender a las nuevas necesidades mediante el procedimiento del ensayo y error (1950:18 y 30).

A diferencia de muchos otros juristas de orientación sociológica, Pound analiza y critica los aportes iniciales de la sociología, y llega a la conclusión de que ni el comienzo mecanicista de Augusto Comte ni la obra de Spencer (a quien califica de organicista sólo en apariencia y mecanicista en profundidad) aportaron nada a una concepción sociológica del derecho. Respecto del primero, estima que la sociología mecanicista era tan fatalista como la historia metafísica, y que los juristas positivistas, o bien eran discípulos de los juristas de la escuela histórica, o de ellos derivaban sus materiales. No obstante, reconoce que por lo menos gran parte de los juristas influidos por ella comenzaron a pensar en algo más que la conciliación de voluntades individuales en conflicto y la libertad individual abstractamente concebida.

Más adelante, Gierke, Tarde y Ward aumentan la brecha con la escuela histórica y ello lleva a principios de este siglo a ver en el derecho una institución social que puede ser mejorada con el esfuerzo humano inteligente y la creencia de que el deber de los juristas consiste en descubrir los medios más eficaces para dirigir y promover ese esfuerzo (1950: 95 y 101). Después de pasar revista a otras interpretaciones del pensamiento social (la económica, y la que considera al derecho como obra personal de los grandes juristas), Pound estima que el *derecho es una obra de ingeniería social,* porque la ingeniería es una actividad y no sólo un conjunto de conocimientos, ni una estructura fijada de antemano: al ingeniero se le juzga por lo que hace, de acuerdo con la adecuación a los fines para los cuales obra. Es por esta caracterización del derecho como acción que lo ubicamos en esta rama de la teoría sociológico-jurídica.

Para Pound, cuando se estudia el derecho no debe discutirse sobre su "naturaleza", sino sobre intereses, pretensiones y demandas, que es necesario asegurar o satisfacer. Debe pensarse en cómo *opera* el sistema y no en su perfección sistemática, y ello lo lleva a concebir un curso de acción a seguir por la ciencia del derecho del siglo XX, que corresponde a algunos temas de la sociología jurídica aun en la actualidad, dependiendo el tercero y el sexto de la siguiente enunciación de la óptica utilizada.

1) Estudio de los efectos sociales que realmente se derivan de las instituciones y doctrinas jurídicas.

2) Estudio de las maneras de lograr que las reglas de derecho tengan efectividad.

3) Estudio sociológico como preparatorio de la legislación.

4) Estudio del método jurídico.

5) Historia del derecho con base sociológica.

6) La importancia que se le reconoce a que los casos individuales puedan resolverse de una manera razonable y justa, mientras el siglo pasado se contentaba con la justicia abstracta que emanaba de reglas del mismo tipo (1950: 200/202). Cita en apoyo

de este punto de vista, entre otros autores, a Ehrlich, Kantorowicz y Gény.

*La teoría de los intereses sociales.*

Pound considera que la psicología social tuvo el importante efecto en la sociología jurídica de aventar la idea de que el derecho es una invención de la clase dirigente o de un grupo privilegiado destinada a fiscalizar a los grupos de indigentes y criminales, pero que no es un dato básico para garantizar el orden y la paz social frente a los impulsos agresivos. En este sentido participa de una idea freudiana: el hombre es, básicamente, un ser cuya agresividad es controlada y reprimida por la sociedad. Pero, por otra parte, estas fuerzas sociales, al encontrarse en manos de hombres, también deben ser controladas, para evitar que las tendencias agresivas de los que aplican las leyes se vuelva contra la paz y el orden. Este delicado equilibrio es fuente de dificultades permanentes en las sociedades.

Los instintos agresivos y sus manifestaciones requieren considerables reservas de fuerzas para dominarlas. Una de las tareas del control social (y, por ende, del derecho), es fiscalizar las tendencias individuales a la agresiva afirmación de sí mismo y la satisfacción incondicional de los deseos. El *interés* es un "deseo o una necesidad que los seres humanos, ya individual, ya colectivamente, procuran satisfacer, y por lo tanto, interesa la reglamentación de las relaciones y conductas humanas. Esos deseos y necesidades de hacer o de procurarse ciertas cosas toman un significado particular cuando un número de seres humanos se halla en contacto, porque en ese caso, deseos y necesidades se contradicen y se impiden recíprocamente".

Frente a esta lucha de individuos es necesaria la intervención del orden legal, que determina cuáles de los intereses han de ser reconocidos y sostenidos, y en qué medida, y de reglamentar su ejercicio de modo que produzca limitadas fricciones y pérdidas (1965: 303 y 305).

La teoría de los intereses de Pound no es la de Ihering: estos intereses se desprenden de lo que los tribunales hacen, ya que el reconocimiento de los intereses es el de pretensiones y demandas que lleva implícita la existencia de la sociedad. Estos intereses son la *seguridad general,* ya que la sociedad civilizada exige paz y orden, la *seguridad de las instituciones políticas, la seguridad de las instituciones domésticas,* interés en la *moral general* y en el *progreso económico,* además de todos los otros que son puestos en la balanza por los tribunales con el fin de poder declarar que éste o aquél no pueden ser condenados o que tal o cual resultado está prohibido por una razón de orden público. Decimos que no es la teoría de Ihering no sólo porque se opuso al utilitarismo social de este autor, sino porque fue un medio que empleó Pound

para inducir a los tribunales a prestar atención a la realidad de los grupos sociales particulares y a sus órdenes específicos.

Aunque cabe formular críticas a su posición [8], no hay duda que ha señalado la relatividad social de las técnicas, categorías y conceptos jurídicos, y las ha descripto con referencia a tipos generales de sociedad. También presentó las variaciones de los conceptos de derecho como función de tipos de sociedad, con lo que queda enrolado en una concepción sociológica del derecho. Sin embargo, su "jurisprudencia sociológica" no es más que una ciencia del derecho con orientación sociológica, mas no es una sociología del derecho: no se aparta de los fines de la ciencia del derecho (de allí los seis grandes temas que fija como objetivo). A diferencia de la objetividad que pretende la sociología al tratar de los valores (incluso de los jurídicos), Pound confunde la reflexión filosófica que verifica la objetividad de los valores espirituales con la sociológica que se abstiene de discutir la autenticidad y la objetividad de esos valores cuya realización observa. Así, busca la superación de la oposición entre justicia y orden social (seguridad y estabilidad), o el justo medio entre incertidumbre y seguridad, y le otorga al Estado un predominio sobre los restantes grupos (de modo que el orden jurídico se identifica con él), salvo en la teoría de los intereses sociales, donde aparecen grupos particulares, aunque siempre armonizados por el Estado.

De todas formas, la sociología aparece como un auxiliar del derecho en su práctica concreta, para lograr una composición razonable y justa de los conflictos, tarea que no es propia de la ciencia social, cuyo objetivo reconocido es la descripción, explicación y predicción del curso de los fenómenos jurídicos de una sociedad específica. Y debe entenderse, para evaluar esta crítica, que se trata de la obra de un jurista interesado en mejorar la efectividad del derecho con conocimientos sociológicos, y no de un sociólogo interesado en fundamentar el papel del derecho en la vida social.

## 4. El realismo jurídico escandinavo.

En la obra de Alf Ross la idea de *realismo jurídico* tiene algunos puntos en común y otros divergentes con el realismo estudiado anteriormente. En primer lugar, este autor intenta realizar una filosofía jurídica y no una sociología del derecho. El punto más importante es que sostiene, de acuerdo con la discusión que posteriormente se refiere, que el tema de las tendencias principales de la filosofía del derecho sólo puede resolverse en el campo de la filosofía general, pues se disuelve necesariamente en pro-

[8] Véanse las que formula *Gurvitch*, en 1945: 177 a 180.

blemas fundamentales de epistemología. Por otro lado, Alf Ross cree que las tendencias metafísicas en el derecho desaparecerán como ocurrió en las ciencias naturales, no por argumentos lógicos, sino porque el interés en ellas se va desvaneciendo a medida que se desarrolla una ciencia natural que muestra su propio valor.

Se debe, a pesar de exceder el campo sociológico, referir brevemente su posición porque, tal como se verá, concierne directamente a la vigencia del derecho, y ese tema lleva necesariamente a un centro de interés sociológico. Ross desarrolla una teoría jurídica *realista* por oposición a la que llama teoría jurídica *idealista*. Llama de esta última manera a la que contrapone el mundo de la realidad (fenómenos físicos y psíquicos que captamos por la experiencia de los sentidos) y el mundo de las ideas o validez, que abarca ideas normativas que aprehendemos mediante la razón, conocimiento *a priori*. Para la teoría idealista, el derecho formaría parte de ambos mundos: puede conocerse por la experiencia externa y por un razonamiento *a priori*. El derecho es un fenómeno de la realidad en la medida que su contenido es un hecho histórico; pero la idea de validez es algo que no puede ser observado: no caben descripciones de lo que debe entenderse por validez. El derecho, a diferencia de la moral, que es pura validez, es para el idealismo, además de válido, eficaz.

Según Ross, el idealismo tiene dos vertientes: una material, que sostiene que la idea que se manifiesta en el derecho es la justicia (derecho natural), y para la cual un orden eficaz que no satisface las exigencias mínimas derivadas de la idea de justicia no es reconocido como derecho y es calificado de violencia. La otra variedad del idealismo es la formal (Kelsen), en cuanto el conocimiento del derecho, para él, es la captación de lo válido: la validez no puede derivarse de un hecho natural, sino de otra norma superior. En esta variante la validez es reducida a una categoría formal del pensamiento, sin importar el contenido material (Ross, 1963: 63 a 66).

Su intento en la obra *Hacia una ciencia realista del derecho* (1961) es disolver la antinomia entre validez y realidad del derecho, sosteniendo que no es necesario para ello elegir una de las posibilidades, ya que una lleva necesariamente a la otra. Así, si la realidad y la validez no pueden ser eliminadas del concepto de derecho, debe demostrarse que ambas no son categorías irreductibles que se excluyen mutuamente. Ross entiende que la validez no es nada objetivo o concebible, no tiene significado, es una mera palabra. Desde el ángulo del análisis de la conciencia no existen nociones de validez sino meramente "expresiones conceptualmente racionalizadas de ciertas vivencias emocionales" (1961: 88).

Para disolver la antinomia es necesario introducir en lugar de la *validez*, en el sentido de una categoría radicalmente discrepante de la realidad, las *vivencias de validez*, en el sentido de

ciertas actitudes de conducta reales, que están debajo de esta racionalización y que ésta simboliza. De este modo, los tres elementos de la teoría jurídica tradicional, a saber: 1) elemento de la realidad, definido como un real elemento de compulsión; 2) elemento de validez, y 3) una interdependencia de estos elementos, deben interpretarse como:

1) una actitud de conducta interesada, más precisamente, determinada como un impulso de temor o de compulsión;

2) una actitud de conducta desinteresada, que tiene el sello de la validez;

3) una interacción real e inductiva entre ambos factores, de modo que la existencia del primero tiende a causar y dar estabilidad a la existencia del último, y viceversa.

Ross indica que su hipótesis no puede ser probada, pero es probable por su capacidad de traer claridad y coherencia a condiciones que serían, de otra forma, contradictorias. El centro de este análisis reside en considerar como conductas interesadas a las que se encuentran motivadas en evitar castigos concretos, y como conductas desinteresadas a las acciones creadas por "sugestión social", es decir, consideradas legítimas más allá de que exista una compulsión a su realización.

En realidad, es para Ross una interacción entre ambos elementos, la compulsión y el respeto a la autoridad, el cumplimiento interesado y el desinteresado. La interacción permite la mutua estabilidad, y a medida que el poder efectivo se establece como válido, la legitimidad reacciona sobre el poder y tiende a mantenerlo estable, no sólo en el sentido de reforzarlo, sino también en el de limitarlo y ligarlo con la ideología-validez así creada. Lo que pudo ser en origen una forma completamente arbitraria de expresar el poder, se transforma en el cumplimiento legítimo de una estructura válida, cuya alteración está sujeta a reglas constitucionales. Esto explica el surgimiento del sistema jurídico y su desarrollo histórico, ya que ambos factores inician, aunque en cantidades pequeñas, lo que será luego un sistema jurídico: un mínimo de sistema de autoridad competente o de poder compulsorio efectivo es todo lo que se requiere para empezar, y la posibilidad de un desarrollo de ambos factores seguirá hacia el futuro (1961:90 y 94).

A partir de lo que llama impulsos interesados y desinteresados, Ross pretende rescatar elementos de la realidad social que considera implícitos en la efectividad (compulsión) y validez (legitimidad) del derecho.

El fenómeno jurídico queda entonces definido por estos elementos: 1) un sistema de compulsión; 2) una actitud interesada de conducta (temor hacia el ejercicio de la compulsión); 3) una actitud de conducta desinteresada (nociones de validez de una naturaleza específicamente jurídica inducida por el poder social de sugestión de la costumbre); 4) el establecimiento por la auto-

ridad competente de normas (condicionadas por el poder de las nociones de validez para crear competencia), cuya acción se realiza en el sentido indicado: 1-2-3-4-1-2-3-4. Esto significa un cierto *orden social* (1961:100 y 101). Ross pretende de este modo concluir con el dualismo: la validez se transforma en un elemento de la realidad.

En la otra obra mencionada (1963) Ross intenta demostrar que "las aserciones referentes al derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros (idea común a todo el realismo). Estos acontecimientos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones exentas de ambigüedad. Toda predicción es, al mismo tiempo, un factor real que puede influir sobre el curso de los acontecimientos (aplicación ésta de la idea de "profecía de autocumplimiento"), y es, en esa medida, un acto político (lo que puede confirmarse a partir de la utilización que en ese sentido se hace de las predicciones, cotidianamente, en todos los niveles de esa actividad). En consecuencia, para Ross, la ciencia del derecho no puede ser separada de la política jurídica (1963:48). La cuestión de la vigencia de una regla no queda resuelta cuando se ha dictado una decisión que verifica a ésta: el derecho vigente nunca se refiere a la historia pasada sino siempre al futuro.

Ross describe su posición común a la Escuela de Upsala como fundada en el rechazo a la metafísica del conocimiento especulativo basado en una aprehensión *a priori* de la razón. Sólo hay un mundo y un conocimiento. Toda la ciencia se ocupa del mismo cuerpo de hechos, y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico-matemático están sometidos al test de la experiencia. Desde ese punto de vista "no puede admitirse la existencia de una *validez* específica, ni en términos de una idea material *a priori* de justicia, ni como una categoría formal. Las ideas de validez son construcciones metafísicas erigidas sobre una interpretación falsa de la 'fuerza obligatoria' vivida en la conciencia moral. Como todas las otras ciencias sociales, la ciencia del derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la vigencia del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales" (1963:66, 67).

En este punto la filosofía del derecho del autor no da fundamento a una sociología jurídica, como puede parecer, sino a una posición realista a secas, de efectividad, sin condicionantes ideales. La "conciencia moral" puede ser una construcción metafísica, al igual que la validez. Pero la ciencia necesita de conceptos —que son construcciones de la razón—, aunque se ocupe de los

hechos. Para someter enunciados al test de la experiencia, primeramente es necesario tenerlos. La validez de una norma puede ser un conocimiento especulativo, pero también una hipótesis de trabajo. Si la sociología no presupusiera la validez de ciertos contenidos normativos, probablemente no podría constituirse como ciencia de las conductas, pues caracería de base para confrontar esas conductas. Volvemos aquí al punto de la conducta no normada, no regulada, que es la conclusión no científica de todo el realismo, y que no lleva de modo alguno a la sociología jurídica. Reiteremos aquí que toda conducta humana tiene un marco normativo (validez) y que la diferencia entre el jurídico y el sociológico es que éste debe ser inferido en muchos casos de conductas repetitivas, mientras que el jurídico tradicional se presupone a partir de las normas del orden jurídico. Pero la solución del problema teórico no se encuentra en negar toda idea de validez, al rechazar la "idea material a priori de justicia", o "la categoría formal". Si se quiere, habrá que construir la validez del orden a partir de conceptos sociológicos, y esta validez será tan variable como lo son las normas sociales, en términos históricos. Pero aparece como un requisito para entender la realidad, o el estudio de los "fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana", como dice Ross. Pareciera que a partir del seguimiento del camino trazado por los realistas nos quedáramos sin marco teórico para entender esa misma vida social.

## Capítulo V

# LAS CONTRIBUCIONES DEL ORGANICISMO HISTORICISTA Y DEL FUNCIONALISMO A LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

En la primera parte de este capítulo nos ocuparemos exclusivamente de dos autores. Entre los sociólogos generales destacaremos las reflexiones realizadas por Pitirim Sorokin, a quien mucho debe la sociología general en el ámbito del derecho. Entre los juristas será mencionado por sus aportes particulares, aunque no por sus concepciones metafísicas, Maurice Hauriou.

## 1. El organicismo en la sociología general: Pitirim Sorokin (1889-1968).

Las reflexiones de este autor sobre el *derecho oficial* y el *derecho no oficial* son probablemente las más claras y precisas en cuanto a definir las relaciones entre estabilidad y cambio, entre ficción de legalidad y normas realmente cumplidas por los grupos. El organicismo de Sorokin surge de toda su obra (de la cual las ideas sobre el derecho constituyen una mínima parte) y de su concepción, según la cual los hechos básicos de la sociología son de carácter intelectual y sólo pueden ser entendidos en función del universo sociocultural del hombre en su conjunto. Y es precisamente en su idea de los tres grandes conjuntos intelectuales superorgánicos, que a su juicio han existido en la historia (*ideacional*, basado en la fe, *sensitivo*, basado en los sentidos, e *idealista*, síntesis de ambos, basado en la razón), que construye toda su teoría (Martindale, 1971:135; Fucito, 1988:I, 152 y ss.).

Además de omitir aquí todo lo referente a su concepción general de la sociología (sobre la que mucho se ha escrito) tampoco aludiremos a su análisis de la relación entre normas jurídicas y otros tipos de normas. Nos limitaremos entonces a la crítica del concepto de derecho como norma obligatoria impuesta por la fuerza (que él llama *derecho oficial*), y a las condiciones de la efectividad en el cumplimiento de los sistemas normativos,

por ser estos los temas en los que hemos centrado la discusión histórica de la sociología jurídica, y estimarlos suficientes para mostrar la imagen que del derecho tiene un autor al que mucho le debe la sociología no marxista.

*a) El concepto de derecho y su crítica.*

Sorokin considera al derecho como un fenómeno propio de lo que llama "interacción organizada". Un grupo social organizado se define como la totalidad de individuos en interacción, cuyo conjunto central de significaciones y valores reviste la forma de *normas jurídicas* que definen con precisión todas las acciones y reacciones de importancia de los componentes, en sus relaciones recíprocas y con terceros, cuando estas normas son efectivas, obligatorias y, si es necesario, cuando deben ser impuestas por la fuerza (1973:107).

Sorokin rechaza las siguientes ideas sobre el derecho:

1) Su identificación con reglas obligatorias sancionadas o reconocidas por el Estado, y la consiguiente idea de que sin Estado no hay derecho. El derecho antecede al Estado (derecho de clanes, tribus y grupos totémicos), y puede existir al margen del Estado (derecho canónico, fueros especiales de los burgueses, guildas, etc.). La existencia del Estado presupone al derecho: la estructura y funciones que permiten la organización nacional son previas a esta misma: es el Estado el que no puede existir sin normas jurídicas, y no a la inversa.

2) La ficción según la cual una norma es jurídica por estar incluida en un código o incorporada a las leyes estatales. La mayoría de la población apenas las conoce, y si la pretensión es cierta, entonces la casi totalidad de los miembros de una sociedad viven y actúan sin derecho.

3) La definición del derecho como reglas impuestas por la fuerza, lo que justifica cualquier contenido en el mandato.

4) La creencia en el derecho como expresión de la voluntad común, ya que prácticamente nadie que carezca de poder es consultado para la sanción de las leyes, ni en la antigüedad ni en la actualidad.

5) La protección de la libertad de los miembros del grupo, ya que es claro que hay derecho que sólo protege a los opresores.

6) Las normas entendidas como deducciones o derivaciones de la razón. Muchas normas surgen por ensayo o error, sin razonamiento sistemático, sin plan consciente o racional. Muchas normas derivan de creencias o supersticiones contrarias a la razón, errores opuestos al conocimiento, y de la ignorancia (1973:108 y 110).

Para Sorokin, la totalidad de las normas obligatorias (esto es, que atribuyan derechos y obligaciones), protegidas e impuestas por la fuerza mediante todo el poder autoritario del gobierno

del grupo o por el grupo mismo, constituye su *derecho oficial*. Pero ni en el Estado ni en ningún grupo amplio este derecho oficial agota todas las normas y convicciones jurídicas que poseen sus miembros y que actúan y regulan sus relaciones. Paralelamente con el derecho oficial y su organización correspondiente, existen muchas formas de *derecho no oficial* que complementan, corrigen y aun contradicen las normas del derecho oficial del grupo. Aunque no se hallen incorporadas al derecho oficial, estas normas realizan sus funciones atributivas y organizadoras, complementando o contrariando la norma del derecho oficial (1973:121 a 123). Estas normas no oficiales existen, en primer lugar, porque el derecho oficial en los grupos sociales amplios no puede prever de antemano ni definir todas las relaciones con sus circunstancias individuales. En rigor, se limita a las relaciones más importantes (constitucionales, administrativas, penales, civiles y comerciales); indefinido número de relaciones menores, así como las que se desvían de las relaciones tipificadas del derecho oficial, son reguladas por el derecho no oficial.

Otra razón para la existencia del derecho no oficial es la excesiva rigidez y el estancamiento parcial del derecho oficial. Éste ha sido reconocido desde Confucio y de Mencio, pasando por la *Aequitas* y el *ius honorarium* del derecho romano, el *quid leges sine moribus* de Tácito, que trata de la ineficacia del derecho oficial cuando se halla en contradicción con el no oficial.

Sorokin relaciona adecuadamente la presencia de un "derecho no oficial" con una organización extraoficial o informal del grupo, paralela a la organización formal u oficial. Cuando el derecho oficial y el no oficial del grupo difieren considerablemente, o cuando entran en conflicto, la organización no formal puede contradecir a la otra. Este importante concepto, que permitió el desarrollo de la sociología organizacional separada de las consideraciones jurídicas formales, no es para Sorokin (como en muchos otros casos) ningún descubrimiento moderno, sino que pertenece a siglos de reflexiones de generaciones precedentes.

Son normas del *derecho no oficial* las de diversos grupos ocupacionales, profesionales y religiosos, los códigos de ética (a mi juicio, erróneamente incluidos, pues se trata de otro tipo diferente de normas, con diversa sanción), al igual que los que llama "códigos de decoro", que pueden constituir costumbres. Las convicciones jurídicas no oficiales también están incorporadas. Por ejemplo, las de los pobres frente a las de los ricos, las de revolucionarios frente a los conservadores, la de empleados frente a patronos, etc. Regula el derecho no oficial a las relaciones auténticas entre el marido y la mujer con respecto a sus actividades diarias, su cooperación y subordinación, incluso los detalles de la vida sexual, sus relaciones económicas reales, etc. Tal el caso cuando frente a un derecho oficial, que señala la jefatura de la familia a favor del hombre sobre la mujer, se antepone la reali-

dad inversa, o la simetría. La regulación jurídica oficial equipara a todas las familias; pero el *derecho no oficial* hace las distinciones que corresponden a los distintos estratos.

Esto mismo ocurre en el campo organizacional (derecho formal e informal de las organizaciones), en el que los estudios sociométricos han llegado a similares conclusiones respecto del apartamiento de las relaciones formales por la asociación real y efectiva de sus miembros. Sorokin destaca que la presencia del *derecho no oficial* no es necesariamente contradictoria con el oficial. Éste es sólo un supuesto, pero en otro pueden complementarlo. La contradicción aparece cuando el derecho oficial es valorado como anticuado o injusto. En este caso la contradicción se debe resolver, ya que se "hace inevitable una lucha" entre ambas convicciones por el predominio de una de ellas (1973: 125 y 126). Creo que Sorokin extrema aquí el caso de un conflicto total entre sistemas normativos, como se dio en el Tercer Reich con las convicciones antinazis sobre igualdad de razas, o entre monarquía y república, o entre capitalismo y comunismo, y durante la Guerra Fría, con mengua de los muchos casos en que el conflicto no se presenta de modo tan agudo, ya que la desactualización o la injusticia se corrige lentamente (como en el caso del derecho de familia, que se adecua a las creencias y convicciones que lentamente va gestando la convivencia familiar a partir de las variaciones de las relaciones conyugales y paternofiliales).

Sorokin observa que en todo grupo existe alguna discrepancia entre derecho oficial y normas no oficiales, aunque normalmente esa diferencia no es grande. Esto ocurre porque el primero no puede ser modificado constantemente, ya que ello implica la puesta en marcha de un complicado mecanismo legislativo, lento y costoso, dificultades que llegan al máximo cuando se trata de cambiar normas constitucionales. También ocurre porque las relaciones sociales fundamentales reguladas por el derecho del Estado cambian con lentitud, procurando a la sociedad orden y estabilidad; no se puede pensar en un cambio incesante de relaciones como la propiedad, la familia y las formas de gobierno, porque implicaría una revolución constante en lo económico, social y político, obstáculo a todo orden social. Es por eso que una vez que toman forma, las normas del derecho oficial se endurecen por décadas o siglos, hasta que cambios profundos en las convicciones jurídicas de sus miembros obligan a variarlo. Pero en el ínterin —décadas, siglos—, las condiciones socioculturales cambian incesantemente y determinan la modificación de muchas normas jurídicas para adaptarlas a las nuevas condiciones. De acuerdo con esto, el *derecho no oficial* puede cambiar sin cesar, a la par del cambio en las condiciones socioculturales, con la rapidez que las circunstancias exijan. Cuando el atraso del derecho estatal frente al otro es considerable, muchos grupos adecuan el primero al segundo por medio del procedimiento legal

previsto. Si por cualquier circunstancia (entre la que habría que destacar la presión de grupos reaccionarios) no ocurre, la discrepancia entre ambos derechos se vuelve mayor y desemboca ya en un derrocamiento violento del derecho oficial, del gobierno que lo sustenta y de sus partidarios, ya en la supresión no menos violenta del *derecho no oficial* y de sus partidarios por la mano del gobierno que posee los resortes del derecho oficial.

Éstos son casos extremos; en la generalidad, el derecho oficial representa la estabilidad y el *no oficial* el cambio; ambos se influyen mutuamente.

*b) Normatividad, solidaridad y antagonismo social.*

La concepción de Sorokin sobre las condiciones decepcionantes de la vida contemporánea, en cuanto fomentan el odio y el egoísmo frente a la solidaridad y la cooperación, aparecen con claridad en su exposición de la relación entre tipos de normas morales y jurídicas y la interacción derivada de ellas. Encuentra que los factores más inmediatos y decisivos, ya de la solidaridad, ya del antagonismo de las partes en interacción, son:

*a*) El carácter de sus convicciones jurídicas y morales.

*b*) La concordancia o discordancia de las convicciones jurídicas y morales de cada parte con las de las otras.

*c*) El grado en que estas normas son puestas en práctica consecuente y adecuadamente por las acciones de las partes (1973: 191).

Respecto del primer punto, normas morales del tipo *"ama a todos los seres humanos y trátalos de acuerdo con la regla áurea"*, y jurídicas del tipo *"frente a la insolvencia del deudor, el acreedor debe respetar ciertos bienes indispensables para su subsistencia, no pudiendo producir la ruina del primero"*, generan conductas divergentes a normas internalizadas por los actores sociales, del tipo *"odia a todos los seres humanos, compite con ellos hasta derrotarlos por todos los medios a tu disposición"*, y jurídicas del tipo *"los contratos deben ser cumplidos"* [1]. En el primer caso las normas condicionan (lo que no quiere decir que determinen) conductas solidarias; en el segundo, conductas competitivas y egocéntricas impulsan a los actores a derrotar, ejecutar los bie-

[1] He cambiado el ejemplo de norma jurídica suministrado por Sorokin, pues el modelo ("en caso de insolvencia del deudor el acreedor puede apropiarse de su patrimonio, tomar como siervos a los miembros de su familia y disponer la prisión del deudor hasta que le pague la deuda") no corresponde al mismo sistema jurídico que el primero, y es incompatible con respetar ciertos bienes mínimos para la vida. En cambio, el exigir o creer a rajatabla que los contratos deben ser inexorablemente cumplidos, puede generar conductas jurídicas que lleven a la ruina del deudor, aunque éste se encuentre protegido por algunas normas jurídicas.

nes, subyugar a la otra parte en todos los campos de actividad, desde el deporte hasta los negocios y la guerra.

Sorokin estima que el espíritu competitivo y la competencia fomentadas en la sociedad moderna son agentes de conflictos, de modo que para evitar o disminuir el nivel de conflicto social, en primer lugar es necesario un recambio normativo que permita socializar a partir de otras normas (cooperativas, solidarias, de respeto mutuo).

La segunda condición de la solidaridad o del antagonismo es la concordancia o discordancia de las normas morales y jurídicas de una parte con las de las otras. Cuando una de ellas realiza acciones correspondientes a las convicciones jurídicas de la otra, esa conducta no le aparece a ésta como antagónica, no viola sus derechos y obligaciones, ni produce animosidad y antagonismo. Por el contrario, si una de las partes se atribuye un derecho que es negado por los criterios jurídicos de la otra, el conflicto es inevitable, y cuanto más grandes sean los valores implicados tanto más irreconciliable es la contradicción. Cabría agregar a esta idea que una y otra parte encontrarán, en el vasto y contradictorio sistema jurídico, indefinidamente interpretable, sustento normativo para sus posiciones, y en el no menos amplio mercado profesional, abogados que puedan sustentar sus criterios, cualesquiera que éstos fueran.

El tercer punto es la concordancia entre sistema normativo y acción. La suposición según la cual las personas actúan totalmente de acuerdo con las normas que sustentan es falsa. Sorokin estima que no ha existido persona que actuara siempre de conformidad con sus convicciones jurídicas y morales. Pocos cristianos ofrecieron la otra mejilla al ofensor, y los que dicen sustentar normas antiprejuiciosas o antirraciales tampoco las practican, según surge de investigaciones empíricas. Esto puede ocurrir por un débil arraigo de las normas, que ceden ante impulsos más enérgicos de los deseos. En otros casos, no obstante la norma, motivaciones más fuertes mandan en sentido contrario: la norma de "no matar" frente al ataque de alguien vivido como enemigo (1973:191 y 196).

El carácter cooperativo o conflictivo, la concordancia o discordancia entre normas jurídicas y morales, están determinados en gran medida por el medio social en que los actores nacen y crecen, viven y actúan, sin perjuicio del margen que es necesario dejar a la selección, combinación e invención de las normas por parte de un individuo. Sorokin señala el grave carácter competitivo de todas las normas en la sociedad moderna; éstas mismas son conflictivas: lo que un grupo afirma, el otro lo niega, y las personas nacidas y sometidas a este universo normativo, contradictorio y competitivo de normas, no pueden dejar de poseer nor-

mas divergentes y discordantes, que llevan el estado actual[2], a una casi situación de guerra hobbesiana.

Se afirma que el carácter y la concordancia o discordancia de las normas son resultado de la naturaleza del medio sociocultural en que los miembros han nacido y vivido. Todavía podría preguntarse por qué algunos medios socioculturales poseen normas concordantes y cooperativas mientras que otros las tienen discordantes y competitivas. Este problema no es contestado por Sorokin, aunque entiende que se ha referido a él (1973: 192 y 196).

*c) Factores que determinan la fuerza motivadora y fiscalizadora de las normas.*

El tipo de relación entre normas establecidas y conductas efectivamente practicadas depende de muchos factores. De entre los que Sorokin menciona, destaco las siguientes:

1) Las necesidades biológicas fundamentales de las personas. En igualdad de condiciones, las normas que exigen una conducta contraria a los impulsos biológicos primeros, que los reprimen y obstaculizan su satisfacción, tienen menos posibilidades de convertirse en una fuerza motivadora poderosa de las acciones externas que las normas que no se oponen a esas necesidades biológicas fundamentales. Así, en términos del autor, las normas "antibiológicas" se hallan propensas a ser violadas más frecuentemente que las "pro biológicas". Veremos que estas ideas son concordantes con algunas líneas del pensamiento criminológico, en lo atinente a los impulsos hacia la conducta desviada.

2) La concordancia o discordancia de los sistemas normativos que sustenta el actor social (por ejemplo: "no mates" y "matar al enemigo es una acción heroica y patriótica" —normas morales— y las correlativas jurídicas: "el que matare a otro será pasible de una pena de... años de prisión", y la que exime de pena el homicidio en acción de guerra o la considera una obligación (penando, en consecuencia, no hacer uso de las armas). Sorokin sostiene que estas normas se debilitan recíprocamente. En el caso de que las normas sean compatibles, se refuerzan mutuamente, y se las practica de una manera más consecuente.

3) La eficiencia causal de las normas depende de las propiedades específicas de individuos o grupos. Las normas que inculcan abstenerse de bebidas o drogas tiene menos efecto en personalidades con propensión a las adicciones. La norma que propugna la castidad prematrimonial tiene menos posibilidad de ser cumplida por quienes se encuentran biológicamente condicionados a satisfacer impulsos sexuales fuertes.

[2] Escrito con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

4) La eficiencia causal de una norma depende de las consecuencias de su realización. Si la práctica de la norma produce efectos placenteros o deseables, la reiteración puede reforzar su motivación y eficacia causal. Si las consecuencias son negativas (no deseables, penosas), será dificultoso cumplirlas y se violarán cada vez más (1973: 198 y 200).

Por último, señala la concordancia de los sistemas normativos, respecto de una población dada, como requisito de cumplimiento. Cuanto más se cumpla esta condición, mayor es su fuerza motivadora y mayor probabilidad tienen de ser inculcados a sus miembros. Por el contrario, cuanto mayor es la discrepancia y contradicción entre las normas jurídicas y morales de una población, tanto mayor será la frecuencia con que son violadas las primeras. Sorokin considera que una de las tragedias del mundo occidental contemporáneo es la excesiva discordancia entre normas morales y normas legales, y la fuerza motivadora comparativamente débil que todas tienen.

Aunque el autor analizado no lo señala, existe aquí el problema de la motivación diferencial de los sistemas normativos. Sorokin supone que de la contradicción entre los conjuntos de normas deriva la debilidad de la motivación. Puede ocurrir que un conjunto de normas jurídicas orienten débilmente la conducta por contradecir a otras que producen una fuerte motivación; es necesario no agotar las posibilidades con la afirmación "frente a la pluralidad normativa, ninguna norma triunfa, ni la moral ni la jurídica". Desde que existen otros sistemas normativos, si no prevalece la ley o la moral, pueden hacerlo las costumbres o los usos sociales. En determinados sectores las modas aparecen como normas fuertes, que deben ser cumplidas so pena de quedar excluido del grupo. Aquí, frente al conflicto con otras (por ejemplo, con la moral que requiere el mantenimiento del decoro o del pudor, o con la jurídica que pena la indecorosidad en el vestir que pueda considerarse exhibicionista —mediando algún tipo de consenso entre los jueces sobre qué debe entenderse por esto—), prevalece la primera. En otros casos, la legitimación del libertinaje sexual (que es prescripto, y no proscripto, por los medios de comunicación, y por el prestigio que la variación sexual tiene para los hombres, las mujeres o para ambos en algunas sociedades) puede hacer caer por tierra la mucho más débil motivación de la monogamia como norma moral, o las obligaciones jurídicas derivadas de la fidelidad entre los cónyuges. Aquí no se trata de conductas erráticas (o anómicas) derivadas de motivaciones contradictorias, sino del menor prestigio o posibilidad de motivar por parte de los sistemas normativos que ceden frente a otros, inculcados reiteradamente por medios que llegan a los destinatarios con mayor efectividad y validación legitimante que los jurídicos o morales. Es evidente que esta presión no era tan evidente en los tiempos en que So-

rokin escribía (alrededor de 1950) como en la actualidad. Sin embargo, y de acuerdo con los cánones de su tiempo, los medios ya ejercían una influencia "desviacionista" frente a las normas jurídicas o morales.

Sin perjuicio de esta acotación, es claro que Sorokin ha sido el que con mayor precisión ha planteado, en la sociología general, las diferencias entre el orden jurídico como conjunto de normas válidas y los restantes sistemas normativos, y limitado su eficacia a partir de considerarla variable dependiente de variadas condiciones; todo ello dentro de un marco organicista que hace mérito de la interrelación funcional entre partes del conjunto y la valoración general de la llamada por él *verdad ideacional* por oposición a la verdad sensitiva, a la que atribuye todos los males del mundo moderno.

## 2. El organicismo historicista en la obra jurídica.

*a) Maurice Hauriou.*

En la obra de este jurista, adscripto en lo filosófico al realismo metafísico a través de Aristóteles y de Santo Tomás, se encuentran algunos elementos sociológicos, a pesar de que, a primera vista, dicha posición no supone por su dogmatismo una vertiente que dé lugar al relativismo en lo normativo. Recordemos, sin embargo, que primeramente como romanista y luego como profesor de historia del derecho, tuvo en cuenta los aspectos sociales de lo jurídico en buena parte de su obra. Concretamente, y en el desarrollo de esta segunda disciplina, adoptó la vieja clasificación de Leibniz entre historia externa del derecho (conocimiento de factores sociales que condicionan el derecho, que corresponde a la moderna sociología, y cuyo estudio propuso en la Universidad de Toulouse) e historia interna (cambio de los sistemas jurídicos). Quede bien entendido que en su propuesta de estudios sociológicos prevenía que "siempre que con los casos sociales repetidos que ella verifica no se pretenda reemplazar a la ética y a la ciencia política" (Sampay, Prólogo a Hauriou, 1968).

También debe ponerse en su haber la enseñanza del derecho administrativo que tenía en esa época (1888) el interés de su no codificación y el carácter pretoriano. Esta materia lo ocupa durante cuarenta años, y es uno de sus fundadores. Desde 1920 enseña derecho constitucional, pero ya desde 1916 retorna a un dogmatismo tomista, que deja cada vez menor espacio para cualquier concepción sociológica.

La posición filosófica básica de Hauriou es que las esencias de las cosas tienen realidad objetiva y extramental, de modo que la moral no se identifica con las costumbre ni es una pro-

yección subjetiva, sino que su fuente está en la naturaleza específica del ser humano. Esta idea dogmática no le impide compartir algunos puntos con Marx, ya que acepta en su obra *Ciencia social tradicional*, de 1896, que la mayor complejidad de las transacciones y la capitalización han socializado la vida, que el afán de mejorar las condiciones de vida perfeccionando los medios de producción es el factor básico del progreso de la humanidad, y que el ascenso de los pueblos a la igualdad social generará tiempo libre y por consiguiente una vida espiritual más elevada (profecía en la que ambos se equivocaron). Por otro lado, Hauriou coincide con el reaccionario Barrès en la nacionalización de la concepción política, el renacimiento del tradicionalismo, pero no transforma como este autor las instituciones del pasado en el paradigma del futuro, sino que propone recurrir a la filosofía clásica y organizar los antecedentes tradicionales relativos a la conducta en una síntesis que sea aceptable para las ciencias. En este sentido rescata el optimismo en el progreso del positivismo socialista, frente al individualismo pesimista de la tradición.

En su obra *Ciencia social tradicional* expone las concepciones clásicas del hombre, de la sociedad y de la historia, con fundamento en la *Suma Teológica*. El realismo de las ideas, reflejo de las ideas de Dios, el universo revelador de una inteligencia creadora y ordenante, la verdad de los universales y la oposición al idealismo kantiano, son los parámetros de su concepción. También sostendrá la idea de la realidad de las instituciones en la obra que examinamos a continuación.

*b) La teoría de la Institución y de la Fundación.*

En esta obra afirma y expresa muchas de las ideas expuestas anteriormente, pero se refiere especialmente al papel de las instituciones (en el sentido de grupos institucionales) y a su gestación. Para Hauriou, el derecho es producto de las instituciones. Éstas son ideas de obras o de empresas que se realizan y duran jurídicamente en un medio social. Las personas, para satisfacer las necesidades conducentes a su bien (tanto corporales como intelectuales o espirituales), instituyen mancomunidades de esfuerzos con cierta duración, que tanto puede ser el Estado como una comunidad laboral, una sociedad comercial o una fundación de beneficencia, asociación religiosa, cultural o deportiva. Esto es, todo lo que hoy se conoce con el término genérico de *organización* u organización formal. Cada una de estas instituciones tiene una idea de obra o de empresa para realizar.

El aspecto dogmático de la concepción surge de la misma idea realista de la institución: ésta *debe ser* realizada para satisfacer algún aspecto del bien humano, y si es legítima contribuye a fijar adecuadamente el contenido de esa idea de obra o

de empresa. Tal es el criterio para juzgar su correcta o incorrecta creación, o su funcionamiento, ya que la "idea de obra o de empresa" —absoluta— nos permite evaluar si los componentes actúan, institucionalmente, bien o mal, si se desvían o no se desvían de la "idea" preexistente. Es obvio que en estos conceptos no encontramos nada próximo a una posición sociológica. Tampoco existe en su "idea objetiva", que pasa de una conciencia a otra, pero que nadie crea, porque preexiste (concepción platónica).

Sin embargo, después que varias personas han identificado la idea, el segundo elemento es la organización, poder de gobierno que se propone su realización, y que le procura los órganos necesarios. Esto tanto ocurre en la sociedad anónima (que pone en marcha un negocio) como en el Estado, que es un cuerpo constituido para la realización de un cierto número de ideas, las más accesibles, de entre las cuales se agrupan como un protectorado de una sociedad civil nacional por un poder público con jurisdicción territorial.

El tercer elemento (luego de la idea y de la organización) es la "comunión" en la idea de los miembros de la organización, la unión de voluntades. De estos elementos surgen las *reglas de derecho* que la misma institución origina (1968: 42 y 63). Es aquí donde encontramos un elemento sociológico: si las instituciones son la fuente de juridicidad, el derecho es producto de ellas. La oposición de Hauriou a Duguit y a Durkheim surge del hecho que para éstos la regla de derecho es producto del ambiente, mientras que el verdadero elemento objetivo para él es la institución: son las instituciones las que hacen las reglas, mas no otro agrupamiento. Pero al igual que en los otros dos autores citados, las reglas no constituyen a las instituciones.

La duración de la institución no depende tanto de la voluntad de los fundadores como de la persistencia de la idea organizadora esencial, ya que la idea es anterior a los fundadores y se desarrolla por sí sola. En esta vertiente metafísica de la iusfilosofía no se encontrarán más elementos sociológicos que los señalados, ya que en definitiva el patrón de juzgamiento del desarrollo normativo no es la sociedad misma sino la "idea" como preexistente. Sin embargo, por eso mismo ha tenido con la sociología el punto común de rechazar al derecho como creación exclusiva del Estado. Aquí el derecho de las instituciones debe ser examinado en todos sus niveles, de los cuales el Estado es el más complejo.

La institución es el punto de referencia en el cual se deben buscar los valores e ideas jurídicas objetivos, en particular las manifestaciones de la idea de justicia y de orden, que subyacen en toda idea de derecho. Señala Gurvitch que en esa institución es donde para Hauriou se alcanza un equilibrio inestable entre conductas y fuerzas, y es donde se observa la conver-

gencia de la conciencia al servicio de ideas; allí se produce la transformación de la situación de hecho en situación jurídica, donde el orden del derecho social y el derecho individual se oponen, y en ella y en las relaciones entre instituciones se resuelve el problema de las fuentes materiales y formales del derecho positivo (1945:152). Este es el punto máximo logrado por Hauriou; luego, como dice Gurvitch, renuncia al relativismo sociológico, que tímidamente abrazó, y vuelve a las concepciones tomistas de jerarquía estable entre los grupos, preponderancia *a priori* del Estado (del que llega a afirmar que es la institución de las instituciones, la más perfecta y eminente, encarnación del bien común), y la idea del fundador personal de la institución.

No obstante tener mayor peso el iusnaturalismo que los aportes sociológicos, lo citamos dentro del organicismo sociológico jurídico por constituir una concepción que lo expresa con claridad, juntamente con el historicismo, estimando como acertada su caracterización de ser oscilante entre un consistente relativismo funcional y un dogmatismo tradicionalista (Gurvitch, 1945:160).

En la misma línea de Hauriou debe citarse a Renard, que considera a la voluntad común de los individuos (consecuencia del apoyo común a la idea) como la fuerza instigadora del desarrollo institucional, que crea un nuevo ser social al constituirse como tal. Y a Santi Romano, para el cual todo ordenamiento jurídico es una institución y toda institución es un ordenamiento jurídico, ya que el derecho no es norma sino un "todo viviente" que comprende también la voluntad, la potestad, la fuerza que pone la norma y la institución, entendida como ente o cuerpo social. Sin embargo, con estos autores, especialmente con el último, hemos salido del campo sociológico jurídico, al que pretendemos limitarnos.

## 3. El funcionalismo sociológico-jurídico en la sociología general.

Sostiene Tomeo con razón que el estudio del derecho como sistema es una constante ambición que ha condicionado el trabajo de los juristas y de los teóricos del derecho. También en el pasado una interpretación sistemática se consideró la coronación de una reflexión teórica sobre el derecho (1981:11). Es probablemente por eso que la vertiente del funcionalismo sociológico, aplicada al derecho, ha despertado el interés de los pensadores que aspiran a ese objetivo sistemático. Claro que, en este caso, y como en toda reflexión sociológica, no se trata de buscar la más conveniente y definitiva definición de dere-

cho, ni deducir acabadamente de principios claros y aceptados el sistema del derecho, sino describir sus componentes, analizar su estructura y sus funciones. Desde luego, principios, postulados y supuestos existen en el funcionalismo como en cualquier método de análisis del fenómeno social.

Recordemos aquí la idea de Bobbio, para quien las inquietudes sobre funciones del derecho tienen su origen en la conciencia de que han aumentado, por la transformación del Estado liberal en Estado social, las funciones observables (1980:264). El marxismo contribuyó a este interés al entender que una función del derecho, la primordial, es el dominio de clase. Esta idea se encuentra en Marx y en Engels, los primeros juristas soviéticos, y en las teorías ortodoxas posteriores.

El amplio campo de teorías sociológicas llamadas funcionales parten del supuesto de que la sociedad es un conjunto de partes ajustadas y mutuamente dependientes, y aceptan esta idea como un postulado. A partir de allí tratan de determinar cuáles son las partes o subsistemas que cumplen funciones dentro de la sociedad, es decir, que aportan para el mantenimiento de un supuesto equilibrio. La idea genérica implica una tendencia conservadora en cuanto presupone el sistema y postula un regreso al equilibrio, si ha sido perturbado por conflictos o disfunciones, tendencia que se expresa en la mayor parte de las consideraciones (si no en todas) que hacen los autores enrolados en ella, respecto del derecho.

*Talcott Parsons* (1902-1979).

El más importante sistematizador y expositor del funcionalismo sociológico es este autor. No es el lugar para analizar ni su preocupación por el orden social, ni su colocación de la tendencia funcional en sociología en el máximo nivel de conservatismo (por lo menos, en la mayor parte de su obra), ni el equilibrio social, así como el ajuste de tal punto de vista en los Estados Unidos con las tendencias políticas e ideológicas dominantes hasta los años sesenta. Sobre este tema se ha escrito mucho [3].

Si nos restringimos exclusivamente al campo jurídico, debe señalarse, en primer lugar, que el mismo Parsons, en un simposio realizado en 1952, manifestó no ser especialista en derecho, y "ni siquiera desde el punto de mira de mi propia profesión he hecho ningún estudio especial del derecho o de los abogados" (1967:XVIII, 319).

Esto puede constituir una desmentida a la posición de Bobbio, que prefiere creer que la notoria ausencia de referencias al

[3] Citaré solamente dos obras relevantes: *La imaginación sociológica*, de *W. Mills*, y *La crisis de la sociología occidental*, de *A. Gouldner*.

derecho en la obra de Parsons es deliberada, con el fin de evitar discusiones técnicas con los juristas, salvo que se entienda que la omisión de lo que se ignora tiene como objetivo el indicado. Pero el *Sistema Social* de Parsons ha incluido como subsistema el control social, y de esa obra pueden extraerse las principales definiciones de la concepción funcional de institucionalización normativa, aunque no se refiera específicamente al derecho.

Al tratar los prerrequisitos funcionales para la existencia de un sistema social, Parsons expone que "tiene que haber una proporción suficiente de sus actores componentes, adecuadamente motivados para actuar de acuerdo con las exigencias de sus sistemas de roles, positivamente en la realización de las expectativas y negativamente en la abstención de toda conducta demasiado lesiva, es decir, desviada. Tiene además que evitar las pautas culturales que, o fallan al definir un mínimo de orden o plantean a la gente demandas imposibles y por ello generan desviación y conflicto en un grado que es incompatible con las condiciones mínimas de estabilidad y desarrollo ordenado" (1966:46). Especificado esto en el ámbito jurídico significa, según creo, en primer lugar, la compatibilidad del derecho con las restantes exigencias de los sistemas de roles, ya que las expectativas no están definidas exclusivamente en ninguna situación por normas jurídicas. Y en segundo término, que "el mínimo de orden" debe estar garantizado no sólo por esa compatibilidad, sino porque todo el conjunto normativo no debe generar "demandas imposibles", fuente de conflicto y desviación. Claro está que si esto no se cumple, y si un tipo de normas genera estas demandas mientras otras no lo hacen, la conformidad con unas será la desviación de otras. Sin embargo, recordemos que Parsons plantea en principio un sistema de equilibrio, en el cual este supuesto no estaría contemplado.

El autor está básicamente interesado en el problema del orden, y por lo tanto señala que la motivación adecuada tiene un aspecto de "control de la conducta potencialmente lesiva". Este tema, que lleva implicada la cuestión de las oportunidades y la asignación de prestigio y poder (1966:48), también concierne al derecho.

El otro aspecto que interesa es la proposición de que *toda acción social está normativamente orientada*. Cuando las expectativas tienen estabilidad se dice que se institucionalizan (cuestión de grado entre la institucionalización completa y la anomia, extremos teóricos de la misma). La *institución*, dentro del sistema social, es un complejo de relaciones de *status* que tiene significación estructural. Así, la institución de la propiedad en un sistema social consiste en aquellos aspectos de los roles de los actores que están vinculados con las definiciones normativas que hacen a los derechos de posesión y sus obligaciones re-

lativas. De este modo, la institución, como complejo normativo, se aplica a un número indefinido de relaciones sociales y no se confunde con las colectividades que los emplean (1966:56 y 58).

De esta idea puede derivarse la relación entre los *status* definidos normativamente con los roles, y señalar que los primeros, aun en los aspectos jurídicos, no se agotan, en su ejercicio, exclusivamente en lo legal, ya que el plano institucional no se encuentra sólo referido a la ley.

En cuanto a las instituciones, de la clasificación que hace Parsons en relacionales, regulativas y culturales, nos interesan las segundas, porque al establecer límites en la búsqueda de los intereses individuales incluyen a las instituciones legales y morales (Parsons, 1966:69 y 75; Stone, 1973:59).

1) *Las "alternativas pautadas de orientación de valor" y su utilidad para la sociología del derecho.*

Las conocidas alternativas de la relación que existe entre actores sociales pueden aplicarse al análisis jurídico, tal como lo intenta en parte Stone (1973:62 y ss.).

a) *Afectividad-neutralidad afectiva.* — El actor puede orientarse a otro de un modo directo en sentido afectivo, o mediante otros intereses que difieran esa gratificación. Así, una amistad es orientada por la afectividad; un contrato, por la neutralidad afectiva. Según Stone, la aplicación al derecho de esta alternativa reside en que en algunas instituciones (mejor podría decirse, en algunos roles ejercitados), el actor debe adaptarse afectivamente (por ejemplo, el rol de esposo o padre) y en otros, neutralmente (por ejemplo, policía, juez, y los roles contractuales públicos o privados). En estos casos, una adaptación emotiva en las funciones puede ser impropia u obstructiva para el desempeño adecuado de la función (1973:63). Se nota aquí que se refiere a un *deber ser* exclusivamente jurídico. ¿Qué norma general, qué sociedad, dispone que el juez deba ser neutralmente afectivo? ¿Frente a qué fines la adaptación emotiva puede ser impropia u obstructiva? Aquí se supone, en exceso, un criterio weberiano de neutralidad afectiva en los roles jurídicos que hemos discutido, pues si bien se adaptarían a algunas normas prescriptas, podría estar en colisión con otras, de modo tal que sólo nos suministra un tipo ideal de dudosa utilidad en su aplicación a sociedades concretas.

b) *Autoorientación u orientación colectiva.* — Las alternativas se dan según el actor persiga intereses privados o comunes a la colectividad. Se *supone*, dice bien Stone, que los roles de médico, de asesor legal o funcionario público, se realizan tomando en cuenta los intereses de la colectividad, y los del contratante privado, los propios. Sin embargo, el que se suponga que el ocupan-

te de un cargo público deba tener tal orientación si se toma en cuenta un sistema normativo legal o moral, nada nos dice de la realidad social. Parsons y su seguidor en este tema creen excesivamente en el equilibrio normativo que depende de una socialización equilibrada de actores sometidos a normas no contradictorias, esto es, en una pura utopía social. El ocupante del cargo público puede haber llegado a él por un excesivo egoísmo, una recurrente ansiedad por tener poder y usarlo en su provecho, y existir en la cultura normas disponibles para justificar tales conductas. ¿Qué nos dice Parsons al respecto? Que *no se espera* que tenga tal conducta (1966:78), y que la expectativa es en favor de su renuncia a intereses privados y opción por los colectivos. Sin embargo, en la misma idea de expectativa tratada formalmente es donde se encuentran las limitaciones de la concepción. No hay expectativas unificadas, salvo que la misma cultura lo sea. La formalidad del modelo resalta al aplicarlo al derecho.

c) *Orientación universalista y particularista.* — Es particular la relación de un hombre con su amigo, con un pariente, en cuanto es la persona que puede esperar o hasta exigirle que les dé preferencia sobre los demás, independientemente de los méritos. La relación es universalista cuando la función de la cual surge prohíbe tales preferencias y requiere que se le dé prioridad a la capacidad, honestidad, utilidad (1973:64). En derecho nos interesa el caso en que, establecida formalmente una orientación universalista, prevalece la particularista indebidamente: favorecimiento del amigo para el cargo, elección de la amante en el concurso de belleza (como oposición al ejemplo dado por Stone), etc. El rechazo ético que puede causar la segunda norma no quita ni pone vigencia social, ya que se trata de casos en que normas particularistas informales contradicen las universalistas jurídicas y las anulan. En otros casos, el consenso puede ser tal para las segundas que las primeras sean letra muerta.

d) *Adscripción-adquisición.* — El primer criterio toma en cuenta cualidades del objeto que no dependen de su esfuerzo o realización; el segundo toma especialmente en cuenta estas características (1966:80). El modelo fue expuesto también por Linton, y forma parte de los conceptos sociológicos básicos del cual se pueden derivar tipos de sociedad y cultura. Pueden interesarnos los casos de discrepancia entre las normas jurídicas que prescriben tomar en cuenta criterios adquisitivos, por ejemplo, "la idoneidad es el único requisito para el acceso a los cargos públicos" (con un amplio contenido de adquisición), frente a criterios adscriptivos (nepotismo). Esta clasificación guarda estrecha relación con la anterior, ya que suele existir relación entre criterios universalistas y adquisitivos y particularistas y adscriptivos.

En el caso de la amistad política como requisito para los cargos —que puede ser tomada como un *status* adscripto— debe in-

quirirse si la *idoneidad* no incluye formalmente el criterio de compatibilidad política. En este caso, un criterio adquisitivo (idoneidad entendida como capacidad técnica) puede ceder frente a otro igualmente adquisitivo (idoneidad entendida como habilidad para ascender en la maquinaria política).

e) *Especificidad-difusividad.* — En el primer caso, el interés del actor en el otro es específico, esto es, evaluable en términos instrumentales o expresivos. En el segundo, el interés no aparece así circunscripto, sino que es de tipo más general. El contrato sería un ejemplo del primero; el amor o la amistad, del segundo, en cuanto a las distintas actitudes que se tienen frente al *alter* del sistema de interacción en un caso u otro.

No podemos agregar en este tema más de lo dicho al tratar variables pautas próximas a ésta, como la de afectividad y particularismo y sus opuestos. En el campo sociológico-jurídico, el interés pasa también por la prescripción de un tipo de orientación (específico) y su trastrocamiento sigiloso en otro (difuso) por imperio de normas diversas, o de los intereses de los actores.

Los juegos de pautas variables nos suministran un interesante instrumento de análisis social para señalar divergencias de las conductas con las prescripciones normativas jurídicas, y presumir a partir de las primeras la existencia, que puede comprobarse, de normas informales divergentes. Probablemente sea el aspecto del *Sistema social* que más utilidad preste en tal sentido.

2) *El control social.*

Al partir de un modelo de equilibrio, la desviación aparece en Parsons como "una tendencia motivada para un actor en orden a comportarse en contravención de una o más pautas normativas institucionalizadas". Dentro de estas pautas se incluye el derecho, y el control social es la contrarrestación de esas tendencias.

Dejaremos el tema de la desviación para el momento de tratar específicamente de ella. Nos limitaremos a la teoría del control social, pues dentro de éste queda implícita la idea del derecho, aunque no ocupe particularmente la atención de este autor. El "equilibrio estable del proceso interactivo" constituye el punto fundamental de referencia para el análisis del control social como mecanismo para contrarrestar la desviación. En primer lugar, el proceso de *socialización*: la norma institucionalizada se internaliza y esto constituye el *aspecto preventivo* del control social: se enseña al actor a no aventurarse en los procesos de desviación.

Los procesos de restauración del equilibrio también son procesos de aprendizaje, aunque una de las medidas más importantes del control social opera sólo en el nivel de afectación de la conducta exterior. Es la que, mediante la compulsión y por apelación a decisiones racionales a través de la coerción y la incitación, impide ciertas acciones o disuade de llevarlas a cabo por completo

o más allá de unos estrechos límites (1966:305 y 306). Puede suponerse que dentro de estas acciones se encuentran los tribunales de justicia como generadores, aunque Parsons pasa inmediatamente a ocuparse de "los aspectos motivacionales subyacentes, mucho más sutiles". Puede verse entonces que el *Sistema Social* contiene importantes elementos de la concepción funcional del control, aunque no se refiera específicamente al derecho. En otros trabajos específicos se confirma esta visión del sistema jurídico.

3) *El derecho como subsistema integrativo. Su estructura y funciones.*

La contribución más específica de Parsons a la sociología jurídica es un ensayo de 1962. Su importancia hace decir a Tomeo (que no comparte la idea funcional que Parsons atribuye al derecho) que se trata, "en cierto sentido, de una refundación de la sociología del derecho contemporánea" (1981:18 y 19), lo que parece excesivo, ya que en definitiva es una aplicación de criterios ya expuestos por el autor, y de otros que derivan de la concepción funcional de la sociedad (desde Durkheim), y del control social (desde Edward Ross). Sí puede decirse que ese trabajo, así como los de Evan y de Bredemeier que citamos más adelante, dan los puntos centrales de la concepción funcional del derecho, sin olvidar las posteriores elaboraciones de Luhmann y de Friedman.

En *El derecho y el control social*, Parsons considera al primero como un mecanismo generalizado de control que opera difusamente en casi todos los sectores del sistema social. Es allí donde reafirma el carácter "integrativo" que a su juicio posee, es decir que su función es reducir los elementos potenciales de conflicto con la condición (supuesta y a menudo tácitamente postulada por Parsons) de que la sociedad adhiera a un sistema común de normas. La función integrativa del derecho se cumple por medio de la resolución de cuatro problemas:

a) *La legitimación del sistema.* — Responde a la pregunta: ¿por qué debemos conformarnos con las normas, es decir, cuál es el fundamento del derecho? Las respuestas pueden ser varias: porque es voluntad de una autoridad secular, o porque deriva de un dios, o del derecho natural. Debería agregarse "porque deriva de un sentimiento común de justicia, o de otros valores compartidos". En todo caso, relaciona el orden jurídico con la vida social y con la ética.

b) *El significado* que una norma general pueda tener para los actores en una situación particular o en un caso particular.

Se trata del problema de la interpretación, que lleva a relacionar las normas con los individuos, grupos y colectividades.

c) *Las consecuencias* favorables o desfavorables que deben seguir al comportamiento que en mayor o menor medida resulta conforme a las normas o es desviado. Se trata de saber a quiénes se aplican las sanciones.

d) Los *sujetos y circunstancias* en las que una norma dada o un conjunto de normas se aplica: el problema de la jurisdicción.

## 4. El funcionalismo sociológico-jurídico: sus temas específicos.

*a) William Evan: la estructura del sistema jurídico.*

A partir de lo expuesto, se observa la posición y las relaciones del subsistema jurídico dentro del conjunto de subsistemas de la sociedad.

Evan define al sistema jurídico como un conjunto de normas que gobiernan las expectativas y las acciones de los miembros de un sistema social dado, y en un conjunto de *status* especializados a los que les son asignadas diversas funciones normativas (1962), sobre cuya base distingue entre sistemas jurídicos públicos y privados, y, luego, democráticos y antidemocráticos. Los primeros son los que se aplican sobre todos lós habitantes, y dependen del Estado; los segundos son los propios de organizaciones relativamente independientes del Estado y cuya jurisdicción se extiende a sus miembros. Los democráticos se basan en la separación de poderes, el consenso de los gobernados, la probabilidad alta de protección de los derechos institucionalizados, y la igualdad de todos los miembros del cuerpo social. Los antidemocráticos son los que carecen de estas características. Con estas descripciones formales crea cuatro tipos ideales por combinación de los elementos, con el fin de tener esquemas de análisis para estudiar las transformaciones de unos en otros.

En otro trabajo posterior (1980:554 y 562) analiza dos posibles funciones del derecho: una *función pasiva* de control social, dirigida a codificar costumbres, reglas morales y normas ya existentes, y una *función activa* de instrumento, que modifica los comportamientos y los valores vigentes en una determinada sociedad. Es decir que admite la existencia de un sistema legal que depende directamente de la sociedad (por medio de otros tipos de normas) y otro cuya función es independiente de ella (un derecho voluntarista, cuyo objetivo es el cambio de conductas). En el segundo caso, el derecho tanto puede imponerse como puede acatarse voluntariamente con posterioridad (función educativa). Para cumplir esta segunda función (derecho primeramente impuesto, pero luego aceptado voluntariamente) debe reunir las condiciones de poseer autoridad y ser prestigioso, ajustarse a una conti-

nuidad y compatibilidad jurídica e histórica, no merecer rechazo cultural, etc. De estos elementos, por lo menos algunos, si existen, muestran que el derecho impuesto no es tal sino que se acata por la compatibilidad con otros elementos del sistema social, de modo que si existen esas condiciones, el orden jurídico es del primer tipo (codificador de costumbres) y no del segundo.

Por último, en otros trabajos posteriores reivindica los siguientes temas que serán propios de un análisis funcional del derecho:

a) Estudio normativo de relación entre normas y valores subyacentes, y entre normas y grupos sociales en que operan.

b) Análisis de roles, es decir, de la actividad de personas que desempeñan funciones en el sistema legal (profesiones jurídicas).

c) Análisis del derecho como institución social que regula la interacción y resuelve posibles conflictos surgidos de la sociedad.

d) Análisis organizacional jurídico, esto es, de las organizaciones específicamente dedicadas a operar con normas jurídicas: tribunales de justicia, sistema legislativo, administración pública.

*b) Harry Bredemeier: el derecho como "mecanismo de integración".*

Harry Bredemeier, en un trabajo titulado *El derecho como mecanismo de integración* (1971), sobre la base del esquema de Parsons que reconoce cuatro subsistemas funcionales de la sociedad (adaptativo o económico, de logro de fines o político, mantenimiento de pautas o socialización e integrativo), coloca al derecho en el último citado, ya que su función es la solución ordenada de conflictos, y busca la relación entre aquél y los restantes subsistemas.

El derecho entra en funciones, según el autor citado, cuando el conflicto se ha producido, ya que la función del tribunal es dictar una sentencia, y de este modo "impedir el conflicto" (1971: 54) ,con lo que aparece la contradicción de impedir lo que ya se ha producido. Para lograr esta función, que debería llamarse con mayor corrección "represión o resolución institucional de conflictos", el tribunal requiere tres clases de "información de entrada" (*inputs*):

a) *Análisis de las relaciones causales,* esto es, las pasadas entre los litigantes, y las futuras probables entre la sentencia y las actividades de los litigantes. Esta información proviene del sistema adaptativo, según el autor, de lo que puede suponerse que piensa en conflictos de tipo económico entre sujetos de derecho (por ejemplo, el incumplimiento contractual o las obligaciones extracontractuales), pero no en otros (por ejemplo, los derivados de las relaciones extrapatrimoniales de familia).

b) En segundo lugar el tribunal necesita *pautas para evaluar las pretensiones en conflicto* y los *efectos previsibles de la sentencia* en la estructura de los roles sociales. Supone que esta información proviene del sistema de logro de fines (político), en el cual se definen las normas generales que el tribunal interpretará para el caso específico.

c) Por último, para cumplir sus funciones el tribunal debe contar con la *aceptación del fallo por los litigantes*. La motivación para aceptar al tribunal y acatar sus decisiones proviene del sistema de socialización.

La eficacia del sistema jurídico, en cuanto contribuye a la integración, es función de la estabilidad de esos intercambios, y la inestabilidad se produciría sobre la base de algunas de las siguientes disfunciones (aunque se trata de una enumeración no taxativa):

a) Desarrollo en el campo jurídico de objetivos inconsistentes con los objetivos de los órganos políticos.

b) La sensibilidad de los órganos legislativos a variaciones de breve duración en los intereses privados.

c) La falta de conocimiento preciso sobre los tribunales.

d) El desarrollo de un sistema de mantenimiento de pautas que posea valores contrarios o conflictivos[4].

*c) Lawrence Friedman.*

Dentro de los autores que han adoptado el punto de vista funcional para el análisis del derecho, deben separarse los que proponen un sistema de tipo general de los que aplican la metodología en aspectos concretos de la actividad jurídica (por ejemplo, el área de las organizaciones o de la administración judicial como una de ellas).

Limitados a los primeros, mencionemos a *Lawrence Friedman,* que, al decir de Treves, "extiende sus intereses a toda la multiplicidad de los problemas jurídicos en el ámbito de las ciencias sociales, y los considera y estudia en una vasta obra sistemática" (1987:304). Esto se observa en el hecho de ocuparse no ya del

[4] Bredemeier, 1971: 68. El punto d) señalado en el texto, dice: "El desarrollo en el sistema de mantenimiento de pautas de valores contrarios a la 'justicia'." Interpreto que se ha querido señalar la contradicción entre varios sentidos de *justicia* o entre ésta y otros valores (orden, seguridad), ya que, a estar textualmente de lo expresado, Bredemeier estaría sosteniendo un concepto metafísico de justicia, lo que no condice con la posición sociológica que sustenta. He suprimido, por otra parte, el punto en que sostiene que una de las causas de inestabilidad es "la falta de recursos para convertir al litigar en una experiencia de aprendizaje", ya que no se aclara el alcance de ambos términos (recursos y aprendizaje) como para entender con cierta precisión la idea del autor al respecto. El aprendizaje puede ir desde el temor represivo internalizado, hasta los resultados de la actividad de un juez entrenado en derecho de familia.

derecho, sino del *sistema del derecho,* puesto que para Friedman aquél constituye uno de los muchos sistemas sociales. Ni *derecho* ni *sistema* tienen notas particulares: se toman las acepciones más generalizadas.

El estudio del sistema jurídico no requiere definir lo que es derecho, sino estudiar su estructura y sus funciones. Como todo sociólogo jurídico, Friedman no se propone deducir orgánicamente de principios claros y aceptados los fundamentos del derecho, sino describir los componentes y sus funciones. Y, como todos los funcionalistas, presupone la existencia de su sistema, es decir, existe un sistema jurídico en funcionamiento.

El sistema jurídico puede ser descripto en términos de *estructura* (cuerpo institucional), *sustancia* (normas jurídicas sustanciales sobre los derechos y obligaciones) y *cultura* (complejo de actitudes y valoraciones que unen las fuerzas sociales al derecho). La teoría sociológica funcional tiene para el autor tres aspectos esenciales que deben analizarse: el origen de las normas, la función de las normas y las relaciones entre éstas, el poder y la estructura social. A ello debe agregarse el tema del cambio del derecho y su relación con el cambio social.

Por medio de la utilización de principios de "sistema abierto", Friedman entiende que el sistema constituido por el derecho interactúa con el sistema social por tres medios: la información de entrada (*input*), que constituye el material que ingresa en el sistema jurídico (los hechos o las operaciones que dan origen a una demanda judicial), la información de salida (*output*), que constituye las decisiones de los tribunales y la retroalimentación informativa (*feedback*), constituida por la que existe sobre decisiones judiciales que instan a iniciar procedimientos que puedan obtener resultados similares (por ejemplo, una nueva concepción jurisprudencial que sancione con prisión efectiva, y no con condena de ejecución condicional, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, puede derivar en numerosas presentaciones, anteriormente canalizadas en juicios civiles de alimentos, de dudoso resultado práctico, que tiendan a buscar la privación de libertad de los obligados a la prestación).

Esta interacción entre el sistema jurídico y el contexto social del que forma parte depende de la cultura jurídica, que es el modo como la comunidad (cultura jurídica externa) y los profesionales del derecho (cultura jurídica interna), por costumbre u opinión, valoran las normas jurídicas y su cumplimiento (1965). En la concepción funcional el derecho es un instrumento de cohesión social. Friedman entiende que esta cohesión se da a través de un conjunto de fuerzas en equilibrio, que se alteran para dar lugar a cambios normativos.

Las relaciones entre cambio jurídico y cambio social son analizadas mediante cuatro supuestos:

1) Cambio originado en la sociedad (pero fuera del sistema jurídico), que incide en el sistema jurídico y allí se agota.

2) Cambio originado en la sociedad, que vuelve a ella por medio del sistema jurídico.

3) Cambio que comienza en el sistema jurídico y que ejercita toda su fuerza dentro del mismo.

4) Cambio que se origina dentro del sistema jurídico y que, por su intermedio, ejerce su influencia en la sociedad.

Señalemos también que, siguiendo una constante en el trabajo de los funcionalistas, L. Friedman rechaza la idea de la evolución del derecho, que considera ideológica, prefiriendo la exposición de las funciones que presuponen la existencia del sistema sin prestar atención a su historia. Esta es una de las mayores fallas del método funcional, lo que no justifica la concepción evolucionista del derecho, que acudía a pocos trazos para explicar las mutaciones jurídicas, de modo esquemático y limitado, siendo por ello también atacable (idea que comparte Tomeo, 1981:26).

La concepción de Friedman presenta un funcionalismo modificado para no dar lugar a algunas de las críticas más evidentes; así, la relación entre derecho y conflicto (novedosa entre los autores de la escuela) es un elemento relevante, y la atención que presta al cambio del derecho nos lo muestra como un miembro atípico de la escuela. Sin embargo, coincido con Tomeo en que, en una representación tal del derecho, la idea de sistema jurídico queda como un concepto limitado y provisional, sobre todo si se entiende que el sistema está siempre tenso, las fuerzas que lo sostienen son diversas y discontinuas, los intereses y pretensiones son conflictuales y, por último, resulta más coherente hablar de un compromiso normativo que de un sistema normativo.

### d) *Niklas Luhmann*

Dentro de la tendencia funcionalista, mencionaremos a *Niklas Luhmann,* sociólogo general que ha tenido al derecho como una de sus inquietudes particulares. No obstante algunos cambios a las tesis de Parsons, el orden jurídico es entendido como una estructura de un sistema social, que descansa sobre la congruente generalización de expectativas normativas de comportamiento (1977:127). Se trata, al igual que para Parsons, de un instrumento de cohesión social que coordina en un nivel altamente generalizado y abstracto todos los mecanismos de integración y control. La concepción de Luhmann es, si cabe, más abstracta aún que la de Parsons, ya que reduce a los máximos límites las relaciones con los referentes empíricos e históricos con el fin de llegar a una teoría total de los sistemas (en igual sentido, Tomeo, 1981). De allí la crítica a las concepciones históricas del derecho y la afirmación de la progresiva autonomía y positividad del derecho en las sociedades modernas, producto de la diferenciación fun-

cional de la sociedad. La norma es definida como una expectativa de comportamiento estabilizada, de modo tal que resista a las variaciones de las situaciones de hecho (1977:54). Aparecen velados la creación histórica del derecho y los contenidos sociales de las normas; también su relación con los sistemas informales. El resultado está más próximo al formalismo que a la sociología jurídica.

Luhmann adopta como base de su análisis uno de los aspectos más discutibles de la concepción parsoniana: la sobreestimación del consenso a través del proceso de institucionalización. A ello se suma que la construcción, por su pretensión de equilibrio, especula con lo que el derecho *debería ser* en ese sistema ordenador e instrumental. Señalo que las posibilidades para el autor considerado son tantas como para los dogmáticos, y aparece comprometido con la *necesidad* de que *el derecho sea potente* como instrumento de control social (estabilidad social), aunque se ha valorado, por la crítica, más su defensa de una política jurídica específica que las consecuencias teóricas —valiosas, a mi entender— que tiene para la diferenciación entre ciencia del derecho y sociología jurídica.

Es así que se le han formulado duros cuestionamientos, como cuando se sostiene que su elaboración muestra una filosofía de la historia que no es más que una jerarquía de valores justificada sobre la base de un modelo sistémico, que, en definitiva, en cuanto defiende una imagen funcional del hombre, es tan axiológica como la teleológica o la historicista. O que "el asumir reflexivamente las propias valoraciones exige presentarlas como tales, evitando al máximo justificaciones históricas subliminares o extrapolaciones del instrumental metodológico utilizado" (Ollero, 1973:192 y 193).

Sin negarlo, debe reconocerse que Luhmann realiza un aporte significativo al sostener puntos de vista que no pueden ser descalificados respecto de la función de la dogmática jurídica y su relación con la sociología jurídica y la ingeniería social. Aquí se encuentran importantes limitaciones al sociologismo y a las tendencias que pretenden medir las normas jurídicas y la construcción teórica de los juristas por las consecuencias que lleva para la sociedad, de modo exclusivo. Esta concepción ha sido fundadamente criticada por el autor que consideramos.

En su trabajo *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, publicado en 1974 (1983), trata de definir la posición de la dogmática jurídica frente a la sociología del derecho, como diferentes acentuaciones hacia la información de entrada o hacia las consecuencias sociales del derecho. La misma aparición de la sociología obedecería a un fenómeno social producto de la autorrealización de la sociedad burguesa, que cambia la orientación desde el pasado hacia el futuro, lo que conduce a que las decisiones jurídicas, en último término, sólo puedan justificarse por sus consecuen-

cias, pero no a partir del acervo de datos de tipo normativo o fáctico (1983:22). Estudiadas de ese modo las funciones de la dogmática jurídica, resulta que "su función es transversal, es un control de consistencias con vistas a las decisiones de *otros* casos. Por ello, los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto, cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión" (1983:34).

A partir de una teoría sistémica, por la cual los regímenes que elaboran informaciones están unidos doblemente con el contorno social (por una información de entrada y otra de salida, según ya hemos visto a partir de Friedman y de Bredemeier), aquí es entendido el *input*, exclusivamente, como un "horizonte de pasado", constituido por el derecho dogmático, de modo que si el sistema elaborador de decisiones (sistema judicial) se encuentra cercano a él, será cuidadoso únicamente en la recepción y elaboración de las informaciones, pero relativamente indiferente con las consecuencias que se derivan de ello. Por el contrario, un centro de gravedad "en la frontera del *output*" significa que el sistema ve un problema principal en la *producción de determinados efectos* sobre la sociedad, y las informaciones que procura son un medio para ese fin, es decir, conforme al específico interés por producir efectos (1983:47 y 48).

Como puede observarse, esta evaluación del *input* difiere del presentado por Bredemeier, al que antes aludimos, por cuanto éste incluía en él tanto las relaciones causales pasadas entre litigantes, y las pautas para evaluar las pretensiones en conflictos, como las relaciones futuras probables entre la sentencia y las actividades de los litigantes, y los efectos previsibles de la sentencia en la estructura de roles sociales. En este punto, Luhmann aparece más cercano a la realidad que Bredemeier, pues éste suponía lo que debía *razonablemente* constituir un modelo operativo del tribunal, pero sin analizar qué ocurriría en el caso de que se tomaran solamente las relaciones pasadas y las pautas para evaluar conductas, o, por el otro, las relaciones futuras, los efectos del fallo, o la aceptación por los litigantes. Esto es precisamente lo que hace Luhmann.

"Si nos fijamos en la diferencia de los horizontes temporales, observaremos que la dogmática jurídica en su forma clásica estaba plantada, si no exclusivamente, sí primariamente, en la frontera del *input* del sistema jurídico... No tenían ni forma ni función de recetas para producir efectos (aunque en la actividad decisional interna al sistema podían ser utilizados de este modo, sobre todo por los abogados). El problema de la categorización estaba, más bien, en la garantía de la capacidad de decisión para cada caso que en una incidencia concreta sobre el contorno social" (1983:51).

Éste fue, sin duda, el modo tradicional de operar de la dogmática jurídica, y precisamente por ello apareció desvinculada de la práctica del derecho. Es "la más antigua teoría del sistema jurídico", que en ese sentido puede considerarse "universalista" en términos de Parsons.

La rebelión contra el formalismo es interpretada por Luhmann como un "cambio de horizonte" hacia el *output*, es decir, hacia las consecuencias del decisorio, tanto por la jurisprudencia sociológica como por el realismo jurídico, los que se preocupan por la efectividad del derecho; esto abarca a los jueces que plantean actualmente un compromiso sociopolítico (sobre este tema, véase el Cap. VII). Aun así, sostiene Luhmann, falta para este conjunto de tendencias un marco de referencia teórico que justifique al derecho por sus consecuencias, que sólo podría darse en un sistema de un nivel superior, una abstracción aún más elevada.

Entender el derecho por sus consecuencias, es decir, por lo que resulta prácticamente de su aplicación, es ajeno en general al pensamiento jurídico. En rigor, no hay duda que éste sigue elaborando preferentemente *inputs* con indiferencia general hacia el *output*. El problema teórico, como bien sostiene este autor, es saber si puede el sistema jurídico de la sociedad actual conservar y desarrollar una dogmática jurídica empleando las consecuencias de las decisiones jurídicas como criterios (1983:61). Esto significa preguntarse, por ejemplo, si lo lícito o ilícito pueden definirse a partir de sus propias consecuencias. ¿Es correcto argumentar jurídicamente a partir de los resultados? Es exactamente lo opuesto de la deducción de principios que ha enseñado la dogmática, eso es claro; lo que resulta problemático es si realizarlo permite sostener una dogmática jurídica independiente de la sociedad y de la sociología.

La orientación a las consecuencias de la acción, característica del mundo moderno (triste fin, acoto, al racionalismo de Weber, que justifica el pesimismo de Sorokin), acarrea inseguridad, y convierte en tema central a la seguridad jurídica, como problema y como valor. De allí la necesidad que para Luhmann tiene preservar la dogmática, y de la que no parece prudente discrepar, ya que "a esto refieren los esfuerzos de conocimiento, de presentación y de organización del sistema jurídico diferenciado. El ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico. Precisamente por eso la decisión de este sistema jurídico no puede basarse a su vez tan sólo en la previsión de sus propias consecuencias" (1983:68).

Motivo nada menor para que exista esta imposibilidad es la dificultad para prever las consecuencias, ya que por la inevitable selección de las mismas (¿cuáles serán las relevantes?), por la marginación de las colaterales y la definición de las consecuencias mediatas, la previsión puede discrepar de lo deseado y de lo esperado, de modo que "nadie querrá seriamente reproducir esta

problemática en el sistema jurídico". En realidad, leyendo a algunos autores de la criminología crítica, no se puede estar seguro de que nadie quiera reproducirlo, según creo.

En este punto la posición de Luhmann no sólo aparece "conservadora" (de cualquier sistema) sino con sentido común. La toma en consideración de las consecuencias debe ser un punto de vista moderador o corrector de la dogmática, altamente abstracta. Entre los varios casos que plantea para tenerlas en cuenta (1983: 75 y ss.) señalo las consecuencias individuales alarmantes para justificar excepciones a las reglas.

Es aquí donde aparece la tan mentada defensa del dogmatismo realizada por este autor, que si no es valorada en su contexto, se presenta como un "escándalo sociológico". Y, precisamente por sus fundamentos, resulta necesaria esa defensa para una sociología jurídica independiente.

"La dogmática integra el sistema jurídico sólo en el plano de las premisas de decisiones a las que articula como componentes de sus decisiones y las fija para casos futuros; no proporciona ninguna integración de consecuencias en la realidad de su entorno. Precisamente en ello, añadamos, reposa el elevado grado de libertad de interpretación de textos y experiencias que puede garantizar la dogmática. No se compromete con la realidad social de manera irrevocable; no invierte lo que solamente podría liquidar a costa de inaceptables pérdidas" (1983:84).

La lectura de este párrafo, realizada superficialmente, podría generar la "indignación sociológica". Pero sólo cabe que sea criticado duramente por la sociología jurídica más radicalizada, o por el realismo jurídico, y no por una sociología del derecho que no pretenda disolver las otras disciplinas que se ocupan del derecho, en sí misma.

Sostiene Luhmann:

"Como fácil podemos hacer constar, no hemos encontrado ninguna posibilidad convincente de recomendar una dogmática jurídica que emplee las consecuencias como criterios de lo lícito y lo ilícito. En estas circunstancias existe el peligro de que un sistema jurídico al que se exija una orientación sociopolítica a las consecuencias abandone su autogobierno dogmático y ya no se oriente a criterios que trasciendan el programa de decisión sino sólo directamente a las propias expectativas de las consecuencias" (1983:90).

El autor ve "gravísimas señales de alarma" en la emergencia de criterios extrajurídicos de este tipo en materia de imputabilidad, y señala que, en síntesis, perdería todo sentido diferenciar entre las disyunciones "conforme a derecho/contrario a derecho" e incluso "bueno/malo". No se equivoca en cuanto a los graves efectos que la dilución del derecho positivo y su elaboración dogmática puede tener si se la *reemplaza totalmente* por una orientación exclusiva hacia las consecuencias. En el Capítulo VIII ten-

dremos amplia oportunidad de referirnos a estos efectos cuando consideremos las posiciones teóricas de la "nueva criminología". Muchas teorías criminológicas, desde 1970 a 1980, centradas en las causas sociales mediatas o en las consecuencias inmediatas y mediatas del acto criminal, pierden de vista al agente del acto delictivo, y hasta su voluntad en la comisión. El derecho penal deja de existir en un contexto teórico semejante: "el correccionalismo" es considerado represor por sus efectos, y queda automáticamente descalificado.

Es así que Luhmann afirma un punto de vista importante para la conservación del derecho como estructura normativa con funciones positivas en la sociedad (sin perjuicio del contenido concreto de las normas). Afirma que deben distinguirse ambos puntos de vista (u "horizontes") e integrarse internamente al sistema el *input* y el *output* (como presentaba Bredemeier el problema), pero no por la maximización del primero (buscando ilimitadamente información normativa o promoviendo la máxima investigación de las relaciones pasadas entre los litigantes), ni la optimización del *output* (tratando de fijar una programación final de la sentencia, como ingeniería social, es decir, considerar los efectos mediatos y remotos del fallo, o las infinitas circunstancias derivadas de las posibles conductas de los alcanzados por la norma, en cuanto a la aceptación o rechazo del fallo).

Sostener que el sistema de aplicación jurídica debe adaptar la prestación jurídica a las estructuras y problemas del entorno social del sistema jurídico, es decir que se encuentre vinculado al medio externo, no significa que se anule su diferencia dentro de ese sistema: el sistema jurídico debe encontrarse diferenciado dentro de la sociedad para producir efectos. En síntesis, la crítica a esta posición como "conservadora" tiene sentido si se entiende que trata de conservar el "derecho" como sistema dentro de la sociedad y como control social. Pero no en cuanto pretendería aislar al derecho y proponer una dogmática cerrada, eliminando todo referente al *output* o al contorno social, que no se lo ha propuesto.

Desde luego, si se parte de una posición totalmente centrada en las consecuencias, que, por ejemplo, presta atención a la rotulación estigmatizante del agente que ha cometido un delito y no al acto en sí, que cae en el olvido, apareciendo el derecho como una impronta injusta que afecta a un "infractor" cuyas motivaciones no es pertinente analizar[5], entonces la posición de Luhmann aparecerá como obstaculizadora a tal dilución del derecho.

[5] Sobre los enfoques de la rotulación, derivados del interaccionismo de *Becker*, véase la exposición en el Cap. VIII. Allí se analizan y critican también las posiciones radicalizadas de la criminología, para las cuales el precedente análisis es pertinente.

Debemos reiterar nuestra posición; el camino de la sociología jurídica, como aporte a la comprensión del derecho, no pasa por la pretensión política de suprimir los criterios por los cuales el derecho positivo se analiza en la ciencia del derecho. El influjo de los resultados de las investigaciones sociales, como *output*, será sin duda de creciente influencia en las elaboraciones normativas, como derivado del avance de las ciencias sociales (*feedback*, cada vez más tenido en cuenta por el sistema jurídico), pero siempre será necesario buscar un cierto equilibrio entre lo que ese autor llama "horizontes de pasado y de futuro", entre la norma entendida como "dada", analizable a partir de antecedentes, y las consecuencias del accionar de los tribunales. No toda la dogmática jurídica es silogística, pero si trata de serlo, se aleja en esa medida de la realidad; en el otro extremo, el derecho, acercado en sus elaboraciones a las consecuencias, queda limitado o anulado como modelo de conducta. No puede regirse por las consecuencias de las conductas que prescribe, del mismo modo que el juez no puede predecir su propia conducta, como falsamente se derivaba del modelo realista. Lo que puede ocurrir es que los operadores jurídicos, y los legisladores, tomen en cuenta lo ocurrido con los casos concretos de aplicación anterior (que ya es pasado) para orientar los nuevos fallos, disminuyendo la "indiferencia hacia las consecuencias", que es el máximo vicio del dogmatismo extremo. En este sentido, entonces, limitamos las críticas a Luhmann y rescatamos su idea que la solución no es un cambio total del horizonte del *input* hacia el *output*, sino la equilibrada ponderación de ambos, y coincidimos en la idea contraria a la identificación entre ciencia del derecho y sociología del derecho, que ya expusimos en el Capítulo I.

*e) El análisis funcional del derecho según Norberto Bobbio.*

Creo que este autor es uno de los que más ha esclarecido la posible utilidad de la búsqueda de las funciones del derecho, y ha realizado las debidas distinciones para que este análisis otorgue alguna claridad a la interpretación sociológica del fenómeno jurídico. Señalo en primer lugar que el análisis de Bobbio está presidido por la consideración del *análisis funcional* del derecho y *análisis estructural* del derecho como puntos de vista diversos, y su rechazo a realizar un análisis estructural funcional por no existir correspondencia biunívoca entre ambos. La misma estructura (por ejemplo, el derecho considerado como combinación de normas primarias y secundarias) puede tener las más variadas funciones, y la misma función (por ejemplo, la cohesión y la integración del grupo) puede ser desarrollada mediante distintos sistemas normativos. Sostener lo anterior no supone negar la existencia de relaciones entre estructura y función, de modo que es

necesario estar atento a las modificaciones de unas y otras (Bobbio, 1980:286).

En su búsqueda de un análisis funcional que no desplace al estructural, pero que tampoco deje a éste como único parámetro explicativo del derecho, realiza un esfuerzo teórico para esclarecer los supuestos básicos del análisis funcional aplicado al derecho y las distinciones necesarias que deben realizarse sobre el derecho mismo. Es correcto sostener, como lo hace, que el escaso interés dado a este tema por la teoría jurídica tradicional obedece a que los teóricos del derecho, formalistas como Kelsen o con orientación sociológica como Ihering, no consideraron de interés para determinar sus características los fines a los que sirve, sino el modo en que los fines (cualesquiera sean) son perseguidos y alcanzados. El antiteleologismo está presente también en Max Weber. De este modo se da por aceptado que las normas jurídicas tienen una o varias funciones, que son positivas, cuáles son estas funciones y cómo se las ejercita. Son estos puntos, precisamente, los que, al no ser aceptados sino debatidos, dan lugar a la teoría funcional del derecho (Bobbio, 1980:266 y 268).

Bobbio estima que si el derecho tiene funciones, éstas no tienen necesariamente que ser positivas; pueden ser negativas. Distingue entre el concepto clásico de *disfunción* (que está constituido por cumplir mal la función positiva) y el de *función negativa* (que es cumplir una función adversa al sistema). Así, por ejemplo, las disfunciones del sistema judicial sólo señalan los defectos del funcionamiento, pero la administración de justicia cumple una función positiva (aunque actúe disfuncionalmente). En cambio, el sistema carcelario es cuestionado porque cumple funciones negativas: su funcionamiento tiende exactamente a lo contrario de las previsionales legales (en cuanto constituye una escuela delictiva de irrecuperables sociales, convertidos en tales por el mismo sistema carcelario). De este modo, si debe satisfacernos que un instituto funcional actúe bien, deberíamos lamentar que una institución que cumple funciones negativas se desempeñe bien, ya que cuanto peor lo haga, mejor será para el sistema: *"La disfunción atenúa la negatividad de la función"* (1980:271 y 272).

Para los funcionalistas clásicos el derecho debe tener funciones positivas (aunque también disfunciones, afunciones y funciones manifiestas y latentes) [6]. Las disfunciones son fallas que pueden ser corregidas. La función negativa requiere el cambio del sistema. Éste es precisamente el punto de vista de la sociología crítica. Si para el funcionalismo clásico, como en Parsons y Luhmann, el derecho tiene no sólo una función positiva sino la "máxima positividad" (de integrar el sistema), en la teoría crítica

[6] Para el estudio de estos conceptos debe remitirse a *Merton, Teoría y estructura sociales*, y a los realizados por los teóricos e historiadores de la sociología y del análisis funcional.

tiene funciones negativas, ya que, precisamente, tendría la que Tomeo identifica como *"ser la estructura del conflicto"*, esto es, producirlo al distribuir desigualmente los bienes y perpetuar esa distribución inequitativa, castigando a los que no se avienen con ese reparto.

Lo expuesto se vincula con la llamada *función distributiva* del derecho, que, aun conocida, no es suficientemente puesta de relieve junto con las de integración y control. El derecho, por medio de quienes disponen del aparato jurídico y asignan a los miembros del agrupamiento social (personas o grupos de interés) los recursos económicos y de otro tipo de que se disponen (consumo, impuestos, posibilidades de empleo y educativas). En realidad, el derecho sólo convalida los repartos existentes en la sociedad, ya que la idea que surge de Bobbio es excesivamente potente respecto de las posibilidades del derecho, en oposición a lo que surge de las posiciones ampliamente referidas hasta ahora. Parece poco probable que el derecho pueda establecer una nueva forma de reparto, y ser respetado, si no cuenta con refuerzos normativos además del poder formal. Es cierto, sin embargo, que esta función, en la medida limitada que puede existir, no ha sido reconocida ampliamente como lo fue la de control social o la cohesión; pero creo que el derecho, principalmente, otorga al que ya tiene. Cuando se observa una alteración de los principios tradicionales (por ejemplo, en el derecho laboral sobre la presunción a favor del trabajador y las alteraciones en su beneficio que presenta el procedimiento común), no es señal de que en el futuro se alterará el reparto, sino que en el pasado (quizá reciente) se ha alterado la relación de fuerzas, de modo tal que el nuevo derecho reconoce el equilibrio en un punto diverso del expresado en las relaciones anteriores. Esto sin perjuicio de que más adelante la práctica judicial que respete este nuevo equilibrio pueda constituir un refuerzo del nuevo estado social, por saber las partes con qué fuerzas cuentan en caso de conflicto y cómo se ejercitan y declaran judicialmente. Y así hasta que el peso de una nueva composición más o menos estable de fuerzas aparezca registrada en el derecho legislado o en la jurisprudencia, para tener el mismo efecto señalado.

Otra función a la que debe prestarse atención es la que Bobbio llama *promocional*. La visión tradicional jurídica o sociológica del derecho presta atención sólo a las sanciones negativas por incumplimiento de los mandatos (penas, indemnizaciones). Las recompensas se colocan fuera del derecho. Pero el Estado moderno, al lado de las otras, coloca muchas veces estímulos o recompensas que incentivan el cumplimiento de conductas en el sentido buscado. Así, cuando pretende alentar ciertas actividades económicas se vale de este tipo de sanciones (subsidios, impuestos o tasas diferenciales, exenciones). Se trata de ventajas ofrecidas al que

cumple con determinada expectativa normativa, mientras que el incumplidor no tiene sanción normativa (1980:276 y 277).

*Problemas del análisis funcional.*

Después de haber definido algunas funciones, desconocidas e innacesibles mediante el análisis estructural del derecho, Bobbio cree justificado, acertadamente, encarar este tipo de estudios. Pero debe notarse que la consideración concreta del orden jurídico como subsistema social no es simplemente teórica o abstracta, sino que el autor pide "técnicas de investigación empírica que son propias de las ciencias sociales y que se distinguen en cuanto tales de las técnicas de las que se valen los juristas para desarrollar su tarea de intérpretes y críticos de un determinado derecho positivo" (1980:278). Y, cabría agregar, también difieren de las especulaciones teóricas que ven en el análisis funcional un modo de alejarse aún más de la realidad concreta del derecho, para llegar al cielo de la integración equilibrada de un derecho casi "esencial" que no difiere en la práctica de un derecho natural, aunque esa asimilación no sería aceptada por quienes pretenden hacer sociología con ello.

En el análisis funcional del orden jurídico surgen los problemas conocidos en la teoría general funcional: el primero es la ambigüedad terminológica, que había sido en parte estudiada por Merton. Aceptado el concepto de función que comparte en general esta escuela (aporte positivo que una parte de la estructura hace para la conservación y el desarrollo del conjunto), la primera pregunta se formula: ¿cuál es la unidad servida por la función? La posibilidad de discernir unidades se dará respecto de la sociedad como totalidad o respecto de las personas que la componen. En realidad, ambas deben ser consideradas, aunque muchas veces el análisis funcional jurídico no lo hace con discriminación; cuando Parsons sostiene que la función del derecho es la integración social, se pone en el punto de vista de la sociedad como unidad; si se refiere a las necesidades de los miembros, el planteo es otro (como es el de Ihering, para quien las condiciones de existencia de la sociedad remiten a las personas y sus necesidades). Si se consideran ambas unidades, se apunta a un aspecto universalista y a otro individualista, o también se toma el punto de vista de los gobernantes, en el primer caso, y de los gobernados, en el segundo. Para los primeros será relevante la función de control, integración y orden social, y para los segundos, el límite del poder estatal y sus pretensiones.

El segundo punto que debe aclararse en el análisis funcional jurídico es el *nivel* de la función que se toma. En muchas oportunidades, sostiene Bobbio, se toman funciones de distintos niveles como si fuera uno solo; por ejemplo, las funciones de seguridad y de resolución de conflictos. Éstas pertenecen a distintos

niveles sistémicos, puesto que si la resolución de conflictos (función de la administración judicial) es conseguida, coadyuva a obtener la función de seguridad, que es de un nivel superior (ya que a ella colaboran no sólo el sistema judicial de resolución de conflictos sino otros: medios de concertaciones colectivas, instituciones profesionales, etc.).

Este tipo de análisis no debe buscar la *función última* del derecho, pues en este caso puede confundirse el deber ser con el ser (por ejemplo, sostener que la función última es la realización de la justicia). Bobbio parece admitir lo contrario, en un intento de incorporar el punto de vista del filósofo, para el cual las otras serían funciones intermedias. Sin embargo, el sociólogo debe tener especial cuidado en descartar "funciones" que no son tales salvo en la medida que se incorporen los valores sociales vigentes de un modo mensurable y vinculado a los sectores sociales que los sustentan.

El tercer tema por abordar, cuando se estudian las funciones del derecho, no deriva ya de las posibles confusiones terminológicas del análisis funcional y de los diversos niveles funcionales, sino del derecho mismo. Para Bobbio, cuando se trata de funciones conservadoras (estabilizantes, de orden, represivas) y de funciones de innovación (promocional, distributiva, revolucionaria), se entienden dos derechos distintos: ambos pretenden condicionar comportamientos; pero el segundo se analiza de acuerdo a las consecuencias que produce (1980:282 y 283). La interpretación de Luhmann sobre los horizontes de pasado y de futuro es aplicable a estas ideas de Bobbio, porque las funciones conservadoras guardan relación con el primero y las de innovación con el segundo. Pero poco aclara decir que hay "dos derechos distintos", porque esta idea oscurece el concepto normativo del derecho. Son, en mejores términos, dos modos distintos de interpretar los marcos normativos suministrados, a partir de la intrínseca posibilidad que tienen de ser ampliamente recreados por el operador jurídico.

En otro orden, Bobbio también sostiene que si el derecho público y el privado desarrollan diversas funciones, deben ser distinguidos en el análisis funcional. El privado hace a la función de permitir la coexistencia de intereses particulares divergentes mediante reglas que hacen menos frecuentes y agudos los conflictos, o los resuelven. Y el derecho público dirige intereses divergentes hacia un fin común por medio de reglas imperativas y generalmente restrictivas. Este análisis de Bobbio tiene utilidad para esclarecer algunos supuestos del análisis funcional, al tratar de poner el acento en la especificidad de la función y no de la estructura, y superar la búsqueda de funciones unificadoras que llevan a la simplificación (no obstante la aparente complejidad de la presentación) en algunos aspectos de la obra de Luhmann.

*f) Las funciones del derecho según Vincenzo Ferrari.*

En una extensa obra, que excede no sólo el marco de su título, sino que abarca la mayor parte de los temas de la sociología jurídica, los fundamentos epistemológicos de la ciencia y sus vinculaciones con la filosofía del derecho, Vincenzo Ferrari estima que las funciones del derecho no reducibles a otras son tres:

1) *La orientación social.* — Responde al carácter persuasivo de la regla. El derecho a nivel social no es sólo una regla, sino una dirección general de la conducta ejercida mediante modelos más o menos típicos, coordinados o coordinables institucionalmente. Esto implica una cierta estabilidad de los modelos jurídicos, y una cierta seguridad sobre el hecho que los actores sociales los consideran existentes (1987:90 y ss.).

2) *El tratamiento de los conflictos declarados.* — Examina la intervención *post factum* de las reglas, después que los actores han experimentado la imposibilidad de encontrar un punto de composición de sus intereses contrapuestos. Hago notar que Ferrari no se refiere a "composición" o "solución" sino "tratamiento", por considerar que los primeros son términos *eufuncionales*, esto es, se refieren a un resultado equilibrado en el que no se altere el saldo funcional del sistema: en concreto, los conflictos son realmente resueltos o compuestos. Pero como bien dice Ferrari, el procedimiento judicial puede conducir no sólo a la solución sino a la reiteración de los conflictos, de modo que en definitiva no los resuelva sino que los genere (1987:95 y 96).

3) *La función de legitimación del poder.* — Aquí poder se entiende como participación en la toma de decisiones. La función se funda en que todos los sujetos que disponen de capacidad de decisión, o que deciden ampliarla, hacen normal uso del derecho para conseguir consenso sobre las decisiones que asumen o que desean asumir. El poder es una variable independiente respecto del orden jurídico en el desarrollo de esta función.

*g) Razón jurídica y polisistemia jurídica en la obra de André-Jean Arnaud.*

Puede cuestionarse, seguramente, incluir la obra de André-Jean Arnaud en este capítulo, ya que por el objetivo final que le atribuye a la sociología jurídica, tiene lugar más entre los críticos modernos que entre otros teóricos de la sociología jurídica. Pero lo hago en cuanto el fundamento de su teoría es sistémico, o, si se quiere, polisistémico, sin perjuicio de que, a partir del modo como conjuga los sistemas de derecho y su interés por la distorsión de la razón jurídica, deberá ser considerado también en otros capítulos de este libro.

Para Arnaud, cuyas reflexiones son sumamente valiosas, existen dos conceptos que permiten comprender el derecho como fenómeno histórico y social: la *razón jurídica* y el *sistema jurídico*. La razón jurídica es el motor en virtud del cual un sistema jurídico se organiza de modo coherente y peculiar para realizar ciertos fines (1981:27). La razón jurídica es condición necesaria y suficiente para la existencia de un sistema jurídico en varios sentidos: un mismo sistema jurídico no puede estar animado de más de una razón jurídica.

Debe entenderse, desde ahora, que para Arnaud no interesa la razón interna del sistema, sino la racionalidad externa. La razón jurídica es en primer lugar la expresión de una visión del mundo, una toma de posición filosófica, la adopción de una línea política. Un legislador, según que considere que las ideas justas son innatas, o que provienen de la práctica social, según que hable en términos de estado de gracia y de pecado, o de libertad, que se refiera a textos sagrados o que trate de conocer las necesidades de la sociedad para la que debe legislar, colocará en el centro del derecho una razón correspondiente a esa posición inicial. La razón jurídica es por ello una *elección*, y el sistema que ella rige sólo admite los elementos que se relacionan racionalmente con ella. De este modo se encuentra asegurada la uniformidad jurisprudencial.

La unidad de la razón asegura igualmente la uniformidad de las conductas, no en el sentido de que no pueda haber conductas contrarias, sino en cuanto define las conductas conformistas y la desviación. La razón jurídica es totalizadora: excluye el pluralismo jurídico. No hay antinomias posibles en el sistema así creado: dos reglas normativas del sistema no pueden ser contradictorias: todas las normas sancionadas reenvían a la misma razón jurídica.

Hasta aquí parecería que nos encontramos frente a un dogmático del "derecho sin lagunas", o a la justificación que los juristas tradicionales hacen de su propio sistema. Pero inmediatamente es aclarado que la razón jurídica así expresada es un modelo, cuya formulación con tal claridad *ab initio* sólo pudo darse en algunos casos, como la legislación napoleónica, la soviética inicial, la revolucionaria cubana. En esas situaciones es poco probable que se puedan sancionar normas ajenas a la razón jurídica que preside el sistema. Sin embargo, con el paso del tiempo, cuando las estructuras económicas y sociales no corresponden al contexto en el cual el derecho fue inicialmente concebido, se originan revisiones que no resultan coherentes con la razón jurídica inicial.

En este caso puede ocurrir que el elemento extraño se ajuste y ocupe el lugar del elemento reemplazado; no se ha atacado a la razón original de modo tal de producir una afrenta al sistema. También puede pasar que sobre la base de nuevos elementos la razón jurídica se transforme, pero siempre la exclusividad de la

razón jurídica permanece. La autonomía del derecho es el reconocimiento del orden jurídico como sistema ordenado alrededor de una razón (1981:357).

El caso más interesante es aquel en el que existe más de un sistema, y las reformas planteadas obedecen a razones jurídicas de otros sistemas, no del vigente. El ejemplo de Arnaud es el derecho laboral y social frente al derecho burgués y capitalista: presenta una razón jurídica distinta, una razón jurídica de "derecho proletario". Podemos enfrentarnos entonces a la presencia de dos sistemas de derecho que viven yuxtapuestos, y que poseen su propia razón (1981:30). Podríamos preguntarnos, en nuestro país, si las reformas introducidas en 1968 en el Código Civil respondían a la misma razón jurídica de la existente en el redactado por Vélez Sarsfield. Creo que las teorías de la imprevisión y la lesión no responden a la razón jurídica del derecho liberal tal como era concebido en el siglo pasado.

No hay duda, sin embargo, que la razón jurídica que impone las soluciones del derecho laboral no es la del derecho liberal burgués, y tampoco lo son las soluciones de privilegio que amparan al fisco en sus relaciones con los contribuyentes, limitados en las garantías de los derechos de un modo creciente (para esto, no hay como comparar las distintas y sucesivas leyes de procedimiento fiscal, cada una más avasalladora que la anterior en cuanto a la igualdad sustancial y procesal, y a la posibilidad de una defensa acabada y completa de los derechos del contribuyente contra el fisco).

Volvamos a Arnaud. La razón jurídica del sistema no se encuentra "dada". Debe ser conocida *a posteriori*, es decir, reconstruida teóricamente. Lo que se conoce inicialmente son los principios en función de los cuales está construido el sistema. Y es necesario desconfiar, porque la razón jurídica puede, en fin de cuentas, revelarse como no conforme a estos principios. Entonces, la razón jurídica se conoce analizando el sistema: no es ni la causa, ni la legitimación, es el reflejo de la causa o de la legitimación que se encuentra en las premisas de una legislación (1981:31).

La importancia que Arnaud le reconoce al concepto de razón jurídica surge no sólo de que ella da consistencia a un orden según el cual todos los objetos jurídicos se encadenan y proceden unos de otros, sino en el reconocimiento de sus límites: al rechazar toda otra razón, introduce la creación de sistemas paralelos dotados de una razón propia. Un derecho aparentemente unificado puede, al analizarse, revelar que no lo está realmente.

Arnaud trata de acercarse a esta razón jurídica, y a las otras razones jurídicas a través de la sociología jurídica, disciplina que considera la más adecuada para la aprehensión material de los sistemas jurídicos, porque es la única capaz de conocer la razón en movimiento de los sistemas jurídicos. También puede evocar sus conflictos en términos de *polisistemia simultánea*, es decir,

que a través de ella puede entenderse la *distorsión de la razón jurídica* (1981:278).

Con estas premisas, Arnaud desenvuelve su propia sociología jurídica, que se refiere:

1) en primer lugar, a la definición de la *desviación* como una distorsión de la razón jurídica;

2) en segundo lugar, al estudio de las *fuentes* y la *creación* de los sistemas de derecho, y a la transformación de éstos por el contacto con ciertos sistemas jurídicos que obedecen a una razón que les es extraña;

3) en tercer lugar, como todo derecho se enuncia y expresa a través de un *discurso* que permite descubrir, más allá de su estructura y su función, la razón jurídica que lo anima, debe ser estudiado, porque se le pueden oponer, precisamente, ciertas vivencias que reenvían a otros sistemas dotados de razones jurídicas diversas. De este modo, la sociología jurídica es también una sociología de los discursos de la razón jurídica.

Analicemos brevemente cada uno de estos aspectos. En cuanto a la desviación, que nos ocupará *in extenso* en el Capítulo VIII, Arnaud la entiende como un producto de la antítesis de la razón jurídica. Para esto puede considerarse al conformismo como el fruto de la razón jurídica que anima a un sistema (1981:294 y 295): la desviación será la consecuencia de una razón antitética al sistema observado, la razón de otro sistema en conflicto con la razón del sistema de derecho impuesto.

De este modo, la razón jurídica antitética no es una "irrazón jurídica", la aberración de un sistema jurídico único, como se la entiende a partir de la tradicional antítesis "conformidad-desviación": si se parte de una hipótesis polisistémica, se admite la existencia de sistemas jurídicos dotados de razones diferentes y que cada uno conlleva comportamientos conformes que son considerados desviados por los sistemas vecinos. Veremos oportunamente que este punto de vista es sostenido por muchas opiniones críticas en materia criminológica. Basta por ahora señalar que aquí se ha considerado "sistema jurídico" no sólo al del "derecho impuesto" (orden jurídico, "derecho oficial") sino también a los sistemas alternativos, que no son de derecho impuesto u oficial, pero que tienen "vocación de devenir en derecho", de convertirse en ley. Si se acepta este punto de vista polisistémico, la razón jurídica no se encuentra animando sólo al derecho impuesto sino que hay razones jurídicas distintas, y la desviación pertenece a un sistema jurídico alternativo tanto como el conformismo pertenece a otro sistema jurídico (1981:196). Dejamos este tema aquí, para retomarlo luego. Sólo hemos querido destacar una clave de interpretación de la conducta desviada, no a partir de ser considerada desviada por el sistema oficial dotado de una razón jurídica, sino a partir de entenderla como conformista por tomar en cuenta su propia razón jurídica, la del "sistema alternativo".

El segundo punto a considerar es el de las fuentes del derecho, la sociología jurídica como sociología de la creación de las normas jurídicas. Para Arnaud, la decisión de crear una norma jurídica (o de transformarla, lo que es similar), es un eslabón intermedio, aun si fuera el primero aparente, en la cadena de causalidad que conduce a la creación o a la transformación de la norma. Han tenido lugar interacciones normativas al nivel de una polisistemia simultánea, entre normas en vigor y normas jurídicas a las que reenvían comportamientos de resistencia a las normas impuestas. Puede haberse hecho de modo inconsciente o siguiendo una estrategia precisa. Una sociología del "derecho establecido" es sólo el centro de un tríptico cuyos extremos están constituidos por el análisis de lo que ocurre antes y de lo que presuntamente ocurrirá después: la concepción, y la elaboración de las normas por un lado, y el estudio del cambio jurídico, que define las modalidades de la transformación, por el otro.

En cuanto a la concepción jurídica hay dos tipos: unas son vulgares, las otras letradas; llama a las primeras *orden del imaginario jurídico* y a las segundas, *orden del pensamiento jurídico* (1981:333).

Sobre el imaginario jurídico existe ya una amplia bibliografía, y nos ocuparemos de él en el Capítulo VII, al tratar del discurso jurídico. Por ahora diremos que para Arnaud, frente a la presencia del derecho impuesto y de sistemas jurídicos no sancionados, producto del imaginario jurídico (que definimos provisionalmente como combinaciones nuevas por sus formas o sus elementos que resultan de la imaginación creativa, y que pueden ser simples, si afectan a pocas normas, o complejas, si afectan a instituciones o a todo el sistema de derecho), cabían dos alternativas científicas: la primera es considerar derecho sólo al derecho impuesto, sistema autónomo y puro a partir de la razón jurídica que lo anima, según señalamos anteriormente. La segunda es englobar todos los sistemas en un único análisis (pluralismo). Arnaud propone una sociología jurídica diversa: es la que analiza los diversos sistemas puestos a la luz cuando se estudia el "derecho no sancionado", pero con vocación de convertirse en derecho. Este estudio implica el de su dinámica, el modo en que puede afectar un "sistema vulgar" a un sistema de derecho impuesto, y anticipar de este modo las crisis que amenazan a éste.

La importante consecuencia de este planteo es que de este modo se escaparía del dilema que a los sociólogos del derecho plantea la dicotomía "ser-deber ser". Arnaud piensa que para comprender el fenómeno jurídico es necesario concebir y medir el espacio que separa los sistemas jurídicos, y no reconocer en el derecho sino una opción estratégica e histórica dentro de las diversas posibilidades (analizables en términos de sistemas jurídicos) que se ofrecen en el momento de la toma de decisión al que dicta el derecho que será ley (1981:357).

El legislador y el juez reflejan en sí mismos los efectos de la confrontación entre la razón del derecho impuesto y aquella de los sistemas concebidos y vivenciados eventualmente en el campo del "sistema vulgar", sistema del imaginario jurídico. El hecho mismo de la creación de una norma jurídica consiste en un pasaje del orden del "no deber ser" al orden del "deber ser"; es un cambio que hace cesar la fase de deliberación, y que consiste en una elección estratégica y una interpretación.

Arnaud no cree que pueda hablarse de una "ausencia de sistema" ni aun cuando no exista una primera constitución. Si el sistema de derecho impuesto no existe todavía, existen siempre sistemas concebidos y vivenciados, sistemas del imaginario jurídico. Crear desde la nada un sistema jurídico es sólo una metáfora para decir que no se trata de cambiar normas sino de establecer un sistema de derecho impuesto. El creador de un sistema *ab initio* puede insuflar una razón nueva en virtud de la cual el derecho antiguo puede ser declarado caduco (1981:361). Esto pasa en momentos verdaderamente revolucionarios: en general, las constituciones sucesivas no son sino remodelados de un antiguo sistema, y pertenecen a la misma razón jurídica.

La decisión legislativa tiene por efecto convertir en derecho lo que no era hasta ese momento. Sobre la base del concepto de razón jurídica Arnaud sostiene que no hay cambio jurídico hasta que no exista un cambio de la razón jurídica del sistema de derecho impuesto (1981:369). De este modo, si bien el derecho civil francés, por ejemplo, varió notablemente desde la sanción del Código Napoleón hasta la época actual, no hubo cambio jurídico desde la instauración del sistema de derecho napoleónico porque no cambió la razón que animaba a dicho sistema. La "paz burguesa" pasó de un tipo autoritario a otro liberal, y luego a uno tercero tecnocrático, pero no hay cambio del derecho correctamente entendido hasta que surja, por una serie de análisis de la estructura profunda de un sistema de derecho impuesto, practicado en una época y en otra, una transformación de esa estructura tal que a un equilibrio suceda un nuevo equilibrio, fundado sobre una razón diferente.

Nos hemos propuesto analizar en este lugar los aspectos sistémicos de la obra de Arnaud, por lo que dejamos para el Capítulo VII su pensamiento en cuanto al discurso jurídico y la ideología. Pero esta exposición, cuya extensión es una muestra de lo valiosa que consideramos su sistematización de la sociología jurídica, no puede concluir sin un punto realmente fundamental, que anticipamos en el Capítulo I: el modo como soluciona la relación entre el ser y el deber ser jurídico, entre el hecho y la norma, que preocupa a todos los sociólogos del derecho.

Arnaud afirma que la sociología jurídica *no estudia el derecho como hecho* y que debe salir definitivamente del dualismo como problema. El objeto de esta ciencia para el autor es, como se ha

visto, conocer la estructura y el sentido del sistema jurídico impuesto como derecho con relación a otros sistemas que no lo han sido, o que pudieran llegar a serlo. El problema del "hecho" y la "norma" es insoluble: son dos clases de elementos distintos y separados. Tratar de realizar un pasaje de uno a otro es considerarlos equivalentes. El pasaje no debe ser entonces entre esos términos sino entre estos otros: "jurídico" y "derecho" (1981: 433). No conjugar el imperativo (derecho) con el indicativo (hecho), sino dos imperativos distintos: un imperativo presente (derecho impuesto, oficial, orden jurídico en sentido tradicional) y otro imperativo futuro o por lo menos futurible (derecho que puede llegar a ser, que será).

Por otra parte, el paso del indicativo al imperativo, del hecho a la norma, del ser al deber ser, no es un tema jurídico ni sociológico, sino político: es una opción, una decisión.

El sociólogo del derecho, para Arnaud, trata entonces de establecer las leyes científicas susceptibles de indicar en qué caso es deseable o posible que una norma jurídica sea institucionalizada. Su tiempo es siempre imperativo. El jurista se ocupa sólo del imperativo presente: el sociólogo del derecho usa los otros imperativos posibles. La distinción entre el ser y el deber ser no es la gran dicotomía para el sociólogo del derecho, pero es sin embargo útil para distinguir la norma impuesta de todas las variantes del mismo modelo estructural que no han sido retenidas por el legislador; entre esas variantes se encuentra el fermento de la futura oposición, y alguna de ellas algún día se considerará más propicia que la norma impuesta y vendrá a concurrir en el nombre de las nuevas necesidades sociales, económicas, políticas o psicológicas. Y entonces, las fuentes del derecho ya no son los hechos o las costumbres, sino sólo lo jurídico en el sentido utilizado por Arnaud, entendiendo que el derecho impuesto no es sino un sistema jurídico retenido, aquí o allá, en una época dada, por el hecho de un legislador (1981:434).

Hemos reseñado algunos aspectos, los más salientes de la obra de Arnaud, y en otros capítulos nos referiremos a otros. Concluiremos este capítulo con algunos comentarios. En primer lugar, resulta claro que Arnaud, pese a tomar una concepción sistémica como base de su análisis, no ha caído en los excesos que permiten acusar de conservadores a estos teóricos en general; por el contrario, su teoría es crítica, ya que le permite, sobre la base antedicha, valorar los sistemas jurídicos de alternativa, producto del imaginario jurídico, como un punto de ruptura con el sistema vigente, al que podrá superar en el futuro. Esto permite incluirlo sin esfuerzo por su punto de vista en el análisis respectivo de las teorías críticas de la sociología jurídica, y entre los cuestionadores de la sociología funcional de la desviación.

Resulta por demás interesante el modo como ha tratado de salir de la dicotomía "ser-deber ser", a partir de una teoría poli-

sistémica en la cual se relacionan "sistemas jurídicos" y no sistemas jurídicos con hechos. Pero creo que aquí existe cierto exceso que si bien soluciona un problema, crea otro, y margina como "hechos" sistemas normativos alternativos vigentes (costumbres —que no son hechos—, normas éticas, morales, religiosas, o códigos de comportamiento corruptos pero legitimados).

A mi entender un sistema jurídico sólo puede ser imperativo de un modo: siéndolo. Los otros "sistemas jurídicos" evocados por Arnaud, no pasan de ser sistemas derogados (no vigentes) o discursos críticos sobre el derecho vigente, sin carácter normativo, aunque tengan vocación de tales. Por otra parte, probablemente tampoco constituyan sistemas, salvo que su exposición se encuentre de algún modo organizada (por ejemplo, el "imaginario jurídico" que constituyó el discurso socialista sobre los derechos antes de ser impuesto en los países que adoptaron esa "razón jurídica").

Sin dejar de reconocer el esfuerzo llevado a cabo para superar la dicotomía del ser y del deber ser jurídico, y que en muchos casos pueden existir sistemas jurídicos en los discursos alternativos (por ejemplo, los criterios sobre matrimonio, convivencia sexual, familia y filiación de la utopía comunitaria francesa de 1970), en otros casos estos discursos están formados por ideas inconexas sobre tal o cual instituto jurídico, a las que puede ser muy presuntuoso llamar sistema, o dotar de razón jurídica. Puede ser que a veces exista realmente una sinrazón jurídica, o una irrazón jurídica en la negación del derecho vigente.

De allí que plantee un punto de discrepancia importante con Arnaud: éste considera que las fuentes del derecho no son los hechos, o las costumbres, sino sólo lo jurídico entendido en sentido polisistémico. En realidad, no toma en cuenta que la costumbre no es un hecho, es normativa, en sentido de "imperativo presente", tal como el orden jurídico impuesto, y como también lo son los restantes subsistemas normativos de un polisistema actual, punto de vista que parece descartado por Arnaud sin suficiente fundamento.

De este modo, y sin negar en absoluto lo valioso y esclarecedor que en muchas circunstancias puede ser el modelo polisistémico histórico, no debe perderse de vista el modelo polisistémico presente, en el cual las razones jurídicas alternativas o distintas pueden no surgir de imaginarios jurídicos no convertidos en derecho impuesto, sino de sistemas normativos efectivos que contradicen de modo actual y presente a las normas de derecho impuesto, y que pueden tener igual o mayor poder para regular las conductas de las personas.

No creo que un sistema de costumbres obligatorias para los que se encuentran alcanzados por ellas constituya un imperativo futuro o futurible. No debe descartarse la idea de que puedan llegar a ser "derecho impuesto", pero ése no es todo el análisis

posible. Son imperativo actual, y la efectividad del derecho impuesto depende de la suerte que tenga en la lucha con esas otras normas. Son modelos de conducta presentes y con vocación actual de ser seguidos, e imponen sanciones en caso de desviación (si se quiere, y a riesgo de complicar la exposición: esa sanción impuesta por la costumbre puede ser la conducta debida de acuerdo con la norma jurídica; por lo tanto deben estudiarse las "razones jurídicas" y también la "razón de la costumbre" en igualdad de condiciones).

Con esto quiero decir que de ninguna manera el estudio puede agotarse en lo jurídico imperativo presente o futurible. La costumbre no es un hecho, en el sentido de "anormativo". Por ello, la razón alternativa no estaría dada sólo por sistemas de derecho impuesto y otros concebidos y vivenciados, sino por sistemas de costumbres y otras normas realmente practicadas: polisistemia actual que establece sanciones negativas en un sistema, y simultáneamente positivas en el otro, respecto de la misma conducta. Tomo una vez más el ejemplo que me ha servido para ejemplificar este caso: la adquisición de posiciones como norma que rige en el derecho (la idoneidad como único requisito para el acceso al cargo público) y la simultánea adscripción para el mismo objetivo, sancionada por la costumbre (la amistad personal o política como requisito para ocupar el cargo). No se trata aquí de sistemas jurídicos concebidos con vocación de ser y de reemplazar al derecho impuesto: se trata de dos sistemas en conflicto actual, con fuerza sancionatoria opuesta.

Por último, el modelo que Arnaud presenta para el derecho impuesto (orden jurídico) animado de una razón jurídica única, coherente, cerrado, que no acepta otras razones jurídicas, parece sólo propio de la concepción de los dogmáticos, de acuerdo con su ideología. No es concebible en ningún sistema moderno tal "sistema de derecho", con la complejidad que tiene cualquiera de ellos. Esa unanimidad creadora, interpretativa o de aplicación resulta un tipo ideal susceptible de ser construido, pero de escasa utilidad, salvo en cuanto a la comparación con otros sistemas igualmente coherentes. Dudo que la razón burguesa o socialista hayan tenido, incluso en su origen, tal coherencia, salvo que las idealicemos con el fin de presentar las alternativas como ajenas a su génesis.

Sin perjuicio de los anteriores comentarios, la obra de Arnaud aparece como una de las más importantes de la última década en nuestra materia, por lo sistemática, consistente y valorizadora de la teoría de los sistemas para la explicación del fenómeno jurídico, sin caer en conservatismo alguno, y de una utilidad incuestionable para entender fenómenos a los cuales la sociología jurídica busca respuesta; en materia de desviación y criminalidad, no hay duda que las razones jurídicas alternativas que

pueden deducirse de los discursos jurídicos de los defensores de la marginalidad, la rebelión, y también el delito común, corresponden a orígenes muy distintos al del derecho impuesto, y no pueden ser entendidos acudiendo a la razón jurídica de éste. Volveremos sobre estos aspectos en los Capítulos VII y VIII.

## Capítulo VI

# LA VISIÓN CONFLICTIVA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN EL SIGLO XX

En el Capítulo II nos ocupamos de los precursores de la sociología del conflicto (Marx y Engels). En este capítulo trataremos la evolución de las concepciones jurídicas que partían de la consideración del derecho como instrumento de opresión, y cómo se fueron modificando por el influjo de la realidad concreta del derecho en los países organizados sobre base socialista, hasta la primera mitad del siglo XX. No nos ocupamos de las múltiples consecuencias que el discurso del marxismo tuvo en los países occidentales respecto del derecho, ya que esto abarca todo tipo de concepciones críticas sobre el fenómeno jurídico como instrumento de poder, la crisis del derecho en su concepción idealista y su carácter de instrumento al servicio de sectores hegemónicos. Será objeto de los Capítulos VII y VIII.

## 1. Karl Renner (1870-1950).

Este jurista austríaco publica en 1904 las *Instituciones del derecho privado y sus funciones sociales,* donde distingue entre la ciencia del derecho (con características dogmáticas) y la sociología del derecho, que estudia las funciones sociales de las instituciones jurídicas, la eficacia de las normas y su efecto sobre los hechos de la vida social. De esta forma, mientras que la ciencia del derecho se ocupa de la superestructura constituida por normas e instituciones, la sociología del derecho se ocupa de la estructura económica y social (*Renner,* 1904).

La distinción le permite observar las relaciones entre ambas, con particular referencia al campo jurídico, cuando considera el caso en que la superestructura (normativa) permanece inmóvil mientras la estructura (económico-social) se modifica. También puede ocurrir lo contrario (cambio de normas frente a un mantenimiento de la estructura) o que ambos (derecho y condiciones socioeconómicas) cambien, pero no paralelamente ni con el mismo ritmo (*Friedmann,* 1947:228). Debe señalarse que con este punto de vista Renner corrige la concepción marxista tradicional de la

determinación del orden jurídico por la infraestructura económica (lo que le vale la crítica posterior de Stucka). Sostiene una posición intermedia, como se ve por lo expuesto anteriormente.

Sobre esta base analiza la institución de la propiedad, que ha permanecido, en lo legal, inmutable desde 1750, mientras han variado sustancialmente las condiciones económicas a las que se refiere. El derecho de propiedad asume nuevas funciones sociales sin cambiar las normas. Las preguntas que trata de contestar son: 1) Cómo el dominio, que jurídicamente es lo mismo durante un siglo y medio, produce en el siglo XX efectos diametralmente opuestos a la época anterior. 2) Cómo se explican las transformaciones, en los hechos, de las normas estables. 3) Cómo se adaptaron las normas y concepciones jurídicas precapitalistas y de un capitalismo temprano, a las necesidades de un capitalismo avanzado, sin modificar las condiciones mismas.

Renner cree, sobre principios marxistas, que es mayor la posibilidad de que la superestructura jurídica pueda ser modificada por la estructura económica y social, a que, a la inversa, pueda ser ésta modificada por las normas jurídicas. La concepción debía ser necesariamente discutida por los juristas soviéticos que requerirán justificar el uso del derecho para transformar la estructura social anterior a la Revolución Rusa, y subsiste luego de producida.

## 2. La concepción socialista de Menger.

Menger, en su obra *El Estado socialista* (1905), considera que tanto la concepción histórica como la del derecho natural sobre el origen del ordenamiento del Estado y del derecho fueron desenvueltas por las clases dirigentes. El derecho constitucional no está realizado a favor de las masas populares, que no tienen jamás parte directa en el dominio; ni el derecho privado, basado en la propiedad, puede ser producto de la entera voluntad de la nación. No se puede pensar que todos sancionen un derecho que favorezca a una pequeña parte, ni que se haya dado un consentimiento expreso o tácito a un privilegio como es la propiedad, que divide a los hombres (1905:39 y 40). Por eso es forzoso admitir que estas condiciones han surgido en su origen por el desenvolvimiento de la violencia a beneficio de los pequeños grupos y que se basan, aun actualmente, en la fuerza.

El ordenamiento jurídico del Estado moderno se basa en el egoísmo, ya que permite la acumulación de riquezas sin relación con las necesidades (1905:65). Sin embargo, cree que el Estado socialista, transformando la propiedad, puede mitigar los excesos, pero no modificar un dato de la acción humana.

## 3. Lenin (1870-1924).

Lo que interesa de este autor para la sociología del derecho se encuentra básicamente en *El Estado y la revolución* (1917), obra en que trata de precisar e interpretar el pensamiento de Marx y de Engels sobre estos temas, de modo polémico y en oposición a los "pensadores burgueses que desnaturalizan el lado revolucionario de la doctrina". Lenin sólo hace observaciones circunstanciales sobre el derecho, al tratar de interpretar el pensamiento de sus maestros.

Al desarrollar las ideas de Marx contenidas en la *Crítica al programa de Gotha,* Lenin sostiene que el período de transición del capitalismo al comunismo se desarrolla en dos fases sucesivas. La primera, o inferior, es aquella en la cual los medios de producción pasan a toda la sociedad, pero el derecho burgués no está completamente abolido, sino sólo en parte, que es la referida a los medios productivos. El derecho subsiste en lo restante, como regulador del reparto de los productos y del trabajo entre los miembros de la sociedad. Esto significa que en la primera fase el derecho burgués sigue estableciendo iguales productos para trabajos desiguales desarrollados por personas desiguales, y dicha supervivencia es, a su juicio, el mayor obstáculo a la extinción del Estado.

Por otra parte, la necesidad del derecho en esta primera parte surge de suponer que durante su transcurso, luego de derrocar al capitalismo, el pueblo no aprende de inmediato a trabajar para la sociedad sin ninguna clase de normas legales. Estas normas de derecho (que es derecho burgués) sirven entonces para inducir al pueblo a trabajar en la sociedad y para ella. En este tiempo, no sólo el derecho burgués sino el Estado burgués permanecerá bajo el comunismo, sin la burguesía (1985:122). Se trata de una evidente contradicción en su pensamiento, ya que si el Estado burgués es una maquinaria coercitiva y el derecho burgués un orden coercitivo, ambos con finalidad de mantener la explotación del proletariado por la burguesía, y no existen más explotadores, ¿cómo puede subsistir la maquinaria? Si las funciones son otras, la "maquinaria" es también otra, o no existiría. O, de lo contrario, la explotación continúa. Esto ya lo advirtió Kelsen, en su análisis de la teoría comunista del Estado (1957: 92).

La fase superior, para Lenin, es la caracterizada por la extinción del Estado, en la cual el comunismo alcanza un elevado grado de desarrollo y desaparece la distinción entre trabajo manual e intelectual, que, según la tradición marxista, es la mayor causa de desigualdad. Según Lenin, no puede saberse cuándo ocurrirá, ni las formas concretas en que desaparecerá tal distinción (1985:122 y 123). Por eso se limita a vaticinar la inevitable extinción del Estado y su dependencia de la rapidez de la evolución de la fase superior del comunismo, sin plazos. Debe notarse

que Lenin escribe sobre la "extinción del Estado", pero no sobre la extinción del derecho. En este campo mantiene la ambigüedad de Marx sobre el futuro del derecho.

Treves sostuvo (1977: 110) que a partir de Marx, Engels y Lenin se deriva una doble interpretación jurídica dentro de la corriente soviética del derecho: la que hace prevalecer el elemento económico-social (infraestructural) y la que hace lo propio con el elemento jurídico (superestructural). En realidad, si bien estas dos vertientes existieron en la Unión Soviética —la primera en las obras de Stucka y Pasukanis, próximos a una concepción sociológica del derecho; la segunda, representada por Vynsinsky—, tal distinción no aparece, según observo, en ninguno de los tres autores citados. En Marx y en Engels, por la dependencia que tenía el derecho respecto de la economía (al igual que, luego, para Renner), y para Lenin, por no haber determinado los modos de pasaje de la fase inferior a la superior del comunismo. Es por ello que estimamos que la concepción más adecuada surge de los fundadores y no de la interpretación voluntarista de Vynsinsky, que como intérprete y vocero del stalinismo debió ajustar las doctrinas a la necesidad del Estado, de imponer normas y hacerlas cumplir, justificando dicha necesidad por el "edicto del príncipe".

## 4. Peter Ivanovic Stucka (1865-1932).

Considerado el primer jurista soviético, ocupó importantes cargos luego de la Revolución de Octubre, hasta ser apartado de las funciones públicas por las acusaciones que el stalinista Vynsinsky (procurador general de la Unión Soviética, y acusador público en los procesos de Moscú) le formuló. Su obra muestra un interés específico por el derecho, y corresponde a las primeras expresiones, posteriores a la constitución de la "dictadura del proletariado".

Era notorio el vacío existente en este campo en la doctrina marxista respecto de las funciones del derecho en el nuevo sistema social. La preocupación de Stucka fue luchar contra la consideración del derecho como "desviación contrarrevolucionaria" e intentó interesar sobre estos temas a los nuevos revolucionarios, que menospreciaban, siguiendo la tradición existente desde la época de Marx, a toda manifestación jurídica por ser "el último refugio de la concepción burguesa del mundo", o que identificaban "concepción burguesa" con "concepción jurídica". Debe recordarse aquí, por el peso de esa opinión, que Engels había sostenido en carta a Babel (citada por Capella, J. R., en Stucka, 1969:7) que "nuestro único adversario el día de la crisis y el día siguiente será la reacción unida que se reagrupa en torno a la democracia pura". Este desprecio por el derecho en la Unión Soviética todavía era evidente en 1930, cuando una asamblea de

jueces y fiscales consideraba a la "legalidad revolucionaria" como una supervivencia o una desviación de derecha (Capella, 1969: 7).

La concepción de Stucka reviste interés, y es un punto de confrontación con las versiones del derecho como integrador o estabilizador que hemos citado en capítulos anteriores. En coincidencia con parte del pensamiento de Marx y Engels, cree que todo derecho, en el sentido corriente de la palabra, es un concepto clasista que morirá con la sociedad de clases. Pero, sostiene (siguiendo a Lenin), la concepción del mundo que justifica tal derecho no desaparecerá espontáneamente como se pensó al comienzo, sino que deberá ser reemplazada por otra a partir de una larga lucha, que incluirá una nueva concepción en el campo del derecho. El proletariado realizará su revolución cultural a través de un nuevo Estado, lo que significa también un nuevo derecho, como forma de organización de relaciones sociales. Esto justifica su interés en el tema, y la consideración "científica" (que significa, en términos positivistas decimonónicos, concepción absolutamente verdadera) frente a la "ideología jurídica burguesa".

*a) El concepto de derecho.*

La definición que suministra de derecho la toma de la elaboración del Colegio del Comisariado del Pueblo para la Justicia, de 1919, en el que había participado. Es un "sistema u ordenamiento de relaciones sociales correspondiente a los intereses de clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase" (Stucka, 1963: 34). Puede optarse por otra traducción, de la que resulta "defendido" en lugar de "tutelado", idea que parece más adecuada por la implicancia de fuerza de la primera palabra (Kelsen, 1957: 95). El interés de esta definición para la sociología jurídica es que resalta el punto de vista de que "derecho es un sistema de relaciones sociales", no una categoría eterna, ni una imputación normativa, si bien, para Stucka, relaciones sociales deben entenderse exclusivamente como "relaciones de producción y de cambio" (Stucka, 1969: 35).

El derecho aparece así como un fenómeno social, al igual que para los realistas jurídicos, aunque existe en esta versión una estrecha concepción de lo que constituye lo social, ya que, en consonancia con criterios dogmáticos, la medida exclusiva está dada por las relaciones de producción, y sólo puede cambiar con la lucha de clases y a partir de las contradicciones del sistema: derecho es sociedad, y sociedad es economía. Esta idea es correlativa de la de Marx, para quien todo derecho es desigual, al consistir en un conjunto de reglas de conducta que inevitablemente expresan la voluntad de la clase dominante. Al haber sido esta concepción la prevaleciente en los comienzos del marxismo y luego de la Revolución de Octubre, se justifica el menosprecio del fenómeno jurídico por los partidarios de la concepción.

Stucka, que de un modo claro se encuentra frente a un conflicto en su idea sobre el derecho, trata, a partir de la obra mencionada (editada en 1921), de ensayar una tímida y dudosa defensa visible desde el prólogo. Aquí se puede leer, por ejemplo, que "en nuestra época de gran tensión revolucionaria, nadie se pondrá a leer disquisiciones sobre objetos tan contrarrevolucionarios como el derecho". Sin embargo, y desde que el derecho es una región que ha permanecido virgen para los marxistas, con excepción de lo que llama el "socialismo jurídico" (Renner, Menger), que considera una vertiente burguesa bajo banderas marxistas, es útil ocuparse de estas cuestiones. Así, poco después de que Lenin se interesa en la función del Estado y la transición al comunismo (1917), Stucka se interesa en los problemas jurídicos generales.

El autor se halla bajo el peso de la opinión prevaleciente en su medio político, según la cual, desde la óptica de todo derecho vigente, no hay lugar para la revolución, de modo que derecho (burgués) y revolución son términos antinómicos. Esta idea excede a la del mismo Marx, que en una oportunidad había valorado la posibilidad de utilizar el derecho para fines proletarios, al sostener que la lucha por la reducción de la jornada de trabajo mediante leyes es parte de la lucha política, cuyo objetivo es que se dé satisfacción a sus intereses en forma general, es decir, en forma compulsiva para toda la sociedad (carta a F. Bolte, de 1871, citada por Stucka, 1969: 37). Los "usos alternativos del derecho" que manejan actualmente los abogados que defienden intereses de la marginalidad social van mucho más allá y muestran la escasa vigencia de la idea de Stucka en este campo. Sobre esto volveremos en el Capítulo VII.

Con previsible dogmatismo, el autor que consideramos entiende que el derecho no es una ciencia y que no logrará serlo dentro de las concepciones burguesas, ni siquiera de las sociológicas, a menos que adopte el punto de vista de las clases, sea de la obrera o de la capitalista. Desde luego que el punto de vista científico se niega también para las concepciones burguesas en cuanto no dan lugar a la revolución.

Stucka comenta con desprecio las doctrinas del derecho natural, pero reconoce a las corrientes sociológicas haber determinado "definitivamente" que el derecho es precisamente un sistema de relaciones sociales. Sin embargo, la sociología, a su juicio, no avanza porque ha tropezado con el concepto de sociedad, incomprensible a su entender, y el de lucha de clases, inadmisible para las corrientes sociológicas burguesas. De la larga serie de autores rusos y alemanes que cita, señala a Muromcev como el fundador de la sociología jurídica rusa, basada en considerar al derecho como un conjunto de relaciones jurídicas (ordenamiento jurídico) y no un conjunto de normas, entendidas sólo como un

atributo del ordenamiento formado por las relaciones (Stucka, 1969: 156).

Stucka reconoce el valor de la teoría jurídica de Ihering en cuanto a la coactividad como elemento del derecho, y a los intereses sociales que protege, si bien considera que no ha explicitado que se trata de intereses de la clase dominante, lo que sin duda observó. Para Stucka, el interés de clase sólo se convierte en derecho tras el triunfo de esa clase, y pierde su característica cuando la clase pierde el poder. Esto ha ocurrido, a su entender, con el derecho feudal y el interés burgués, y luego con el derecho burgués frente al interés proletario. Ihering cae así a pesar de ser considerado "el más audaz y sincero de los representantes de la ciencia jurídica burguesa" por no haber llegado al reconocimiento del carácter clasista del derecho (1969: 41). A este tema nos hemos referido al tratar del interaccionismo.

A partir de la definición de Stucka queda en claro que según su concepción, si el derecho tiene características de relación de producción, y de clase, por ello sólo es aplicable a una sociedad que tenga clases, y no a una que no las tenga. Siempre que existe *la división de la humanidad en clases y el dominio de una sobre* otra, hay derecho "o algo parecido" (?). El derecho es entonces clasista, y los juristas burgueses "sueñan con un tipo de fenómenos eternos e inmutables". No se puede decir con Kelsen que el enemigo de Stucka sea imaginario, porque las teorías iusnaturalistas existían y existen, pero sí ha olvidado a los formalistas y dogmáticos, y también a los sociólogos del derecho, ninguno de los cuales pretende tratar con categorías inmutables.

Stucka tiene preferentemente en vista al derecho privado en cuanto existe, como conjunto de relaciones sociales, antes que la ley. A su modo de ver, todas las demás instituciones jurídicas se crean para garantizar relaciones privadas: la propiedad, la sucesión, el matrimonio, el contrato. La concepción del "derecho burgués" corresponde al concepto de "ideología", según había enseñado Marx. Todo el sistema bancario, las organizaciones comerciales, con su estructura política y jurídica, las normas sobre comercio e instrumentos de crédito, las relaciones diplomáticas y consulares, forman una cobertura que oculta completamente "las relaciones más naturales y simples". La Revolución introduce en estas relaciones modificaciones sustanciales, al destruir el poder de la burguesía; la época que sigue es de predominio de una clase, pero se trata de una clase formada por una gran mayoría hasta ahora sometida, que hace comprensibles las relaciones sociales, introduciendo en vez de la complicación artificial anterior, una simplificación natural (1969: 60). Sin embargo, esta clase, ahora en el poder, que "endereza todas las relaciones" e introduce tal simplificación, necesita emplear el terror para obtener el apoyo a su derecho, sostiene. Señala bien Kelsen que si este derecho regulara las relaciones sociales de un modo adecuado y natural, el

empleo de la fuerza sería superfluo (1957: 105). Cuesta ver entonces a este derecho, que es en parte capitalista y en parte socialista, como un sinceramiento de las relaciones jurídicas entendidas como relaciones sociales. Pero más allá de la dogmática interpretación de Stucka, para quien la claridad y evidencia de las relaciones se oponen necesariamente a la hipocresía e insinceridad propias de la sociedad burguesa, su intento de explicar las relaciones jurídicas en consonancia con las sociales es, tanto para el sistema burgués como para el soviético, un acercamiento a los principios de la sociología del derecho, tal como puede serlo un realismo jurídico de base estrecha.

Hemos visto que el nuevo derecho actúa a partir de la fuerza y el terror. Pero, curiosamente, Stucka afirma que si bien el derecho es un conjunto de relaciones sociales impuestas por una clase explotadora (la coerción, en consecuencia, no puede dejar de formar parte de su definición), hasta el momento revolucionario en que una nueva clase muestra conscientemente su pretensión de llegar al poder y de crear un nuevo derecho, el vigente, por haber penetrado en la conciencia de los hombres, actúa prácticamente sin coerción, por costumbre, por inercia o por sumisión voluntaria, aunque el respeto a la autoridad, la posibilidad de tutela, la admisibilidad y la posibilidad de la coerción siguen estando vigentes (1969:78). Esta coerción y persuasión burguesas consisten en el ocultamiento y disimulo que sea posible del carácter clasista del poder (1969: 94). Parece haber incorporado aquí la idea de Durkheim sobre la coactividad del hecho social (que no deja de existir aunque las personas se ajusten naturalmente a las normas), pero no deja de ser sorprendente su comparación con el nuevo derecho que será impuesto por la fuerza y el terror, para convencer a los destinatarios sobre su sinceramiento con las relaciones sociales y su bondad.

*b) Carácter infraestructural o superestructural del derecho.*

Stucka trata de aclarar el punto del carácter de base o superestructura que puede tener el derecho. Con diversas citas de Marx (algunas de las cuales fueron analizadas en el Capítulo II), indica que el problema central no es éste, sino ver si el concepto fundamental del derecho se individualiza en el sistema de las relaciones concretas o en una región abstracta, cuestión a la que contesta que corresponde al primero, y no al segundo, que identifica con la idea del derecho no escrito, la justicia o la ideología (1969: 107).

Para llegar a esta conclusión afirma que el derecho tiene tres niveles realmente existentes, de los cuales uno sólo es concreto y dos abstractos:

1) la forma concreta coincide con la relación económica;

2) una primera forma abstracta es la proclamada por la ley, que puede no coincidir con la anterior;

3) la segunda forma abstracta es una *emoción* respecto de las diversas relaciones sociales, el juicio sobre su *justicia*, es decir, su evaluación ideológica (1969: 109).

Según Stucka, los juristas apuntan a las relaciones abstractas, de las cuales infieren las relaciones concretas. Para ellos, un documento, el texto de un artículo legal, o su interpretación jurisprudencial, son todo, mientras las relaciones entre los hombres no son nada. Así puede sostenerse que el acreedor exige el pago de la deuda porque hay una ley que lo autoriza, y no porque ha dado o ha hecho algo. Para el jurista, la idea de deuda está por encima de la relación de deuda misma, y lo mismo ocurre con las restantes figuras del derecho. Stucka relaciona su punto de vista con el de los "juristas burgueses" de orientación sociológica, para los cuales se distingue entre el derecho oficial fijado en leyes y el derecho real actuante en la vida, o entre un derecho formalmente proclamado y la regla jurídica vigente *de facto*. Es cierto que existe relación entre ambas concepciones, y esto es lo sociológicamente interesante de la concepción de este autor; la limitación proviene de considerar que la llamada forma concreta es exclusivamente económica, y que de ella derivan las otras, de acuerdo con el postulado del marxismo. También es insuficiente su negación del concepto de norma jurídica como modelo de conducta, tal como surge de las transcripciones anteriores, siendo falso que para los juristas no marxistas "las relaciones entre los hombres no son nada". La norma que prescribe el pago de las deudas es un modelo de conducta que se tiene en cuenta en las relaciones creditorias; sin ese modelo normativo (o el contrario, según el cual las deudas no se pagan), no podría actuarse socialmente, ya que no hay acción social sin normas que la rijan. El modelo sociológico podría haberle sido de utilidad a Stucka, en las versiones existentes en su época. Si prescindimos de estos aspectos, no hay mayor diferencia entre la crítica de Stucka y las que formula Ihering al conceptualismo jurídico y a las doctrinas del derecho natural.

Señalo como dato relevante que las formas 1, 2 y 3 del derecho (concreta y abstractas), son para Stucka "sistemas", en el sentido usual de "unificación de unidades diversas en un complejo ordenado único". Tras haberse constituido estos tres sistemas, se influyen recíprocamente entre sí. Idealmente, los tipos de derecho formal y real tienden a la total y absoluta coincidencia: la "ciencia jurídica burguesa" se contenta con que esta incidencia sea solamente ideal, mientras que el proletariado se propone realizar esta unidad en la vida instituyendo un ordenamiento revolucionario (1969: 112). Estimo que este párrafo es importante, porque para el autor marxista la divergencia que existe entre el mundo formal y el mundo real dejaría de existir en la sociedad creada por la revolución proletaria. Aquí la coincidencia sería perfecta, y entre otros elementos que ya no serían necesa-

rios, tampoco las ciencias sociales prestarían ningún servicio: nacidas para explicar la sociedad de clases, morirían con ella. En la utopía presentada, el derecho ya no cambia: esa coincidencia con lo real lo fija a éste de un modo inescindible, para siempre. Habla aquí el momento revolucionario que pretende ser definitivo, inapelable y obedecido de cualquier manera. El terrorismo de Estado que se avecina, y del cual Stucka será también víctima, se prepara también en su obra.

Las ejemplificaciones de Stucka sobre los niveles, 1, 2 ó 3 del derecho se refieren al feudalismo y al capitalismo. En el primero, la forma 1 son las relaciones feudales concretas (económicas), la 2 (abstracta legal) se encuentra poco desarrollada, y la 3 (ideología legal) se encuentra en las interpretaciones eclesiásticas (no aclara a qué se refiere, resultando dudoso que pueda referirse al derecho canónico, más aún si considera, como lo hace, "poco desarrolladas" esas elaboraciones). Al lado del sistema feudal se desarrolla un nuevo sistema concreto de relaciones (capitalismo ciudadano), inicialmente ilegal, cuya forma 2 es el derecho romano recibido, y la forma 3, el derecho natural y la filosofía (iluminismo) (1969: 113). La Revolución Francesa entrega el poder estatal a la burguesía y hace dominante la forma concreta, a través de un nuevo nivel 2 (derecho burgués).

Stucka sostiene que el derecho burgués es proclamado universalmente porque la revolución burguesa se hace en nombre de toda la humanidad. Tras la victoria de la burguesía, el derecho y la ideología comienzan a diferir de la forma concreta. Es allí cuando la burguesía descubre el carácter clasista de su derecho.

c) *Vinculación entre el derecho como norma y el derecho concebido como conjunto de relaciones sociales.*

De acuerdo con la concepción de Stucka, el elemento objetivo del derecho debe encontrarse en las relaciones sociales concretas y no en la ley. Aquí es necesario conciliar las dos regiones: la de relaciones jurídicas concretas y la esfera de relaciones jurídicas abstractas, o sea. de las normas jurídicas. La divergencia puede ser de tres tipos:

1) La ley se halla por detrás de la vida (derecho contrarrevolucionario).
2) La ley se halla por delante de la vida (derecho revolucionario).
3) La ley no corresponde a la vida, por ejemplo, legislación tomada íntegramente de otro país o de otra época, legislación caída en desuso (1969: 182).

En el primer caso, los tribunales, de acuerdo con las recientes relaciones que hace surgir el desarrollo del capitalismo, crean instituciones nuevas por vía de interpretación (ya que se recha-

za la interpretación auténtica por el legislador a partir de los intereses de los juristas —y de los jueces, podría agregarse—). Así, con criterio sociológico (sin perjuicio de su veracidad), sostiene que la interpretación de la Recopilación de leyes del Imperio Ruso de 1835 por el Senado y por los jueces hubiera sido más progresista si la mayoría de los senadores y jueces hubieran sido de extracción burguesa y no de extracción agraria. Se da aquí por supuesto que la extracción de clase de los jueces influye o determina el alcance de la interpretación de la ley, lo que ha sido negado por la dogmática.

"La pobreza del pensamiento y de los métodos de la jurisprudencia burguesa que se limita a investigaciones jurídicas sobre la ley o norma y sobre las instituciones que encuentran expresión en ella, se hace especialmente evidente en comparación con la riqueza de material que se manifiesta ante nosotros cuando se toman como base del análisis las relaciones sociales reales y su conjunto sistemático. Entonces se esclarecen muchas cosas que hasta el momento habían sido incomprendidas no solamente en las leyes sino en la ideología misma de la casta de los juristas" (1969: 186).

Si consideramos a las "relaciones sociales reales" más allá del estrecho margen de la relación económica que hace Stucka y prescindimos de la incorrección del uso del concepto de "casta" aplicado a los juristas, esta afirmación podría ser suscripta por la mayoría de los sociólogos jurídicos occidentales "burgueses".

Otra afirmación de Stucka merece ser destacada. Al analizar el método de la ciencia del derecho, sostiene que ha derivado siempre de otras ciencias, y sólo la sociología ha caído bajo la influencia de la ciencia del derecho en vez de conquistarla (1969: 188). Pensaría seguramente en la fuerte influencia normativa presente en la sociología de Durkheim, pero debe notarse que el normativo, no otro, debe ser el punto de vista sociológico. La sociología trata de normas que se cumplen (y también de las que se dicen cumplir); el realismo de los hechos sin pautas que los rijan es un nihilismo científico en materia social, ya que la vida en sociedad no cabe ser pensada sin los modelos de conducta que suministra la cultura. De allí que deba confirmarse la idea de que Stucka es un realista jurídico de base económica, y que, como tal, sale del marco de la sociología jurídica, aunque realiza importantes aportes y confirmaciones a la temática de ésta.

Stucka vivió en una sociedad excepcionalmente conflictiva de este siglo, y se ocupó del derecho en un contexto político y social que lo desvalorizaba. Sufrió las persecuciones a las que no estuvo ajeno ningún pensador que no coincidiera con los designios circunstanciales de Stalin. Murió en 1932, luego de haber sido acusado de saboteador y enemigo de la revolución.

## 5. Evgenij Pasukanis (1891-1936). La culminación del realismo jurídico marxista.

Este jurista, que concibió el derecho en la misma línea que Stucka, tuvo finalmente el mismo destino de marginación y muerte. En 1924 publicó la *Teoría general del derecho y el marxismo,* oponiéndose a la concepción normativa y estatal del derecho y demostrando interés por la estructura económica y social. El derecho, en cuanto fenómeno social objetivo, no puede limitarse a la norma o regla, sea escrita o no escrita. La norma como tal, y su contenido lógico, es directamente una inferencia de las relaciones existentes, o, si surgió como ley estatal, sólo es un síntoma sobre la base del cual se puede juzgar con cierta verosimilitud el futuro nacimiento de relaciones correspondientes. Pero para afirmar la existencia objetiva del derecho no es suficiente conocer su contenido normativo, sino que debe conocerse si tal contenido normativo tiene actuación en las relaciones sociales (Cerroni, 1965: 129). Pasukanis se enfrenta especialmente a la teoría pura del derecho, tildando de ideológica a la definición de derecho como sistema de normas.

Al igual que Stucka, sostiene que el derecho, como fenómeno jurídico, coincide con el fenómeno económico, pero entiende a éste como propio de la sociedad capitalista: es la propiedad privada de los medios de producción. Kelsen, al comentar la obra de su crítico, ataca especialmente la idea de que pueda "captarse el derecho como parte de la realidad social". Pasukanis sostiene que el contenido lógico de la norma, o es una inferencia directa de relaciones ya existentes o un síntoma sobre el cual puede formarse juicio con cierto grado de probabilidad, en cuanto a la aparición de relaciones en un futuro inmediato. El derecho no existe porque tenga un contenido normativo: existe si ese contenido normativo se pone realmente en práctica en las relaciones sociales. Es evidente que aquí se identifica validez con eficacia, y Pasukanis asume un realismo jurídico extremado, quitando sustantividad a cualquier estudio de la norma jurídica como tal. Kelsen señala el error de confundir las normas jurídicas con las relaciones efectivamente regladas por esas normas, con la conducta humana (1957: 132). Este error es de todo el realismo jurídico; lo único que se agrega aquí es que las relaciones sociales son exclusivamente económicas.

Hemos visto que Stucka, si bien finca el derecho en las relaciones económicas, busca las fuentes de las relaciones entre este derecho y las normas jurídicas. La posición de Pasukanis es más extrema, ya que se trataría de relaciones económicas de propiedad privada capitalista. Rechaza la definición de Stucka del derecho como sistema de relaciones sociales que responde a una clase dominante, porque no contesta las preguntas sobre cómo se convierten en instituciones jurídicas las relaciones sociales, y cómo se

convierte el derecho en sí mismo. La respuesta que da es que las relaciones jurídicas son *relaciones de poseedores de mercaderías*, dando por entendido que sólo la sociedad capitalista es productora de mercaderías. Se olvida que la producción es un fenómeno económico universal, y que no sólo las relaciones de poseedores de mercaderías son jurídicas, salvo que también se asocien las relaciones paterno-filiales con el mismo modelo, al estilo de Engels. Pero debe admitirse que estas relaciones existirían en las futuras sociedades, excepto en una utopía cuya distante concreción la hacía inimaginable.

El único sujeto jurídico es entonces, para Pasukanis, el poseedor de mercaderías, y su voluntad tiene base real en el deseo de enajenar como adquiere y de adquirir como enajena. Para que esto sea posible deben encontrarse y este encuentro es el contrato, figura básica del derecho (capitalista). No interesan aquí los esfuerzos que realiza para poder confundir posesión con propiedad, una, dato de la realidad y la otra, del derecho, ya que pretende definir una relación jurídica sin acudir al derecho. Más interesa señalar que en su particular concepción "todo derecho es derecho privado", ya que se trata de relaciones entre individuos aislados, sujetos de interés egoísta. El Estado no es sujeto de derecho, porque es un fenómeno metajurídico, para cuya explicación no se requiere interpretación legal. La pura conveniencia es suficiente para explicarlo (razón de Estado).

Esto no es cierto ni tiene por qué serlo. Sólo puede justificarse en el postulado "todo derecho es derecho capitalista", y en éste el Estado carece de capacidad para ser sujeto de relaciones jurídicas. En rigor, pretende que el Estado se halla más allá del derecho y esto puede significar dos cosas: o que el Estado es "metajurídico" porque no se identifica desde el punto de vista sociológico con el derecho (y puede preexistirlo, en contra de la posición de Kelsen), o que es "metajurídico" porque se halla por encima del derecho. Pasukanis sostiene la segunda posición, afirmación ideológica por la cual pretende liberar a una forma de organización (la estatal) de toda norma que la vincule: el Estado no sólo crea el derecho, sino que no queda vinculado por él. La idea según la cual el derecho público no es derecho porque el Estado no puede concebirse sometido a él, no es exclusivamente marxista. Pero es, seguramente, la llave del dominio absoluto y arbitrario de un grupo organizado en Estado a partir de la expresión de sus intereses y necesidades. De este modo, el derecho constitucional y el administrativo no son derecho. El penal sí lo es (no puede negarlo); pero para que ajuste a su esquema sostiene que es "derecho privado" y lo es porque la relación entre delito y pena es de intercambio, y el acusador pide "alto precio" mientras el acusado pide "rebaja", ideas que, por excéntricas, no pueden ser tenidas en cuenta.

A partir de esta singular concepción Pasukanis puede sostener que en la sociedad comunista no habrá derecho, ya que todo derecho es capitalista. ¿No habría entonces compulsión en la sociedad comunista? Sí, existiría, pero basada en reglas técnicas, no en normas jurídicas, justificadas en la unidad de propósito entre el que ejerce la compulsión y el que se somete a ella (por ejemplo, entre médico y paciente). Tampoco habría derecho en la transición, sostiene a diferencia de Lenin y de Stucka: no hay derecho proletario, pues se agota en la burguesía.

Esta fidelidad con algunos principios del marxismo y el cerrado dogmatismo del autor tuvieron consecuencias trágicas para él en una sociedad signada por la paranoia política. Las tendencias anárquicas que podían deducirse de esta teoría fueron confrontadas a la necesidad concreta de un fuerte esquema jurídico para sostener el Estado soviético. Marx y Engels se enfrentaban al Estado capitalista, el único que existía en su tiempo. Podían entender que atacando al Estado y al derecho atacaban simultáneamente al capitalismo. Pero la instalación del Estado socialista hizo ver, al cabo de poco tiempo, que el Estado y el derecho eran necesarios para el sostenimiento del nuevo esquema de poder, y de una necesidad imperiosa. Así se justificó la nueva posición del Estado soviético respecto del derecho, representada por Vynsinsky.

## 6. Las críticas a las primeras concepciones soviéticas del derecho. El retorno al dogmatismo jurídico.

La caracterización de los niveles, 1, 2 y 3 del derecho propuesto por Stucka parte de la errónea identificación de relaciones sociales con relaciones económicas, impropio aun en el marxismo, ya que Marx no identificaba relaciones de propiedad con relaciones de producción. Decía que "las relaciones de propiedad son meramente *expresiones jurídicas* de las relaciones de producción", lo que no es lo mismo. La no consideración de esta idea hace perder de vista el carácter normativo del derecho. Esta crítica se le formuló en su tiempo, ya que convertía a las normas en mero elemento de ocultamiento de intereses de clase. En las relaciones de producción, por otra parte, tiene importancia el derecho, más que para disimular las relaciones concretas, para constituirlas.

Estas críticas provinieron del stalinismo. La primera oposición a la teoría de Pasukanis aparece en un artículo de P. Yudin titulado *Socialismo y derecho* (Kelsen, 1957:161), en el cual se define al derecho como un sistema de normas establecidas por el Estado para proteger el orden existente de organización social. Aquí no se habla de relaciones sociales ni de explotación, por lo que puede aplicarse tanto al capitalismo como al socialismo. Yudin habla de dominación, no de explotación: el derecho es creado por el Estado, y éste es un medio en manos de la clase

dominante. El derecho resguarda y protege específicamente los intereses de esa clase. La consecuencia inmediata es declarar que el derecho soviético es derecho público.

Sin embargo, el principal sostenedor del nuevo punto de vista es Vynsinsky, expresión del stalinismo en el área del derecho. Ahora no basta que el derecho refleje relaciones; es necesario que sea instrumento para crearlas. Este autor, bien definido por su servilismo intelectual hacia el régimen, concibe al derecho como "el conjunto de reglas de conducta establecidas en un orden legal, que expresan la voluntad de la clase dominante, así como de las costumbres y reglas sociales sancionadas por la autoridad del Estado, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coactiva del Estado, con el fin de salvaguardar, reforzar y desarrollar las relaciones y procedimientos sociales ventajosos y útiles a la clase dominante" [1]. Señalemos en primer lugar que a partir de los intereses del Estado soviético, el derecho soviético (que manifiestamente existía) no debía "encubrir el interés de clase" del proletariado, sino ponerlo de manifiesto. De allí el carácter voluntarista que toma la concepción jurídica, y que había desaparecido en Stucka y en Pasukanis. El legislador soviético no está en el plano de la necesidad, sino en el de la creación, y de allí la definición transcripta *supra*, que tiene una firme base kelseniana, no obstante calificarla Kelsen de pobre, diletante, superflua y pleonástica, con razón evidente, ya que podría reducirse a esta otra: "El derecho es un conjunto de normas que expresan la voluntad de la clase dominante, garantizadas por la fuerza coactiva del Estado" (Kelsen, 1957:182 y 184).

La polémica de Vynsinsky con Kelsen, por la cual el primero lo acusa de no ver en el derecho la expresión de intereses de clase dominantes, carece de importancia en este lugar (Kelsen, 1957:161 y 168). Pero sí interesa señalar que el punto en común entre ambas posiciones es que el derecho en su contenido no representa ideales eternos de justicia, sino intereses concretos de los dominadores, con lo que se afirma la doctrina normativista por oposición al iusnaturalismo (Bobbio, 1980:136). Asimismo, para los dos autores el derecho aparece como una técnica específica de organización social, y por eso Vynsinsky sostiene la legalidad soviética. Es la voluntad la que ahora sostiene la correspondencia entre los intereses de clase y las relaciones de producción, considerados independientes entre sí. El derecho se identifica con la política, no con la economía. La voluntad de clase se concreta luego en la voluntad del partido y del Estado. Adviértase, sin embargo, que la definición es contradictoria: las costumbres y las reglas sociales aparecen con fuerza coactiva si

[1] Tomamos aquí la traducción realizada por *Bobbio* (1980: 137) de la versión inglesa, que preferimos a la directa que realizó Capella en el Prólogo a la obra de *Stucka* (1969: 13).

están sancionadas por la autoridad del Estado. No puede concebirlas como reglas de conducta real sin sanción formal (como lo son en realidad), porque ha negado la teoría sostenida por Stucka y Pasukanis, que pretendían convertir todo derecho en relaciones sociales, y no puede distinguir entre normatividad formal e *informal, atado como está a las concepciones aceptadas:* si el derecho no es conducta real, es norma, pero en este caso, todo es norma jurídica.

En suma, a partir de la necesidad concreta de un momento político, la idea del "derecho como técnica burguesa" sostenida por los antecesores, cae de su peso. Ya el derecho no puede ser considerado en el nuevo Estado socialista como una superestructura de la sociedad burguesa, destinada a desaparecer a mediano plazo. Debe restablecerse su estructura formal que, como tal, puede aplicarse a cualquier sociedad, a toda relación económica, o, como dice con precisión Bobbio, lo que caracteriza al derecho como especial técnica social es la organización del poder coactivo, no el hecho de que este poder coactivo se dirija más a hacer respetar las normas que regulan el intercambio de bienes entre dos propietarios privados que las normas que regulan el intercambio entre dos empresas estatales. El derecho existe sobre la base de su validez y su eficacia, más allá de que los comportamientos regulados sean de "burgueses traficantes" o de "proletarios patrióticos que trabajan para la comunidad". Para lograr este objetivo de reivindicar el carácter formal del derecho, Vynsinsky no tiene empacho en declarar que Stucka y Pasukanis (que en definitiva ajustaban su pensamiento a Marx) "al reducir el derecho a economía... se han hundido en el pantano del materialismo económico", o que "el derecho soviético considerado como derecho burgués adaptado es una afirmación depravada que muestra el carácter antimarxista, seudocientífico, de estos saboteadores..." (Kelsen, 1957:175 y 176).

En rigor, no podía haber mejor consonancia con el marxismo que en esas afirmaciones. Pero era necesario negar el materialismo económico, fundamento del marxismo, la idea de la extinción del derecho y del Estado, y el carácter ideológico del derecho. Corría 1938 y negar la "verdadera teoría jurídica marxista" podía costar la cabeza.

Las críticas dirigidas por los normativistas de la segunda época soviética a los pensadores iniciales no debe hacer perder de vista que ambas posiciones, la "concreta" de Stucka y de Pasukanis, y la voluntarista de Vynsinsky son reduccionistas desde el punto de vista sociológico-jurídico: la primera, a relaciones de producción; la segunda, a voluntad política. Falta el análisis de los institutos concretos y los nexos entre relaciones de producción y relaciones jurídicas. El menosprecio del derecho en ambas posiciones llevó a su degradación como instrumento social: así se da lugar a la caída de construcciones que fueron no sólo hallazgo

de la burguesía, sino de la racionalidad social, y que debían, en todo caso, extremarse en un sistema que pretendía ser la transición hacia el fin de las ideologías. Me refiero a sostener que en materia de prueba basta con la verosimilitud (y no con la veracidad) de las acusaciones, la identificación de la insuficiencia teórica de los juristas con traición política, el uso institucionalizado de la mentira como arma contra toda oposición.

En su momento de poder, el mismo Stucka debió atenuar su posición "concreta" del derecho, y como legislador, defender la potencia de la ley, preguntándose en 1917 si es posible prescindir de la legislación, elemento de reorganización de la sociedad.

"Debemos rechazar toda teoría revisionista y economicista que predique la impotencia de la ley revolucionaria frente a las relaciones de producción burguesa, pero debemos guardarnos igualmente de los legistas revolucionarios que creen en la omnipotencia del decreto revolucionario" (1969:173 y 174). Así, su mismo defensor considera al "economicismo" como "revisionista". Esto había sido bien observado por Gurvitch al afirmar "los límites que la sociología marxista se ve obligada a imponerse cuando trata los fenómenos jurídicos: de un simple epifenómeno de fuerzas productivas, el derecho llega a ser un sector autónomo de la vida social..." (1945:210). En este sentido es correcto lo que sostiene Kelsen en su conclusión a la *Teoría comunista del derecho*: la teoría jurídica inicial sobre base marxista falla porque pretende sustituir la interpretación normativa del derecho por una indagación sociológica (o mucho menos que eso, en realidad), en lugar de agregar ésta a aquélla. De allí que sólo sea una variante de las teorías burguesas como la de Ehrlich o el realismo jurídico americano. En cuanto a las concepciones kelseniana y soviética de los años treinta, tienen en común la marginación de los elementos de dependencia del derecho respecto de la sociedad, *su énfasis en el aspecto coactivo y su carácter técnico*, además de su oposición al iusnaturalismo, aunque la soviética también incurre en éste (Kelsen, 1957:266, 171 y 172). En conjunto nos muestran cómo la particular visión crítica del marxismo inicial respecto del derecho (considerado instrumento de opresión), se vuelve visión conservadora del derecho como agente de organización social, desprovisto de todo carácter crítico y similar a cualquier concepción sistémica, conservadora y cooperativa de la sociedad, aunque ésta sea entendida sobre bases proletarias.

Lo expuesto muestra también que existe una diferencia fundamental entre la posición de Kelsen y la del marxismo, incluso en la versión voluntarista de Vynsinsky; y ella es, como ha sostenido Bobbio, que para Kelsen el derecho es *solamente* ordenamiento coactivo cuya función social no interesa, ya que a través de esa técnica pueden ser conseguidos los objetivos más variados. Carece, en consecuencia, de función específica. Por el contrario, para todo el marxismo, ese ordenamiento coactivo tiene

una *función*: asegurar el dominio de una clase sobre otras, y esta función es ineludible. Se entiende entonces que Kelsen sostenga que el marxismo trata de sustituir la interpretación normativa por la sociológica, ya que indagar por las *funciones* del derecho (cualesquiera sean) es una inquietud típicamente sociológica, a la que no resulta ajena ninguna de las teorías de esa ciencia.

La preocupación por la función del derecho se advierte en el siguiente párrafo de un manual soviético de teoría marxista, de 1972, en el que se alude a las nuevas funciones que tendría el ordenamiento jurídico socialista, pero sin desechar los aspectos coactivos, en la misma línea señalada anteriormente:

"En el derecho socialista se refrendan todas las formas de labor del Estado, sus funciones y tareas. Así se determina el carácter activo del derecho y su poder de influencia en todo el avance de la sociedad. Con la victoria del socialismo, el derecho se convierte en voluntad estatal, única de todo el pueblo, erigida en ley. Al triunfar y afianzarse las relaciones de producción socialistas, este derecho adquiere una base material para hacer cumplir la voluntad del pueblo en beneficio del pueblo mismo... En el período de la construcción del comunismo se vigoriza todavía más el orden jurídico socialista, se perfeccionan las normas jurídicas que regulan la labor de la sociedad dirigida a cumplir todas las tareas que plantea la construcción del comunismo. El sistema del derecho y la justicia socialistas contribuyen asimismo a la total extirpación de la delincuencia y las causas que la engendran... Al extinguirse el Estado, la política se convierte en ciencia de administración de las cosas y de los procesos de producción, se amplía la esfera de las relaciones humanas libres de regulación jurídica, crece el papel de la moral como reguladora de las relaciones humanas, se borra paulatinamente la diferencia entre moral y el derecho, se produce la unión orgánica de los derechos con los deberes para crear normas únicas de vida en la sociedad comunista" (Kelle-Kovalzón, 1974:236 y 237).

Estos puntos de vista dogmáticos variaron a mediados de la década del ochenta, época de la *perestroika* y la *glasnost*, a partir de los cuales se presta más atención a las investigaciones empíricas y menos a los principios teóricos legados por los fundadores. Esto se debió a una toma de conciencia largamente demorada, y de la que es buen exponente el propio Gorbachov al analizar los aspectos culturales de las décadas anteriores a su gestión política:

"También en el plano ideológico, el mecanismo de freno originó mayor resistencia a los intentos de examinar constructivamente los problemas que iban emergiendo y a las nuevas ideas. La propaganda del éxito —real o imaginario— iba ganando terreno. En las ciencias sociales, la teorización escolástica se fomentó y desarrolló. El pensamiento creativo fue expulsado de las ciencias sociales, y los juicios y contribuciones superfluos y gra-

tuitos fueron declarados verdades indiscutibles. Las discusiones científicas y teóricas que son indispensables para el desarrollo del pensamiento y para el esfuerzo creador, fueron castradas... La presentación de una realidad sin problemas fue contraproducente: se había formado una brecha entre la palabra y la acción..." (Gorbachov, M., 1987:20 y 21).

Un ejemplo de los comienzos de este cambio se verá al tratar de la desviación y la criminalidad en el Capítulo VIII.

## 7. La concepción del derecho en la teoría marxista europea contemporánea: un ejemplo.

He tratado de mostrar que las especulaciones sobre el derecho que surgen de la crítica al capitalismo, formulada desde estos Estados, difieren necesariamente de las concepciones del derecho que los Estados marxistas debieron sostener para poder operar a través de él como un subsistema de control social; también hemos señalado que esto es inevitable, por la distancia que existe entre la libertad del teórico académico especulativo que critica un sistema social, y las necesidades de un político que debe utilizar un mecanismo ineludible como la ley para los fines del Estado, cualesquiera sean aquéllas. El mismo fenómeno veremos en el campo de la criminología, en el Capítulo VIII, entre las concepciones desincriminadoras originadas en los países europeos y americanos, y la idea que surge de la criminología realmente practicada en los Estados de base marxista.

Para concluir este capítulo, tomaremos un ejemplo prestigioso en el campo de la sociología marxista elaborada en los países occidentales, como lo constituye *Nicos Poulantzas,* cuya obra se desarrolla en el área de la teoría política.

En un libro de 1978, época en la que puede hablarse de las "dictaduras del Este" con libertad, pues los crímenes del stalinismo han sido finalmente reconocidos por los marxistas, este autor plantea la distancia entre el "socialismo democrático" y el "estatismo autoritario" (*Estado, poder y socialismo*). Aquí trata de esclarecer algunos puntos vinculados con la relación entre Estado y poder. Diez años antes de la crisis del socialismo soviético y europeo en el ejercicio del poder, el autor toma cuidadosamente distancia de toda realización práctica conocida del marxismo, con el siguiente argumento:

"Análogamente a como los filósofos de las Luces no son los 'responsables' de los totalitarismo del Oeste, el marxismo no es 'responsable' de lo que sucede en el Este. No es responsable no sólo en el sentido trivial, o sea, en el de considerar el marxismo del Este como una desviación, lo cual eximiría al marxismo puro: no es responsable, porque hay esa distancia entre la teoría y la realidad que vale para toda teoría, incluido el marxismo... Stalin no es culpa de Marx como Bonaparte (el primero) no era culpa

de Rousseau, ni Franco de Jesús, Hitler de Nietzsche, o Mussolini de Sorel, aun cuando sus pensamientos han sido empleados —de cierta manera en su pureza misma— para justificar esos totalitarismos" (1986:20).

El problema queda solucionado: ni siquiera hay que preocuparse por la "desviación", ya que la teoría, aunque inspire "en su pureza misma" a la práctica, no tiene nada que ver con la acción originada. Ahora puede dedicarse libremente a la especulación teórica. De todos modos, aunque su concepción pretenda condicionar acciones (de lo contrario no tendría sentido formularla), nadie podrá responsabilizarlo por las consecuencias. El dogma del "teorizador" queda relevado de toda responsabilidad por las realizaciones prácticas, que son independientes —por definición— de la teoría.

Veamos entonces qué dice de la ley y del derecho, en la sociedad capitalista, y si se aplica a las otras. En primer lugar, no hay distinción entre *ley* y *derecho*: "al nivel general en que me coloco aquí, no entro en la distinción entre ley y derecho" (1986: 95), con lo cual todo derecho queda subsumido en la ley, primer paso de una concepción dogmática cerrada. La escuela de la exégesis no hubiera defendido una posición distinta. El problema es simplemente subestimado, y muestra el desprecio que los teóricos marxistas tienen por este tipo de cuestiones "contrarrevolucionarias", salvo cuando, tomado el poder, se les plantean concretamente como problema.

Para el autor, la ley en el Estado capitalista tiene un papel diverso a los anteriores sistemas productivos, al representar un código de *violencia pública organizada,* se ejerza o no se ejerza directa y abiertamente. El Estado transgrede en muchas oportunidades la ley (razón de Estado), desbordando la reglamentación jurídica; esto significa para el autor que la legalidad capitalista es compensada siempre por márgenes de ilegalidad, y que esta ilegalidad está incluida en el sistema jurídico (1986:87 y ss.).

Las "lagunas de la ley" no son coladuras u "ofuscaciones", sino brechas que permiten sortear la ley. Poulantzas quiere reivindicar el poder represor del derecho en contra de las tendencias que hacen fincar sus raíces en la ideología que predispone hacia el consentimiento (Foucault, por ejemplo), ejerciendo de este modo la represión. Si bien estamos lejos de la "legitimidad" del poder, como aceptación voluntaria presupuesta por Weber, no hay duda que ahora el panorama se simplifica: el derecho es "violencia física organizada", se agota en la ley, y hay lagunas creadas *ex profeso* para permitir la ilegalidad del Estado. Terror y temor: he ahí los mecanismos del derecho (1986:96).

El autor valora la violencia en los países del Este (dictaduras marxistas de la época en que escribe), pero aun considerando que el capitalismo no es la fuente de todos los males, no resiste la tentación de considerar:

"No por ello, sin embargo, me siento menos inclinado a pensar que las raíces y el secreto de ciertos aspectos totalitarios del Estado en los países del Este residen, entre otras cosas... pero sin duda de manera fundamental, en lo que yo designaría bajo el término de *aspectos capitalistas* de ese Estado, en las relaciones de producción y la división social del trabajo subyacente al mismo" (1986:22).

Habrá que concluir entonces que si el derecho de "las dictaduras del Este" es violento y se rige por el terror y el temor, será por sus "aspectos capitalistas". ¿Y cómo es, en su estructura, este derecho capitalista?

"Aunque toda ley o todo derecho presentan ciertos caracteres comunes, el derecho capitalista tiene su especificación en que forma un *sistema axiomatizado*, compuesto de un conjunto de *normas abstractas, generales, formales* y *estrictamente reglamentadas*" (1986:100. Subrayado del autor).

El derecho (capitalista) se agota entonces en la ley (capitalista) y ésta es lo que los dogmáticos dicen que es, y no otra cosa. Toda la crítica al sistema jurídico se basa en este modelo —propio del normativismo—, y se dogmatiza al sostener que todo derecho que tenga estas características, así sea de países marxistas, es capitalista por definición. Lo mismo ocurre cuando se definen las características "violentas" organizadas del derecho.

Realicemos un breve balance de las concepciones marxistas del derecho revolucionario vistas hasta ahora:

*a*) Para Lenin, el derecho burgués subsiste en la primera etapa del socialismo por necesidad, ya que también existe Estado.

*b*) Para Stucka, el nuevo derecho socialista, al "enderezar todas las relaciones", emplea el terror para obtener apoyo.

*c*) Para Pasukanis no hay derecho proletario, ni derecho en la transición, porque todo derecho es capitalista.

*d*) Para Vynsinsky, el derecho socialista es un orden social coactivo, es norma jurídica, y al igual que en los sistemas capitalistas, expresa la voluntad del Estado.

*e*) Para Poulantzas, derecho es también norma jurídica, pero si condiciona conductas en el socialismo a través de la violencia, es por sus resabios capitalistas.

Parece claro que el marxismo no pudo superar, cuando se confeccionó como una crítica al poder, la primitiva indefinición y orfandad teórica en que lo dejó Marx respecto de la ley y el derecho. Como sostenía apesadumbradamente Stucka, algo tan contrarrevolucionario como el derecho no merecía mayor análisis; salvo, claro está, que se trate de las necesidades que los mismos países marxistas (como cualquier Estado) tengan de regular la conducta de sus súbditos. Aquí no es posible especular de tal manera, y se debe superar la idea de "técnica de la sociedad burguesa", tal como hemos visto en páginas anteriores.

Una posición como la de Poulantzas nos exime de confrontar el derecho capitalista y el derecho socialista, y también la teoría marxista con la práctica de los Estados. En lugar de esto se puede teorizar sobre la sociedad democrática socialista, cuyas características ignoramos, pues pertenece al reino de lo que no tuvo principio de ejecución, ya que el fracaso de los colectivismos sobrevino en su etapa autoritaria.

Para el autor comentado, el sistema jurídico axiomatizado capitalista representa "el marco de cohesión formal de los agentes desposeídos totalmente de sus medios de producción" (1986: 101). Caben entonces dos interrogantes: si el derecho "del Este" tiene las mismas características que el derecho capitalista, ¿sus agentes también están desposeídos de los medios de producción, como los asalariados del capitalismo? En segundo lugar, ¿cuál es la alternativa jurídica a tal sistema axiomatizado y organizador de la violencia, propio de las sociedades capitalistas y de las marxistas autoritarias?

Poulantzas asume el criterio de "sistema jurídico" propio del formalismo, hasta sus últimas consecuencias: el derecho dogmatizado no tiene lagunas, y la axiomatización permite que tenga sus propias reglas de transformación, de modo que las modificaciones están reguladas dentro del propio sistema (1986: 106), resultando todo de una coherencia tal que es un instrumento casi perfecto e ineludible de opresión. Sin embargo, estos argumentos se realizan sobre dos afirmaciones discutibles: 1) la pretensión de completividad, formalidad y abstracción de la ley, y 2) que estos caracteres son propios del capitalismo y tienen sus fundamentos en las relaciones de producción y la división capitalista del trabajo.

La prueba de que el derecho no se agota en ley, que no resulta exclusivamente un instrumento de violencia y que no se basa exclusivamente en el temor, no puede incorporarse pues choca contra el dogma. El instrumento legal construido resulta casi matemático (hasta las lagunas de la ley sirven para permitir la ilegalidad del Estado), y ni siquiera requiere de la persuasión: le bastan la violencia y el temor para ser efectivo. Pareciera que todo derecho es derecho stalinista o nazi, y se rechaza la idea de que incluso estos derechos contaron con el consentimiento (por persuasión, indiferencia, ignorancia o conveniencia) de muchos que lo aceptaron. No puede descalificarse la idea del "deseo de las masas" o la validación legitimante de una aceptación de las leyes, ni en el capitalismo ni en el marxismo que asimila. Esta realidad parece no gustarle al autor, porque si la aceptara, el derecho quedaría ampliado en sus causas y consecuencias, respecto del esquema "violencia-represión". Ningún derecho se agota en ley, ni legalidad equivale a legitimidad. Al autor le resulta inquietante que se valoren las ideas del consentimiento por sobre la "codificación de la violencia", que resultaría punto capital en

la evaluación de la ley-derecho. No resulta casual que traiga en su apoyo la concepción de Max Weber sobre el Estado, con su "monopolio del uso de la *violencia física legítima*", y la *legitimidad* racional-legal (1986: 92), pues esta concepción viene bien ajustada a la valoración que se hace de la ley como "sistema axiomatizado". Claro está que ni se valoran los restantes tipos de legitimización del poder, ni la dudosa equiparación entre la *pretensión* de la violencia legítima y la *definición legal* de su monopolio, con el ejercicio *de hecho* de ambas. Pareciera que la definición legal da un omnipotente poder al Estado sobre la sociedad, y que la ley es un instrumento de total y certera efectividad. Lo que no se explica, a partir de las críticas desde arriba y desde fuera del sistema jurídico, es cuál sería la alternativa funcional de la ley, y por qué mecanismo se ajustará la conducta de las personas en una sociedad posible. Tendremos oportunidad de volver sobre estos temas al tratar de la ley penal, calificada también del mismo modo por la crítica marxista, cuando se efectúa desde Occidente, a diferencia de la que deriva de los problemas concretos que deben afrontar los que operan con un sistema jurídico. Por lo que conocemos, con *cualquier* sistema jurídico.

La teoría jurídica marxista simplificó en exceso la realidad y se manejó con elementos teóricos insuficientes: no toda relación jurídica es de explotación, ni toda determinación legal de la conducta se resume en la violencia o el terror; tampoco los Estados son omnipotentes en la actividad jurídica; no cabe equiparar *derecho* y *ley*, ni se pueden, antojadizamente, eliminar las relaciones de derecho público o de derecho privado como derecho, según convenga. Esta desprolijidad en la atención hacia un mecanismo necesario del control social permite denostarlo cuando se especula sobre sociedades futuras e inexistentes. Pero cuando deben explicar su operatividad social en los sistemas socialistas, lo concentran en un normativismo extremo y autoritario que lo convierte en una maraña kafkiana (según el acertado ejemplo de Poulantzas) de la que no saben salir. En todo caso prefieren negar, atacar y suponer. No observan, y por lo tanto aparecen ciegos al limitado poder de la ley, creen que todo derecho occidental es derecho nazi o fascista, y que el stalinismo resulta un invento jurídico capitalista. No alcanzan a percibir la necesidad del consentimiento por los destinatarios del derecho (que no es sólo ocultamiento ideológico o "servilismo del amo"), la universal vigencia como instrumento de control social, útil para la vida como instrumento de regulación de conflictos inevitables, que no son todos de explotación económica.

## Capítulo VII

# LA SOCIOLOGÍA JURIDÍCA CRÍTICA EN SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

Las modernas derivaciones de la concepción marxista del derecho han centrado el tema del fenómeno jurídico en el carácter de instrumento de clase, en la dificultad de asumir una función reguladora (de modo tal que en rigor se convierte en instrumento de conflictos sociales) y en vincular esta problemática con el discurso jurídico como ideología encubridora y trivializadora de la realidad social. En palabras del sociólogo jurídico brasileño José E. Faría, "la falta de homogeneidad conceptual del derecho concebido como estructura normativa se debe, entre otras razones, a que por su dependencia de otras instancias que lo determinan y lo condicionan, sus transformaciones son producto del conflicto hegemónico entre grupos y clases que procuran adaptar los mecanismos institucionales de control, dirección, regulación, organización y arbitraje a sus fines, imponiendo, manteniendo y asegurando un patrón específico de relaciones sociales. Operacionalmente, esto se da mediante un conjunto articulado de técnicas de generalización, trivialización, neutralización, represión y exclusión de las múltiples tensiones que mantienen los conflictos en estado de relativa latencia" (Faría, 1988: 13).

Para los sociólogos jurídicos críticos, la crisis del derecho es producto de las contradicciones de la sociedad capitalista, por lo que cabría suponer que el fin de esta sociedad, que conlleva los criterios disvaliosos atribuidos por Marx, podría convertir el derecho en un instrumento de carácter diverso. Sin embargo, no es la utopía que preocupa a los modernos sociólogos críticos del derecho, ni los aspectos técnicos de la organización judicial, sino la contradicción entre el derecho formal y la realidad económico-social, gravemente desequilibrada y particularmente desigual en el capitalismo dependiente.

El agotamiento del derecho en la concepción liberal formal es entendido por la sociología crítica jurídica como una confrontación entre el derecho definido por las leyes y la realidad que se enfrenta crecientemente con él: la propuesta es de una "justicia militante, no metafísica, no idealista, no abstracta, más con-

cientizada, en una praxis vanguardista, en oposición a las resistencias inmovilistas y retrógradas". Estos movimientos, así como toda la sociología crítica moderna, se encuentran comprometidos con el cambio de la realidad social más que con la objetiva descripción de la misma, que niegan, de acuerdo con su posición teórica. Sobre estos aspectos, que hacen más a la denuncia de un sistema que a la descripción y predicción del mismo, corresponden las mismas observaciones que a toda la sociología crítica.

Una sociología del derecho dirigida especialmente a aquellos para los cuales el derecho no representa beneficio alguno, sino, por el contrario, que aumenta su desprotección, ha definido previamente la función que cumple en la sociedad. Y si bien la comprobación de esos supuestos parecerá obvia a sus partidarios, no es sino una estipulación que debe ser comprobada en cada tiempo y lugar, y en cada institución jurídica. Un argumento como el que sigue, aun producto de una observación sistemática, utiliza a la sociología del derecho como ariete para su propuesta de cambio radical del sistema jurídico: "...la actual Constitución ...asegura los más variados derechos sociales; sin embargo, la ausencia de reglamentación les quita toda eficacia. El Código Civil garantiza el derecho de propiedad, pero el 60 % de la población no es propietaria de nada; la ley protege la región amazónica, pero eso no evita la devastación de la selva; el derecho a la salud, a la educación y a la morada se encuentra reconocido legalmente. pero la población es enferma, analfabeta y sin techo, la criminalidad y la violencia urbanas alcanzan niveles alarmantes, a pesar de los rigores de la ley penal; la legislación fiscal es sofisticada, pero gran parte de los empresarios y trabajadores actúa en el sector informal, evadiendo ostensiblemente los tributos" (Faría y Fernández Campilongo, 1991:24).

Las causas sociales de todos estos fenómenos no son las mismas, ni pertenecen al mismo nivel; no todas son exclusivas del capitalismo; aunque sí son generales en América latina. Se trata de funciones particulares del derecho en sistemas desequilibrados, lo que no ocurre sólo en el capitalismo dependiente, ni representa la función inevitable de *todo* derecho.

A una concepción como la señalada corresponde también una conciencia crítica de la magistratura. En una declaración de los jueces de primera instancia de Rio Grande do Sul (Faría, 1990: 26 y 28), realizada en junio de 1989, se hace mérito del peligroso desequilibrio de la sociedad, que torna imposible la tarea del juez presupuesta con equidistancia entre las partes, ya que ésta sólo puede ejercerse entre iguales, pero no entre desiguales. Frente a los graves problemas sociales, que producen aumento de la conflictividad —sostienen—, la sociedad se vuelve hacia el poder judicial como si, en un pase mágico, jueces sin leyes y sin recursos pudieran resolver conflictos que existen hace décadas por falta de voluntad política y de coraje cívico. En esas condiciones,

como ciudadanos, les resulta insoportable el ejercicio de la judicatura. Luego de pasar revista a los problemas más graves (salubridad, vivienda, ocupación ilegal, analfabetismo), estiman que la exigencia de justicia social es para los jueces nada más que una postulación de condiciones de trabajo, porque sin ello, "el juez más se asemeja a un instrumento al servicio de los poderosos que a la última instancia de los derechos y garantías individuales".

Otra cita puede mostrar el grado de compromiso político de una magistratura así entendida: "Sólo una visión del derecho dirigida hacia la realidad social puede salvar el país e impedir la disgregación de su pueblo. Esa visión se da a través de una conciencia crítica, que no puede ignorar las fuerzas conflictivas al nivel de la infraestructura, para que el capital, deificado en detrimento del ser humano, no perpetúe las injusticias a nivel de la superestructura... A través de la visión dialéctica, eminentemente crítica, el juez se coloca dentro de la realidad social e identifica las fuerzas que producen el derecho, para restablecer la relación entre ese derecho y la sociedad. En esa postura, el juez puede y debe cuestionar la propia legitimidad de la norma, para adecuarla a la realidad social..." (Shelma Lombardi de Kato, en Faría (Org.), 1989:180).

En los países subdesarrollados, la aguda discrepancia entre la declaración formal de los derechos y su práctica real lleva sin dificultad a abandonar rápidamente cualquier intento de comprensión de esta realidad —papel del sociólogo— y asumir la crítica tendiente a la superación del sistema —papel del político—. Es así que juristas denuncian situaciones graves y jueces declaran insoportable el ejercicio de la magistratura, se resisten a ser instrumentos del poder y exigen justicia social. Todos dan el marco de la sociología jurídica crítica, dentro del cual pasaremos revista a algunos de los principales temas que se han desarrollado.

La exposición que sigue no incluye, por razones expositivas ya explicadas, los temas de la sociología crítica en el ámbito de la criminología, tanto en las versiones no marxistas (interaccionistas) como en las marxistas.

## 1. La profesión jurídica.

La profesión jurídica ha sido objeto de estudio tanto por la vertiente funcional como por la crítica. En general, los temas tratados por ambas pueden agruparse como sigue: 1) Estratificación de la profesión y relaciones entre el nivel social del abogado y el nivel social de los clientes. Junto con este tema suelen tratarse los prejuicios sociales que afectan a la profesión, y los raciales en los países en que existen. 2) Conflictos profesionales de roles (defensa de clientes o de la justicia, profesión ética o ne-

gocio privado). 3) Problemas que plantea la relación profesional entre el abogado y el cliente. 4) Relaciones entre abogados y jueces. 5) Los abogados y el ejercicio del poder político. 6) Análisis económico de la profesión, con énfasis general en su proletarización. 7) Evolución de la matrícula, proporción por sexos y relación entre número de abogados y número de casos, lo que lleva al análisis de las diversas formas de ejercicio profesional (individual, colectivo, público, privado, etc.). 8) Distribución (generalmente inequitativa) de los servicios legales, y efectividad de las defensorías de indigentes.

Muchos de estos temas fueron anticipados por un clásico de la doctrina procesal, en una obra insoslayable, agudamente crítica, aunque obviamente no marxista. Me refiero a *Demasiados Abogados*, de Piero Calamandrei (1921), trabajo teórico, polémico, pero también fundado en estadísticas de la época, por el cual este brillante intuitivo de la sociología jurídica pretende llamar la atención sobre la crisis de los estudios jurídicos, la baja motivación académica de estudiantes y profesores de derecho, y movilizar hacia una revalorización de la abogacía. No es necesario agregar que la totalidad de los problemas que el autor señalaba para la Italia de 1920 son absolutamente vigentes, y que sólo difieren en que se han agravado.

Parece oportuno, no obstante no ser una obra sociológica ni crítica en sentido marxista, de acuerdo con la amplitud que nos fijáramos al comienzo de la obra para la consideración de los aportes valiosos, hacer un breve repaso de algunas de sus ideas, que compartimos y hacemos extensiva a muchas observaciones que realizáramos sobre el ejercicio profesional entre nosotros. Sus observaciones aparecen mucho más adecuadas a la realidad que algunas utopías marxistas de la época sobre el inminente fin de la profesión legal.

Para Calamandrei, la abogacía se ha transformado en un peligroso estímulo de la litigiosidad y mala fe procesal, con motivo del exceso manifiesto del número de abogados, respecto de las causas que requieren tratamiento judicial. Este fenómeno hace aumentar el número de los miembros del proletariado forense que vive de crear litigios para beneficiarse de sus magros resultados. Observa con razón que el aumento del número de abogados trajo aparejada la disminución de la calidad técnica y cultural de la mayoría de los profesionales. ¿Podrá negarse, hoy y aquí, lo que sostuvo el autor citado, para Italia de 1920?: "Los jóvenes ... salen de la universidad casi siempre desprovistos de una orgánica y sintética orientación institucional, que les permita estudiar autónomamente, sin guías. Nadie piensa en darles, aunque oficialmente se afirme lo contrario, un poco de instrucción práctica...". Frente a este panorama, creen que cien libros no valen un poco de malicia; con voluntad de ganar, consideran una pér-

dida de tiempo el invertido en estudiar, y carece de prestigio aquel que lo hace (tildado de *doctrinario*) (1921:63 y 64).

La experiencia en el foro, y no la teoría procesal, le permitió a Calamandrei crear su recordada obra, y es a partir de allí que observa con agudeza el deterioro de la relación entre jueces y abogados, al considerar los primeros, como correlato de lo señalado anteriormente, que los letrados hacen todo lo posible para demorar las causas e impedirle a los magistrados conocer la verdad de los hechos (1921:76 y 77). No deja de relacionar valores de clase media y presión hacia la universidad, donde miles de jóvenes no buscan la ciencia, sino el billete de ingreso a empleos y profesiones. Desde que así es, la tendencia a la conquista de una "hoja de papel" con el menor esfuerzo posible se impone (1921:109). El llamado a los estudios silenciosos y profundos, a reemplazar el parecer por el ser, a suprimir la superficialidad y la vanidad, no responde a los intereses de movilidad social ni a la ideología de los sectores orientados hacia el rápido ascenso (se logre éste a través del título, o sólo concluya en una creciente frustración de los que por esos mismos motivos no pueden alcanzarlo).

Se debe reconocer que en muchos países este cuadro no sólo no ha variado, sino que tiende a empeorar. Siguen acercándose muchos a las profesiones jurídicas por la relativa facilidad de la estructura de la carrera, que lleva a la selección por descarte, a la que se refiere nuestro autor con palabras imperecederas. Respecto de la consideración que nuestros jueces hacen de los abogados, remito por mi parte a la investigación realizada en la Justicia Nacional Civil y en la Comercial (Fucito, 1992 a), que confirma esta idea (véase Capítulo X de esta obra), no obstante la variación significativa de los tiempos y lugares.

La obra de Calamandrei es una dura crítica a estudiantes y abogados, pero parte de un reconocimiento básico que las teorías críticas no observaron en un comienzo: la necesidad funcional del conocimiento especializado de la técnica jurídica. Lo que pretende el autor es crear una conciencia sobre la importancia de la seriedad y honestidad profesional, para cumplir acabadamente con los objetivos sociales de la profesión. Las innumerables observaciones sociológicas de Calamandrei no se agotan en este trabajo, ni se limitan exclusivamente a los abogados. Véanse, por ejemplo, los diálogos creados entre ficticios (pero paradigmáticos) abogados, jueces, profesores y legos (1943), o las conferencias pronunciadas en México en el año 1952 (1960), y se encontrarán sabias reflexiones sobre la burocracia judicial, el procedimiento escrito a ultranza, y la resistencia a la oralidad.

Calamandrei es abogado y procesalista, y reflexiona como tal. Con posterioridad la sociología jurídica comienza a analizar estos temas en trabajos específicos, con método funcional (véase Aubert: 1971, parte V; Abel:1989, y sus citas) creando una espe-

cialidad dentro del área, pero también en la sociología de las profesiones.

La sociología jurídica de base marxista comienza en este campo de un modo coherente con sus principios teóricos: así como el derecho resultaba repudiado, no reserva papel alguno a los abogados, sus agentes. Curiosamente en la tradición de Saint Simon y de Augusto Comte, esta tendencia sostiene que en el nuevo Estado comunista no existiría profesión jurídica, pero también durante la dictadura del proletariado se limitaría la abogacía, al haber perdido su existencia razón de ser.

Los abogados, instrumentos improductivos del capitalismo (Loria), se eliminarán, de acuerdo con la simplista concepción inicial, al desaparecer los conflictos derivados de la propiedad privada. Se confunden conflictos sociales con conflictos económicos, y se menosprecia la capacidad técnica vinculada con el estudio del orden jurídico. El repudio proviene de considerar al abogado un aliado del capital y de la burguesía, un colaborador en la explotación del proletariado. Al no existir otro cuadro de referencia la imagen del abogado no podía relacionarse con causas populares, sino con la explotación de las necesidades de los obreros.

La consecuencia de este punto de vista es la inicial abolición de la abogacía luego de la Revolución Rusa, que recuerda la similar tesitura adoptada durante la Revolución Francesa. En esta última se habían abolido los privilegios de la defensa letrada, y se había autorizado a cualquier persona o al interesado a asumirla, directamente. El caos creado en los tribunales obligó a dar rápida marcha atrás en este tema y restablecer la necesidad del patrocinio letrado. Durante la Revolución Rusa el planteo similar proviene de un error: la supresión de la propiedad privada no suprimía las relaciones jurídicas (muchas de ellas transformadas ahora en públicas) ni las privaba de tutela. Su suponía también erróneamente que las leyes se simplificarían y serían accesibles a todos, lo que manifiestamente no ocurrió. De allí que el decreto de octubre de 1918 por el cual los abogados de la Unión Soviética fueron declarados "sin profesión determinada", relegados a tareas no calificadas, con mínimas raciones, estableciendo que cualquiera podía asumir, luego de cumplir 18 años, la defensa en juicio, no duró en vigencia ni dos meses. En noviembre de ese año hubo de dictarse otro que creaba "Colegios de defensores" retribuidos por el Estado, para la defensa civil y penal, sin derecho a retribución más que el salario oficial, y con una tasa a favor del erario, que debía abonar el que acudía a tal prestación.

La supresión lisa y llana de la abogacía parece la primera respuesta que ha existido en momentos de crisis revolucionaria para resolver un conflicto vivido no sólo en esas sociedades: el que existe entre los intereses públicos confiados a los abogados

y los intereses propios derivados de la ganancia de un honorario, que se estima causa de la venalidad y la mala fe procesal. Su rehabilitación relativa posterior en la U.R.S.S. muestra una ambivalencia que posiblemente tenga fundamento en la difícil inserción de los profesionales en la teoría de las clases de esta tendencia, ya que al vincular actividades con medios de producción, carecía de un lugar específico para aquéllos. Podían ser tanto capitalistas (pero no son propietarios de medios de producción), como trabajadores (pero sus relaciones con superiores e inferiores, los trabajos que realizan y las recompensas que recogen no ajustan a los de esa categoría social). Marx no les había prestado atención inicial, por su insignificancia en el proceso productivo y por su reducido número. La evolución de la teoría llevó a considerar, luego, que dentro de los países capitalistas se cumplen funciones ideológicas, de represión, de conducción y de supervisión de la clase trabajadora. En este panorama, la profesión legal se encuentra generalmente vinculada a ellas: por el control social (derecho penal), las relaciones de producción (derecho laboral) y relaciones entre comerciantes y corporaciones (derecho comercial y parte del internacional privado).

En un punto coinciden la teoría crítica con los estudios funcionales sobre la abogacía: la creciente proletarización de la profesión, aunque las causas de las que derivarían son diversas. El análisis moderno de la profesión legal desde el punto de vista crítico lleva a la determinación de nuevas funciones que los abogados pueden cumplir en una sociedad capitalista (dependiente o independiente), al tomar conciencia de la situación de clase, o asumir voluntariamente la defensa de los estratos desposeídos. A esto apuntan los temas que a continuación se tratan: el acceso a la justicia, el discurso jurídico, el uso alternativo del derecho y la crítica al procedimiento judicial.

## 2. El acceso a la justicia.

El tema del acceso a la justicia, desde el punto de vista sociológico, deriva de la confrontación entre las expectativas que surgen de la ley (para la cual todos los ciudadanos puedan acudir a los tribunales en defensa de los derechos, y de igual manera se encuentra garantizada la defensa en juicio) y las condiciones reales de tal acceso y de la supuesta defensa. El tema puede ser tratado, y lo ha sido extensamente, desde la óptica general de la sociología jurídica, incluso como disfuncionalidad del sistema. y tal tratamiento no supone una sociología crítica. No es necesario adscribir a esta posición para reconocer que el derecho de acceder a la justicia se entendió tradicionalmente como un "derecho natural" que tenían las personas afectadas para litigar o defenderse, es decir, como un derecho del cual el Estado sólo

debía impedir, también formalmente, su violación. En este contexto al Estado liberal no le concernía auxiliar la indigencia jurídica, ya que, según esta ideología, toda indigencia es exclusiva responsabilidad del indigente (Cappelletti-Garth, 1983:19).

Es decir que las posibilidades desiguales para litigar constituyen un tema que interesa a toda la sociología jurídica, en cuanto muestra una ruptura entre la declaración formal de un derecho y su alcance real. Pudo litigar —y puede hacerlo— el que tiene, entre otras cosas, recursos de variado tipo, los más de los cuales dependen de su posición socioeconómica y educacional. Los problemas que fueron estudiados en el campo general se refieren al alto costo del proceso, que hacen de muy dificultosa o imposible interposición las demandas de menor cuantía; el promedio de duración de los procesos, que requiere del que intenta un pleito la capacidad económica para esperar su resultado; las ventajas particulares de algunos litigantes, que permiten una mejor defensa letrada; mayor disponibilidad para gastos procesales, conocimiento del derecho y de los modos de defenderlo.

En el liberalismo mitigado son crecientemente reconocidas atenuaciones a los principios de onerosidad; el acogimiento amplio del beneficio de litigar sin gastos, más allá de una acreditada indigencia, la posibilidad de litigar en ciertas causas sin abonar tasas judiciales (asuntos de familia, despidos, accidentes de trabajo, etc.), son parte de este proceso. Sin embargo, todos los modos propuestos para superar el desequilibrio entre los justiciables en los diversos países (véase una extensa y fundada exposición en Cappelletti-Garth, 1983:84 y ss.) mantienen en latencia el aspecto básico de la desigualdad. Como dicen los autores citados "podemos ser escépticos acerca de las posibilidades de las reformas del acceso a la justicia en un orden social fundamentalmente injusto. Hay que reconocer que las reformas procesales y judiciales no pueden servir de sustitutos de una reforma política y social" (1983:179). Es aquí donde cobran cuerpo las ideas de la sociología jurídica crítica, que parten de estas consideraciones para sus desarrollos.

Los autores críticos estudian el tema del acceso a la justicia vinculado con los grupos marginales y sus luchas sociales, así como las luchas obreras para el reconocimiento de derechos formalmente declarados. Las groseras diferencias en cuanto al acceso y a los resultados, de acuerdo con las categorías sociales a las que pertenecen los peticionantes, y la posibilidad misma de ser peticionante (de hecho, para acceder a la justicia se requiere encontrarse incorporado a la sociedad desde muchos puntos de vista), incentivan la conciencia social de los investigadores críticos. El segundo tema, al decir de Sousa Santos (en Faría, 1989: 43), fue la crisis de la administración judicial motivada por la expansión de los derechos sociales y la creciente participación del Estado en la gestación y la concertación de los conflictos

entre clases y grupos sociales. Múltiples litigios sobre relaciones laborales, seguridad social, vivienda y locaciones, a lo que deben sumarse los conflictos matrimoniales motivados por las crisis económicas y por la creciente participación de la mujer en el mercado laboral —con la consiguiente alteración de los patrones normativos paternofiliales y conyugales—, producen una sobrecarga en el sistema judicial. Esta explosión de litigiosidad, en momentos que se agudiza la ya crónica crisis financiera estatal de los países subdesarrollados, impide dar una respuesta aceptable a los conflictos existentes, e incluso a la realización de los beneficios que el Estado había prometido, por ejemplo, en materia previsional y salarial.

El tema, conocido y estudiado, como se ha dicho, en sociología jurídica general, toma en la sociología jurídica crítica una dimensión específica: se refiere al estudio de las causas por las cuales las cuestiones procesales no pueden ser resueltas como custiones técnicas, y deben observarse, según se entiende, las funciones sociales que desempeñan. La idea apunta al modo como las opciones técnicas se convierten en agentes de opciones en favor o en contra de intereses sociales divergentes o antagónicos (patrones contra obreros, propietarios contra inquilinos, terratenientes contra arrendatarios rurales, productores contra consumidores, hombres contra mujeres, etc.). En este campo, "la contribución de la sociología (crítica) consiste en investigar sistemática y empíricamente los obstáculos al acceso efectivo a la justicia por parte de las clases populares con vista a proponer las soluciones que las pudiesen superar" (Sousa Santos, en Faría, 1989:45 y 46), aceptado que los obstáculos son económicos, sociales y culturales.

Las regularidades que aparecen en la investigación empírica son claras en cuanto a que la litigiosidad decrece con el nivel económico, por ignorancia del derecho, por "alienación del mundo jurídico" que sufren las clases bajas, que las desalienta a iniciar acciones aun cuando crean que han sido vulnerados sus derechos reconocidos, así como una difusa sensación de temor a represalias por hacerlo. También pesa la distancia a las ciudades, la ausencia de abogados como parte de su medio social de interacción, situación que dificulta el contacto y torna ausente el consejo jurídico desinteresado. Problema aparte es el tratamiento que dispensan a las clases bajas la policía y la administración de justicia, y la mínima posibilidad de defensa que estos sectores tienen ante la acusación de cometer delitos, frente a las que poseen los sectores más elevados de la población, que logran, a partir de ellos, eludir o minimizar las penas. La criminología comparada (y no sólo la crítica) tiene numerosas investigaciones en su haber, en los más variados países, que avalan ese conjunto de ideas.

Como consecuencia de estas hipótesis y comprobaciones, la sociología crítica considera que la discriminación social en el acceso a la justicia no es sólo económica, sino sociocultural, y que por ello las condiciones que permitan su modificación exceden los recursos disponibles en una sociedad capitalista para tales fines, descontando el fracaso de las defensorías de pobres, consultorías gratuitas, etc., para hacer frente al problema íntegramente.

Dentro de un enfoque de tipo integrativo, de equilibrio y de seguridad jurídica, los que tratan el tema del acceso a la justicia intentan mejorar los aspectos mencionados para disminuir las desigualdades. Los teóricos del conflicto, en cambio, opinan que encontrándose la desigualdad cristalizada en el derecho de fondo, la democratización del acceso a la justicia no logrará más que extender la desigualdad básica; así pudo decirse que frente al carácter discriminatorio del derecho sustancial, era mejor minimizar el acceso de los sectores populares a la justicia [1]. Una conclusión en el mismo sentido es la que afirma que cuanto más firmemente una ley protege los intereses populares y emergentes, mayor es la probabilidad de que ella no sea aplicada, por lo cual se ha planteado reemplazar la lucha democrática tendiente a la aplicación del derecho vigente, por otra que propugne el cambio del derecho (Sousa Santos, en Faría, 1989:57). La premisa de esta propuesta es una afirmación que debería considerarse hipotética y probarse; sin embargo, se utiliza como comprobación para fundar la formulación política. Para probar una hipótesis semejante debería definirse previamente "la protección de los intereses populares y emergentes" e identificarse en institutos concretos, separándolas de las otras; y establecer un sistema de medida de la efectividad comparativa de las leyes, lo que constituye la base de una investigación sociológica compleja. Hay institutos no populares (leyes fiscales, aduaneras, del tránsito, penales), que tienen baja efectividad. Hay otras leyes populares (procesales, laborales, de contrato de trabajo) que se cumplen regularmente y se hacen cumplir por los tribunales, por lo menos en las normas más significativas (aceptación y compensación de la básica desigualdad de las partes, montos indemnizatorios, amplio reconocimiento de relaciones laborales ocultas o simuladas).

En la línea crítica del pensamiento sociológico-jurídico, la celeridad de la justicia aparece como un objetivo no deseado, sino disfuncional para los intereses de las clases bajas. Un tribunal con reglas expeditivas en materia de desalojo, a partir de un procedimiento menos formalizado, aumenta el número de desahucios fundados en causales de fácil prueba (falta de pago, venci-

[1] La afirmación proviene de un jurista chileno que *Sousa Santos* no identifica (*Faría*, 1989; 57), referida a la época del gobierno de Pinochet. Esta idea sólo puede entenderse en un marco de total radicalización y enajenación social del pensamiento respecto del universo judicial, que es visto simplemente como enemigo.

miento del contrato sin restitución del inmueble) en plazos menores. Esto aumenta la crisis social, ya que los inquilinos dejan de contar con las maniobras dilatorias ofrecidas por los códigos procesales tradicionales y utilizadas por los abogados para demorar la sentencia. Frente al derecho del locador, el deudor tiene en el sistema actual el uso espurio de las garantías procesales, que alarga a su favor una sentencia inexorablemente condenatoria. Resulta claro entonces que el tema del acceso a la justicia aparece en esta tendencia teórica como subalterno de la desigualdad social, y que, en principio, frente a la imposibilidad de igualar realmente a la población en sus posibilidades desde el punto de vista socioeconómico, facilitar el acceso a la justicia resulta una cuestión menor dentro del panorama de cambio social que estiman imprescindible, y que sólo puede apuntar a una eliminación de las diferencias de clases y privilegios económicos de los grupos poderosos. Mientras se espera tal estado, pierden importancia las ideas de mejorar en algo la situación afligente de quien, marginado de los derechos sociales, tiene dificultades para ejercerlos. Si como propuesta política debe ser evaluada en sus propios términos, desde el punto de vista sociológico la hipótesis se da por probada y se sacan conclusiones para guiar la acción política en pos de resultados revolucionarios. Esta es la tesitura general de las corrientes críticas.

El tema visto anteriormente (justicia rápida en materia de desalojos) podría analizarse desde otro punto de vista. Si se vuelcan las ideas a un modelo sistémico, la eficiencia de un sistema judicial (*S 1*) produce el agravamiento de las condiciones del macrosistema del que forma parte; esto no puede resolverse racionalmente a partir del aumento de las disfunciones de *S 1* (por ejemplo, aumentando al máximo las argucias procesales para retardar la sentencia), porque el sistema ha sido creado para impedirlas. El problema debe ser entonces llevado a un nivel distinto, por ejemplo, a través de otro sistema *S 2* encargado de proveer de asistencia social a quienes quedan desposeídos de su vivienda por imposibilidad de afrontar su costo. Si esto no ocurre aumentará la presión hacia la ineficiencia de *S 1*, dificultándole al máximo su cometido, acudiendo a otros sistemas de apoyo (medios de comunicación, partidos políticos, grupos de presión). Si es más probable que ocurra lo señalado que el agravamiento de las condiciones, ello es una cuestión hipotética; pero lo que debe establecerse es que aquí no está en juego la posibilidad de facilitar el acceso a la justicia, porque los deudores son llevados a la justicia, no concurren voluntariamente. En todo sistema, los deudores tratan de eludir la ejecución judicial de sus deudas y buscan respaldo legal para licuarlas; no es cuestión exclusiva de los desposeídos. Lo que se trata es de facilitar el acceso cuando sus derechos son los afectados, en las numerosas causas aceptadas por el derecho vigente. Pareciera que algunos críticos abjuran del

sistema judicial porque no permite a los locatarios tomar posesión de la propiedad de sus locadores, o porque el sistema social no suministra viviendas a todos; mientras tanto abandonan a su suerte a los que compran viviendas económicas y son sistemáticamente estafados, los que sufren accidentes y caen en manos de abogados inescrupulosos, etc.

Como se ve, por otra parte, es imposible dejar de caer en la discusión, en la opinión y en la crítica política al analizar la temática de esta escuela, pues es lo que propone. La observación y la descripción con vistas a la predicción de conductas está fuera de las miras de esta tendencia, absorbida por la idea del cambio social.

## 3. El discurso jurídico.

La sociología jurídica, tal como la entendemos, intenta mantenerse en el plano de formulaciones que puedan ser comprobables por medios empíricos, al lado de las propias de otros conocimientos que puedan aportar información, tales como la lingüística general y sus distintas ramas en particular. La sociología crítica, a la par que ha rechazado la posibilidad de una ciencia social objetiva, y ha descreído en general de la cuantificación, base del positivismo, prestó permanente atención a las cuestiones epistemológicas y a los problemas políticos esenciales. Sin embargo, en lo que hace al discurso jurídico, ha quedado, en general, al margen de la sociología y de la antropología jurídicas, permaneciendo en el campo de la teoría general y de la filosofía de derecho. Sousa Santos señala con acierto este aspecto del estado actual de los estudios, al afirmar que el análisis del discurso y de la argumentación jurídica es uno de los temas en los cuales el divorcio entre la sociología y la antropología jurídicas, por un lado, y la filosofía del derecho, por el otro, es más amplio, porque en lo que hace al discurso jurídico, la sociología positivista del derecho lo considera poco controlable por los métodos de la razón técnica que constituyen la base de su cientificidad, y la sociología marxista tiende a ver en él un objeto teórico de extracción idealista, no comprensible en sus propios términos y apenas explicable a la luz de la crítica ideológica. Para ambos paradigmas sociológicos, el discurso jurídico es un área marginal al estudio de las estructuras del poder y del control social en la sociedad contemporánea, y como tal puede ser dejada al dominio de la especulación filosófica (Sousa Santos, 1988: 4 y 5).

Pero el desarrollo de los estudios sobre el lenguaje, con su larga existencia, hacen totalmente insuficientes los análisis sociológicos que los ignoren. No se puede, so pena de limitar excesivamente los instrumentos teóricos, marginar la consideración de

estos temas por no pertenecer al universo conocido de la sociología del derecho. El aporte que realizan es suficientemente importante como para enriquecer la perspectiva sociológica y brindarle útiles elementos, sobre todo porque al tomar como centro la teoría de la comunicación humana, apuntan a un capítulo básico de cualquier ciencia social. La comunicación expresa a la cultura, y ésta se manifiesta, entre múltiples formas, en el derecho. La pertinencia y necesidad del análisis cae de su propio peso.

En el capítulo primero hemos hecho algunas referencias a la necesidad de un código común y a las dificultades interpretativas que surgen en su ausencia. Agreguemos aquí que la distinción que los teóricos de la comunicación hacen, desde Saussure, entre lengua y habla (Saussure, 1978: 56 y 57; Barthes, 1970:18 y ss.), entendiéndose, en general, por la primera el sistema de signos prescriptos para los miembros de una comunidad lingüística, y por el segundo, el uso que cada uno hace de esa lengua, tiene correlación con el derecho como sistema de normas prescriptas y el derecho como práctica social efectiva dentro de la comunidad, a partir de las cuales se han podido formular críticas al dogmatismo jurídico desde esas vertientes (Warat, 1976:82 y ss.). Para esto se ha considerado a Kelsen como un teórico de la *lengua,* que prescindió en general del *habla* jurídica en su obra.

Desde el punto de vista del análisis teórico, la *Crítica de la razón jurídica* de André-Jean Arnaud (1981) presta especial atención a los discursos jurídicos, como para considerar que una parte fundamental de la sociología jurídica debe tener por objeto su análisis.

Esta idea se remite al análisis de los sistemas de derecho concebidos, además de los sistemas vigentes (derecho impuesto). Las concepciones jurídicas —discursos jurídicos—, según indicamos anteriormente, pueden ser vulgares o letradas, correspondiendo unas a lo que se llama el *imaginario jurídico* y las otras al pensamiento jurídico.

El imaginario jurídico surge de combinaciones nuevas por sus formas o sus elementos, que resultan de la imaginación creativa, aunque no todas las imágenes del derecho constituyen un imaginario jurídico, porque algunas pueden corresponder a percepciones fieles de objetos jurídicos, no a concepciones nuevas.

Algunos imaginarios jurídicos provienen del inconsciente colectivo, son hechos de colectividades, sensaciones colectivas, según Arnaud (1981:335), cuya complejidad depende de la cantidad y calidad de normas e instituciones puestas en juego. El otro orden del imaginario jurídico es la doctrina jurídica, conocimiento erudito, opiniones jurídicas que no forman parte del derecho impuesto. Son concepciones del imaginario jurídico las ideas que el legislador recoge y sus opiniones que luego plasmará en una ley, y también las del juez que en algún momento formarán parte de un fallo. Al permitir esta concepción llamar sistema jurídico

no sólo al orden normativo vigente sino a las concepciones más o menos sistemáticas dotadas de razón jurídica, aparece el estudio del discurso como parte necesaria para poder identificarlas: todos los sistemas jurídicos (tanto el vigente como los posibles, pero no plasmados en ley) se expresan en discursos.

En esta concepción, las normas jurídicas vigentes son una versión (una de las versiones posibles) de un modo de reglar la comunicación social. Se trata, por supuesto, de una versión privilegiada en un lugar y tiempo determinado, para presidir la buena marcha de un tipo de juego social: privilegiado por haber sido oficializado, legalizado o impuesto, pero que no eclipsa a las otras cuando se trata de un estudio de sociología jurídica.

Desde el punto de vista que interesa a nuestra disciplina, el discurso es un lugar en que se manifiesta y se tranforma, sobre un soporte lingüístico, un universo cargado de sentido (Arnaud, 1981:390). El discurso, en lo que se refiere al derecho vigente, no está constituido por normas aisladas, sino por el conjunto normativo que hace a una institución jurídica, más todo lo que se ha discurrido sobre él en su gestación (debates legislativos, exposiciones de motivos).

También se puede hablar, de acuerdo con lo dicho, de discurso jurídico al referirse a todo cuerpo relevante del imaginario jurídico, por ejemplo, el programa de un partido político o un sindicato. De modo que se trate de un derecho impuesto o concebido, o vivenciado, es siempre posible delimitar un cuerpo discursivo cuyos contornos son susceptibles de análisis por la sociología jurídica.

Estos discursos expresan requerimientos, expectativas, impulsos e intereses que el jurista dogmático es incapaz de aprehender, y que el análisis sociológico puede llegar a desarrollar. El estudio semiológico de la significación del discurso jurídico tiene por efecto permitir el señalamiento de los elementos ideológicos que velan la razón del sistema que él describe, y crea las condiciones de emergencia de un polisistema simultáneo.

Desde ya que este trabajo, en cuanto sociológico, al proponer mucho más que el análisis del discurso jurídico vigente (ya que se extiende a los imaginarios jurídicos, es decir, a las concepciones jurídicas vulgares o letradas que no se expresan en normas positivas) se encuentra pendiente de realización en su mayor parte, siendo Arnaud uno de los pocos autores que en el marco de una sociología jurídica lo trata extensamente.

Otro tanto ocurre con los trabajos empíricos. Los que combinan variables sociológicas con elementos del discurso y criterios propios de la semiótica, difundidos en áreas tales como la comunicación de masas y el discurso político, son reducidos en materia sociológico-jurídica. El citado de Sousa Santos (1988) tiene suficientes dificultades teóricas como para que su autor le haya dedicado muchas páginas a señalar las implicancias más

significativas de haber tomado "los instrumentos metodológicos de la sociología positivista con vista a la elaboración de una teoría marxista del derecho y del Estado en las sociedades capitalistas contemporáneas", todo ello acudiendo a un análisis del discurso jurídico informal y marginal de una comunidad brasileña. El autor sostiene que se trata de una opción teórica y epistemológica polémica, que por lo tanto avanza por saltos hacia lo desconocido, y que se justifica, en su decisión, por la insuficiencia e insatisfacción que ambos paradigmas (el sociológico positivista funcional y el marxista ajeno al análisis de los discursos) le han inspirado (1988:48). No obstante estas limitaciones, la obra es suficientemente útil y esclarecedora como para ser tomada como un buen modelo del camino que pueden seguir estas investigaciones hasta ahora mínimamente realizadas.

La incorporación del análisis del discurso se hace dentro de las variables sociológicas de un modo no arbitrario ni artificial, y ajusta a los objetivos de la sociología y la antropología jurídicas. Señalemos que, tal como ocurrió con la sociología y antropología general, los campos de ambas en lo que hace al análisis del derecho se aproximan cada vez más, y se presta creciente atención a los elementos comunes del derecho en los países desarrollados, capitalistas y "racionales" (objetivo inicial de la sociología jurídica) y en los primitivos, pretecnológicos y tradicionales (campo de la antropología jurídica).

Para Sousa Santos, las preguntas básicas de una retórica jurídica son las siguientes: 1) La extensión del espacio retórico o del campo de argumentación, lo que supone la conversión de la caracterización filosófica del discurso jurídico en una variable sociológica. Se refiere tanto al ámbito de la temática cubierta como del auditorio relevante. 2) La constitución interna del espacio retórico, lo que supone redefinir relaciones internas y externas con variables sociológicas. 3) Las cuestiones de sociología del conocimiento aplicables al caso, es decir, las condiciones sociales del regreso de la retórica en general y de la retórica jurídica en especial, en la segunda mitad del siglo XX.

La forma como ese autor pretende contestar la primera pregunta es a través de un estudio comparativo entre el derecho oficial y el no oficial de una barriada marginal de Río de Janeiro (llamada Pasargada). Estudia un discurso jurídico alternativo, aplicado en concreto dentro del marco formal del derecho oficial. El primer punto a dilucidar es si el "derecho" de Pasargada es realmente un derecho. Para la sociología jurídica no habrá inconveniente en aceptarlo, sea como discurso del imaginario jurídico, sea como norma efectivamente cumplida en un medio social determinado. Sousa Santos da una definición de derecho tal que pueda abarcar estos fenómenos: "conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justiciables en un un grupo dado, que contribuyen para la creación y prevención

de litigios y para su resolución a través de un discurso argumentativo, de amplitud variable, apoyado o no por la fuerza organizada" (1988:72).

Esta definición tiene un dato que no es novedoso para la sociología jurídica (apoyo, o no, por la fuerza *organizada,* ya que existen otras formas de coacción que pueden justificar un "derecho"), y otro nuevo en el campo que nos ocupa (el discurso argumentativo), pero que puede ser considerado como un conjunto de variables sociológicas, y como tal, cuantificable. En cuanto al tema del pluralismo jurídico (la coexistencia de los dos discursos jurídicos simultáneos, el oficial y el no oficial), tampoco es novedoso para la sociología jurídica ni propio de las orientaciones críticas.

La perspectiva del autor (marxista en cuanto a la estructura social, aunque en rigor la mayor parte del trabajo se realiza sin acudir directamente al repertorio de los conceptos de esta tendencia teórica), si bien subyace en su discurso, no es necesaria para compartir buena parte de las conclusiones, salvo para una fundamental: considerar que el pluralismo jurídico se da cuando las contradicciones de un sistema social se condensan en la creación de espacios sociales más o menos segregados, en el seno de los cuales se generan litigios procesados sobre la base de los recursos normativos e institucionales internos. Estos espacios sociales (de los cuales el autor tomará una villa miseria en concreto) varían según el factor dominante en su constitución (que puede ser socioeconómico, político o cultural), y de acuerdo con la composición de las clases. Las situaciones históricas en que estos espacios sociales pudieron generar derecho son muy variadas, desde los soviets de obreros y soldados previos a la Revolución Rusa, la "justicia popular" de algunos alterados momentos de países en crisis, hasta las costumbres comerciales que justifican soluciones dadas por tribunales creados por comerciantes para dirimir sus controversias.

Puede discutirse la pretensión de relacionar estrechamente la heterogeneidad social (que es una constante en las sociedades modernas) con la lucha de clases, y pretender derivar el pluralismo jurídico de esa razón. Una teoría evolucionista del derecho también podría explicarlo; las necesidades sociales cambiantes, *aun dentro de un marco organizado,* pueden constituir otra causa. De hecho, ninguna sociedad marxista ha anulado por completo el derecho espontáneo, y no se conocen casos de espacio jurídico único. El proceso de descomposición que se observó en la Unión Soviética a partir de 1989 mostró no sólo la pervivencia de ideologías nacionales, sino la de sentimientos monárquicos que extrañamente afloraron en algunas manifestaciones públicas, y que cabía suponer enterrados por el paso del tiempo y la modernización de las estructuras sociales. Estos enérgicos procesos de rechazo a la unificación que significó la Revolución Rusa y las

anexiones posteriores señalan asimismo la pervivencia de derechos espontáneos que, aun reprimidos, no han muerto, y que reaparecieron tan pronto se aflojó la unificación represiva.

Más allá de que es imposible simplificar en materia sociológico-jurídica, en sociedades capitalistas y marxistas, ya que la estructura política no agota las manifestaciones jurídicas que nos interesa destacar, es evidente que la marginación social (subproducto del capitalismo, del rechazo étnico, subcultural o político) genera espacios como el que ocupa a Sousa Santos, siendo en este caso (y en los otros) el derecho un producto de la necesidad y del ostracismo a que se encuentran condenados los habitantes marginales. Pero resulta a todas luces importante señalar que la marginación que generan estos fenómenos no se agota en el capitalismo dependiente, y que se ha dado también en los países denominados marxistas respecto de las minorías carentes de derechos, imposibilitadas oficialmente de practicar su religión, y para los que llevan la pesada carga de no compartir los puntos de vista oficiales en materia sociopolítica.

Tal como señalamos en páginas anteriores, el "derecho" de Pasargada se basa en la inversión de la norma básica de la propiedad: la ocupación ilegal de la tierra que constituye el asentamiento (según el derecho oficial) es propiedad "legal" (según el "derecho" de Pasargada). Efectuada esa inversión, las normas que rigen el derecho de propiedad oficial se pueden aplicar en la comunidad. Se puede comprar, vender y alquilar las parcelas, aunque todo ello se encuentre básicamente viciado para el derecho oficial, que en general prefiere ignorar lo que ocurre en el asentamiento.

El tal "derecho" es aplicado por la "asociación de vecinos", que tiene dos funciones jurídicas: ratificar las relaciones jurídicas (compras, locaciones, etc.) y dirimir los conflictos emergentes. Los contratos se realizan ante testigos, y las partes concurren con familiares y amigos; el presidente de la asociación interroga a las partes para conocer los propósitos y la autonomía de la decisión (esto es, la ausencia de vicios de voluntad), así como la seriedad del compromiso asumido. Luego elabora el contrato, a veces sobre la base de una minuta aportada por las partes, se firma y se estampa con el sello de la asociación, se distribuyen copias a las partes y se archiva.

En el caso de los conflictos, se plantean verbalmente al presidente, quien interroga al "demandante" para afirmar su competencia territorial. Cuando el presidente llega a la conclusión de la verosimilitud del derecho y de la buena fe del peticionante, así como de su propia competencia, cita al "demandado" por escrito, para que concurra a la asociación para "tratar asuntos de su interés". En algunos casos se toman medidas coercitivas informales para lograr la comparecencia de los recalcitrantes. Luego de escuchar y de discutir el asunto, el presidente decide el litigio.

El discurso jurídico informal tiene características propias y distintivas respecto de un discurso jurídico típico del derecho oficial. Así, las decisiones que se toman en la comunidad marginal no resultan de la aplicación de normas generales a casos concretos, sino de aplicaciones graduales y provisorias, que tratan de aproximarse a lo que sea conocido y aceptado por las partes en conflicto, o que, por lo menos, si no lo es, tenga una carga de persuasión suficiente como para marginar a los rebeldes (Sousa Santos, 1988:18 y 19). Interesa señalar que este discurso no deja de apelar a citas del derecho oficial ("el derecho del asfalto"), lo que señala una retórica institucional adecuada al refuerzo de la decisión.

Es posible señalar un paralelo entre esta idea de "juez" con el "juez entrenador", que busca soluciones aproximadas y persuasivas, con poco acatamiento de reglas rituales, según el modelo analizado por Morello (ver Capítulo IX). Los lugares retóricos del discurso jurídico del asentamiento marginal son el equilibrio, la cooperación, la buena vecindad. La decisión tiene visos de mediación más que de condena, como la tradicional del derecho oficial (juez árbitro). Aunque una parte gane más que otra, no se da la fórmula vencedor/vencido, probablemente porque el aparato coercitivo en que se basa es precario. En realidad, debería ser más eficiente que el oficial, ya que se basa en un consenso jurídico y en una aceptación de la competencia del "juez" que en el sistema oficial es sólo un presupuesto del discurso, muchas veces desmentido en la práctica por las violaciones cotidianas de los mandatos, y el uso espurio del proceso.

Otros rasgos de este discurso extraoficial es la no separación entre lo legal y las consideraciones ético-sociales; el derecho no aparece atomizado o como elemento exclusivo; el objeto de la litis no queda circunscripto al inicio, ya que no hay nada parecido a la traba formal de nuestros códigos procesales civiles: se trata de un punto de partida que puede ser reducido o ampliado en el curso del "juicio". La formalidad no existe: la solución debe terminar con el conflicto entre las partes, cualquiera fuese su extensión, de modo real, concluyendo con la hostilidad. Esto significa que el discurso no está limitado por la propuesta, ya que el "juez" puede entender que el objeto principal es otro, que no se mencionó por ignorancia, o por creer que era secundario, o porque una parte actuó de mala fe.

Aquí el autor señala una importante distinción entre ambos discursos jurídicos: el discurso oficial se basa en la distinción entre objeto real y objeto procesal, la verdad de la vida y la verdad del expediente, y establece la irrelevancia del discurso implícito, lo que se logra "con un militante rechazo del sentido común en que se asienta" (1988:28). El discurso informal y marginal que analiza, al ser próximo al lenguaje común y a su lógica, tiene una importante dimensión implícita, que es relevante en el discurso

explícito. Podría criticársele a esta distinción que el discurso jurídico formal posee también buena parte de elementos implícitos, y aunque el juez los ignore formalmente, será posible establecerlos en su dimensión por un análisis del contenido del fallo.

El derecho extraoficial tiene formalidades, pero con un carácter meramente instrumental: nadie es perjudicado en su pretensión por la falta de cumplimiento de una formalidad o de un requisito procesal, situación que hace manifiestamente injusto al derecho oficial, con su mantenido rigorismo, ajeno al conocimiento de las partes (que se ven perjudicadas permanentemente en este sentido por las omisiones, negligencias y desconocimiento procesal de los abogados).

En el derecho no oficial, si es necesario referirse a ellos, puede argumentarse y la definición nunca tendrá efectos automáticos (tales como preclusiones, caducidades de prueba, vencimiento inexorable de plazos, etc.). El autor crea para esta forma de expresión el nombre de "lenguaje técnico popular". También se hace mención del uso del silencio y de su retórica.

La conclusión es que el "espacio retórico" del derecho de Pasargada es mucho más amplio que el del derecho estatal, porque usa más "lugares" comúnmente aceptados que leyes, y porque como pensamiento jurídico se refiere a un mundo cotidiano y común, tosco, sin recursos encubridores. La interacción jurídica en la villa marginal es mucho más informal que la programada por el derecho estatal, siendo mucho menos rígidas las distinciones entre forma y contenido, entre proceso y sustancia. De allí que el espacio retórico cubra áreas que en el derecho oficial están vedadas a la argumentación, y que mientras el orden jurídico oficial es severo en el formalismo e indulgente en el contenido ético (atribuyendo consecuencias sustantivas graves a violaciones formales mínimas y previendo que las transgresiones éticas deben ser graves para poder ser incluidas en los méritos de una causa), en el derecho informal la tendencia inversa es la que domina.

Otro elemento relevante del espacio de este discurso es que no presenta una ruptura lingüística que es común en el lenguaje del derecho (accesible sólo a profesionales o a personas instruidas); utiliza el habla común que pueden entender no sólo los interesados particulares en el "juicio" sino toda la comunidad. Esto es coherente con la baja profesionalización de las funciones jurídicas en la vecindad marginal; la no profesionalización del "juez" presidente de la asociación vecinal, que es un pequeño comerciante de la villa, produce un rechazo de cualquier división tajante del trabajo jurídico que potencie a un agente privilegiado del discurso de los demás participantes y del auditorio relevante. Puede haber hasta confusión de roles, en que las partes asuman circunstancialmente el papel de jueces en el diálogo.

Es significativo señalar que a pesar de la baja coerción que la asociación tiene respecto de sus decisiones, que consisten, en general, en presiones más o menos difusas que tornen insostenible la resistencia, en algunos casos puede solicitar apoyo del destacamento policial para imponer por la fuerza alguna decisión, y que este pedido es satisfecho, ya que la policía pretende conquistar legitimidad en el seno de la comunidad marginal y vencer la hostilidad que tienen frente a ella los moradores (1988: 55 y 56). Se trata, sin embargo, de un recurso extremo, ya que la asociación prefiere no cuestionar su propia legitimidad acudiendo al poder estigmatizado de "la sociedad del asfalto". De allí concluye el autor que el sistema de coerción del derecho extraoficial es un conjunto de más o menos veladas amenazas sobre el alto costo que la intrusión de los agentes de "la otra sociedad" puede tener para la comunidad y para las partes.

La oposición entre ambos tipos de derecho, su institucionalización y la coerción que relativamente tienen, hace concluir como generalización sociológica que en las sociedades en las que el derecho tiene un bajo nivel de institucionalización de la función jurídica e instrumentos de coerción poco poderosos, el discurso jurídico tiende a caracterizarse por un amplio espacio retórico (1988:57).

Una crítica posible es contestada por el autor. La comparación entre los dos derechos puede caer si se reconoce que el oficial no es lo que la ciencia jurídica sostiene: un derecho en términos precisos, un sistema cerrado, sin lagunas, formal, etc. Pero aunque no se aceptara esta idea, y se tuvieran presentes todas las reservas formuladas por la sociología jurídica (que hemos referido en el Capítulo I de este trabajo), aun así resultaría que el derecho oficial es más formal y profesionalizado que el informal de esa comunidad. En cuanto al criterio de la coerción específica, que distinguiría al derecho oficial de los controles sociales no jurídicos, este "derecho informal" también lo posee, pues la amenaza es efectiva y se puede concretar dentro de la comunidad. Un punto importante de discusión estaría dado porque también se acude a la amenaza policial en ciertos casos, y se efectiviza en contadas oportunidades, lo que haría al derecho informal dependiente del formal u oficial. Sin embargo, las características propias antes señaladas, y la inversión de la norma básica de la propiedad, no permiten sostener que se trata de una manifestación derivada del derecho oficial, sino de una "legalidad alternativa" que como tal es un ejercicio de poder político, aunque sea embrionario. No constituye un derecho revolucionario, sino que resuelve conflictos intraclasistas en una sociedad marginal, pero representa una tentativa para neutralizar los efectos de aplicación del derecho oficial de propiedad en las villas miseria, y constituye, a juicio del autor, "una alternativa de una administración democrática de justicia" (1988:99).

Las conclusiones generales del trabajo pretenden ajustarse a una dimensión marxista y conflictiva del derecho, ya que para el autor sólo una teoría marxista se encuentra en condiciones adecuadas para dar cobertura al vasto campo analítico presentado. Se pretende dar una explicación del derecho "en las sociedades capitalistas" sin querer observar que muchos de los fenómenos descriptos corresponden con precisión a las sociedades llamadas socialistas o comunistas. Así, por ejemplo, dice que "no restan dudas que la producción jurídica de los Estados capitalistas contemporáneos en general tienen a su servicio un poderoso y complejo aparato coercitivo que detenta el monopolio de la violencia legítima, que envuelve varias fuerzas policiales, paramilitares y militarizadas..." (1988:54). O: "La monopolización de los recursos retóricos más importantes y consecuente manipulación ideológica de las masas por parte de los medios de comunicación social al servicio del Estado capitalista (y de los intereses de clase que ella vehiculiza) o de poderosos grupos de presión privados" (1988:95 y 96). Con el reemplazo de la palabra "privados" por "variados" y el posible cambio de "intereses de clase" por intereses propios de esas sociedades, ambos párrafos se adaptan perfectamente a las sociedades autotituladas socialistas. Se insiste en la realidad del Estado "capitalista" (que en la caracterización anterior es seguramente correcta), sin querer observar que es la realidad de casi todo Estado moderno, y mucho más de los regímenes autoritarios, que resultan represivos, manipuladores y sólo "democráticos" por aseveración dogmática de la que no cabe apartarse.

Salvo por estos preconceptos, que rechazan por definición todo Estado "capitalista" y afirman implícita o explícitamente la ausencia de los atributos antes señalados en los socialistas, los temas tratados pueden ser incorporados a la sociología jurídica, aunque hasta ahora sea una tarea por desarrollar. El discurso de la violencia es un discurso social: no se ha demostrado que exista una sociedad que lo elimine, ni se observa mejora al respecto, salvo en los métodos para ejercerla, que hoy son mucho más refinados y letales que hace un siglo. El hecho cierto de que existen grupos marginados u objeto de violencia estructural en las sociedades capitalistas (como lo es todo el estrato de la marginalidad económica y social, y las minorías —según su definición jurídica—), no significa que otras sociedades hayan superado esa violencia o puedan ser presentadas como modelo o paradigma de pacificación social. Sea por etnia, religión, ideología divergente, o marginalidad —que también la hay— pareciera que hasta hoy la violencia social es fenómeno universal. Del mismo modo, el discurso jurídico y sus efectos son propios del funcionamiento de las instituciones jurídicas, en todo tipo de sociedades, no sólo en las capitalistas. Por ello, no puede dudarse de que "todo discurso jurídico —sea en la elaboración de las normas, sea en su

aplicación a los casos concretos— es siempre un discurso argumentado (y, por lo tanto, organizado sobre un proyecto específico que el discurso "negocia" frente a una audiencia particular), y *b*) todo discurso jurídico está constituido por estrategias que asumen una apariencia lógica y están destinadas a inducir y regular el juicio colectivo sobre una situación o un objeto, y no descartan la posibilidad de recurrir a un arsenal de efectos retóricos para hacer prevalecer sus opciones políticas" (Faría, 1991:47).

El análisis de estos recursos es una veta amplia en la sociología jurídica para entender no sólo las normas que rigen las acciones reales de los agentes, sino los intereses concretos que se juegan en cada oportunidad a través del derecho.

## 4. Los derechos humanos y el uso alternativo del derecho.

La expresión *derechos humanos* fue creada como parte de una concepción preocupada por defender a las personas de los abusos del poder político y económico, es decir, se refiere a la relación *"personas-organizaciones"*, entre las cuales se presume siempre un desequilibrio estructural de fuerzas (Lima López, 1988:76). La preocupación de los críticos por este tema surge del trato que el Estado autoritario y represivo (en especial, dictaduras de derecha) dispensa a los opositores políticos y a los que desafían por las armas al sistema. Es un hecho bien conocido que muchos Estados, para enfrentar a los opositores y a los políticos contestatarios, así como a la rebelión armada, utilizan y han utilizado técnicas y medios aberrantes para suprimirlos, que dejan de lado no ya garantías constitucionales, que en muchos países son meras declaraciones sobre las que no existe voluntad de cumplimiento, sino incluso derechos que pueden considerarse superiores al Estado mismo, tal como la integridad física [2]. En muchos de estos casos, las torturas, detenciones sin límite tem-

[2] Esta manifestación puede discutirse desde la óptica del positivismo, así como defenderse desde un punto de vista iusnaturalista. Aquí se afirma sólo en cuanto se considera al Estado como distinto a la sociedad, y en la medida en que, según se ha sostenido en este trabajo, las normas estatales no sólo agotan la totalidad de normas que tienen vigencia social, sino que en muchos casos carecen de efectividad frente a otras de mayor acatamiento que las contradicen. Por otra parte, no interesa en este lugar la polémica sobre la categoría jurídica de los derechos humanos, la temática filosófica o su significado como realización de la "justicia". Debe tenerse en cuenta además que la temática que se presenta en este párrafo es realmente mínima respecto de la problemática total de los derechos humanos, tal como los consideran los tratados específicos sobre la materia. Sólo nos referimos a cómo los entienden los críticos en un contexto represivo respecto de ciertas categorías o grupos sociales.

poral, desapariciones, supresión física sin garantía de proceso alguno, se llevan a cabo en nombre de la defensa de los derechos y modos de vida que dichas acciones niegan, de igual forma que podrían hacerlo los actos de terrorismo indiscriminado.

El tema de los derechos humanos abarca también en la práctica la represión policial contra los detenidos humildes por delitos comunes, y en ambos casos ha partido de la negación del contraargumento que apela a los "derechos humanos de las víctimas", sea del delito común o del delito político, y que, poniendo su atención en la violación que cometen los disidentes políticos, terroristas o delincuentes comunes, califican a la teoría de los derechos humanos como una simple defensa de la subversión o de la delincuencia.

En realidad, tratándose de un campo en el cual la objetividad es algo muy difícil de poseer, no se trataría de negar la pena o la sanción, de conformidad con las leyes, de los que la han violado, sino señalar que en el marco de los derechos que se dicen defendidos por el Estado represor, éste no puede apelar a las mismas armas de aquellos que combate, no sólo porque estas armas no son iguales (el Estado cuenta con el peso de su maquinaria, de ordinario poderosa), sino por el problema ético implicado: no se pueden violar los derechos en cuyo nombre se ejerce la acción política de control social. Esto dicho sin perjuicio de que en no pocas oportunidades, los rebeldes, revolucionarios, subversivos, y también los delincuentes comunes, en virtud de lo que se denomina "técnicas de neutralización" (sobre las que tratamos en el capítulo siguiente), justifican su violencia en la violencia estatal, niegan el delito por la expropiación o imposibilidad de acceder a beneficio social alguno y, en definitiva, niegan que sus conductas merezcan condena.

En un panorama de reconocimiento de ciertos derechos a todos los habitantes, antes negados a la mayor cantidad de las categorías sociales (tanto en las sociedades de casta como estamentales), y partiendo de la igualdad formalmente defendida por las Constituciones burguesas, la máxima de "para el enemigo no habrá justicia", no *debe* formar parte de ninguna práctica estatal de control social, por ningún concepto y por ningún motivo. Estas ideas se insertan también en el contexto del derecho internacional, ya que aun en situación de guerra externa *deben* prevalecer en el tratamiento de los prisioneros de guerra.

Los derechos humanos también significan, en un sentido más llano, "derechos de los pobres" (Lima López, 1988:72) y representan una idea de justicia diversa de la instrumentada en las sociedades (capitalistas) ligada a "un futuro mejor", para la que también se realiza como instrumento político un *uso alternativo del derecho*. El uso alternativo puede significar tanto el empleo del derecho por parte de los que no pueden utilizarlo por marginación social (y se conecta entonces con el tema del acceso a la

justicia), como una aplicación del derecho en contra de las estructuras socio-jurídicas. Este es el caso, por ejemplo, de las técnicas de los abogados de los ocupantes ilegales de tierras frente a las demandas de desalojo, que plantean reiteradamente peticiones y recursos improcedentes, pero que poseen en su interposición efectos políticos. Un "todos unidos contra la ley" hace del procedimiento común un imposible fáctico. Así, la necesidad de identificar a cientos de ocupantes de viviendas asentadas ilegalmente, para notificar la demanda de desalojo, se vuelve imposible a los oficiales de justicia por la misma estructura geográfica del asentamiento. La dificultosa aplicación del derecho vigente (para el cual la suerte del proceso está sellada desde el comienzo) se complementa con presiones políticas (pedidos de luz eléctrica y agua, legalización de la ocupación por venta de tierras, si son fiscales; si no lo son, y se amenaza con efectivizar el desahucio, a través de los medios de comunicación, o por medio del apoyo de políticos en la función pública).

Con este uso del proceso, el típico conflicto interindividual se convierte públicamente en social, y se saca del marco jurídico de "cuestión entre sujetos privados" a través de la repercusión pública. También puede caracterizarse de uso alternativo del derecho la estrategia procesal de los defensores de acusados por delitos políticos, que tienden a cuestionar al tribunal y a llevar la argumentación a un campo ajeno al fijado en el proceso. En este caso no se trata de obtener triunfos dentro del marco previsto por el sistema jurídico, ya que se entiende perdida la causa de antemano, sino colocarse en situación de poder argumentar discriminación de los jueces, arbitrariedad o limitación injustificada de la prueba, prejuzgamiento, ilegalidad del tribunal, o su caracterización como tribunal meramente político.

Planteada en estos términos, la cuestión no pasa por la categorización jurídica o filosófica de los derechos, su rango constitucional o suprapositivo, interno o estatal, natural o positivo. Lo que tratan los críticos no es la teoría de los derechos humanos de acuerdo con la óptica general de la teoría jurídica, sino la "violencia instrumentada por el derecho del Estado capitalista" frente a las "luchas populares por un nuevo derecho". Como en otros campos de la sociología crítica, el compromiso prevalece sobre la descripción, y ésta, como discurso, no presume de neutral. En esta reflexión el componente principal es el ataque a un sistema sociopolítico, y la sociología jurídica, así como el orden jurídico, aparece subordinada a la teoría y a la práctica política.

Como sostienen los criminólogos críticos Herman y Julia Schwendinger (en Taylor y ot., 1981:183): "No basta con suministrar buenas razones para el logro de derechos humanos más amplios, ni con catalogar esos derechos. Los criminólogos deben poder *identificar* las formas de conducta individual y las instituciones sociales que han de *defender* los derechos humanos. Para

defender los derechos humanos, los criminólogos deben poder identificar las violaciones de esos derechos: por quién y contra quién; cómo y por qué... Si el derecho a la seguridad personal ha de valorarse por encima de las desigualdades sociales fundadas en la propiedad privada, por ejemplo, entonces hay que estar preparados para calificar como homicidio injustificado el empleo mortal de la violencia por parte de funcionarios policiales cuando la aplican en defensa de la propiedad" [3]. Más adelante agregan: "Y admitido que las instituciones criminales y las relaciones socioeconómicas son factores determinantes del delito, ¿qué mejor título pueden hacer valer los científicos sociales, para justificar su papel exclusivo como criminólogos, que el empleo de la palabra crimen para designar sistemas sociales susceptibles de regularse o eliminarse a fin de controlar o prevenir el delito? ¿Qué término mejor que el de crimen cabe emplear para expresar su juicio *normativo* sobre las condiciones que generan el comportamiento criminal?... En este proceso de redefinición del crimen, los criminólogos se redefinirán a sí mismos, para *no seguir siendo los defensores del orden, sino los custodios de los derechos humanos*" (1981:185 y 189) [4].

Algunos años después, estos autores sostienen que "los derechos humanos son definiciones alternativas del delito por parte del proletariado", lo que implica distinguir entre moral burguesa y moral proletaria, establecer los instrumentos de lucha contra el capitalismo, e identificar a aquellos que, de delitos en ese sistema, pasarán a constituir la base de la nueva moralidad socialista.

Por todo ello, y en cuanto el derecho no resulta para esta posición más que un instrumento dependiente de variables políticas, la descripción que suele hacerse sobre la *evolución* de los derechos humanos apunta a reivindicaciones políticas y no a explicaciones jurídicas o sociológicas: la exigencia de la integridad física de los presos comunes, las amnistías amplias con la libertad consiguiente a todo detenido político, el rechazo de toda acción policial (así esté justificada por el ordenamiento jurídico, en la medida que éste es considerado "represor"), y también el consumo colectivo de servicios públicos, la legalización de asentamientos, la defensa de cualquier situación en la que se encuentren involucrados marginales o marginados, así sean graves violaciones de la ley estatal. A partir de estas premisas, la acción política como instrumento del cambio social absorbe todo intento

[3] El sonado "caso Santos", ocurrido en Buenos Aires en 1989, mostró las posiciones encontradas entre los alineados con la actitud de "defensor de su propiedad" y los que, en una línea como la expuesta en la cita, patrocinaron una querella contra él para obtener una indemnización a favor de los familiares de los que habían cometido el robo.

[4] Con excepción de la palabra "normativo", los subrayados de ambas citas nos pertenecen.

de comprensión de la realidad, que se da por ya realizada, y por los discursos que no tendían, por lo menos hasta 1990, a explicar ni a predecir, sino a persuadir y a profetizar el fin del capitalismo, origen de casi todos los males.

Deberá esperarse el efecto del nuevo panorama internacional producido a partir de las crisis soviética y de los países comunistas sobre muchas de estas teorías. Debe notarse, sin embargo, que los fundamentos de estas concepciones, la básica desigualdad social y la marginación de millones de personas, no permite un regreso lineal a las concepciones capitalistas, no obstante la hegemonía política que parecen presentar a partir de fines de la década del ochenta. Se habrá podido recapacitar, sin embargo, sobre el efecto de las "dictaduras del proletariado" luego de varias décadas de ejercicio.

Reiteremos, para concluir, que lo que antecede no es una explicación sobre los derechos humanos, sino una exposición sobre *el punto de vista crítico* respecto de ellos, en la obra de autores para los que la temática tradicional se radicaliza y se toma como ejemplo del incumplimiento de derechos que deben ser rápidamente salvaguardados, estableciendo cursos de acción radicalizados para lograrlo.

## 5. La crítica al procedimiento judicial.

El análisis del procedimiento judicial por parte de la sociología crítica no se refiere a las cuestiones de ineficacia técnica como medio para llegar a un objetivo aceptado (es decir, el cumplimiento de las leyes); pretende cuestionar la estructura misma del procedimiento, que se observa como una desarticulación de los conflictos con el fin de trivializarlos y hacerlos más aceptables para los participantes y para la sociedad capitalista. En otras palabras, es un modo por el cual se encubre la lucha de clases, colocándose así en las antípodas de la concepción que considera al sistema judicial como integrador y solucionador pacífico de conflictos.

Se parte de la base que los conflictos de clase no pueden ser absorbidos por el sistema jurídico político, y por ello es necesario dispersarlos y atomizarlos. De esta forma, paradójicamente, es vivido el conjunto de fallos que constituyen la jurisprudencia: como una *técnica de trivilización* por la cual se considera que los conflictos se repiten en el tiempo y en el espacio, a través de la cual pueden ser considerados individuales y susceptibles de resolverse técnicamente. De allí que un recurso conceptual necesario para el manejo del derecho (que trata de establecer elementos comunes en un sinnúmero de situaciones fácticas, para poderlas manejar, aunque implique un nivel elevado de precon-

ceptos y suposiciones respecto de los hechos nuevos encuadrados en la jurisprudencia anterior), sea rechazado, pero no para establecer una suerte de dispersión analítica de casos, sino, en definitiva, para poner en su lugar categorías críticas. Aceptado que el conflicto no es individual, y que el procedimiento es una *estrategia de desarticulación ideológica* y política, el fallo no resuelve el conflicto, sólo lo *decide*.

Los críticos tratan de polarizar los conflictos para evitar el tratamiento que llaman *individual* de los mismos. Un juicio de desalojo no es una situación entre locador y locatario: es una expresión más de la lucha entre sectores poseedores y desposeídos. Este punto de vista ha sido formulado por Poulantzas en los siguientes términos: "La ley capitalista no se limita —como se dice frecuentemente— a ocultar las diferencias reales bajo un formalismo universal: contribuye a instaurar y consagrar la *diferencia* (individual y de clase) en su estructura misma, al tiempo que se erige en sistema de cohesión y en organizador de la *unidad-homogeneización* de esas diferencias. Aquí está la fuente de los rasgos de universalidad, formalidad y abstracción de la axiomática jurídica. Estos rasgos suponen unos agentes 'liberados' de sus 'vínculos' territoriales-personales de las sociedades precapitalistas, de la servidumbre... No es la ley quien *libera* a estos agentes: intervienen en un proceso de desconexión y separación de los agentes de los vínculos que los diferenciaban por castas-estamentos, clases cerradas en las que quedaban incluidos según su origen, fuentes de signos, símbolos y significaciones. La ley interviene en ese proceso contribuyendo a instaurar —y consagrando— la gran Diferencia, la *individualización*" (1986:101 y 102) (subrayado por el autor).

El recurso revolucionario será entonces rearmar el conflicto, individualizado y desarticulado por el derecho burgués-capitalista, sobre categorías no jurídicas, sino políticas. Los conflictos son polarizados como "dimensión social" y a partir de categorías separadas por el poder y la discriminación: explotadores y explotados, perseguidores (de todo tipo, incluso los "cruzados de la moral", según la terminología de Becker a la que se alude en el capítulo siguiente) y drogadictos u homosexuales; grandes propietarios de cadenas de supermercados contra consumidores (vistos éstos en conjunto y no como partícipes de pequeños contratos de compraventa), locadores contra locatarios, empleadores contra obreros y empleados (considerando todo conflicto laboral como conflicto colectivo), etc.

El paso siguiente es sustituir la discusión basada en normas jurídicas, en virtud de la "justicia relativa a la visión del mundo de la clase hegemónica", por una ética del marginado. De este modo, por ejemplo, se discute la legitimidad de las normas que regulan el derecho de propiedad, y que definen como ilegal la

ocupación de tierras por marginales sociales. Debo señalar que se parte aquí de un uso de la sociología jurídica que supone principios aceptables, aunque no se deriven de ellos unas conclusiones políticas más que otras. Si la justicia es relativa a una determinada cultura, cuando ésta no se encuentre unificada (y se entienda, entonces, que las normas que defienden los poseedores son opuestas a las que aspiran los desposeídos), existirán dos criterios a partir de los cuales se podrá interpretar el sistema normativo. Dentro de la sociedad, las normas jurídicas se presuponen a partir de un consenso de tipo liberal, que los críticos rechazan: si no se acepta que existe consenso entre los valores sustentados por los miembros de un grupo social que convive en un territorio, es decir, si se supone que la cooperación se encuentra reemplazada totalmente por el conflicto y la lucha, no es muy difícil derivar la existencia de dos niveles de justicia, y sostener que la ley representa sólo a un grupo de intereses en la sociedad. Volvemos en este lugar, y tendremos oportunidad de extendernos más sobre este aspecto en el capítulo siguiente, al *derecho de los marginales*; desde su punto de vista, el sistema judicial resulta, según la caracterización de trivializador, atomizador y generalizador, en contra de los intereses de la clase perjudicada. Pero esta clase y sus ideólogos pretenden también una generalización sobre otros principios: vivienda como derecho inmediatamente exigible, supresión de toda persecución policial, impunidad del delito motivado por la situación de marginación (a partir de considerar que no existe tal delito, según la transcripta opinión de los Schwendinger).

En los que sostienen teóricamente esta concepción se ve que la caracterización forma parte de la realidad sustentada por un grupo social, que no sólo denuncia de modo militante, sino que rechaza públicamente el sistema normativo legal y básico de la sociedad, que no lo beneficia, salvo en su ruptura. Ello no es novedad ya que, tal como se ha expuesto reiteradamente, para esta posición la sociología no es más que una política que expresa la concepción ideológicamente comprometida que del mundo tiene algún sector social.

Es necesario distinguir, entonces, esta crítica del derecho y del proceso judicial del análisis sociológico que pretende no aventurar sobre el nivel de consenso que existe en una sociedad en concreto, y que se limita a describir y explicar una realidad socio-jurídica determinada. Debe observarse que la sociología jurídica crítica presupone la lucha de clases como base de la vida social, y sobre esta idea, que hemos desarrollado previamente a través de los autores marxistas, contraponen dos visiones del derecho, de la ley y de la administración de justicia. Una óptica integradora de corte liberal, por el contrario, presumiría el consenso y trataría toda discrepancia como desviación que debe ser

corregida. La sociología jurídica, tal como la entiendo, no supone ninguna de ambas alternativas: el orden jurídico puede ser estructura de un conflicto o de la cooperación; esto depende de variable históricas que no pueden ser ideologizadas por medio de generalizaciones.

Si se dice que en la Rusia de los años 1910 a 1920 coexistían dos visiones de la sociedad y del derecho, y que luego se impone la visión "proletaria" sobre su contraria (de acuerdo con el análisis que efectuamos en el Capítulo VI), ello puede ser tan cierto como sostener que a fines de los años 80 parecía ocurrir lo contrario. Sostener que en todo tiempo y lugar el derecho es instrumento de poder hegemónico, no es más que un postulado anticientífico. Cabe pensar que pueda representar intereses mayoritarios y consensuales, aunque, por supuesto, tampoco es posible postularlo al estilo funcional. El trabajo de la sociología jurídica es, precisamente, determinar los institutos concretos en que se dan unos casos u otros, ya que nada puede predicarse sobre el carácter generador de conflictos o integrador de *todo* el orden jurídico sin caer en generalizaciones de nula utilidad. El derecho afecta todos los aspectos de la vida, de modo tal que tanto puede ser la regulación jurídica de un instituto o la acción de los tribunales verdaderamente integradora, en un conjunto de casos, como puede ser la ley y la administración de justicia "agente de conflictos"; incluso es posible que encontremos ambas situaciones a la vez y podamos suponer hipotéticamente (lo que no equivale a postular dogmáticamente) que si un conjunto de tribunales se pronuncian permanente y mayoritariamente en sentido contrario a las valoraciones e intereses de las mayorías, será reemplazado por otra administración judicial que responda a ellos, ya que, como todo sistema de poder, el orden jurídico requiere de legitimidad y no puede estar basado permanentemente en la coacción para mantenerse funcionando.

Si lo que se quiere decir, por otra parte, es que la legitimidad atribuida al derecho capitalista es pura ideología (en el sentido dado por Marx) y que las personas ignoran sus *verdaderos* derechos, se avanza demasiado en el paternalismo social. Podemos exterminar a todos los que no crean que la sociedad mejor, propugnada por nosotros, los rescatará verdaderamente del oprobio. Los asesinatos del grupo Sendero Luminoso, en Perú, a familias y grupos campesinos que no aceptan su misión salvadora, es un buen ejemplo del punto al que puede llegar el mesianismo dogmático y revolucionario. Lo mismo puede decirse de los crímenes llevados a cabo por Stalin entre el campesinado, que no se encontraba dispuesto ni preparado para reconocer el "nuevo mundo" que se le ofrecía. Las crisis y el fin de los sistemas jurídicos y políticos reales muestran como todo dogmatismo político tiene su necesario fin, aunque se suponga eterno.

Lo expuesto puede servir de marco para el análisis de los aspectos represivos del derecho, que se abordan en el capítulo siguiente. Allí se detallan algunas de las teorías que han sido presupuestas en el estudio precedente, limitado a algunos puntos de la teoría jurídica crítica.

## Capítulo VIII

# LAS TEORÍAS SOCIOLÓGICAS EN MATERIA DE CRIMINALIDAD Y DESVIACIÓN

En general, los libros sobre sociología jurídica omiten la consideración de los aspectos sociológicos de la conducta que se desvía de la norma penal. Esta omisión se justifica en el desarrollo autónomo de la criminología, en cualquiera de sus versiones, desde las biológicas del siglo XIX hasta las que la consideran parte de la política, pasando por las psicológicas e interdisciplinarias. También se explica por la manifiesta profusión de teorías e hipótesis que tratan de explicar la relación entre desviación y control, o entre éste y la represión, o entre todos ellos y la línea oficial de poder social y político. En rigor, se requiere una obra autónoma de extensión para poder ocuparse con cierta utilidad de estos temas; la cantidad de teorías mínimas que es necesario exponer y criticar para obtener algún resultado respecto de la propia posición es tan amplia que toda referencia menor resulta lamentablemente incompleta. Frente a ello cabe preguntarse por qué se encara en este capítulo un tema tan complejo y extenso dentro de la sociología jurídica. En primer lugar, por considerar que el ámbito de la desviación, el control, la rotulación y la actividad social respecto de la infracción de las normas consideradas penales es de tal importancia en el tema que venimos tratando que no puede ser soslayado. Si este libro trata de fundamentar la presencia de normas que influyendo sobre las conductas afectadas por el orden jurídico determinan el marco en el cual el derecho *puede* aplicarse, el ámbito penal aparece como un campo central. En segundo lugar, porque la polémica respecto de las influencias que determinan la génesis y la aplicación (o la no aplicación) de la ley penal y otras que regulan graves desviaciones equiparables, es útil para puntualizar y aclarar los límites de las posiciones sociológicas, y de qué modo se incurre en la política cuando se tratan temas de tanta importancia como éstos.

Por último, la denuncia que conllevan algunas de las teorías críticas y la política criminal que preconizan tiene graves consecuencias en la estabilidad social, a las que cabe referirse tanto como confrontarlas con la criminología de los países socialistas.

De esta comparación puede surgir el límite de la teoría crítica, y la separación entre tipos de incriminación —derivados de tipos de sociedad, de estratificación y de economía— y sociedades sin normatividad, sin sanciones y sin represión, modelo que sólo puede plantearse como utópico porque no responde a ninguna sociedad conocida. Estos temas de la "nueva criminología" completan la exposición de la sociología crítica realizada en el capítulo anterior, que ha quedado deliberadamente truncada cuando debían tratarse sus temas centrales, que son, precisamente, la represión y la incriminación de los estratos desposeídos en la sociedad capitalista.

Con las limitaciones del espacio, pero entendiendo que se trata de temas insoslayables cuando se enfoca la sociología jurídica, se encara el presente capítulo, en el que se seleccionarán sólo algunas teorías para su exposición y crítica. Esto significa que se tratarán únicamente concepciones cruciales para el análisis de la desviación, que motiven grandes líneas de pensamiento.

Todas las teorías tratan de contestar las preguntas sobre la génesis, desarrollo y aplicación (o inefectividad) de las normas que castigan las desviaciones penales o las consideradas graves (aunque no estén incluidas en el código represivo), tema que es común a la sociología jurídica y a la criminal, ya que en la primera se estudian los mismos problemas, pero extendidos a todo el ordenamiento jurídico. Las discrepancias en este ámbito son tan agudas como en la sociología jurídica, pero se presentan con mayor claridad por el objetivo circunscripto. Es necesario, entonces, aclarar desde el inicio que incluir este tema nos llevará a abordar posiciones como la de Alvin Gouldner (Prólogo a Taylor y otros, 1977: 12), para quien la criminología "tiene por objeto la comprensión crítica de la sociedad global y de la teoría social más general, y no simplemente el estudio de algún grupo marginal, exótico o esotérico, sea de criminales o de criminólogos", tanto como las contrarias. Más allá de la ironía, es claro que no puede separarse el estudio de ninguna desviación normativa sin entender a la sociedad en conjunto, o sin partir de una concepción sobre la sociedad. Ya lo hemos afirmado al inicio de esta obra. Sin embargo, la concepción social de base aparece con más fuerza en la sociología criminal que en la jurídica, porque la represión penal del desviado, su incriminación o la imposibilidad de castigarlo surge de modo más directo, relacionada con la valoración que la sociedad tiene de los bienes más preciados. No puede, entonces, dejarse de estimar una y otra vez cuál es la concepción de la sociedad que ha generado las normas penales, y cuál la que las hace cumplir o permite su evasión a determinadas categorías de personas en toda sociedad. También se analizarán teorías que presuponen y aceptan los repartos y valoraciones sociales, y sólo se centran en los que se desvían de ellas (delincuentes) o en formas de desviación (tipos delictivos), pero esto puede considerar-

se propio de un estado superado de la ciencia. Hoy, aunque se acepte un sistema social y las valoraciones del mismo (por ejemplo, la propiedad privada, la sociedad de clases, y se justifique la desigualdad implícita en el reparto de bienes), no puede dejar de referirse cualquier norma penal de estas sociedades a tales patrones básicos, que son relativos a cada cultura y no universales en sentido sociológico.

## 1. La criminología general y la sociología criminal.

La criminología aparece a fines de siglo pasado como un intento científico (positivista) de explicar al "criminal" y al "crimen". Pero sólo en un sentido muy general puede decirse que estudia el hecho social que se llama "crimen", en todos sus aspectos, de una manera científica y desinteresada (Levi-Bruhl, en Gurvitch, 1963: II, 239), ya que han existido y existen intentos para definir como prevaleciente el enfoque sobre el "criminal" (con un énfasis en lo biológico, lo antropológico físico y lo psicológico) o el "crimen", en cuyo caso, a partir de la definición de Durkheim de hecho social, se buscan referentes sociales para explicarlo y relacionarlo con sus formas y medios de producción, campo de la sociología. En cuanto a la criminología misma, puede discutirse su carácter de ciencia autónoma desde que en la obra de muchos de sus autores cada uno de sus aspectos es tratado con la metodología propia de las ciencias particulares (biología, psicología, sociología, derecho, etc.); faltan los requisitos de unidad de método propio de una ciencia autónoma (Hall, en Gurvitch, 1965: I, 315). Este problema, sin embargo, no atañe a esta exposición, que se referirá a los aspectos socio-jurídicos de la desviación, con prescindencia de los restantes, salvo alguna limitada mención. También puede discutirse su autonomía desde la sociología o la ciencia política, considerándola parte de éstas, como lo hacen los críticos. Las discrepancias no son menores en cuanto a su objetivo. Desde las posiciones más o menos conservadoras, que no discuten la justicia o el acuerdo básico sobre los repartos de bienes, y analizan a los desviados y delincuentes presuponiendo un consenso a partir de las subculturas, la marginalidad o inadaptación a las normas, hasta las teorías críticas marxistas que suponen al crimen como asociado con el capitalismo y creen que en la sociedad socialista no existiría delito, pasando por teorías liberales y críticas no marxistas, se desarrolla un amplio espectro de posibilidades en cuanto a los abordajes teóricos.

Tal como expusimos, en sus orígenes el objeto es el crimen, entendido como una patología social que en todo tiempo y lugar debe ser combatida: etiología y terapéutica para su extirpación. La misma palabra *crimen* inspiraba horror o repulsión, y tal fue el fundamento que los criminólogos positivistas del siglo pasado

utilizaban para proceder a la supresión o curación de delincuentes, como veremos enseguida.

Hoy, la utilización de una palabra para indicar el objeto de la sociología criminal equivale, tal como ayer, a una toma de posición. Así, si sostenemos que la sociología criminal se ocupa de la *conducta desviada,* o de la desviación social, estamos suponiendo, dentro de un esquema funcional, que existe un conjunto de modelos de conducta, o actividades "debidas", permitidas o toleradas, y otras que son desviadas de este conjunto homogéneo y convencionalmente aceptado. Si nos referimos a su objeto como el de *conducta infractora,* podemos estar incorporando datos de falta de responsabilidad del agente delictivo, llevado a la conducta divergente por inconsistencias o graves perturbaciones sociales. Los criminólogos críticos, por su parte, no aceptan estas definiciones, sino que remiten a la comprensión crítica de la sociedad, entendiendo que las diferencias de clase y las situaciones de explotación social generan las desviaciones y sólo por la explicación básica de esas condiciones puede entenderse lo que ellas significan. Al crearse las normas se crea al delincuente, como subproducto de una definición normativa, que no es sino una definición de poder. Esto muestra, desde luego, un panorama complejo en el cual no se puede ni siquiera aventurar el objeto de la materia sin tomar partido sobre sus temas centrales.

Hablar de "crimen", si de la conducta que genera horror se trata, no es, por supuesto, el exclusivo objeto de la materia; muchas conductas son *desviadas o infractoras,* o como se quiera llamarlas, sin inspirar "horror" alguno, desde el hurto simple a las lesiones culposas, la evasión fiscal o adulterio, cualquiera sea la gravedad que se atribuya a estos delitos. Por otra parte, la palabra *horror* resulta tan emotiva y variable que poco puede representar específicamente, salvo una mezcla de honda repulsa y rechazo. El término más común en la sociología criminal liberal o conservadora es "conducta desviada" o "desviación", según veremos, pero llámese de una manera o de otra, debe quedar precisado que existe acuerdo en que no coincide con el concepto jurídico de delito. En el primer caso se trata de una desviación de tal magnitud que merece una condena social por parte de ciertos grupos con poder (sea penal o no), mientras que el segundo corresponde a la definición que da la ciencia penal (es decir, una figura penal específica del código respectivo); esto dicho sin perjuicio de hacer notar, como lo hacía Soler (1963: I, 51), que el término delito tampoco tiene un sentido unívoco, ya que puede ser entendido como el hecho que el sujeto comete, la delincuencia en general, lo ilícito en general, etc.

Una conducta puede considerarse comúnmente desviada (es decir, ser tal para grupos mayoritarios, nunca para la unanimidad social), como la drogadicción o la homosexualidad, pero no delictiva (por no estar específicamente reprimida por el Código

Penal), y viceversa: una conducta delictiva (por estar prevista en la legislación penal, como es, en nuestro país, el libramiento de cheques sin provisión de fondos suficientes) puede no ser criminal o desviada (en el sentido que su comisión no sólo no es considerada una conducta descalificatoria por la comunidad, sino que los mismos jueces sólo en ocasiones aplican la sanción penal correspondiente). De todos modos, el hecho de considerar "desviada" a una conducta y simultáneamente objeto de la sociología criminal señala que se trata de infracciones graves, tanto para el derecho como para un sistema normativo no jurídico prevaleciente. En capítulos anteriores nos hemos referido a muchas conductas desviadas (institucionalizadas o no) que no son objeto de la sociología criminal: numerosos y cotidianos incumplimientos de normas jurídicas que no llegan a crear la necesidad de intervención estatal, o si ésta debiera existir por mandato legal, no llega a pasar como grave deficiencia la no intervención del Estado en estas acciones. En nuestro contexto cultural, un homicidio es un hecho grave, intervenga o no intervenga la policía o los tribunales; también lo es la violación. Claramente, no lo son las cotidianas infracciones a las normas del tránsito, los procedimientos civiles (aunque en lo que hace a las procesales más significativas como la defensa en juicio y su violación podría convertirse en desviación susceptible de estudio por la sociología criminal). El límite no sólo es borroso, sino que varía según épocas y sociedades. Nada puede ser más difuso que considerar "grave" una conducta, y esto hace que los límites de la sociología criminal en cuanto se ocupa de estas infracciones, y la sociología del derecho en general en cuanto comprende muchas otras, sea de imposible determinación. Todo ello, sin embargo, carece de trascendencia, toda vez que ambas ramas (criminal y sociología jurídica) *son pertenecientes al tronco común de la sociología, y sin perjuicio* de la relativa autonomía de la primera, podría sostenerse que muchas de las reflexiones realizadas por los sociólogos del derecho son aplicables a la sociología criminal y viceversa, y que muchas conductas estudiadas por estos teóricos (como la rotulación y marginación del demente, del disminuido físico o del deficiente intelectual), sin ser infracciones a normas penales, tienen la misma consecuencia, respecto de las personas así consideradas, que la desviación delictiva. Esto es lo que han sostenido las teorías que hacen de la estigmatización (y no de la infracción) el centro del análisis.

## 2. Los primeros antecedentes.

La filosofía del Iluminismo parte del reconocimiento de ciertos derechos naturales inherentes al hombre, principios morales absolutos que deben ser reconocidos por el derecho. La idea de

pacto social presenta además un fundamento racional, el contrato entre hombres libres para vivir armónicamente en sociedad. Visto a la luz de estos principios, todo el panorama punitivo de la Edad Media, e incluso hasta bien avanzado el siglo XVIII, aparece como absurdo y aberrante. En primer lugar, la actividad represora de los últimos siglos de la Edad Media era considerablemente peor que en la Roma clásica, ya que penas bárbaras y torturas se habían reintroducido desde el fin del Imperio. Las cárceles, sin ninguna idea de duración de internación o de proceso, incluían una mezcla heterogénea de internados. Los leprosos, problema que merece particular atención durante toda la Edad Media, comienzan a disminuir (probablemente por el aislamiento a que son sometidos), y sus espacios (numerosos), así como el patrimonio de las instituciones a ellos destinado (que es cuantioso), se deriva a otro objetivo. La internación del loco abarca en Europa mucho más de lo que hoy entendemos por tal (Foucault, 1964). Enfermos de venéreas, degenerados, disipadores, homosexuales, blasfemos, alquimistas y libertinos ocupan lugares que comparten con penados, sin ninguna dimensión de la extensión de su condena, y procesados sin sistemas conceptuales aptos para distinguir categorías. Como señala Foucault, un censo de 1690 enumera miles de personas en las prisiones francesas: desde mendigos, indigentes y vagabundos hasta "gentes ordinarias" (?), viejas impedidas o seniles, epilépticos, locas violentas, muchachas incorregibles, que sólo podían distinguirse según fueran destinados a calabozos, jaulas o celdas, según su caracterización. En la casa de trabajo de Berlín, en 1781, existen "mendigos, perezosos, bribones y libertinos, impedidos y criminales, viejos indigentes y niños", según la descripción de Howard (Foucault, 1964: I, 130 y 131). No hay indicios de diferencia de trato entre depravados, imbéciles, pródigos, desequilibrados, hijos ingratos, insensatos o prostituidos, según los diagnósticos de internación. No existe actitud diferente en la consideración del loco respecto del criminal. Una mística de "condena divina" supera cualquier escrúpulo en el trato.

Por esto mismo, la prisión no se consideraba un castigo sino, a veces, también un beneficio. Las penas eran, para los delitos graves (por ejemplo, los de lesa majestad humana y divina), de un carácter terrorífico difícilmente imaginable si no se han leído sus descripciones (ver Beccaria, 1968, *Introducción,* Foucault, 1991: 11 y ss.). Los descuartizamientos en vida, luego de espantosas torturas, arrojamiento de la vivienda del reo, confiscación de sus bienes, expulsión definitiva de su familia y prohibición de usar apellido para los familiares, podía parecer una pena justa para los juzgadores del heridor de Luis XV. Las mutilaciones, comunes por delitos leves, la pena de muerte por hurtos que hoy merecerían pequeñas penas y que tienden cada vez más a desincriminarse, la cocción en aceite, el entierro de personas con vida, competían con el horror de las galeras en el tratamiento del delin-

cuente. Pero esto no respondía a ninguna definición precisa. Véase la terrorífica ejecución —previa tortura no menor— del caballero De la Barre, de diecinueve años de edad, por haber pasado a treinta pasos de una procesión sin quitarse el sombrero, a partir de un proceso fabulado como "enemigo de la religión", del que informa Voltaire a Beccaria (1964, *Introducción,* ps. 10 y 11). Esto ocurría en 1766, dos años después de la aparición de la primera edición de la obra de Beccaria. Pero era evidente que este estado de cosas no eran compatible con la cultura de la época. Aun frente al delincuente (loco o normal), la estructura del "proceso", si es que puede llamarse así, y de las penas mismas, resulta contraria a los nuevos principios de utilidad social: la sociedad feudal es adscriptiva de posiciones, y a cada uno se lo castiga o se lo premia de acuerdo con la ubicación social; en la nueva sociedad las posiciones deberán ser adquiridas, y cada uno será merecedor de castigos y recompensas de acuerdo con los actos que realice. Sin perjuicio de esto, la racionalidad y el pacto social exigen reglas claras: ningún crimen podrá ser llamado tal sin ley que previamente lo declare, y nadie podrá ser condenado sin un debido proceso, en el que la prueba deberá guiarse por patrones racionales, no irracionales.

Debe tenerse presente que todo el procedimiento criminal europeo (con excepción del inglés) se mantenía en total secreto hasta la sentencia: el saber era patrimonio exclusivo de la justicia, que instruía el proceso "lo más diligentemente y lo más secretamente que pueda hacerse" (según establecía, por ejemplo, el Edicto de 1498, en Francia). El secreto era absoluto, incluso para el procesado, que no podía conocer ni el tipo de denuncia, ni la identidad de los denunciantes, ni el sentido de la declaración de los testigos, ni alegar ningún hecho justificativo: nada, en absoluto, hasta los últimos momentos del proceso. Menos aún tener abogado, controlar la regularidad de las actuaciones o defenderse. El magistrado, por su parte, podía recibir denuncias anónimas, ocultar al acusado el delito imputado, interrogarlo capciosamente, usar promesas falsas y mentirle (Foucault, 1991: 41). El fundamento de tal concepción procesal es el derecho absoluto del soberano para establecer la verdad, por sobre todo otro valor, y la evitación de cualquier tumulto o participación popular en la persecución de los delitos. La "fiesta" se reservaba para la ejecución, aunque en algunas oportunidades se tornaba contra los ejecutores cuando la comunidad consideraba injusta la condena. Sin perjuicio de estas facultades, el proceso se basaba formalmente en "pruebas legales" taxativamente determinadas, clasificadas, y con valor probatorio regulado: una presunta aritmética penal que no evitaba la arbitrariedad judicial ni los privilegios de toda índole. La conclusión de este estado de cosas no es anterior a fines del siglo XVIII.

En la segunda mitad de ese siglo, muchas voces se habían alzado contra la barbarie del proceso y la ejecución de las penas. Los suplicios son condenados por filósofos y teóricos del derecho, por moralistas y parlamentarios. El mérito de Beccaria en *De los delitos y de las penas* (publicado en 1764), fue la formulación coherente y oportuna de la crítica y la propuesta, ajustada a la nueva filosofía. Beccaria asume la posición de Rousseau y de Montesquieu, y aquilata su propia experiencia, su infancia opresiva en la casa paterna y en el colegio de los jesuitas de Parma. El mérito del marqués de Beccaria con su obra fue tan fuerte como las resistencias que ocasionó su posición humanista frente al problema penal: acusado de enemigo de la religión, blasfemo y socialista, su obra es condenada por la Iglesia de Roma y colocada en el *Index*. Pero es tarde: había fundado no sólo el derecho penal moderno, sino propuesto una teoría penal ajustada a la sociedad burguesa en pleno ascenso. Y la burguesía es francamente progresista frente a la sociedad feudal. La base filosófica de Beccaria es indiscutible; también lo es su motivación basada en el horror de un racionalista frente a la barbarie del sistema penal. Esto debe ser recordado, y como bien sostiene Hall (Gurvitch, 1965: I, 317), los que opinan superficialmente sobre él deben tener en cuenta que su obra fue el punto de vista inicial para reformas fundamentales en derecho penal moderno, ya que sus argumentos implican a muchas de las teorías siguientes. Una incipiente comprensión de lo social, pero en la dirección correcta, orienta su obra: el fin propuesto "bien lejos de disminuir la legítima autoridad, serviría para aumentarla, si puede en los hombres más la razón que la fuerza, y si la dulzura y la humanidad se justifican a los ojos de todos. La justicia divina y la justicia natural son por su esencia inmutables y constantes, porque la relación entre dos mismos objetos es siempre la misma; pero la justicia humana o bien política, no siendo más que una relación entre la acción y el vario estado de la sociedad puede variar a proporción que se haga necesaria o útil a la misma sociedad aquella acción" (Beccaria, 1968: *Prólogo*, 22 y 23).

Los principios incluidos en su obra son:

1) Todo acto de autoridad de un hombre sobre otro, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.

2) Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esto significa que la autoridad para definirlas es el legislador que representa a la sociedad unida por el pacto social. Ningún magistrado, bajo cualquier pretexto de celo o de bien público, puede fijar penas o aumentar las existentes.

3) El soberano fija leyes generales que obligan a todos los miembros; pero no los juzga. Un tercero debe juzgar la verdad de los hechos y esto hace necesario al magistrado, cuyas sentencias son inapelables y consisten en meras aserciones o negativas de hechos particulares.

4) Los jueces no deben tampoco interpretar las leyes, porque no son legisladores.

"En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre" (1968: 31 y 32). Es entonces Beccaria el continuador teórico de la dogmática penal de Montesquieu con estas afirmaciones. Critica la discrecionalidad del juez, y ya que cada hombre tiene su mira y éstas divergen según los tiempos, "...el espíritu de la ley sería la resulta de una buena o mala lógica del juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviera con el ofendido. ¿Cuántas veces vemos los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales, en diversos tiempos, por haber consultado no la constante y fija voz de la ley sino la errante inestabilidad de las interpretaciones?"

Afirmación en favor del dogmatismo que prevalecerá en la centuria siguiente como criterio negador de la interpretación judicial.

5) La interpretación es un mal a que llevan las leyes oscuras, "escritas en una lengua extraña para el pueblo". Critica Beccaria que sólo pocos interpreten las leyes y las conozcan; deben ser claras y conocidas por todos, para lo cual la ley debe ser escrita y publicada.

6) Debe haber proporción entre los delitos y las penas que acarrean. A delitos graves deben corresponder penas graves; a los delitos menores, penas leves, estimando que los primeros son los que pueden "destruir inmediatamente la sociedad" y los segundos las más pequeñas injusticias cometidas contra los miembros particulares de ella. Cualquier acción no comprendida entre esos extremos no puede ser llamada delito, sostiene en consonancia con Montesquieu. Beccaria afirma en el mismo capítulo la relatividad del concepto de delito, al señalar que "...cualquiera que leyere con mirada filosófica los códices de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre cambiarse los nombres de vicio y virtud, de buen ciudadano y de reo, con las revoluciones de los siglos, no en razón de las mutaciones que acaecen en las circunstancias de los países, sino en razón de las pasiones y de los errores de que sucesivamente fueron movidos los legisladores" (1968: 36).

Esta idea y la de que "las pasiones de un siglo son la base de la moral de los siglos que le siguen" son el directo fundamento de las opiniones sociológicas sobre la relatividad del concepto de delito y la inexistencia de una *"mala in se"*, desde Durkheim en adelante.

7) Al igual que para Montesquieu, la única medida del delito es el daño hecho a la nación, y no la intención del que los co-

mete. Para Beccaria, la peor intención puede causar bien y la mejor intención puede originar el mal, de modo que rechaza cualquier criterio subjetivo a favor del objetivo fundado en lo expuesto. También rechaza como medida de la pena la mayor o menor dignidad de la persona ofendida (es decir, la adscripción de los *status* para determinar la calidad del ofendido u ofensor).

8) El fin de las penas no es atormentar y afligir a un condenado ni deshacer un delito cometido, sino impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y disuadir a los demás de la comisión de hechos análogos.

9) Respecto de la prueba de testigos existen afirmaciones comunes con Bentham: cuando nadie tiene motivos para mentir, es inútil descartar el testimonio (flaqueza de las mujeres, mendacidad de los infames), además de las reglas absurdas que deben desaparecer, como la que establece "en los más atroces delitos, esto es, en los menos probables, bastan las más ligeras conjeturas, y es lícito al juez pasar por encima de lo prevenido por derecho", lo que explica que algunos magistrados temerosos, respecto de los delitos atroces y difíciles de probar, actúen con despótica impaciencia o con miedo mujeril, transformando juicios graves en una especie de juego en que el acaso y los rodeos hacen la principal figura (1968:46 y 47).

10) Los juicios deben ser públicos y públicas las acusaciones y las pruebas. Aguda crítica realiza del acusador secreto, que hace a todos temer a los otros, y que a fuerza de ocultar sus sentimientos termina ocultándoselos a sí mismo. Nadie puede defenderse de la calumnia cuando está amparada en el secreto.

11) Si nadie puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, el tormento es imponer una pena antes de la condena. El dolor no es crisol de la verdad, y ésta no reside en los músculos o fibras del acusado. El tormento es el medio seguro "de absolver a los robustos malvados y condenar a los flacos inocentes" (1968:52). Su oposición a la tortura sigue elaboraciones de Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, al igual que las anteriores.

12) La cárcel es sólo una custodia del reo hasta que se dicte la pena; ésta es más justa y útil cuanto más cercana fuere al delito. Evita la incertidumbre sobre su futuro. El proceso mismo debe ser breve. El contraste entre la indolencia del juez y las angustias del reo es el más cruel (1968:60 y 61).

13) No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas; la inexorabilidad del juez debe estar acompañada de una legislación suave. "La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad" (1968:72).

La teoría implícita en la obra de Beccaria, como señalan Taylor y otros (1977:20), es que existe un consenso en la sociedad acerca de la conveniencia de proteger la propiedad privada y

el bienestar personal, que surge del contrato social. En virtud de este contrato, todos son iguales ante la ley, y por ende no existen atenuantes ni agravantes de las penas, debiendo el juez administrar leyes (no interpretar) del modo más estricto, sin pretender la reforma del delincuente sino su castigo y disuasión de los que pudieran tentarse en el futuro. Como teoría del control social carece de formulaciones explícitas sobre la motivación de los hombres para delinquir, y trata de poner fuertes límites a la arbitrariedad e irracionalidad del derecho material y procesal vigentes.

Desde el punto de vista sociológico, era la propuesta de la burguesía frente a la sociedad feudal prácticamente liquidada, aunque subsistente en países donde mantenía privilegios la nobleza. De esta concepción de lo social surge la idea de delito (violación de un criterio de utilidad) y su medida (que es la del perjuicio, y no la intención o la persona del ofendido). El criterio de utilidad social usado para medir la pena (y definir el bien tutelado) surge de la aceptación del consenso sobre distribución de bienes.

En un sentido similar, para Foucault, la reforma que se da entre mediados y fines del siglo XVIII no obedece a una nueva sensibilidad sobre los castigos supliciantes, sino a otra política respecto de la desviación: hacer del castigo y de la represión una función regular, castigando mejor, no menos, con menor severidad, pero con más universalidad, evitar la concentración en algunos puntos privilegiados, terminar con instancias judiciales opuestas, disminuyendo el costo económico y político de la justicia. No se trata de la obra de filósofos ilustrados o de amigos de la humanidad, ni de grupos opuestos al antiguo régimen, sino de una racionalidad burguesa partidaria del orden social y contraria a una justicia tanto más punitiva cuanto irregular (Foucault, 1991: 84 y 86).

Es coetáneo, también, a una tendencia que durante el mismo período hace disminuir los delitos atroces y aumentar los delitos contra la propiedad. No se ataca tanto el cuerpo como a los bienes; la habilidad reemplaza a la violencia.

Cuestión distinta, y de menor valor, es criticar la obra de Beccaria desde el siglo XX, cuando se es consciente de las graves limitaciones de la concepción burguesa, luego de dos siglos de aplicación. Si la igualdad que defendía Beccaria era simplemente formal, y se encontraba en contradicción con la desigual distribución de la propiedad, surge de la defectuosa efectivización de los principios de la burguesía luego de las revoluciones francesa y americana. No se trata de argumentar a partir de los criterios traídos por las teorías socialistas del siglo siguiente. Para el tiempo en que escribe, representa la formulación más inteligente del carácter insostenible de la concepción legal penal y procesal penal del Medievo, extendida hasta el siglo XVIII. A

partir de estas críticas (y las de Voltaire, como también de otros pensadores contemporáneos), los defensores del antiguo régimen aparecieron detenidos en una barbarie impropia de los nuevos tiempos que corrían.

Pero, a pesar de estas influencias, la ejecución como espectáculo público, incluso la lucha cuerpo a cuerpo entre el condenado ("paciente", según la terminología todavía vigente en el siglo XVIII) y su verdugo subsiste hasta fines de ese siglo. Y las ejecuciones bárbaras, si bien realizadas en secreto, durante buena parte del siglo XIX.

Foucault ensaya una posible interpretación de la función social de tales tipos de espectáculo: "No hay duda de que, por encima de toda esta organización, la existencia de los suplicios respondía a otra cosa muy distinta... el «menos precio» del cuerpo se refiere a una actitud general respecto de la muerte; y en esta actitud se podría descifrar tanto los valores propios del cristianismo como una situación demográfica y en cierto modo biológica: los estragos de la enfermedad y del hambre, las mortandades periódicas de las epidemias, la formidable mortalidad de los niños, lo precario de los equilibrios bioeconómicos, todo esto hacía que la muerte fuera familiar y suscitaba en torno suyo hechos rituales para integrarla, hacerla aceptable y dar un sentido a su permanente agresión" (1991:60). Muchas pueden ser, entonces, las causas, tanto de la permanencia de un sistema punitivo como de su cese. Lo cierto es que los principios iluministas tardaron casi medio siglo en abrirse paso, y al cabo de otro medio siglo debieron ceder ante la presión biologicista y adscriptiva del positivismo.

La afirmación de Gouldner (1970), para quien Beccaria no presta atención al hecho de que la carencia de bienes puede ser motivo de que el hombre tenga una mayor probabilidad de cometer delitos, no es correcta. Al analizar la pena que corresponde al hurto (1968:64 y 65), Beccaria dice que la pena debería ser la privación de la propiedad del que lo comete, pero como este delito proviene de la miseria y la desesperación de aquellos a los que el derecho de propiedad (ajeno) ha dejado sumidos en la miseria, la retribución por ese medio aumentaría el número de los necesitados, por lo que propone en su reemplazo el trabajo a favor del Estado. Es evidente entonces que la retribución por medio de la privación de la propiedad, como sostienen Taylor y otros (1977:24), sólo puede existir en una sociedad en que la propiedad esté distribuida en forma equitativa. Beccaria no avanzó más en este tema; pero fue bastante lo hecho para el derecho penal posterior si lo confrontamos con la realidad de ese siglo y los anteriores. Y si bien la barbarie penal tampoco ha desaparecido en los tiempos modernos, comenzó su relegación, en las cuestiones denunciadas por Beccaria, a la marginalidad política y al subdesarrollo social; por otra parte, parece claro que ni el

desarrollo de la sociedad burguesa ni el posterior de la socialista afectan la definición política del delito, como veremos, ni la relativa discrecionalidad real de los jueces. Este último punto remite a lo que hemos tratado en capítulos anteriores, y no obsta a la propuesta válida de Beccaria, que pide tipos penales claros y sencillos cuya interpretación, si bien no puede impedirse como pedía ese autor (y muchos dogmáticos que lo siguieron), por lo menos puede limitarse; todo ello suponiendo que el sistema penal responda a una concepción de justicia compartida por la sociedad, lo que será objeto de discusión posterior, pero que se anticipa como un postulado políticamente condicionado.

En suma, la escuela puede ser considerada como de administración de penas, que reduce la función del juez a partir de una ley, concebida como un modelo preciso, que fija sanciones específicas para conductas claramente determinadas, con uniformidad y sin valorar motivos ni causas del comportamiento.

## 3. El positivismo biológico.

El positivismo parte de una situación social distinta de la que un siglo antes había enfrentado la escuela clásica; hacia 1880 el problema no eran las penas bárbaras y las confesiones bajo tortura como condición de un proceso, problema al que se enfrentaba Beccaria; un liberalismo político y un positivismo científico presidían el panorama ideológico: Darwin y Spencer habían realizado ya su obra principal, y el evolucionismo era el modelo científico para lo social, dentro del marco de lo "positivo" en sentido comtiano. La escuela clásica había adoptado el libre albedrío, que fundaba no sólo el pacto social sino el apartamiento de él. El positivismo lo hacía en la afirmación del determinismo científico (tal como se entendía la ciencia en el siglo pasado), y la ausencia de libertad en la conducta humana, tanto en la ajustada a la sociedad como en la desviada. En las gráficas palabras del prologuista español de Ferri (1908, XVI), el hombre que delinque es para Beccaria un enfermo de la voluntad, un desequilibrado psicológicamente, a quien la sociedad por la pena reintegrará a su normalidad. Para Lombroso, el positivista más significativo de la rama biológica, "el criminal nato, en sus reminiscencias atávicas, es un orangután lúbrico y feroz de cara humana, a quien hay que eliminar por la relegación y aun por la muerte, si la sociedad se beneficia con ello".

La escuela de Lombroso y de Ferri no interesa en este lugar sino por su marginación total de lo social, por lo que dejan de lado. En todo caso, puede formar parte de los estudios sociológicos a través de su manifiesta ignorancia de la dimensión de lo adquirido frente a lo hereditario, siendo ambos conceptos posi-

tivistas. El atavismo para Lombroso representaba una regresión biológica reconocida en ciertos signos (estigmas) físicos: dentición anormal, asimetría del rostro, tetillas y dedos de pies y manos supernumerarios, orejas grandes, defectos en los ojos, características sexuales invertidas, tatuajes. En sucesivas ediciones y frente a las críticas, *El hombre delincuente en relación con la antropología, la jurisprudencia y la psiquiatría"*, editado por primera vez en 1876, atenúa sus características innatas y atávicas; hacia 1897, en la quinta edición, los criminales natos están al lado de los epilépticos, dementes y pasionales y también de los ocasionales y por hábito, cuyos datos de atavismo se encuentran potenciados por la asociación con elementos delictivos, educación deficiente y otras influencias ambientales (Taylor, 1977:58 y 59). Además, como recuerda Ferri, no sólo cita un ejemplo de "delincuente nato que gracias a las condiciones favorables del medio no llegó a cometer ningún delito" (?), sino que llega a indicar los medios para prevenir y curar la enfermedad social generadora de los delitos (1908:30). Para los casos en que eso sea posible, se trata de una "etiología, profilaxis y terapia del delito". Todos los aspectos de su teoría y de la de Ferri fueron rebatidos. Los estigmas son consecuencia absoluta del medio social; el tatuaje y el *argot* resultaron inmediatamente evidentes, como lo señala Ferri. Pero desde la teoría de la rotulación social en este siglo, las consecuencias de la dimensión social de todo etiquetamiento resultan, en la teoría criminológica, irreversibles (Baratta, 1986:114). En cuanto a la "regresión evolutiva", ninguna teoría genética la sostiene actualmente. Lo que queda en claro para la doctrina moderna es que personas con estigmas físicos evidentes pueden ser (y de hecho lo son) rotulados como delincuentes sin haber cometido hechos ilícitos y llegar a serlo como una profecía de autocumplimiento.

Una amplia gama de escuelas se ha desarrollado sobre la base de distinciones de tipo genético, hasta nuestros días, como causales de la delincuencia (Court Brown, 1962; Price, 1966; etc.). Dentro de ellas ha tenido aceptación la que sostiene que la combinación cromosómica XXY (frente a las normales XX de la mujer y XY del hombre) genera psicopatías graves (Price y otros). Si bien la teoría no intenta explicar de qué modo la alteración genética se traduce en diferencias de comportamiento (Taylor, 1977:63), se citan casos de absolución de criminales por poseerlo (Australia, 1968) y de condena por el mismo motivo (Francia, 1968, citas de Miralles en Bergalli, 1983:65).

También existen teorías que combinan lo hereditario con lo ambiental, como la de Eysenck, para el cual si bien las nociones de delincuencia o de delito sólo son explicables dentro de un contexto de aprendizaje o de experiencia social, las potencialidades biológicas se *adicionan* a las posibilidades sociales, ya que estas potencialidades son estáticas y fijas para el ser humano en toda

su vida (Taylor y otros, 1977:65 y ss.). Entre otras muchas citas que podrían hacerse, las teorías de Kreschtmer y de Sheldon, con sus tipos somáticos (endomorfo: grueso, extravertido, amante de la comodidad), mesomorfo (sólido, atlético, agresivo, activo) y ectomorfo (delgado, introvertido, moderado). A partir de estas teorías, desarrolladas entre 1920 y 1940, Glueck atribuye características más favorables para incurrir en el delito a los mesomorfos que a los ectomorfos y endomorfos. Todas las concepciones tienen, desde el punto de vista sociológico, similares consecuencias. Si estos criminales, sea por el atavismo rápidamente visible en los rasgos "degenerados" que presentan, sea por errores genéticos observados a través de rigurosos análisis, no pueden regenerarse, la idea de pena carece de sentido, y cobra vigor la de "curación" (en el remoto caso en que sea posible) y también la "peligrosidad", que permite su internación sin límite para proteger a la sociedad. También pueden entroncarse estas teorías con las concepciones políticas de corte racial, que pretendieron (y llevaron a cabo) la eliminación sistemática de pueblos enteros con el fin de "depurar razas inferiores", "preservar la herencia genética" y otros objetivos encubridores de ideologías férreas tendientes al mantenimiento de estructuras sociopolíticas ya condenadas por la evolución histórica, que han costado millones de vidas solamente en este siglo. Sin embargo, los criminólogos positivistas creían haber encontrado la verdad científica con sus elaboraciones, y estas verdades eran a su entender incontrastables y definitivas, verdaderos dogmas, en suma. Lo mismo ocurrirá con todas las teorías siguientes, conservadoras o críticas, sean marxistas o no. Y esto es así porque el compromiso en el mantenimiento de un sistema social, o en su cambio, aparece con claridad en los teóricos criminalistas. La adhesión política se vuelve casi insoslayable cuando se tratan estos temas, y el objetivo de la sociología académica (describir, explicar y predecir), además de difícil, se vuelve también atacable. Véase, por ejemplo, la versión de Taylor y de Walton (1981), para los que la descripción de un sistema es cómplice de la represión, pues da elementos para su mantenimiento, y se verá el candente carácter que tiene el ocuparse de la desviación, la represión y la marginalidad. Pero de esto se tratará más adelante.

La lectura de Ferri, que llama a su obra *Sociología criminal,* es representativa de las creencias precientíficas de los criminólogos de fines del siglo anterior. Allí se leen estigmatizantes descripciones de "criminales natos" de dos años (una niña que había herido a su hermana mayor), otras que asocian a la mujer a los salvajes (y se le atribuye el "delito degenerativo de su sexo": la prostitución), e ideas similares con las que se pretende dar por superado el ciclo del clasicismo, iniciado con Beccaria y cerrado con el *Programa* de Carrara, para quien delito es un "ser jurídico". El centro del análisis ya no es el delito sino el crimi-

nal, si bien, como sostiene Ferri, la escuela propone "considerar (el delito) como hecho natural y social, y en su vista precisa examinar en principio la persona que realiza el delito y el medio en que lo comete, para estudiar después jurídicamente la transgresión realizada, no como un hecho aislado que existe por sí sino como índice del temperamento orgánico y psíquico de su autor. De igual suerte que la medicina positiva estudia la enfermedad en el enfermo, el sociólogo criminalista debe estudiar el delito en el delincuente" (1908:16, nota).

Por otro lado, esta escuela se propone disminuir la cantidad de delitos (Ferri, 1908:22), ya que considera que la Escuela Clásica ha tratado de reducir las penas, y lo ha conseguido, pero no ha podido impedir el incremento de los delitos ni mucho menos lograr la rehabilitación social de los penados. Estos objetivos, luego de un siglo, reaparecen en la criminología socialista, practicada en Cuba y en otros países de orientación marxista, según veremos.

El aporte de Ferri, similar al de Lombroso en las últimas ediciones de su obra, es que "el delincuente no es un hombre normal; que por sus anomalías orgánicas y psíquicas, hereditarias y adquiridas, constituye una clase especial, una variedad de la especie humana" (1908:46). Con estas ideas Ferri dice adherir a un "socialismo científico", aunque finalmente se volvió devoto de Mussolini, y presenta su discrepancia con algunas opiniones del socialismo romántico sobre la desaparición del delito en las sociedades comunistas, ideas que todavía sostenían algunos criminólogos críticos hacia 1980. Cree que sólo se concretará esta realidad en lo que hace a las "formas más numerosas y epidérmicas" determinadas por la miseria natural y moral, pero no desaparecerá por completo, subsistiendo en las formas esporádicas de los casos agudos (1908:47, nota).

Una sociología criminal como la de Ferri, cuyos datos sociológicos aparecen yuxtapuestos, pero no alteran la base antropológica, tiene posibilidades en un marco de ciencia social darwiniana dado por Spencer, en el cual el modelo biológico y de evolución de las especies se traslada a la sociedad. De una asociación tan estrecha entre biología y sociedad pueden derivarse apreciaciones tan extrañas a la luz de la ciencia actual como la de unir la "insensibilidad física extraordinaria" de los criminales con la "insensibilidad moral, que revela justamente en ellos la anomalía fundamental de su constitución psíquica moral" (1908: 59), y la transmisión genética de tales particularidades.

Al lado de estos depravados insusceptibles de reforma, se encuentra "la constitución física normal de los hombres honrados" o arrastrados excepcionalmente al delito mucho más por la conformación del medio que los rodea que por el impulso de su propia personalidad física y moral. El criminal de ocasión, según Ferri, es el que no tiene una inclinación natural al delito, pero

que comete el acto empujado por el medio físico o social en que vive, y no vuelve a incurrir en él si tales tentaciones desaparecen; comete delitos que "no pertenecen a la delincuencia natural"; pero hasta cierto punto, porque al observar que frente a la miseria unos delinquen mientras otros prefieren las privaciones honradas o la mendicidad, concluye que también hay causas antropológicas (1908: 182 y 183).

En esta posición, a pesar de autotitularse sociológica, las diferencias culturales se rechazan expresamente. Frente a la inquietud de Tarde sobre la pena, que sólo debe ser infringida a un semejante social, Ferri responde con palabras de Manouvrier: si un antropófago viniera a comerse un niño a París, no podría admitirse su inocencia; por lo tanto, "la sola razón verdadera y positiva de la responsabilidad humana, que aparece siempre, inexorablemente, es la necesidad de la defensa social contra los autores de todo acto antisocial, sean o no idénticos a sí mismos, se parezcan o no a sus compatriotas" (1908: 143). No tiene duda alguna de la legitimidad de las normas penales, de la necesidad de su defensa y de la marginación que debe sufrir todo delincuente. Ferri sistematizó la escuela positiva, llamando *Sociología criminal* a su estudio omnicomprensivo del delito. Como dice Bergalli: "No más derecho, no más antropología, no más psicología, sólo sociología criminal; o sea, no más el delito en relación con determinados fenómenos más o menos complejos de la vida social, sino el delito en relación con toda la vida y toda la realidad, en la cual se buscan, precisamente, las raíces profundas e infinitamente múltiples de la acción humana en general, y de la acción delictiva en particular" (1983: 94).

La sociología criminal de Ferri engloba entonces el derecho penal y la antropología de Lombroso. En la misma búsqueda de universales se encuentra Garofalo, con su definición del delito natural, que es aquel que ofende a la *piedad* (rechazo a hacer sufrir voluntariamente al prójimo) y la *probidad* (respeto al derecho de propiedad ajeno). Éstos son sentimientos humanos fundamentales cuya violación indica un delito real, concepto que no puede ser viciado por los jueces, grupos de interés o influencias históricas y sociales.

Sin embargo, Garofalo toma estos elementos como base, pero dice que integran el consenso moral existente, a partir de "sentimientos morales" que serían universales (Taylor, 1970: 34 y 35). La búsqueda de lo universal en los positivistas va junto con dos principios básicos: la neutralidad valorativa y la cuantificación del comportamiento. La primera ha sido suficientemente considerada y no merece especial atención en este lugar. En cuanto a la segunda, trata de desarrollar unidades de comportamiento desviado como paso previo para obtener resultados válidos de acuerdo con los modelos de las ciencias físicas y naturales. Ahora bien, el material para analizar al criminal o al delito apa-

recía en estadísticas penales, sobre las que discreparon plenamente. Los positivistas de tipo biológico adoptan mediciones antropológicas (cráneo, ángulo facial, dentición, etc.) y exceden nuestro interés. Pero, en cuanto sale del estrecho margen de las orientaciones iniciales, el positivismo plantea una interesante discrepancia sobre el valor que debe darse, desde el punto de vista científico, a las estadísticas sobre delitos, e incluso al código penal como medida de los delitos que deben ser estudiados, sobre la que volveremos más adelante.

Señalemos, por último, que por encima de la acusación a los sistemas penales de "anticientíficos y proclives a instrumentar venganzas", el positivismo encumbra un sistema mucho más peligroso y pernicioso si se toma en cuenta la libertad individual: el "carácter peligroso" de ciertas personalidades, que autoriza a tomar sobre ellas "medidas de seguridad" sin límite de tiempo, en virtud del potencial daño que puedan realizar en el futuro, mientras no estén "curados" y en la medida que puedan realmente serlo. Esto representa una regresión frente a la Escuela Clásica, ya que las penas no tienen límite (porque no son tales sino *remedios*) y las detenciones curativas (medidas de *tratamiento*) pueden durar lo que el médico considere necesario hasta la superación del *estado peligroso*. Tratándose de una profilaxis del crimen, cualquiera de los principios establecidos un siglo antes carece de sentido. Medidas de seguridad y de tratamiento siguen siendo fundamentales hoy en política criminal. Recordamos que entre las medidas de tratamiento figuró durante décadas, en Dinamarca y en Alemania, la castración de los delincuentes sexuales, y todavía hoy figura en muchos países el electrochoque como modo de aniquilamiento cerebral de individuos perturbadores y peligrosos. Estas medidas, a la vez, se consideran preventivas de futuras acciones delictivas.

## 4. El positivismo sociológico.

El positivismo no se agota en las vertientes antropológicas, que rechazan en mayor o en menor medida las características sociales. Como el *ambiente* es también una dimensión desarrollada por la sociología positivista, y se presta a cuantificación en variables específicas, parte de la teoría se volcó hacia estas alternativas. De allí surgen las primeras sociologías criminales *stricto sensu*, ya que, en rigor, la de Ferri no puede llamarse así. Los llamados *estadísticos morales* como Quetelet, en Bélgica, y Guerry, en Francia, trataron de relacionar el crimen con la edad, sexo, profesión y educación, condiciones económicas, clima y raza, a partir de las regularidades estadísticas. Si bien se mezclaba lo adscripto con lo adquirido y lo social con lo no social, significaba, como señala Pitch (1980: 41), entrar en un estudio autónomo del

crimen como hecho social, introduciendo la idea de que se trata de un *síntoma* del malestar de la sociedad, un elemento que indica desequilibrio social. Es el comienzo del punto de vista social en el delito (frente al individual de la Escuela Clásica y el antropológico de la criminología biológica). Guerry elabora hipótesis del crimen como producto de la organización social; sin embargo, es en Gabriel Tarde (que si bien no rechaza totalmente los aspectos biológicos, da gran relevancia a los sociales) y en Durkheim en los que se encuentra el inicio de la teoría sociológica del delito.

## 5. Las primeras teorías sociales del delito.

Fue, probablemente, Tarde (1843-1904) el primer autor que desde una óptica sociológica observa el delito como hecho social (Martindale, 1971:238) y anticipa muchos puntos de vista posteriores. Ya en su obra *Criminalidad comparada,* este juez y jefe del Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia de Francia, que realizó estudios cuantitativos sobre hechos sociales y emitió una teoría general sobre la causación social (fundada en la imitación), critica la obra de Lombroso, basado en la edición de 1884. En el libro citado, publicado en 1890, realiza una glosa de sutil tono irónico a la antropología criminal lombrosiana, y puntualiza que los tatuajes (considerados signo de atavismo criminal por aquél) son modas importadas por marinos y militares, tomadas de otros pueblos con los que estuvieron en contacto, y que el *argot* no es más que el lenguaje particular de toda vieja profesión como puede ser la de los pintores, abogados y ladrones, aunque no la de los locos, careciendo de toda relación con los lenguajes salvajes (Tarde, 1890: 42 y 43).

Con criterio sociológico, estima que hábitos musculares o nerviosos idénticos nacidos de la rutina del mismo trabajo, y por lo tanto adquiridos, generan la figura y el aspecto de la propia profesión; a veces no es únicamente la cara, sino el cuerpo: de allí que no sólo la carrera criminal puede tener un físico característico, sino muchas otras. Por esto mismo, comenta, si Lombroso hubiera visto que su tipo criminal, después de todo, no es más que un tipo profesional de una especie singular, y singularmente antigua, quizás hubiera opuestos menos frecuentemente su hombre delincuente al hombre normal (1890:51 y 53). Debió oponerlo al hombre sabio, al religioso, artista, etc., y ver, sobre todo, si existen caracteres físicos opuestos entre su criminal nato y el "hombre virtuoso" (por ejemplo, si éste tiene la cabeza redonda y los brazos cortos).

Se funda en una afirmación de Ferri para sostener que entre los individuos de clases elevadas los instintos criminales pueden ser atenuados por el medio, y disimularse bajo formas veladas que evitan el código penal. En cambio de robar, se juega a la

Bolsa; en vez de violar, se seduce y abandona. Hasta Lombroso, al tratar de las asociaciones de delincuentes, dice que ellas disminuyen en los países civilizados, pero se transforman en asociaciones equívocas, políticas o de comercio. Cuántas sociedades anónimas, comenta Tarde, cuántas agencias y comités son conjuntos de bandidos, pero bandidos mitigados por la cultura (1890: 60).

Se observa entonces que sobre la base de la crítica de una posición criminalista biológica, aparece la primera formulación sociológica del delito; y esta formulación tiene aspectos salientes, no sólo por indicar cuánto de lo atávico de los positivistas no es más que cultural y social, sino por formular los antecedentes de lo que Sutherland treinta años después llamará "delito de cuello blanco", que será una forma de escapar de falsas equivalencias: "población carcelaria = población delincuente" y "población delincuente = clase baja". Tarde no cuestiona totalmente a la antropología criminal, escuela monopólica en su tiempo, pero puntualiza suficientemente el olvido que presentan sobre lo social.

En lo demás trata de fundar el delito, como ha querido hacer con toda la vida social, en la *imitación*; la copia de otros delincuentes, la educación, nos remite a la idea de "subcultura" que será creada treinta años después. La riqueza de su pensamiento en materia de sociología criminal pasa también por lúcidas observaciones que formula en su obra. Al tratar de la penalización del delito, se pregunta por la relación entre el autor presunto y el condenado, y en la aplicación práctica de los principios de Beccaria, suponiendo para la regla "la mínima duda debe favorecer al acusado", que se trata de una fórmula verbal que se aplica sólo a los amigos o partidarios, para disimular la parcialidad de los jueces (1890:124). Considera también que la condenabilidad de un acusado es variable de un tribunal a otro, como surge claramente no sólo de comparar las resoluciones de varios tribunales sobre hechos semejantes, sino de los fallos en tiempos de revolución o de paz sobre el mismo delito, donde varía desde la suposición a la evidencia.

Observo en su obra anticipos del realismo jurídico americano, cuando Tarde dice que existe un momento en que un abogado experimentado sabe que es inútil seguir hablándole al juez; que hay decisiones, más que convicciones; que hay sugestiones entre colegas, o la influencia de los jueces más reputados o más autoritarios sobre sus colegas, no necesariamente menos instruidos (1890:126 y 127). Analiza también la "sugestión" en los tribunales unipersonales, a través de abogados o procesados. Podría sostenerse también que Tarde anticipa otras teorías sobre la desviación, como las que ponen el acento en la actitud de los que castigan y rotulan. "Un acto es delictuoso no sólo por la ofensa al sentimiento medio de piedad y justicia, sino cuando es *juzgado delictivo* por la opinión" (1890:186). Y también la idea de eva-

sión institucionalizada: "Un acto puede ser prohibido dentro del grupo y permitido más allá de ciertos límites, tanto en los pueblos civilizados como en las tribus primitivas". Tarde realiza su obra en la misma época que Durkheim, y se enfrentaron en cuanto al origen de lo social. Sin embargo, ambos aportaron al fundamento de la sociología criminal elementos que permitieron la discusión futura y el avance de esta rama del conocimiento.

*Los aportes de Durkheim.*

Los conceptos más significativos de la sociología jurídica de Durkheim han sido reseñados en el Capítulo II. En lo que hace específicamente a la conducta delictiva, indicamos en ese lugar su idea de la normalidad del crimen, discutida por el socialismo romántico y luego por los críticos. Su relación con la evolución de la moral y del derecho, y su rechazo a la idea de delito como enfermedad y la pena como remedio, propia de los criminólogos positivistas. También lo que surge de considerar la sanción de delito como no dependiente del carácter intrínseco del acto (*mala in se*), sino como acto social que define la conducta prohibida (*mala prohibita*).

Durkheim, en *De la división del trabajo social* (tesis de doctorado, 1893), también critica el presunto valor de la herencia genética en la determinación de las conductas (1967:268), que sólo transmitiría facultades muy generales, pero no aptitudes particulares para tal o cual ciencia. Crimen y delito son profesiones, como sostenía Tarde, y poseen a veces una técnica compleja: un falsificador tiene más arte que muchos trabajadores de área aceptadas. En cuanto a que la herencia determina el delito (que según los antropólogos criminalistas se encontraría probado a través de las "familias de delincuentes"), Durkheim señala que es imposible aislar los factores educacionales de los biológicos como para sacar tales conclusiones (1967:269).

La de Durkheim es la primera definición clara de la distancia que existe entre herencia genética y conducta desviada. Taylor y sus colaboradores sostienen que las ideas generales sobre la normalidad del crimen y la posición de Durkheim sobre el delito han sido sacadas de su contexto por los criminólogos, y de este modo se ha alterado la concepción integral que tenía el delito, que sólo puede surgir de una confrontación entre una división del trabajo social normal y otra impuesta; es decir, deriva de una sociología política (1970:101). Para que esta interpretación sea posible, creo que debe extrapolarse el pensamiento de Durkheim suponiendo categorías que no fueron específicamente ideadas por él (como hacen Taylor y colaboradores en su obra). De la lectura de estas interpretaciones parece que se ha querido forzar la obra de ese autor hasta hacerlo figurar casi como un marxist

preocupado por los conflictos producidos por las divisiones anormales o patológicas del trabajo.

Sostener que "el mismo Durkheim es evidentemente radical en su enfoque del orden social" (1970:104) resulta, por lo menos, aventurado a la luz de su obra, y especialmente de su sociología política. Los párrafos de *De la división del trabajo social* que permitirían esta interpretación, a partir de la cual el autor justifica la continuación del conflicto entre las clases cuando el enfrentamiento puede ser útil para restablecer la justicia dentro de una sociedad anormal (1970:105), pueden aparecer más sacados del contexto que los que justifican las posiciones tradicionales sobre su obra, ya que, en todo caso, se refieren a "plebeyos" y no a capitalistas y obreros. La tradición funcionalista en la que usualmente se ubica su obra parece más coherente con su desenvolvimiento que esta alternativa por la cual Durkheim es sindicado como un sociólogo del conflicto social. Por último, la normalidad del crimen es rechazada por los críticos, y esto lo aleja definitivamente de los que creían que el socialismo significaría la superación de la criminalización y del delito.

## 6. Los orígenes de la sociología criminal en los Estados Unidos. La ecología social.

El escenario siguiente en el desarrollo de la teoría sociológica de la desviación son los Estados Unidos de Norteamérica, en las primeras décadas del siglo, cuando se convierte en uno de los temas más significativos del desarrollo de la sociología general. Desencadenante de este interés es el proceso migratorio que en el mismo período se desenvuelve, producto de las grandes oleadas europeas (en especial irlandesa, polaca, italiana y alemana), simultáneamente con las expulsiones de las áreas rurales, por la baja productividad, hacia las ciudades. La expansión industrial, a su vez, crea un nuevo proletariado sin conciencia de clase, no obstante las organizaciones sindicales de signo anarquista y comunista que empiezan a surgir.

En este marco se desarrollan las primeras sociologías del delito, como un modo de proponer explicaciones y soluciones a la delincuencia y a la marginalidad, en un medio en el cual el conflicto no se organiza políticamente, surgiendo en cambio una ideología liberal e individualista que, al estilo de Spencer, finca todo el éxito en las conductas particulares. Al cuadro de desorden y crimen, agravado en las ciudades industriales como Chicago, y la necesidad de limitarlo, debe sumarse el aporte del marco teórico inicial proveniente de las ciencias biológicas, como lo fue la ecología y su transformación en *ecología social*, que se combinó con el sociológico en poco tiempo.

Se considera que fue Hackel, en 1869, quien utilizó por primera vez, en un estudio sobre las plantas, la palabra *ecología*, y que en biología tiene desarrollo a partir de principios de siglo. Fue, en realidad, Darwin el que fijó el esquema básico según el cual los organismos se adaptan y buscan su ajuste entre sí en un medio determinado, y tal proceso constituye una lucha por la vida. Si se observa la estrecha relación científica entre Darwin y Spencer y el concepto común de *evolución*, así como la trascendencia que en las hipótesis de este último cobran los principios comunes a lo inorgánico, lo orgánico y lo superorgánico, se verá que si bien el concepto de *ecología humana* es posterior a todas las obras referidas (ya que aparece en 1921 en las de Park y de Burgess), se encontraba en germen desde el siglo pasado.

La ecología general exige un enfoque totalizador; el principio sostiene que la existencia del ser humano en sociedad, como lucha continua de los organismos para adaptarse al medio, es un fenómeno colectivo. Para sobrevivir, una comunidad debe coordinar y organizar las acciones de sus miembros con el fin de formar una única unidad funcional, en cuya organización las personas se adaptan mutuamente y alcanzan así una utilización más efectiva del hábitat. La ecología ha sido considerada como accesoria de su propio marco teórico por los botánicos, biólogos, geógrafos y demógrafos. Así, un estudio de la comunidad, considerada como agregado de población, es propio de la demografía; un estudio de los grupos poblacionales y de su hábitat físico, a la geografía; el estudio de las relaciones de los grupos de población considerados como unidad simbiótica pertenece a la ecología.

Más allá de las numerosas divergencias que existen entre los autores sobre los elementos relevantes de lo ecológico (véanse Llewellyn y Hawthorn, en Gurvitch y Moore, 1965:I, 429), señalaremos algunos conceptos comunes para abordar el enfoque que los ecólogos tienen de la conducta desviada. Las comunidades se consideran agregados de individuos, grupos o instituciones que se sitúan en una serie de *áreas naturales* interdependientes y sobrepuestas, cada una de ellas sometida a un *centro predominante* y diferenciada de las demás según la distancia que las separa de ese centro. La *competencia* es la fuerza básica de esa comunidad, que rige las posiciones relativas de los elementos, así como los cambios espaciales y temporales; estos cambios significan una alteración del *equilibrio*, otro concepto básico para los ecólogos. Los cambios se producen por la movilidad geográfica del hombre, entre otras variables, y esta movilidad determina la *invasión* y la *sucesión* en los territorios (que son, respectivamente, la usurpación de un área en la que se hallaba concentrado cierto tipo de población por otros grupos, y el resultado de ese proceso, por el

cual el tipo de población y de estructura social terminan completamente distintos al que exista en el comienzo del proceso).

El equilibrio debe darse entre la comunidad y el medio ambiente. En su grado máximo, está representado por la *simbiosis* o situación por la que varias especies viven juntas en el mismo territorio (*equilibrio biótico*). Cuando el equilibrio se rompe, y cuando aparecen nuevos factores que lo alteran, el desequilibrio resultante origina nuevos procesos de adaptación y de defensa. La competencia misma, de la que puede derivar esta ruptura del equilibrio, puede definirse como una *lucha por el espacio* y por la posición ecológica (Llewellyn, 1965: 432 y 436).

Estos conceptos, puede observarse con claridad, derivan originalmente de otros aplicables a la vida vegetal y animal; se extienden luego a la convivencia humana a partir de un presupuesto biológico, y así como permite una explicación (deficiente, por cierto) del espacio geográfico de la ciudad (en el cual la competencia y la lucha por el ámbito se encuentran vinculadas a factores económicos, como el valor de la tierra), puede llevar a explicar las desviaciones que se suponen originadas en esas alteraciones, especialmente cuando el equilibrio biótico se rompe o no puede ser construido en determinada área urbana.

Sobre esta base conceptual, rápidamente esbozada, comienzan los trabajos de Robert Park en 1914, autor que había ya recopilado información sobre las condiciones sociales de Chicago, y que referían a la distribución de zonas residenciales y fabriles, lugares de interacción pública y privada, concentración social del delito según áreas de la ciudad. El tema central de esta serie de estudios empíricos es la vinculación estrecha entre delito y ciertas *fronteras naturales* identificadas como vecindarios urbanos creados a partir de la inmigración antes aludida. Muchos autores deberían ser citados en este lugar, así como sus discrepancias sobre las explicaciones del fenómeno (Burgess, Shaw, Mackay, Mac Kenzie, etc.). Sin embargo, no es nuestro objetivo este desarrollo sino indicar la base común de todos ellos, a partir de lo expresado en párrafos anteriores.

Un trabajo ineludible cuando se trata de estos temas, ya que es uno de los primeros en que se analizan los problemas de la desorganización social y su influencia en la delincuencia, es el de Thomas y Znaniecki en *El campesino polaco en Europa y en América*, publicado entre 1918 y 1920, en Chicago, en que se analiza la dificultosa adaptación de estos inmigrantes, la ruptura de sus vínculos comunitarios frente a una sociedad competitiva e individualista. La desintegración de su sistema normativo primario trae como consecuencia, a juicio de los autores, la desviación y la delincuencia. La idea es que la gente que vive en zonas naturales del mismo tipo y está sometida a las mismas condiciones, tendrá, usualmente, las mismas características generales; personas de diversos orígenes (inmigrantes) son *trasplantados*

por situaciones propias de su territorio (*causales de expulsión*) y deben vivir hacinadas en un *suelo de mala calidad,* en contra de su voluntad y sin poder ejercer control alguno sobre la situación. Aquí lo cultural pasa a segundo plano y emerge nuevamente el patrón biológico de comprensión. En Park aparece clara la idea de organismo y de su evolución como modelo de análisis de la ciudad (Taylor y col., 1970:129).

Ahora bien, la delincuencia es explicada a partir del *desequilibrio biótico* de esas zonas marginales. Este aislamiento de la ciudad y las condiciones de vida de los grupos no integrados generan delincuencia como resultado de un proceso desordenado de dura competencia y lucha por el espacio. Hay un *determinismo ambiental* mayor o menor, según el autor de que se trate, pero que aparece en la base de la escuela ecológica. Como en toda consideración biologicista, la ley del más fuerte impera. Y así como el más fuerte socialmente está fuera del sistema marginal (en la ciudad), dentro del grupo marginal impera la misma ley. La diferencia con el positivismo antropológico es que la escuela ecológica no considera a la conducta desviada como una patología individual sino como una *patología social.* Esta patología se expresa en la ausencia de normas que se produce en las áreas desorganizadas, y es la ausencia normativa la que impide la conducta *normal.* La prueba se encontraba, a juicio de esos autores, en las altas tasas de delincuencia que existían en Chicago y otras grandes ciudades industriales, y dentro de ellas en los asentamientos de transición o marginales. La falta de normas genera ausencia de control social (como si en un territorio las especies crecieran de un modo desordenado o caótico y lucharan por el espacio disponible).

El centro de la teoría es que a partir del desequilibrio biótico, en las áreas marginales hay desorganización normativa, falta de normas (anomia). Mientras que el área dominante es organizada, la de transición o residual carece de normas. La escasez de la teoría tiene varios puntos salientes: en primer lugar la visión consensual de la sociedad, el acuerdo básico sobre la normatividad prevaleciente, llega en ella al extremo de negar un sistema de normas a la marginalidad. Esto dará origen a la respuesta de Sutherland y de otros criminólogos que recordaremos más adelante.

El segundo punto es la consideración biológica y determinista del comportamiento. Según la teoría, el mismo ambiente marginal se va formando a partir de los principios de invasión y de sucesión; las familias más encumbradas dejan a veces sus viviendas a nuevas poblaciones que acceden a ellas, o la detección del hecho por el que otros grupos de menor nivel social acceden a su área de vivienda (y no lo pueden impedir) hace que vayan abandonando esa área (los de mayor capacidad económica en el grupo superior), mudándose a nuevos barrios (mu-

chas veces creándolos) o ciudades. Este mismo proceso convierte a las zonas menos cubiertas en cuanto a servicios, o menos salubres (las más bajas, por ejemplo), a las propiedades fiscales sin uso, y las cercanías a plantas industriales (con su polución ambiental), en generadoras de condiciones de "barrio marginal". Estos aspectos pueden criticarse fácilmente a partir de supuestos sociológicos: los intereses económicos y sociales que mueven a la población a cambiar de hábitat, y las posibilidades de acceso al "mercado" que les permite poseer determinadas viviendas o casillas en asentamientos marginales.

Es importante recordar esta corriente del estudio de la desviación por la transcendencia que tuvo y por las derivaciones significativas en otras teorías sociológicas que se fundaron en sus errores más evidentes. Al margen de las consideraciones que haremos, hay una lectura superficial en la valoración de la opinión de los habitantes de un barrio, que consideran que existe un deterioro, y que por lo tanto sólo cabe la expulsión de los intrusos o el mudarse ellos mismos, cuando pueden observar la presencia de invasores ("negros", "asiáticos", "provincianos", o estereotipos vinculados con actividades desprestigiosas, vestimentas, hábitos de consumo, recreación, etc.), a los que rechazan con criterios etnocéntricos. Se trata aquí de fenómenos culturales, pero no de raciales, de biológicos o de ecológicos.

Por su parte, los criminólogos críticos, fieles a los principios interpretativos de su escuela, consideran que la sociología de la ciudad también debe basarse en una "economía política" por ser expresión de la lucha de clases (Taylor y col. 1970:136), con lo cual ubican el problema en el sistema productivo. Sobre estos temas volveremos en páginas siguientes. Sin embargo, debe precisarse, sin mengua de la importancia del fenómeno económico (obvio especialmente en el aspecto de acceso a la vivienda o barrio), que existen otros factores culturales y étnicos que no derivan directamente de él. Es posible negar el acceso a un barrio residencial, a un club de campo o a un conjunto de viviendas por otros criterios, además de los económicos; los asentamientos de ciertos sectores sociales en áreas determinadas no dependen exclusivamente de ese factor, ya que los elementos estamentales residuales (memoria histórica, origen familiar, etc.) pueden ser de mayor peso que la posición económica, como también pueden serlo los elementos residuales de casta, interpretados por criterios adscriptivos de *status* que no pueden modificarse a partir de la formal igualdad definida por ley, o la adquisición de posiciones aceptada por la ideología mayoritaria (aunque no admitida por la cultura encubierta). Las interpretaciones biológicas no se limitan a los criminólogos positivistas del siglo pasado; pueden estar subterráneamente vigentes en la cultura, y salir a luz cuando la ocasión enfrenta a situaciones en las cuales el prejuicio es cómodo recurso frente a la incertidumbre del propio *status*.

Otra crítica que puede formularse a la ecología social es su tautológica formulación: la tasa de delincuencia de una zona es el principal criterio de desorganización social, pero la desorganización social explica a su vez la alta tasa de delincuencia (Taylor y col., 1970:141).

## 7. Las derivaciones de la ecología social. La asociación y la organización diferenciales.

De los numerosos argumentos que podían oponerse a las teorías ecológicas, uno fue principalmente desarrollado por Edwin Sutherland, que acerca la ecología a la sociología, como Tarde y Durkheim habían hecho en Europa respecto de las teorías biológicas. Se inspira principalmente en el primero de ellos. Este giro en la interpretación se basó en dejar de considerar el área marginal como desorganizada y anómica, y en comenzar a entenderla como una normatividad diversa, es decir, a partir de la definición de sociedad como un conjunto de tradiciones normativas divergentes. Esto derivó, especialmente, de advertir que la conducta de desviados y delincuentes, lejos de ser desorganizada y anómica, resultaba coherente.

La teoría se llamó *pluralismo ecológico,* pues Sutherland no abdicó de los principios generales, si bien incorporó datos culturales a la ecología. Los principios básicos de la teoría son:

1) *La conducta criminal es aprendida.* No es hereditaria, porque la persona que no ha sido entrenada criminalmente no inventa conductas criminales, al igual que una persona que carece de entrenamiento en mecánica no realiza invenciones de ese tipo.

2) La conducta criminal es aprendida en interacción con otras personas, en un proceso de comunicación, sea verbal o gestual.

3) La parte más importante del aprendizaje de la conducta criminal tiene lugar en una interacción estrecha e íntima dentro de grupos (relaciones primarias). Esto significa que los medios impersonales de comunicación, como diarios y películas (escrito en 1947, no se registra todavía el impacto de la televisión), tienen un papel relativamente poco importante en la génesis de la conducta criminal.

4) Cuando la conducta criminal es aprendida, el aprendizaje comprende: *a*) técnicas de comisión de crímenes, que pueden ser simples o muy complicadas; *b*) un conjunto específico de motivos, racionalizaciones y actitudes sobre el crimen.

5) La actitud específica sobre motivos es aprendida de definiciones favorables o desfavorables respecto de los códigos y leyes penales. En algunos grupos las personas están rodeadas por

otras que invariablemente definen la ley penal como reglas que deben ser observadas, mientras que en otros grupos son rodeadas por personas que definen favorablemente la violación de esas reglas. En la sociedad compleja e inmigratoria, estas definiciones están mezcladas, y como consecuencia existe un conflicto cultural en relación a los códigos penales.

6) Una persona *deviene* delincuente por un *exceso de definiciones favorables* a la violación de la ley, en comparación con las definiciones desfavorables respecto de la violación de dicha ley. Este es el principio de la *asociación diferencial.* Tanto la conducta criminal como la no criminal se dan a través de acciones sociales contrapuestas. Cuando las personas devienen criminales, esto se produce tanto por el contacto con pautas de conducta criminales como por el aislamiento de pautas anticriminales. La teoría también significa que las asociaciones que son neutrales o están lejos del crimen carecen de efecto, o tienen muy poco, en la génesis de la conducta criminal.

7) La asociación diferencial puede variar en *frecuencia, duración, prioridad* e *intensidad,* tanto en lo que refiere a la conducta criminal como en lo que hace a la anticriminal. Frecuencia y duración se toman en sentido usual. Prioridad refiere a que la conducta acorde con la ley desarrollada en épocas iniciales de la vida puede persistir a lo largo de toda ella, y también que la conducta delictiva desarrollada en esa misma época igualmente puede persistir. La tendencia no ha sido adecuadamente demostrada, y la prioridad parece importante principalmente a través de su influencia selectiva. La intensidad no es definida con precisión, pero tiene gravitación en elementos tales como el prestigio de las pautas criminales o anticriminales y con las reacciones emocionales asociadas.

Sutherland estima que debería desarrollarse una forma cuantitativa para una descripción precisa de la conducta criminal, pero eso no sólo no se ha realizado, sino que resulta extremadamente dificultoso.

8) El proceso de aprendizaje de la conducta criminal por asociación con pautas de conducta criminales y anticriminales cumple todos los mecanismos que están presentes en cualquier otro aprendizaje. Esto significa que el aprendizaje de la conducta criminal no está restringido al proceso de imitación.

9) Las asociaciones de una persona están determinadas por un contexto general de organización. En un área en la cual la delincuencia es elevada, un muchacho sociable, gregario, activo y atlético puede fácilmente entrar en contacto con otros de la vecindad y aprender la conducta delictiva de ellos, llegando a convertirse en un *gangster.* En el mismo vecindario, un muchacho psicopático, aislado, introvertido, puede quedarse en su casa y no adquirir esas pautas que lo podrían convertir en un delin-

cuente. Es posible que en un contexto diverso ocurriera lo contrario, en ambos casos.

Entre los factores a tener en cuenta también está el lugar de residencia de la familia, y la delincuencia está relacionada con los grupos en los que se participa. A partir de lo expuesto se ve por qué el término *desorganización social* resulta insatisfactorio para la teoría, ya que está basado en un postulado según el cual el crimen está fundado en la organización social y la expresa. El grupo puede organizarse para la conducta criminal o contra ella. Muchas comunidades están organizadas en ambos sentidos, y el crimen expresa diferentes organizaciones (Cohen, 1956:7 y ss.).

En conjunto, la idea de *organización diferencial* trata de explicar la existencia de normas delictivas, mientras que la *asociación diferencial* procura entender su transmisión.

La propuesta de Sutherland implica un avance frente a las anteriores, y una aproximación a la explicación de *ciertas* conductas desviadas. Desde luego, no puede dar una explicación para todas ellas en conjunto, como no le es posible hacerlo a ninguna teoría, no obstante la pretensión que han tenido muchas de ellas hasta la actualidad. Las críticas han versado sobre varios aspecto de la misma, según la óptica del crítico. Una de las más certeras es la falta de actividad del sujeto focal en la recepción de las normas delictivas. Existe un determinismo implícito en las diversas influencias desviadas que recibe, sobre las que no ejerce control alguno (Taylor y col., 1970:145). La persona queda conformada por los significados que prevalecen en el medio social; si las definiciones van hacia el delito, con intensidad, frecuencia, prioridad y durablemente, será delincuente. Esto es una herencia de la ecología, a la que se ajusta una idea de aprendizaje que no corresponde a patrones aceptados, a partir de la psicología social. El aprendizaje es interacción entre personas que se influyen mutuamente, no es un proceso unidireccional de transmisión de información. Así, es válida la crítica de Matza, para quien Sutherland convierte al hombre en *cautivo* del medio, y la de Taylor y sus colaboradores, para los que la asociación diferencial no incluye la idea de finalidad y significado humanos. Pero se le debe el aporte fundamental, descontada esta falla, de entender la desviación como aprendizaje de otras normas, producto no de la patología individual o social, sino de un proceso de socialización diferente al que rige en otros medios.

### *Los delitos de "cuello blanco".*

Otro aporte significativo de Sutherland, derivado de su teoría de la asociación diferencial, es la ruptura definitiva de la definición de delito como hecho cometido por hombres de las clases más bajas, que prevalece en el positivismo, probablemente a

partir de sus observaciones del tipo de población carcelaria, y que ya había sido criticada por Tarde. En su trabajo *White Collar Criminality* (Cohen, 1956: 46), Sutherland trata del crimen en relación con los negocios, a partir de la comparación del mismo en la clase alta, compuesta por respetables o respetados hombres de negocios, con los de clase baja, realizado por gente de bajo *status* socioeconómico.

Sutherland es uno de los autores que plantea dudas sobre los elementos informativos que surgen de las estadísticas. En general, se habían presentado tres posiciones sobre el valor de aquéllas, y del código penal como verdadero consenso social. La primera de esas posiciones acepta las estadísticas oficiales, pero a través de modificaciones las emplea para fines analíticos, estimando que no sólo el código penal representa un consenso, sino que las estadísticas policiales y judiciales reflejan los delitos más graves. La idea implícita de esta posición es que una separación muy grande entre la definición oficial de desviación y la que surge del código penal es corregida a corto plazo en los países democráticos, a pesar de los intereses que pretendan sostener ideas superadas sobre la incriminación de conductas (por ejemplo, los que en la actualidad sostuvieran la sanción penal del adulterio en el mundo occidental), porque a la larga prevalece el pensamiento de la mayoría.

Una segunda postura intermedia acepta el consenso que representa el código penal, pero procede a realizar estadísticas propias, en virtud de la evasión u otras circunstancias sociales que modifican el alcance de las estadísticas oficiales, como la elección que la policía hace de los delitos que persigue, las variables en cuanto a la sensibilidad social respecto de algunos delitos, la posibilidad de evadir la pena que tienen algunos sectores sociales al poder pagar buena atención profesional, influir sobre los jueces o sobre los medios de difusión. Todos estos son obstáculos a la validez de las estadísticas oficiales; por lo tanto, procede a realizar encuestas propias.

La más extrema de las posiciones niega no sólo la validez de las estadísticas, sino también que el código penal represente consenso alguno. Se propone averiguar por métodos propios qué conductas castigaría una muestra de población y qué penas le colocaría. En rigor, cuando estos estudios se hacen, aparecen grandes discrepancias con las sanciones impuestas por el código penal. Las divergencias pueden ser hacia el agravamiento o la desincriminación, según los tipos penales.

Sutherland puede ser colocado genéricamente en la segunda posición de las tres citadas, si bien, como se verá, no sugiere realizar estadísticas propias, sino incorporar otras fuentes de datos a las oficiales. Según él, la estadística criminal muestra inequívocamente que el crimen, tal como es concebido popularmente y medido oficialmente, incide en la clase baja mucho más que en la

alta. Se trata de los criminales capturados por la policía, juzgados por los tribunales, encarcelados y vinculados a hechos tales como asesinatos, asaltos, robos, delitos sexuales. Las teorías criminales derivan de estas estadísticas, y por ello concluyen que ya que el crimen está concentrado en la clase baja, es causado por la pobreza o sus características asociadas (desviaciones psicopáticas, vecindarios marginales, familias destruidas o no constituidas). Estas conclusiones provienen de bases incorrectas. No incluyen vastas áreas de conducta criminal de personas que no pertenecen a la clase baja. Si bien en ocasiones existen juzgamientos de estos crímenes, tienen una gran expresión en el campo de las empresas de todo tipo, fraude impositivo y otros que se llamaron *rackets legitimados*. También incluye a los delitos cometidos a través de las profesiones liberales.

El problema importante es determinar cuál es el criterio que debe utilizarse para establecer la existencia de una violación de la ley penal. No puede ser el procesamiento, porque existe una gran cantidad de hechos no sancionados, e individuos criminales no procesados. Tampoco lo sería, a juicio de Sutherland, el "espíritu de la ley" para los crímenes de cuello blanco, y "la letra de la ley" para los otros, ya que implicaría ser más liberal en un caso que en los restantes. Por ello propone suplementar el criterio criminológico del procesamiento o de la condena con otros cuatro:

1) Incluir en las estadísticas otras dependencias gubernamentales además de las judiciales. Por ejemplo, los tribunales administrativos, las comisiones parlamentarias (en nuestro país, es el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Secretaría de Comercio, el Tribunal de Faltas, y otros administrativos). Las investigaciones realizadas por estas últimas dependencias se refieren a muchas "deshonestidades" que no son punibles por los tribunales. En otros casos (comunes en nuestro país), las denuncias judiciales formuladas no prosperan; en algunos se trata de trámites o resoluciones que encubren realmente la comisión de delitos (por ejemplo, el retiro de licencia a un medicamento que no cumple con las especificaciones reglamentarias o con una calidad determinada).

2) Toda conducta que posea una razonable expectativa de poder ser conocida por un tribunal judicial o comisión equiparable debe considerarse criminal. La "capacidad criminal" (*convictability*), más que el procesamiento o la condena, sería el criterio rector. Si los criminólogos no tienen reparos en incluir las historias verificadas de personas que son criminales, pero que no fueron condenadas, tampoco deben tenerlos para con los criminales de cuello blanco que no han sido condenados, pero sobre los que existen pruebas claras de la comisión de delitos. Éstos suelen aparecer en causas civiles o comerciales, en las cuales los damnificados están más interesados en el resarcimiento pecuniario que

en la condena penal (quiebras de bancos y entidades financieras, uso indebido de marcas y patentes, etc.).

3) Debe tenerse en cuenta que muchos criminales resultan impunes por la presión que ejercen o la relación que tienen con la policía o el poder político, lo que ocurre con frecuencia en este tipo de delitos.

4) Los partícipes secundarios o cómplices de estos hechos deben ser incluidos por igual, tal como se hace en los delitos comunes cometidos por los sectores bajos. En éstos no se duda en aprehender a todos los cómplices; en los delitos de cuello blanco, cuando se castigan, sólo se involucra a los ejecutores principales (y, a veces, éstos son testaferros de los reales beneficiarios).

Parece claro que estos criminales no son pobres, ni viven en barrios marginales, ni son débiles mentales ni psicópatas; tampoco son hijos de familias destruidas. No son los "niños problema" de ayer, ni se deben a causas producidas en la infancia. De estas reflexiones nace la idea de una teoría que explique los delitos de clases altas y bajas, y que no sea biológica sino sociológica. Sutherland sostiene que estos tipos de delito de alta escuela se aprenden como los otros, y como cualquier conducta criminal o no criminal, en asociación con los que practican estas conductas. Aquellos que llegan a la estafa sofisticada, al delito empresarial, comienzan sus "carreras" en buenos vecindarios y casas, se gradúan en buenos colegios, muchas veces son alumnos destacados de buenas universidades, y con poco esfuerzo llegan a participar en medios empresariales en los cuales el delito económico es practicado como rutina, de modo que es inducido a él como pudo serlo en cualquier otra práctica. Debería agregarse (pero faltaban años para la teoría de Matza y las "técnicas de neutralización", que tratamos más adelante) que también se les suministra una ideología "empresarial" que justifica la acción y neutraliza cualquier culpa que pueda sentirse en lo que se realiza.

Sutherland aclara que, a su entender, ni en el caso de los delitos de cuello blanco ni en los otros existe solamente una *asimilación*, ya que es usual la *innovación*, posiblemente más frecuente en los criminales de la primera categoría que en los restantes. La teoría del aprendizaje y la ecología quedan así limitadas con la posibilidad de un cambio, que recuerda las ideas de Tarde sobre las relaciones entre imitación e innovación (invención). La asociación diferencial termina en crimen porque la comunidad no está sólidamente organizada contra esa forma de comportamiento. En los negocios, muchas reglas de juego están en contra de las leyes. Un empresario que quisiera obedecer la ley se vería llevado por sus competidores a violarla y a adoptar sus métodos. Estas reflexiones deben ser tenidas muy en cuenta, pues hacen al condicionamiento de la ley por otros fenómenos sociales —en el caso, las reglas de juego económicas que Sutherland veía aplicar en los Estados Unidos de las décadas del 30 y

del 40, y que, cabe presumir, se observarán en todas las sociedades en las cuales la lucha y la competencia no tiene más límites que la capacidad individual—. Muchas de estas reflexiones tienen puntos en común con las que Merton formulara hacia 1938, al tratar, en su muy conocida teoría de la anomia, la inducción al éxito y sus consecuencias.

En suma, la delincuencia de cuello blanco difiere de la delincuencia de clase baja en la implementación de la ley penal, que de hecho la distingue y también, aunque Sutherland lo exprese elípticamente, en la actitud de los poderes políticos frente a esta conducta.

La obra de Sutherland es importante por haber llevado al plano cultural y del aprendizaje la explicación del delito, hasta ese momento todavía en manos de las teorías biológicas y ecológicas (a pesar del esfuerzo de Durkheim), y dar origen a una amplia variedad de concepciones culturales o subculturales del delito que constituyeron la etapa siguiente del desarrollo criminológico.

## 8. Las teorías funcionalistas. La "anomia" según Merton.

La palabra *anomia* fue desarrollada en sociología por Durkheim en *De la división del trabajo social* y en *El suicidio*. En la primera es definida como ausencia de solidaridad, y constituye causal de suicidio originado en la desorganización de la actividad, en la ruptura del sistema de normas que desorienta a las personas al no estar nadie contento con su suerte y aspirar todos a más (desproporción entre aspiraciones y satisfacciones). El término fue creado en el siglo XVI como condición que origina desorden, duda e incertidumbre sobre todos, mantenida todavía en el siglo XVII como una "vida sin ley", cayendo en desuso en el siglo siguiente, hasta que a fines del siglo XIX la reintroduce Durkheim.

En la versión de Merton (original de 1938, revisada en 1957), la anomia, como estado de falta relativa de normas en una sociedad o grupo, tal como la definió Durkheim, es una consecuencia de dos conceptos con los que puede definirse el ambiente de las personas: la *estructura cultural* (cuerpo organizado de valores normativos que gobiernan la conducta de la mayoría de las personas de la sociedad o grupo) y la *estructura social* (cuerpo organizado de relaciones sociales que mantienen entre sí las personas); en otras palabras, entre la cultura y la estructura de estraficación social (1964:169). La anomia es la quiebra de la estructura cultural que se presenta cuando hay una ruptura entre las normas y objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de las personas para obrar de acuerdo con aquéllas (1964: 170). Dicho de otro modo: la anomia se produce cuando la cultu-

ra prescribe determinadas conductas que la ubicación social de las personas impide, en virtud de la jerarquía y el poder definidos por la estratificación. De esta forma, la cultura puede colaborar en la violación de sí misma, presionando a todos para obtener lo que sólo pocos pueden conseguir. Esto ocurre cuando la estructura social y la estructura cultural están mal unificadas.

Es en esta ruptura donde Merton encuentra las causas de la conducta desviada, rechazando cualquier intento biologicista, y por ello su estudio se refiere a determinar cómo "algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista" (1964:141).

En la cultura de las sociedades se establecen *objetivos*, metas por las que vale la pena esforzarse. Se da por supuesto que el estudio se refiere a sociedades adquisitivas, móviles ascendentes, con expectativa favorables a la obtención de resultados mediante esfuerzo, y a "trepar por la pirámide", sociedades de las cuales la norteamericana, desde la que el autor escribe, es paradigmática. Estos objetivos están ordenados "toscamente", de acuerdo con una jerarquía de valores, entre los que el *éxito-meta* obtenido a través del dinero parece ser el principal. La medida del éxito monetario es indefinida; siempre se puede un poco más, y seguir aspirando a otros bienes materiales.

En estas sociedades, los padres, maestros, medios de comunicación, presionan hacia el éxito. Se incentiva a todos para que mantengan sus aspiraciones insatisfechas; la ideología muestra casos en los que desde la nada se lograron las mayores cumbres, e implícitamente se sugiere que todos pueden lograr el punto máximo (nunca definido) de la pirámide. La cultura no sólo define objetivos, también describe los medios para lograrlos. Las normas que regulan estos medios "debidos" no son necesariamente normas técnicas o de eficacia; la fuerza. el fraude, el poder usado sin escrúpulo, son instrumentos para lograr el éxito, pero están proscriptos por la cultura, que establece medios institucionalizados. En cada cultura la importancia concedida a ciertos objetivos varía independientemente del grado de significación dado a los medios legítimos o lícitos; cuando la insistencia sobre los fines resulta muy fuerte, es posible que la presión sobre los métodos legítimos se atenúe y sólo el dato técnico quede presente: lograr el triunfo deportivo a través de recursos institucionalizados puede darse en un sistema equilibrado de cultura: pero si se trata de ganar de cualquier modo, allí las "reglas de juego" serán probablemente atenuadas hasta la desaparición y reemplazadas por otras "reglas" del "todo vale" para obtener el ansiado resultado: "ganar el juego" y no "ganar de acuerdo con las reglas del juego". En un caso extremo hipotético, todo medio técnico que prometa la obtención del propósito estará permitido. La hipótesis de Merton es que la conducta anómala puede conside-

rarse desde el punto de vista sociológico como un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturalmente prescriptas y los caminos socialmente estructurados para llegar a dichas aspiraciones (1964:143).

Los axiomas culturales de una sociedad semejante son la necesidad de esfuerzo hacia metas más elevadas, la consideración obligada de que toda frustración es sólo una etapa hacia el éxito definitivo y que el verdadero fracaso está en reducir la ambición o renunciar a ella (1964:148). Estos axiomas derivan la crítica siempre hacia sí mismo, nunca hacia la estructura social; conservar el sistema de estratificación mediante clases bajas que no se identifican con los iguales sino con las clases superiores, a las que imitan y alguna vez alcanzarán; y la conformidad mediante la amenaza de que la abdicación de estos principios margina de la sociedad, por rechazar los fines debidos y compartidos.

Frente a esta situación, según Merton, las personas (individualmente) se *adaptan,* de acuerdo con la posición que ocupan en la estructura social, y de acuerdo a cómo pueden incorporar las normas culturales a que son sometidas. Adaptarse, desde luego, no significa "bien adaptarse", sino ajustarse de algún modo a la situación de anomia, sea por conductas debidas o por conductas desviadas o divergentes. El que en un medio corrupto deja de lado las normas éticas y se corrompe, se adapta, en este sentido.

Merton aclara que sus modos de adaptación a la anomia no son tipologías de personalidad, ya que cabe pasar de uno a otro de acuerdo con la actividad o situación social. Éstos son:

1) *Conformidad.* En una sociedad estable, esta adaptación es la más común; la persona está conforme con los objetivos culturales y con los medios institucionalizados para obtenerlos; la gente que se conforma es la que permite que se hable de una sociedad, ya que ésta significa consenso en los valores básicos. Esta adaptación no interesa aquí, pues se trata de estudiar la conducta divergente.

2) *Innovación.* Con este rótulo estudia Merton la adaptación, consistente en aceptar los fines institucionalizados por la cultura (éxito, riqueza), pero mediante el uso de medios proscriptos por la cultura, aunque eficaces. La persona que se encuentra en ella incorporó los fines, pero no los medios lícitos para lograrlos. Más allá del planteo psicológico, interesa aquí investigar qué rasgos de la estructura sociocultural favorecen esta adaptación desviada. En los sectores más altos, la presión hacia el mayor éxito monetario borra los límites entre "esfuerzos del lado de acá de las costumbres" y "prácticas violentas" o delictivas. La historia de las grandes fortunas está integrada por numerosos casos institucionalmente dudosos (y otros muy claros) en cuanto a los medios utilizados para concretarlas: "La repug-

nante admiración expresada con frecuencia en privado, y no rara vez en público, a esos 'sagaces, vivos y prósperos' individuos, es producto de una estructura cultural en la que el fin sacrosanto justifica de hecho los medios" (1964:151).

Una regla según la cual "casi toda la felicidad en este mundo consiste en poseer lo que otros no pueden conseguir", puede motivar cualquier actitud para lograr la ansiada envidia del prójimo. Merton alude —y cita párrafos de Bierce— a los delitos de cuello blanco, comunes en una cultura del éxito sin límites. Remite también a Sutherland y a estudios de campo que señalan que el 99 % de una muestra dada de personas de clase media confesó haber cometido entre once (las mujeres) y dieciséis (los hombres) delitos previstos en el código penal, desde los 16 años (1964:153). Sin embargo, cree que la presión hacia la desviación es mayor en los sectores más bajos, zonas especializadas del vicio y la delincuencia, en las que hay poco acceso a los medios tradicionales y legítimos para ser hombre de éxito, pero donde se han incorporado las metas de éxito pecuniario. Para los estratos de trabajo manual no especializado, lo que puede conseguirse a través de él no puede competir, según normas consagradas de dignidad, con las promesas de poder y de alto ingreso del vicio y de la delincuencia organizada. El modelo "Al Capone" es sentido como válido para los que se ven presionados hacia el éxito mientras se les cierran todos los canales de movilidad vertical, en culturas en las que esta movilidad se prescribe como paradigma y donde se sostiene ideológicamente que los más capaces siempre ascienden. En una sociedad de castas, al prescribir distintos tipos de cultura para cada una, esto no ocurre; pero en la sociedad de clases todos aparecen como equiparables, ya que no equiparados.

Merton destaca que en su interpretación, no es la pobreza la que conduce a la desviación innovadora, ni siquiera la pobreza en medio de la abundancia, sino que lo son las circunstancias anteriormente citadas. Existen países en los cuales la situación de la clase obrera es peor que en las naciones capitalistas desarrolladas, pero existe una correlación menor entre esa clase y la delincuencia. En suma, a la presión hacia el éxito y a la falta de oportunidades se agrega una deficiente socialización, y todo ello lleva al delito.

Además de las variadas críticas que pueden hacerse a este modelo, existe una que no debe demorarse: no se entiende la causa por la que Merton, que reconoce el valor de los estudios sobre delincuencia de cuello blanco, igualmente estima que la presión es mayor en los sectores más bajos de la sociedad capitalista. Si el delito no tiene límites, no es la ubicación de clase, sino la confrontación entre realidades y expectativas lo que determina el delito, y estas diferencias pueden ser sentidas inten-

samente en todos los niveles. Siempre se puede aspirar a mayor poder económico o social.

3) *Ritualismo.* Lo que el autor que consideramos denomina tipo ritualista de adaptación a la anomia es "el abandono o la reducción de los altos objetivos culturales del gran éxito pecuniario y de la rápida movilidad social a la medida en que pueda uno satisfacer sus aspiraciones. Pero aunque uno rechace la obligación cultural de procurar salir adelante en el mundo, aunque reduzca sus horizontes, sigue respetando de manera casi compulsiva las normas institucionales" (1964:159).

Esta conducta es sólo desviada en cuanto se aparta del modelo del esfuerzo activo para avanzar y ascender en la jerarquía social; pero no es desviada en sentido de delictividad. Los ritualistas, frente a la ansiedad que produce la posición social, rebajan en forma permanente el nivel de aspiraciones. "El miedo produce inacción, o, con más exactitud, acción rutinizada". El síndrome del ritualista, según Merton, es el "juego sobre seguro", la satisfacción con lo que se tiene, la negación de las grandes ambiciones. Es la perspectiva del obrero que produce lo que debe, ni más ni menos, para no ser señalado; del empleado amedrentado; del burócrata celosamente conformista, cumplidor escrupuloso de cuanta regla exista en su trabajo, como si fuera el verdadero objeto de la vida.

Posiblemente, en esta última caracterización, Merton acierta con un tipo de personalidad no apta para el estudio de la conducta desviada, pero generadora de numerosos estudios sobre actividad burocrática; él mismo desarrolló parte de éstos (1964: 202 y ss.), y allí los considera como un producto de la superconformidad con las reglas de la organización. También es presentado el ritualismo como una adaptación *privada,* es decir, individual, y frente a la innovación, que se considera (erróneamente) propia de las clases bajas, la que analizamos se propone como adecuada para las clases medias bajas, por la congruencia con su sistemas de valores, y visible en el empleado de cualquier estructura escalafonaria pública o privada. Una de las causas para que así sea es que en esta clase existe, a juicio de Merton, una presión hacia el cumplimiento de las normas morales, y menor probabilidad que en la clase media alta para trepar en la escala social. De todos modos, es presentada como una hipótesis pendiente de comprobación empírica, señalando que esta adaptación no significa necesariamente un modelo de vida (aunque pueden presentarse numerosos casos en ese sentido), sino que puede considerarse que a una sumisión extraordinaria a las reglas siga una explosión no menor de rebeldía y un consiguiente cambio de adaptación.

4) *Retraimiento.* Se trata de un rechazo tanto a las metas/éxito prescriptas por la cultura como a los modos legítimos de al-

canzarlos. El retraído no forma parte de la sociedad, aunque esté en ella. Los ejemplos dados por Merton son "psicóticos, egotistas, parias, proscritos, errabundos, vagabundos, vagos, borrachos crónicos y drogadictos" (1964:162). Han rechazado todo sistema cultural porque no han podido competir ni alcanzar ninguna meta, ni siquiera son capaces de cumplir con las normas que permiten una vida opaca y gris, pero respetable. El retraído no es ni un innovador, que por lo menos es listo, ni un burócrata ritualista que respeta las costumbres; es un riesgo improductivo y como tal es rechazado. El retraído está a salvo del conflicto, según Kardiner, "porque ha abandonado búsqueda de seguridad y de prestigio y se resigna a no tener ningún derecho a la virtud o a la distinción".

Merton extiende el retraimiento tanto a los casos de *anomia de prosperidad* (una ascensión rápida de posición social, que permite tener todo sin esforzarse en nada) como a los de *anomia de depresión* (caída sustancial del nivel de vida); al retiro impuesto por la edad (jubilación obligada); a la viudez, y a otros ejemplos en que pueda señalarse una pérdida de interés en las normas sociales. Estos casos ya no entran en la estadística criminal, ni en los problemas sociales (esto último es dudoso), pero pueden llegar al suicidio anómico de Durkheim.

5) *Rebelión.* En esta adaptación, las personas rechazan las metas impuestas por la cultura y los medios para lograrlas como arbitrarias, y tratan de poner en vigencia una nueva estructura que altere ambos datos culturales. Los rebeldes tratan de cambiar la sociedad; pueden incluirse entonces como divergentes o desviados de su cultura. Merton distingue, a partir de un trabajo de Max Scheler, la *rebelión* del *resentimiento*; en este último existe un sentimiento difuso de odio, envidia y hostilidad, y una sensación de impotencia para expresar esos sentimientos de modo activo contra las personas o estrato social que los suscita, pero no significa cambio de valores. La rebelión supone una transvaloración. En el resentimiento se condena lo que se desea secretamente; en la rebelión se condena el deseo mismo (1964:164 y 165). Pero la rebelión organizada puede utilizar un ejército de resentidos para sus propósitos de desestabilización.

La rebelión considera que la estructura social vigente es la barrera para la satisfacción de los objetivos legitimados; el tránsito a la acción política exige además trasladar la fidelidad a grupos nuevos poseídos de un mito nuevo, que realizarán el cambio o la obra necesaria para enterrar la estructura arbitraria e injusta. Así, mientras el mito conservador o la ideología dirá que cada uno es el causante de sus males, o el agente de sus éxitos, y que en todo sistema social existirán frustraciones, el mito revolucionario (o la utopía, según Mannheim) señala que la fuente de frustraciones es la actual estructura, y que en otra futura no

habrá lugar para ellas a condición de que los hombres se adapten a los nuevos valores.

Merton se hace cargo de que la teoría de la anomia por él expuesta está dirigida a explicar a alguna, pero no a todas, de las formas de conducta desviada consideradas criminales o delictivas (1964:185). La teoría parte de un supuesto cultural: las metas prescriptas como máximas para alcanzar, y de allí, frente a las oportunidades distintas de las personas de acuerdo con el estrato social al que pertenecen, presenta adaptaciones, *algunas de las cuales son delictivas y otras no,* aunque se formulan todas como *divergentes* del modelo prescripto. Por otra parte, la conducta divergente disfuncional para los valores del grupo no es necesariamente deficiente en lo ético (1964:189), sea delictivo o no, porque de acuerdo con su concepto de "disfunción", no hay correlación con inmoralidad; pueden ser cuestionables moralmente las normas del grupo, y no el que las rechaza; éste es otro tema, que nos llevará al planteo crítico de algunos criminólogos posteriores.

*Crítica a la teoría de la anomia.*

Señalemos, en primer lugar, una diferencia fundamental entre la anomia en Durkheim y en Merton: para el primero, la anomia surge cuando por la desintegración del orden colectivo las aspiraciones *naturales* del hombre emergen más allá de toda posibilidad de cumplimiento; para Merton, las necesidades de *status* no son naturales, sino socialmente inducidas. Ahora bien, en el cuadro presentado por Merton las metas sociales están unificadas. Una de las críticas más comunes a su teoría es que presenta una unificación del consenso social en cuanto a las metas-éxito: todos deben aspirar a lo mismo, y esto no es cierto. Sin embargo, Taylor y sus colaboradores (1970:116) sostienen que Merton no ha sido coherente en este aspecto, y en algunos momentos ha reconocido que las personas que ocupan diferentes posiciones en la estructura social tienen intereses y valores distintos en parte a los otros, de modo que no todas las normas sociales están distribuidas por igual entre las distintas posiciones sociales; no obstante lo cual no cae en un relativismo social y moral. Para estos críticos, Merton no ha sacado todas las conclusiones de su teoría, que lo obligarían a cuestionar el sistema; sus críticas son cautelosas.

Desde su óptica marxista, I. Taylor y sus colaboradores consideran que el problema planteado por Merton no es sólo en el plano de las ideas, sino de distribución de bienes en la sociedad capitalista, en la cual las recompensas se atribuyen en parte por adscripción y no son ni pueden ser totalmente producto del logro; esto es evidente en cuanto las personas no ocupan al nacer posi-

ciones similares: el punto de partida es divergente para el éxito que se puede lograr (1970:117; Gouldner, 1973:300).

Desde la perspectiva crítica también se supone que los presupuestos que Merton da a su teoría son propios del capitalismo, "estructura social dominada por la competencia". "Esto significa que el modelo interpretativo de la anomia puede subsistir teóricamente, siempre que se acepte acríticamente que en todas las sociedades la gente vive su existencia como una competición deportiva, consistente en llegar a tiempo y antes que los demás a la meta final constituida por el éxito económico..." (Bergalli, 1983:138). Esto es, sin duda, cierto, pero Merton no intentó otra cosa que explicar algunos delitos de la sociedad capitalista (aplicables sin duda al socialismo soviético, si ésta fue, como parece, una estructura también competitiva).

Merton generó numerosas reflexiones sobre la cultura utilitaria, centrada en los fines, preocupada por los resultados individuales, y no por las dimensiones sociales de la conducta, muchas de ellas en la misma sociedad norteamericana de la cual habían emergido. Es interesante señalar que aun siendo un sociólogo funcionalista, básicamente conservador, genera simpatías desde autores radicalizados como Alvin Gouldner (1973:69 y ss.). Pero la crítica más generalizada desde estos sectores es la diversidad cultural, que Merton reconoce a su pesar, ya que de ella no se derivaría su teoría; por ejemplo, él mismo sugiere la expresividad de los artesanos (que no toman sólo en cuenta las consecuencias monetarias de su trabajo), la rebelión bohemia contra el utilitarismo cultural, etc. Para los críticos, el punto de partida no es la homogeneidad sino la diversidad cultural, y la heterogeneidad de valores que es relegada por la ideología dominante.

La segunda crítica, en la que coinciden las posiciones más o menos radicalizadas, es que resulta difícil pensar en adaptaciones individuales a la situación de ruptura sociocultural que plantea el autor, puesto que enfrentados a problemas culturales similares, es probable que los grupos desarrollen subculturas adaptativas; en otras palabras, las desviaciones son formas colectivas, no individuales, de adaptación. Por otra parte, el dinero, aunque se busque como un fin, es en realidad un medio, ya que permite adquirir cosas; aunque todos lo busquen, no quiere decir que lo quieran para lo mismo; el hombre de negocios y el drogadicto necesitan dinero, pero no tienen por ello las mismas metas culturales. Niegan, por último, que la diferencia entre las personas sobre cómo se ha de distribuir el dinero como símbolo de éxito, y según qué criterios se ha de ganar, sea un disentimiento instrumental: es sobre las metas en un sentido fundamental, como es el ordenamiento de las recompensas en busca de las cuales se entra en competencia. Esta controversia es claramente política (Taylor y otros, 1970:121).

Otra crítica obvia y ya anticipada es que Merton, a pesar de reconocer el delito de los sectores altos, insiste en que la adaptación innovadora es propia de los sectores bajos; esto no responde a la realidad, pues nadie cree hoy que si las estadísticas criminales registran más personas de clase baja que media o alta, esto significa algo más que una particular técnica policial, prejuicios de los tribunales o dificultades de las clases bajas de acceder a buenos abogados que los representen (Taylor, 1970:122 y 123; en igual sentido Cohen, 1966). Además, dada la pobreza, ¿cómo puede predecirse retraimiento, ritualismo o innovación? No puede, a partir de la teoría, predecir conductas; en todo caso, podría permitir el camino inverso; explicar una actitud a partir de las posibles causas que la generan. Pero el primer aspecto queda descuidado, y una explicación causal debería preverlo.

Respecto del retraimiento, el beber en exceso o el consumo de drogas, ¿no afecta la capacidad para alcanzar metas y no genera estigmatización que impide la inserción? ¿Qué es lo primero, la anomia o la adicción? Por otra parte, el drogadicto privado de droga es activo, no pasivo, y más innovador que retraído. Todavía puede agregarse que muchas personas, en determinados ambientes que exigen actuación y presencia de ánimo permanente, vencen su retraimiento por medio del consumo de drogas (y dicha conducta se encuentra aceptada subculturalmente), hecho que, aunque termina destruyéndolos, logra compensar las falencias de personalidades patológicamente debilitadas para la actividad diaria. Docenas de historias del mundo del espectáculo, de la política, de las empresas y el deporte muestran este proceso de degradación a partir del alcohol y las drogas, originado por la necesidad de mostrar públicamente estados de ánimo divergentes con la real situación personal.

En la teoría de Merton, el desviado es alguien que no triunfa y que por ello reacciona desviándose. ¿Qué pasa con la reacción de los otros frente al desvío? Es un tema que Merton no trata y que generó posteriormente otras teorías para cubrir el vacío teórico. Por último, la identificación de metas sociales resulta muy difícil en todas las sociedades, y si bien es cierto que los medios de comunicación presionan en los países capitalistas hacia el éxito, no sabemos cuántas personas incorporan realmente esta idea, más allá de los que participan de algunas subculturas (como las organizacionales de la empresa capitalista) y tampoco sabemos si el éxito es para todos el éxito dinerario, aun en el capitalismo. En realidad, se han dado *supra* algunos indicios como para negar aquel presupuesto de la teoría. En este sentido, Lemert discute que la realidad empírica muestre la consistencia de valores que señala Merton, negando asimismo que a partir de las normas que se transmiten desde la niñez y se controlan estructuralmente se pueda predecir en general la conducta cotidiana de los miembros, o explicar la conformidad predominante con las nor-

mas (Lemert, cit. por Clinard, 1967:49). Lo que es seguro es que si pretende "absolutizar los valores de la clase media", fracasa, no sólo porque tales valores no son comunes, sino porque, en definitiva, los que más éxito tienen en ese esquema competitivo no son esas clases sino las altas, que ven favorecido su "conformismo" por la ventaja inicial de la adscripción.

Señalemos que Merton mismo aceptó la crítica de atomismo e individualismo de su teoría, indicando que sólo más adelante prestó atención a la interacción entre miembros de las colectividades. Pero en la teoría ampliada el supuesto es entendido de modo tal que queda incluido el origen de las subculturas delictivas o desviadas, como lo entiende Cohen, e incluso estima compatibilizado su punto de vista con el de Sutherland. De allí que rechace que haya algo inherente a la teoría que sea atomístico o individualista; "la anomia es una condición del medio social, no del individuo aislado" (Merton, en Clinard, 1967:201 y ss., esp. 218 y 220). Resume su teoría en 1967, de acuerdo con el siguiente parámetro: "Los hombres más vulnerables por el *stress* que resulta de las contradicciones entre sus aspiraciones socialmente inducidas y el acceso limitado a la estructura de oportunidades son los primeros en alienarse. Algunos de ellos eligen alternativas establecidas (la estructura de oportunidades ilegítimas de Cloward) que violan las normas abandonadas, por una parte, y se muestran eficientes para lograr sus objetivos inmediatos, por la otra. Algunos otros en verdad innovan para sí mismos con el fin de desarrollar nuevas alternativas. Estos delincuentes exitosos (según la medida de los criterios que valen en sus grupos de referencia) se convierten en prototipos para otros en su medio, quienes al comienzo menos vulnerables y alienados, dejan ahora de observar las reglas que antes consideraban como legítimas. Esto a su vez crea un ambiente anómico más agudo para otros más dentro del sistema social local. De esta suerte, la anomia y la conducta desviada en tasas incrementadas se refuerzan mutuamente mientras no intervengan mecanismos contrarrestantes de control social" (Merton, en Clinard, 1967:220).

## 9. Teorías funcionalistas derivadas de las anteriores. Las subculturas delictivas.

I. *Richard Cloward* y *Lloyd Ohlin* dan un paso más en la explicación de las conductas desviadas en su obra *Delincuencia y oportunidad* (1960), al combinar la ecología social, la asociación diferencial y la teoría de la anomia. El punto central es distinguir el acceso diferencial no sólo a las metas éxito, tal como suponía Merton, sino también a la actividad ilícita (los medios ilegítimos). En el mundo del delito se elige, se triunfa o se fra-

casa, y esto también es cuestión de *oportunidad,* ya que los estratos sociales tienen posibilidades diversas para acceder a tal o cual medio ilícito, del mismo modo que la tienen para acceder a los lícitos. Gráficamente, puede expresarse lo anterior señalando que no todos pueden ser estafadores financieros y muchos deben conformarse con robar billeteras; más aún, muchos fracasan en uno u otro cometido.

Cualquier medio ilegítimo no está libremente disponible, debe ser aprendido, y debe tener oportunidad para ser ejercido (Clinard, 1967:37 y ss.). De este modo no hay una conducta innovadora, sino varias, y también puede interpretarse la conducta retraída de Merton como un doble fracaso: el que no puede acceder a los medios lícitos y tampoco tiene cabida en la actividad ilícita (por falta de capacidad o de oportunidad).

Según esos autores, las *subculturas delincuentes* surgen cuando hay impedimento de acceso a los medios legítimos y fuerte internalización de los "fines/éxito" sociales. El tema está centrado en los adolescentes de clases bajas, que carecen de oportunidades económicas y educacionales. A partir de aquí las alternativas son variadas: se puede ser delincuente en banda si se tiene disponibilidad de medios ilegítimos y oportunidad de integrarla, y así llegar a ser hurtador, ladrón o extorsionador. Pero si se ha renunciado a obtener también los resultados del "éxito" por estos medios ilícitos, puede llegarse al vandalismo: la destrucción (en banda o no) de los bienes de la sociedad, ya que no se puede obtenerlos de ninguna manera. Todavía queda, por último, la "destrucción hacia adentro", que es considerada (aunque tengo mis dudas) la única realmente individual: alcoholismo, drogadicción. Esta actividad autodestructiva también se puede realizar en conjunto, siendo la manera de ingresar y mantenerse en ella.

La posición de los autores comentados parte de un supuesto común a todas las teorías desde la ecología social: presuponen la unificación cultural y de metas sociales frente a las cuales algunos grupos se separan (desorganización, organización diferencial, subcultura). Esta idea de unidad cultural es un postulado, que los autores no intentan verificar, y que, de negarse, puede dar como resultado una concepción totalmente divergente, como se verá. Sin embargo, no han sacado mayores conclusiones de la existencia previa de las subculturas y de la integración de las personas a ellas en virtud de la falta o escasez de oportunidades. Además, no pueden explicar las subculturas que no comparten los fines prevalecientes, como tampoco las explicaba Merton (*hippies,* bohemios, sectas contestatarias, etc.) (Taylor, 1970:151).

II. *Albert Cohen.* Este autor reúne la teoría de la anomia con la interacción y la subcultura. En *Delinquent boys'* (1955) sostiene que la conducta de los miembros de pandillas de de-

lincuentes juveniles se origina en los problemas de *status*; necesidades y frustraciones de las clases bajas en un mundo de valores predominantes de clase media (oposición a la violencia física, respeto a la propiedad, ambición, autoconfianza, postergación de satisfacciones inmediatas, recreaciones saludables, buenos modales y cortesía, etc.). Según Cohen, los muchachos de las clases bajas rechazan esos valores porque no forman parte de su sistema cultural, y rechazan también a la clase media porque los representantes de éstos los rechazan a su vez y les otorgan un *status* inferior por la no aceptación de esos valores. Las subculturas juveniles de clase baja se forman sobre la base de este rechazo que genera sentimientos comunes de hostilidad, de oposición a los valores de la clase media y que deriva en acciones que puedan perjudicar a estos valores: malignidad frente a las actividades "virtuosas", diversión no provechosa y a la vez perjudicial para el mundo que los rechaza, nihilismo, actividades hedonistas. Esta teoría pretende explicar el vandalismo (destrucción de patrimonio público o privado, daño intencional sin provecho para el que lo produce), pero no mucho más, y menos toda la conducta delictiva común, para la que Cohen acepta la "innovación" de Merton.

Además de esto, Cohen comparte la crítica a la teoría de Merton de que sus adaptaciones son individuales y atomísticas, y varias otras que omitimos en este lugar (ver Clinard, 1967:41 y 42). A Cohen se le ha criticado el centrarse en la oposición de las culturas de clase baja y media sin advertir que la cultura de los jóvenes de clase baja tiene relación con la cultura de los adultos de esa misma clase, de la cual podría considerársela una acentuación (Miller, cit. por Taylor, 1970:152): la cultura de las clases bajas no es necesariamente reactiva de la de clases medias, sino afirmativa por sí misma.

En un trabajo de 1965, Cohen da un importante paso en el análisis de la conducta desviada al sostener que "la historia de un acto desviado es la historia de un proceso de interacción. Los antecedentes del acto son una secuencia de actos en los que han intervenido varios actores". Cuando *A* hace algo que puede ser desviado, *B* responde, y luego *A* responde a las respuestas de *B*. De este modo, aunque el acto puede ser adjudicado socialmente a uno solo de ellos, tanto el *yo* como el *otro* intervienen en su conformación (Taylor, 1970:154). A partir de la incorporación de la interacción se abren nuevos cursos teóricos en la sociología criminal, ya que entender el acto desviado como una *interacción* entre personas hace cobrar inmediatamente importancia al "otro": el que señala al desviado, el que rotula como tal o estigmatiza.

Es preciso señalar que Merton también respondió a la crítica de Cohen, según la cual la teoría de la anomia sólo explicaba el delito profesional adulto y la delincuencia contra la propiedad en adultos y juveniles semiprofesionales, señalando en primer

lugar que no había intentado abarcar todas las conductas delictivas, y en segundo término, que en cuanto al delito vandálico o irracional (de carácter no utilitario), su teoría no sostiene que la conducta derivada de la ruptura entre estructura social y cultural sea racionalmente calculada y utilitaria. Las presiones creadas entre metas prescriptas y oportunidades sociales para lograrlas generan frustración y pueden derivar en conductas no racionales. La destructividad puede ser una forma de reacción a la frustración continuada (1964:185 y 186).

## 10. Teorías criminológicas de la interacción: la rotulación y la reacción social.

La teoría de Merton, sus críticas, teorías originadas en ella y contestaciones posteriores de Merton implicaron un nuevo avance en las teorías sociológicas de la desviación y la delincuencia. El paso siguiente lo dan las llamadas teorías críticas, que comienzan (tal como la crítica sociológica general) por una crítica a las teorías funcionalistas que presuponen más o menos un consenso, una unificación cultural y una "desviación" consiguiente. Las teorías críticas atacan el concepto mismo de desviación, el consenso e incluso el posible acuerdo social sobre el "delito".

Los interaccionistas ponen básicamente en crisis la idea según la cual la *desviación* (propia de un acto) genera *control social*; se sostiene que la desviación no es cualidad propia del acto, sino de cómo éste es considerado por otros, y que la idea inversa de que el control social genera desviación es igualmente sostenible. Examinemos algunas de ellas, en primer lugar las de Howard Becker, Goffman, Lemert y Matza, dejando sentado que comenzamos con teorías que si bien críticas, no están identificadas con el enfoque del *conflicto,* y tienen en su interaccionismo un interés que no trasciende a las causas de la desigualdad económica y social como lo hacen las teorías marxistas. Dejaremos a éstas para un apartado posterior.

La primera pretensión de Becker es ocuparse de las normas verdaderamente operantes de los grupos, esto es, de aquellas que se mantienen vivas a través de los intentos de imponerlas. Muchas reglas no se imponen, han sido derogadas de hecho y no interesan en su estudio. La marginación no es igual en todos los casos: va desde la sanción al beodo o al infractor a una ley de juego hasta la del homicida, al que podemos sentir un "extraño", alguien distinto a nosotros. Por otra parte, no todos los transgresores tienen las mismas ideas sobre las normas que han violado: el infractor y el homicida pueden considerar que tienen validez, pero pueden considerar también que son injustas o absurdas:

tales las ideologías de los drogadictos, de los homosexuales o los que practican la violencia política.

El fenómeno de la desviación para Becker es relativo, incluso dentro de la misma sociedad; no todos consideran desviados a lo mismo, aunque cabe coincidir en que se trata de la no observancia de las reglas grupales. De esto surge que debe decidirse cuáles reglas se toman como patrón para medir y juzgar desviada la conducta. ¿Qué pasa cuando una persona es desviada respecto a las normas de un grupo por acatar las de otro? Becker duda que existan muchas áreas de consenso, que serían aquellas que podrían considerar unánimemente desviada a una conducta. Las preguntas son, entonces, ¿desviada para quién? ¿desviada respecto a qué?

El hecho fundamental del que debe partirse es que la *desviación es creada por la sociedad*. Los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas, cuya infracción constituye la desviación, y al aplicar dichas reglas a personas en particular. Becker está suponiendo la creación deliberada de normas, lo que es simplificar excesivamente el panorama o restringirlo a algunos supuestos específicos como los señalados. La desviación no es una cualidad del actó cometido por la persona, sino la consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas. La conducta desviada es *la conducta así llamada por la gente*. En el mismo sentido piensa Erikson (Becker, 1966:11). Por lo tanto, no es una categoría homogénea: depende de diferentes definiciones. A ello debe agregarse que alguien puede ser calificado de desviado sin haber quebrantado realmente regla alguna, y muchos que han quebrantado reglas no son calificados de desviados.

Lo único que tienen en común los desviados es la calificación y la experiencia de haber sido considerados como tales. La *desviación* es entonces una *transacción* que tiene lugar entre un grupo social y un individuo que es considerado por dicho grupo como un transgresor a las reglas (Becker, 1971: 13 y 20). El objetivo del trabajo es estudiar el proceso por el cual se llega a considerarlos marginales y sus reacciones frente a este juicio. Que el acto sea desviado depende de cómo reaccionan las otras personas frente al mismo. Cualquier delito se puede cometer y no ser sancionado, incluso aunque el hecho se conozca, si los responsables no están dispuesto a hacerlo. La sanción sólo puede ser necesaria en caso de escándalo público.

Según Becker, una prueba adicional de que la desviación es problema de reacción y no de conducta desviada lo demuestran los casos estudiados de las reglas que se sancionan más para unos grupos o categorías que para otros (blancos y negros, madres y padres solteros), si tienen escándalo público o no lo tienen (relaciones sexuales no aprobadas). A partir de esta idea crean la distinción entre *comportamiento transgresor* (dado por la infracción a la regla) y *comportamiento desviado* (el que ha sido calificado

así por otros). Aceptada esta terminología, de todo transgresor no podemos saber si es desviado hasta que los demás lo rotulen como tal. La desviación no es una cualidad presente en la conducta misma, según esta opinión.

¿Quién define la marginalidad? Desde el punto de vista del desviado, los marginales pueden ser los que establecieron las reglas (caso de la sanción al uso de drogas o la homosexualidad). Las reglas sociales son creaciones de grupos específicos. Las sociedades están altamente diferenciadas, y las clases sociales, grupos ocupacionales y étnicos y culturales, no comparten todas las reglas ni su aplicación a situaciones específicas. El medio, la historia y las tradiciones características llevan a formar conjuntos propios de reglas informales, que no coinciden necesariamente entre sí.

Las reglas creadas y mantenidas por los grupos y las calificaciones que se hacen de los desviados son motivo de conflicto y de desacuerdo, y parte del proceso político de la sociedad. La posibilidad de definir reglas es una cuestión de poder, así como lo es la posibilidad de aplicarlas. Los adultos crean reglas obligatorias para los jóvenes, los hombres las han creado para las mujeres, las clases más altas para las más bajas, los nativos para los extranjeros, los representantes de la etnia dominante para las minorías.

Sin perjuicio de las críticas que se efectuarán más adelante, anticipemos una: que muchas reglas definidas específicamente por grupos sean una cuestión de poder, no significa que este poder no se encuentre legitimado (y por lo tanto aceptado por la comunidad) o compartido en sus fundamentos culturales. Por otra parte, muchas reglas no son específicamente creadas por los grupos, sino que se heredan de muchas generaciones. No puede confundirse el caso de los "cruzados de la moral", de los que comienzan una campaña contra las exhibiciones obscenas, o crean una sanción (hoy) para los homosexuales, con los que sostienen la persecución de delitos tales como la corrupción de menores o el homicidio. Estas reglas no son "creadas" en el mismo sentido que las otras y no solamente hay grupos específicos que las mantienen; parecen responder a un alto consenso actual y si son motivo de conflicto, el que generaría no tener esas reglas o no sancionarlas sería mayor; ¿qué ocurre en una sociedad donde cualquier hombre puede violar a cualquier mujer o niño, o matar a quien le venga en ganas por el motivo que le plazca? Si faltan las normas, los límites los pone la mera fuerza física. No sería muy distinto del mundo imaginado por Hobbes: los hombres, en continuo temor de una muerte violenta, tienen una vida pobre, tosca y embrutecida. No pueden confiar más que en ellos mismos, y mientras estén despiertos y atentos. La teoría de Becker, sin definición de límites, lleva al absurdo.

*a) Los tipos de desviación.*

De la relación entre transgresión a la regla y percepción como desviación surge el conocido cuadro de las conductas de Becker.

1) *Conducta obediente y no percibida como desviada*: Es la que llama conducta conformista, que no presenta interés.

2) *Conducta transgresora y percibida como desviada*: La llama "desviada pura" y es el supuesto común de toda la teoría criminológica: el que ha violado la regla y se percibe como tal.

3) *Conducta obediente y percibida como desviada*: Se trata del caso del acusado falsamente, situación que puede ocurrir tanto en un tribunal judicial (en el que por lo menos pueden existir garantías procesales) como en situaciones extralegales (en las cuales la prueba no importa, y la rotulación equivale a un prejuicio).

4) *Conducta transgresora y no percibida como desviada*: Es la llamada desviación secreta, que según Becker tiene una dimensión mucho mayor que la que se acepta. Se trata de personas que violan reglas, pero nadie lo sabe o todos actúan como si no lo supieran. Como dice Becker, uno no se encuentra todos los días con fetichistas sadomasoquistas, pero éstos, si se observa la amplia actividad del comercio semisecreto vinculado con las perversiones sexuales, deben ser muchos más de lo que cabe presumir externamente. Se las arreglan para que nadie conozca su "infracción" o cuentan con la secreta tolerancia de sus allegados. Es también el caso de muchos homosexuales y consumidores de drogas.

Puede cuestionarse aquí que Becker limite el rótulo de "desviado" al rotulado como tal, y considere al otro "infractor". Si bien es una cuestión terminológica (y de libertad estipulativa) le quita valor al acto infractor a partir del dato de la rotulación o la reacción de los otros. Parece que la comisión del delito o la desviación no tuviera importancia ni relevancia respecto de lo que ocurre después. Lo que es sin duda correcto es que al rotular a alguien como *homosexual, drogadicto, ladrón, estafador,* etc., se permite y facilita que el rotulado asuma la posición que se le atribuye, como una profecía de autocumplimiento, ya que la rotulación equivale a sindicar a alguien como habitualmente realizador de esas acciones, y del que cabe esperar que se comporte en esa forma y en otras formas negativas o denigrantes asociadas; si es un estafador, es mentiroso, sospechoso, posiblemente ladrón; si es homosexual, no es confiable, corrupto, etc. El desprecio o la sospecha que genera produce una modificación en la personalidad, formada interactivamente. Además libera al rotulado de las ataduras con la "sociedad normal" puesto que, des-

cubierto, ha cambiado su identidad pública. Ahora que todos saben lo que es, no vale la pena disimular, ni hay esfuerzo válido para el retorno. Ha cruzado la línea de la normalidad, y esto es público: se lo empuja en ese sentido y se le cierran las puertas de la sociedad honorable.

Desde luego que aquí se hace excesivo hincapié en la aceptación de la rotulación; el rotulado puede rechazar esta identidad y afirmar una "normal"; pero si alguien es sorprendido públicamente en un hecho ilícito o inmoral puede sufrir alteraciones su identidad personal y llegar a considerarse un desviado para siempre: será un loco, drogadicto, ladrón, sin posibilidad alguna; y si llegara a regenerarse será un ex loco, ex drogadicto, ex presidiario, etc., de personalidad dudosa y de bajo crédito. ¿Cuántos le dan trabajo a un ex delincuente común o a alguien que estuvo internado por perturbaciones psíquicas?

*b) Crítica del modelo simultáneo.*

Becker critica los modelos explicativos de conducta desviada por ser de tipo *simultáneo*: así, por ejemplo, determinar si el delincuente juvenil puede ser explicado por el cociente actual de inteligencia, el área actual en la cual el niño vive, la presencia de un hogar destruido. Se presume por error que todos los factores actúan *simultáneamente*: análisis multivariable. El modelo necesario, por el contrario, es *secuencial*. Los patrones de conducta se desarrollan en una secuencia ordenada; *cada etapa requiere una explicación, y ésta es una parte de la explicación de la conducta resultante.*

La variable que predispone a una persona a dar el paso correspondiente a una etapa puede no actuar porque la persona no ha llegado aún a la etapa anterior, a partir de la cual es posible dar ese paso. Así, una de las variables que puede dar lugar al consumo de drogas pertenece al área de la personalidad. Pero una vez dada esta circunstancia hay que estar en condiciones de experimentar (participación en grupos). Las personas alienadas que no tienen acceso a las drogas no pueden experimentar con las mismas, y no pueden transformarse en consumidores. Hay una carrera hacia la desviación. La carrera nos muestra las variables que en el tiempo producen una creciente desviación (éxito "desviado") o aquellas que luego de acercarse han "fracasado" en el delito y se han acercado a formas convencionales de vida.

El primer paso en la carrera es la comisión de lo que llama un *acto no conformista*, es decir, que quebranta algún conjunto de reglas en particular. El nombre parece elegido como para hacer olvidar la gravedad a la que puede llegar el hecho. Este acto puede ser deliberado, por ejemplo, en caso de ignorancia de existencia de la regla. Esto ocurre cuando personas profundamente inmer-

sas en subculturas religiosas o étnicas ignoran en principio que no todos actúan del modo que su propio grupo lo hace. Es necesario reconocer que Becker exagera este supuesto respecto del más común de la actividad deliberada. Puede haber, según él, "áreas estructuradas de ignorancia de ciertas reglas en particular" (1971: 34).

En lo que hace a la desviación intencional, deberíamos preguntarnos no sólo por qué las personas cometen delitos, sino por qué los impulsos desviados de muchos no se concretan en acciones. En el autor prevalece la idea de "compromiso", a través del cual una persona se va haciendo cada vez más dependiente de las instituciones y de las conductas convencionales, porque a ello la llevan sus intereses (por ejemplo, laborales). La persona "normal", cuando descubre un impulso desviado consigue controlarlo pensando en las múltiples consecuencias que tendría para él actuar de ese modo. Ha invertido mucho en el mantenimiento de su normalidad.

En el estudio de la "inconformidad deliberada" hay que preguntarse por qué una persona evita los compromisos convencionales. Puede ser porque en su crecimiento no haya logrado establecer alianzas con la sociedad convencional; no tiene reputación que mantener o elementos valiosos que conservar, dependientes de ella. Becker acepta que la conducta desviada se aprende, por participación en una subcultura organizada, alrededor de una actividad desviada en particular. Pero uno de los momentos más cruciales en el desarrollo de un patrón estable de conducta desviada será la experiencia de ser descubierto y calificado públicamente como desviado. Y el que una persona llegue a este punto no depende tanto de lo que hace, sino de lo que hacen los demás.

En el "descubrimiento" hay dos casos especiales: 1) Que el individuo se autorrotule y castigue como criminal. 2) Que busque ese castigo cometiendo el acto desviado de un modo que necesariamente sea descubierto. El cambio más importante, luego del descubrimiento y rotulación, es la drástica modificación de la identidad pública del individuo. Se le otorga un nuevo *status*: se ha revelado como una persona que posee una posición distinta de la que tenía: ahora es un asesino, ladrón, drogadicto, borracho o loco.

Para su teoría de la rotulación, Becker toma dos clasificaciones:

1) *Status principal y auxiliar*. Toda posición social está definida por un rasgo fundamental que permite definir quiénes pertenecen o no al mismo (médico, el título; negro, el color). Pero hay otros auxiliares (médico, clase media alta, blanco). Hay *status* bien considerados y deseables, que exceden lo formal y que son requisitos para la plena admisión en la clase (por ejem-

plo, en una cultura blanca y "viril", no lo tiene la médica, *mujer* y *negra*).

En la conducta delictiva puede ocurrir lo mismo: definido por un acto criminal, puede atribuírsele toda la categoría de *status* auxiliares indeseables: si fue condenado, puede cometer cualquier otra violación a la ley. La policía suele trabajar sobre estas premisas, según Becker.

2) *Status principal y subordinado.* Los primeros son los prioritarios. Por ejemplo, a un negro, el ser médico, de clase media, o de sexo femenino, no lo protege de ser tratado a partir de su *status* principal de negro en una sociedad racista. El *status* criminal tiene esta característica: es prioritario, y a él se subordinan todos.

La calificación de una persona como criminal tiene el carácter de una profecía de autocumplimiento. Pone en marcha mecanismos para que la persona se ajuste a la imagen que los demás tienen de ella:

1) *El aislamiento de grupos convencionales,* aunque la desviación por sí misma no hubiera dado lugar a ella. El conocimiento de la desviación, y la rotulación consiguiente, lo produce. Es el caso del homosexual que es marginado en la oficina, aunque su trabajo no sea afectado por su carácter. La adicción es otro caso, respecto de la esfera laboral. A la fuerza resulta desviado en áreas que no tenía intención de quebrantar. Así, perdido su trabajo por esas causas, puede derivar hacia trabajos no convencionales donde ese carácter desviado no tenga importancia.

2) *El desviado descubierto es marginado* y tratado represivamente, lo que produce el aumento de la desviación. Esto es un factor más derivado de la reacción pública que del acto desviado (1971: 42). El hecho es que el trato dado a los desviados les niega los medios de continuar con las rutinas de la vida cotidiana, que son accesibles a la mayoría de la gente. Debido a esta negación, el desviado debe necesariamente desarrollar rutinas ilegítimas. La influencia de la reacción pública puede ser directa como en los casos vistos antes, o indirecta, consecuencia del carácter integrado de la sociedad en la que vive el desviado: las actividades sociales están relacionadas y son congruentes: ciertos tipos de trabajos presuponen ciertos tipos de vida familiar, por ejemplo.

c) *La exigencia en el cumplimiento de las reglas.*

Para Becker no todas las reglas se imponen siempre. En muchos casos, los hurtos en las empresas son remuneraciones encubiertas, toleradas. Los grupos en pugna —patrones y empleados— encuentran mutuas ventajas en ignorar las infracciones.

La iniciativa, nacida de intereses personales, armada con el recurso de la publicidad y condicionada por el carácter de la organización, resulta la variable clave en la imposición de reglas (1971: 119). Cuando en una misma organización hay dos grupos *de poder en competencia, la imposición sólo se producirá cuando* fracasen los sistemas de compromiso de esa relación. Si hay muchos grupos en competencia, el resultado es variable y depende del poder relativo de cada grupo y de su acceso a los medios de publicidad.

Generalizando un caso en particular, Becker sostiene que las reglas son producto de la iniciativa de alguna persona o grupo, y llama a las personas que exhiben esa iniciativa *instigadores de la moral.* Los creadores de la regla son los "cruzados reformadores"; las reglas existentes no los satisfacen y deben corregirse, sostienen. La ética utilizada es absoluta: las cosas son totalmente mala o buenas. Los llama "cruzados" porque su misión es "sagrada" para ellos: son los que quieren suprimir el vicio, la obscenidad, la actividad sexual ilícita, el juego, la droga. Cuentan con el auxilio en materia de psicopatologías sexuales, de los psiquiatras, como consultores; en otros casos suelen ser abogados.

Algunos cruzados tienen éxito en su misión y generan, al crear una nueva regla, un grupo nuevo de marginales: algunos encuentran afición a la tarea y buscan nuevos problemas para atacar. Otros fracasan en el intento y mantienen una organización que los transforma a ellos mismos en marginales, al seguir predicando una doctrina que suena cada vez más extraña a medida que pasa el tiempo. Esto sucede con algunos extremistas políticos, morales o religiosos.

La cruzada se institucionaliza cuando se forman organismos para hacer cumplir las reglas creadas. El destinatario final es la organización policial. Pero la policía no está interesada en el contenido de la regla, sino en la imposición de la misma; tiene una función objetiva e impersonal, y puede castigar lo que ayer permitía, lo mismo que permitir lo que antes castigaba.

El que impone las reglas dedica parte de su trabajo a lograr que se lo respete en su función. Este "imponer respeto" a las personas a las que trata hace que uno pueda ser catalogado como desviado no por haber quebrantado una norma, sino por falta de respeto al que la impone. El que aplica las normas tiene, según Becker, una amplia discrecionalidad, porque no posee recursos suficientes para enfrentarse a todas las infracciones que conoce; esto lo lleva a transar. Ya que no puede realizar todo el trabajo, establece prioridades. Actúa como un profesional, careciendo del fervor moral del creador o del moralista. El "arreglo" forma parte de esta elección: es parte de la decisión de rotular como desviado o no hacerlo.

El arreglo a que pueden llegar los delincuentes profesionales, por acceso a los medios, contactos e información, es mucho mayor del que lograrían los aficionados. Por lo tanto, éstos tienen mayores posibilidades de ser atrapados y rotulados que los otros. La propia situación y experiencia de trabajo crea en la policía una evaluación de las normas que puede diferir de la del público o de la de los creadores de normas. Así, los fumadores de marihuana pueden ser tratados con mayor indiferencia porque no ocasionan delitos para obtener el producto, como otros adictos. Los policías crean nuevos marginales selectivamente, según Becker. Lo que pretende demostrar el autor a partir de esta argumentación es que la catalogación de una conducta como desviada depende de factores ajenos a la conducta real. En concreto:

1) Que el policía sienta que en ese momento deba hacer una exhibición de cómo cumple su trabajo para justificar su cargo.

2) De la actitud del desviado para con el policía.

3) De un "arreglo" puesto en marcha.

4) De que el tipo de acto denunciado esté en las prioridades del que impone las reglas.

Debería puntualizarse que la autonomía policial para rotular o para crear nuevos delincuentes depende de los distintos países, y, en éstos, de momentos políticos. La policía puede actuar como toda burocracia, filtrando las normas que aplica, seleccionando las denuncias, ya que con recursos limitados no puede atender a todos los delitos por igual. Pero este caso común no significa necesariamente que con autonomía decida "crear" un nuevo delito, rotulando o creando selectivamente marginales. El primer caso es similar al de los tribunales que no atienden de la misma manera el grave delito que la infracción menor. El segundo puede llegar a su máxima expresión en un estado policial, en el cual la seguridad forma parte de la estructura misma del poder, y la creación de marginales surge paralelamente a las necesidades de defender un poder carente de legitimidad, sea por la fuerza o por el terror. Que ambos supuestos puedan coexistir no significa que deban identificarse las situaciones que los originan. Tampoco puede identificarse, sin más, "Estado autoritario" con "Estado capitalista", como hicieron los críticos en general, observando exclusivamente lo que deseaban del panorama político de su tiempo.

Becker señala, como conclusión de su trabajo, que es curioso que los investigadores se ocupen de los que quebrantan las reglas y no de los que las crean y las aplican, pues hay dos partes en esta interacción y no puede marginarse a una de ellas. La comprensión debe llegar por el equilibrio entre dos focos de investigación posibles. La desviación, entonces, es un proceso de interacción entre personas, algunas de las cuales, en servicio de sus propios intereses, crean e imponen reglas que afectan a otros, que,

a su vez, en servicio de sus propios intereses, cometen actos que son calificados como desviados (1971: 131).

Plantea también la falta de investigaciones y el hecho cierto de que cualquier investigador de la conducta desviada, en trabajos de campo, se convierte en cómplice de los desviados, aunque sólo sea por la no denuncia. Y estos trabajos de campo son necesarios porque la población de la cárcel es una muestra poco firme de la realidad: chapuceros y no profesionales, puesto que los otros no son pobladores habituales. Este problema hace que en el planteo de una investigación, para Becker, sólo quepan dos puntos de vista: o se expone la actitud de los desviados (a riesgo de parecer una justificación de su punto de vista) o de los que crean e imponen las reglas (que es otra visión unilateral). La solución que propone es que la conducta desviada, para el investigador, no debería ser considerada algo depravado, sino como un tipo de conducta desaprobada por unos y valorada por otros, y estudiar los procesos por los cuales cualquiera de ambas perspectivas, o ambas, se construyen y se mantienen.

*d) Críticas a la teoría de la rotulación.*

El tema más importante, ya anticipado, es que para Becker y sus seguidores toda infracción es creada al crear la regla. Esta idea la comparten algunos críticos más radicalizados. Por ejemplo, Bustos Ramírez sostiene: "Se trata, en el fondo, de legitimar un totalitarismo del consenso o bien un totalitarismo de la mayoría. En segundo lugar, y con ello revelamos el punto crítico básico, se da la imagen de que el proceso de norma social y su contrapartida de desviación tiene un carácter neutral y abstracto. Con ello, en realidad, se encubre el hecho de que la desviación surge mediante un proceso de asignación que tiene su origen en los aparatos de control, y en tal sentido, de modo primordial en el aparato estatal en tanto que órgano de control máximo. Cuando el Estado determina el catálogo de bienes jurídicos, está al mismo tiempo fijando las conductas desviadas (criminales); luego lo que interesa dilucidar en primer término, desde un punto de vista criminológico, no es la conducta desviada, sino el proceso de surgimiento de los objetos de protección" (en Bergalli y otros, 1983: 21).

Sin perjuicio de ulteriores desarrollos, aclaremos desde ahora que esta coincidencia general no significa que los interaccionistas y los teóricos del conflicto acepten pacíficamente los mismos puntos de vista. Una de las críticas que éstos hacen a los autores como Becker es que el interaccionismo se mantiene exclusivamente en el plano del estudio concreto de los procesos interactivos, hace un análisis microsocial, sin ponerlo en relación con el sistema en su totalidad y elude así un planteo político concreto.

Parece claro que existe un ajuste de su teoría a algunos supuestos de desviación y criminalidad que puedan ser variables en cortos períodos de tiempo o muy discutibles en el mismo momento y sociedad, por diferentes grupos (homosexualidad y otras prácticas sexuales desviadas y drogadicción, ejemplos preferidos de Becker), pero no a otras normas que no aparecen directamente "creadas" por un grupo en concreto, y sobre las cuales el consenso mayoritario parece más claro (delitos sexuales, homicidios y lesiones, secuestro extorsivo, etc.). Por supuesto que el consenso es cuestión de grados y no una homogeneidad como la presupuesta por los funcionalistas; hasta para la violación y el homicidio de niños habrá subculturas que las defiendan (como algunas sectas mágicas), y el secuestro extorsivo será considerado, por la práctica política violenta, como un "legítimo recurso de expropiación y recaudación de fondos para la causa". Sin embargo, desde el punto de vista numérico, estos grupos poco representan y su notoriedad sólo deriva del extravío y rechazo total de las normas que aceptan no sólo sus enemigos políticos, sino buena parte de la sociedad.

Becker se ha puesto en el punto de vista del "infractor", como una de las visiones posibles, estimando que la otra es la de los "que crean las reglas", con lo que produce una división de la sociedad entre reprimidos y represores que, una vez más, parecen no contar con apoyo alguno de la sociedad o de la cultura, hasta negar a ésta cualquier dimensión unificadora de criterios. Creo que para ver lo artificioso de este punto de vista basta con pensar que no puede existir ninguna sociedad o cultura que no comparta algunos acuerdos básicos sobre la conducta debida y sobre lo que debe ser reprimido: no hay sociedad sin control social, ni la ha habido. Formal o informalmente, hay reglas que se hacen cumplir. Es, si se quiere, una definición de poder, pero el poder es una variable de todo sistema social y no cabe pensar tampoco en su ausencia, aunque sí de la variación de su base de legitimidad. La legitimidad del poder significa aceptación; esta aceptación no es sólo por pasividad, y así suele ocurrir en los casos previstos por muchas normas del código penal. Si un delito grave no se reprimiera, podría existir un movimiento popular (con la irracionalidad previsible) para buscar, encontrar y castigar (o inventar) al autor. Se ha visto en muchas oportunidades como para negarlo. No hay duda de que la homosexualidad es una conducta que hoy se puede reprimir y mañana no y que "droga" es un concepto tan amplio que puede abarcar desde la prohibición del alcohol (o del cigarrillo) hasta la prohibición de la heroína; pero lo delictivo y lo desviado no se limitan a estos aspectos. Otros parecen estar basados en acuerdos más duraderos.

Becker parte, como muchos otros críticos, de una idea de George Mead (expuesta en un ensayo sobre la psicología de la

justicia penal en 1918), en el que sostuvo: "Las dos actitudes, la del control del delito mediante los procedimientos hostiles de la ley y la del control mediante la comprensión de las condiciones sociales y psicológicas, no pueden combinarse. Comprender es perdonar y el procedimiento social parece negar la misma responsabilidad que la ley consagra. Por otro lado, la pena impuesta por la justicia inevitablemente provoca la actitud hostil del delincuente y hace que sea prácticamente imposible toda comprensión mutua" (cit. por Taylor y otros, 1973:161). La idea de Becker (y también de Lemert) es que la actitud punitiva no sólo no logra reprimir el delito sino que además asegura la existencia de una clase delictiva; ésta genera como reacción una actitud intransigente y hostil, y por lo tanto, al igual que Mead, piensa que produce más delitos.

La pregunta es entonces qué alternativa queda frente a la "infracción". La aceptación lineal de este punto de vista lleva a la desincriminación, lo que es expresamente admitido por los críticos, y de hecho, a la indefensión social. ¿Qué se hace frente al infractor? Por otra parte, desincriminados todos los infractores del sistema social, éste se transforma en otro; ¿qué ocurre con los infractores al nuevo orden social?

Si analizamos estas ideas desde una teoría de los sistemas, observamos que existe un excesivo énfasis en las *consecuencias* de la acción jurídica (rotulación) y no en los elementos normativos antecedentes a la acción; se trata, como es claro, de un punto de vista que sólo toma el *output* de los efectos, con total descuido del *input* normativo (Luhmann), que se orienta hacia el futuro con descuido del pasado. Puede considerarse así el primer eslabón de las teorías que, como reacción al excesivo dogmatismo del derecho penal y la criminología clásica, se ponen en el punto de vista opuesto, negando todo valor a la norma, si no es para producir consecuencias desfavorables en el rotulado.

El avance teórico del enfoque de la reacción social es, como bien sostienen Taylor y sus colaboradores, su capacidad para desmitificar los enfoques estructurales más burdos, que perdían de vista la importancia del control social como variable independiente en la creación de la conducta desviada. Pero lleva a un idealismo relativista que sostiene que sin rótulos, no habría conducta desviada, idea sólo cierta en un sentido lato y por demás improbable: en una sociedad sin reglas nadie es rotulado, y no hay desviación, porque todo se acepta (1973:162). Pero, ¿qué sociedad es ésta? La idea según la cual no es el acto sino la reacción lo que define el desvío, es cierta sólo en un sentido elemental; desde luego que la enfermera que inyecta una droga por orden médica, en los límites de la ciencia respectiva, o el soldado que tira a matar, dentro del cuadro normativo de la guerra o de la defensa, no delinquen, pero sí lo hace una persona que inyecta a otra para

lograr su narcodependencia o la mata para obtener la paga prometida. Ahora bien, dentro del cuadro normativo aceptable para la mayoría, ¿no son estos dos últimos actos desviados? Es la idea de contexto social la que falta en la teoría, y esta es una perspectiva insoslayable. No tratamos el caso en que una regla se extienda a supuestos no contemplados antes (como ocurrió con la marihuana o el ácido lisérgico), pensamos en casos mucho más graves como la violación (que afecta la regla de la libertad individual y sexual), la corrupción de menores (que afecta la libertad y la moral sexual media de la mayoría de las sociedades occidentales) o el secuestro extorsivo. Dentro de esas sociedades es válida la defensa de la norma y el poder para obligar su cumplimiento. Sostener que el violador no está dispuesto a aceptar la regla de libertad sexual de la sociedad es irrelevante para la cultura predominante, ya que es claro que la mayoría de las personas aceptan estas reglas y están dispuestas a sancionar su incumplimiento.

Como sostienen Taylor y sus colaboradores, "si es verdad que determinados significados sociales son solamente aceptables dentro de ciertos contextos sociales, entonces los significados sociales de los actos y la decisión de cometerlos no son tan variables ni arbitrarios como piensan muchos de estos teóricos" (1973: 163). Es acertado acudir a la idea de acción social, que tiene un marco de referencia con *significados* para todos los actores, y un sentido subjetivo, tal como señalaba Max Weber. Si Becker cree que hasta que no exista rotulación no hay desviación, sólo se puede referir a una "acción física", nunca a una acción social, pues los desviados, como todos los actores sociales, actúan en un marco normativo que da sentido a sus actos y que no se inventa y reinventa cada vez que alguien comete una infracción u otra persona lo rotula. Sólo oponiendo acción física y acción social puede sostener esta teoría de que no hay acción desviada hasta el señalamiento por los otros.

Becker parte de la base de una variación permanente en los marcos de significación (tales como para hacer de algunos "infractores" sólo personas que de modo ignorante cometen "actos no conformistas"). ¿Cuántos asesinos, violadores y estafadores ignoran lo que están haciendo? Y si ignoraran la dimensión de su acto, ¿serían por eso mismo ajenos a un sistema punitivo moderno (que excluye como inimputables a los que no tienen conciencia de sus actos)? Taylor y sus colaboradores concluyen acertadamente en que nadie actúa en un mundo libre de significados, y con excepción de las conductas nuevas (que pueden ser posteriormente incriminadas), la mayoría de la gente sabe cuáles son actos desviados y cuáles no lo son, sean los "infractores", sean los "rotuladores". También los fumadores de marihuana, que adoptan su conducta como normal en los grupos en que la practican, conocen la dimensión que su acto tiene para la mayoría

de la sociedad y por eso lo ocultan. De allí que la *desviación* sea una *cualidad del acto* y *no de la rotulación*, y la teoría de Becker adolezca de considerar al infractor como un ser pasivo, que no sabe lo que hace, o lo hace por hedonismo, y sobre el cual cae implacablemente la rotulación, que define su acción como desviada. El desviado (o el infractor de Becker) toma decisiones y muchas veces viola deliberadamente los códigos morales y legales.

Estas críticas a las graves deficiencias de la teoría no quitan valor a la distinción básica según la cual una cosa es cometer el acto y otra ser señalado como delincuente, y los efectos que el señalamiento pueden tener (evitables o inevitables) para el delincuente. Tampoco cuestiona los criterios de selección policial (que existen en muchos casos) y los de selección judicial, o los criterios políticos que permiten eludir la sanción de muchos delitos graves en momentos y lugares variados. Pero del "delito político" nos ocupamos más adelante, no obstante que mucho de lo dicho le es aplicable.

Debemos señalar por último, respecto de su cuadro de infracciones, que el desviado secreto es una categoría que no tendría lugar en la propia teoría de Becker. Si nadie lo señala —y la rotulación hace a la desviación—, ¿cómo podría existir? Si no es descubierto, para ser coherente con la teoría, no es desviado y no hay por qué ocuparse de él.

La hipótesis de Becker (y de algunos que han extremado más aún su punto de vista) lleva a un supuesto social en el cual no existen normas: éstas se disuelven en contextos parciales, de modo que ninguna puede reclamar vigencia total, ni en nombre de ninguna de ellas puede reprimirse la conducta que se le opone. Esta visión de anarquía normativa y lógica de la impredictibilidad parece tan extrasociológica como el realismo jurídico que sólo ve acciones erráticas y no normas de conducta por las que se guían los actores sociales, y tan ajena a lo que se observa como la posición del otro extremo del espectro: la vida social como una configuración de variables matemáticas, de ajuste casi perfecto (por no decir perfecto), con la que soñaron Descartes y Leibniz, que formuló en su sistema social Parsons y que se observa en la posición de los dogmáticos creadores de un orden jurídico en el que ven supuestos teoremas o estructuras lógicas formales. Ni la ley es palabra hueca que nadie cree o cumple, ni representa consensos unánimes absolutos; sin embargo, rige conductas, y muchas personas (si no todas ellas) se encuentran comprometida en hacer respetar una parte de ellas.

*e) Goffman y el "estigma".*

En la misma línea de Howard Becker puede referirse la obra de E. Goffman, que extiende los efectos del señalamiento en la

conducta posterior del "marcado" a ámbitos ajenos al comportamiento delictivo, pero no al "desviado", si se entiende por éste no sólo la infracción voluntaria a una norma, sino la violación, incluso, involuntaria a ella. En la vida social el medio cultural establece "categorías de personas" y entre ellas existen algunas que por distintos motivos tienen descrédito; en algunos casos éste puede ser adquirido; en otros, adscripto.

Estigma es un *atributo profundamente desacreditador,* pero entendido no como un elemento deshonroso en sí mismo, sino en la relación de interacción con ciertas categorías de personas (Goffman, 1970 a:13).

Estos estigmas pueden ser de tres tipos:

1) Los físicos, que incluyen todo tipo de deformidades o carencias que otorgan al que las posee un *status* diferencial, en general manifiestamente inferior al de las personas "normales".

2) Los de *carácter,* llamados así porque hacen a diversas fallas de personalidad, tales como falta de voluntad, "pasiones antinaturales", deshonestidad, tipos de creencias ajenas al medio cultural; surgen de estereotipos creados tanto a partir de su trato como por las estigmatizaciones oficiales (informes sobre reclusiones, perturbaciones mentales, alcoholismo, drogadicción, homosexualidad, intentos de suicidio, extremismo político) y señalan a determinadas personas en el medio social.

3) Los *tribales,* que aluden a orígenes nacionales, étnicos o religiosos susceptibles según el mito de ser transmitidos por "herencia" y "contaminar" a todos los miembros del grupo: pueden abarcar al "extranjero", por el solo hecho de serlo, como al negro en la comunidad blanca o al judío entre católicos o protestantes, o al "infiel" entre musulmanes.

En todos los casos el atributo estigmatizante pasa a primer plano de modo que los restantes rasgos de la persona se anulan, resultando definido exclusivamente por el estigma. Como se ve, tiene en común con la teoría de Becker el "señalamiento" como definitorio de la inserción social futura de estigmatizado, pero aquí se extiende el supuesto del condenado o procesado a muchos otros casos que pueden tener similar efecto en la vida posterior del estigmatizado, a veces con mucho mayor energía, ante la imposibilidad de disimularlo. "Creemos, por definición, que la persona que tiene un estigma no es totalmente humana. Valiéndonos de este supuesto practicamos diversos tipos de discriminación, mediante la cual reducimos en la práctica, aunque a menudo sin pensarlo, sus posibilidades de vida" (1970 a:15). El individuo estigmatizado se define a sí mismo como igual a cualquier otro ser humano, mientras que, al mismo tiempo, es definido por él mismo y por quienes lo rodean como un individuo marginal.

El lenguaje cotidiano refleja el grave descrédito del estigma cuando se utiliza como insulto, con términos que originalmente eran descripciones de enfermedades o categorías: *idiota, imbé-*

*cil, ciego, paralítico,* etc. Del mismo modo que al delincuente se le atribuye todo tipo de elementos indeseables en su personalidad, al estigmatizado se le adjudican muchos otros rasgos indeseables [1], aparentemente positivos, pero no deseados por el interesado, que sólo querría ser tratado como una persona normal. Es el caso del "sexto sentido" de los ciegos, o algunos rasgos sobrenaturales que atribuían a los epilépticos en la antigüedad. Pero no debe perderse de vista que también existe un "estigma de clase", que se hace pagar cuando alguien asciende por encima de lo que una sociedad prejuiciosa considera adecuado a la posición inicial de la persona. El ostracismo impuesto al advenedizo en algunos medios presuntamente encumbrados es parte del mismo fenómeno.

El estigmatizado puede no sentirse tal, de acuerdo con el respaldo cultural de su propio grupo; pero algunos miembros de grupos o subculturas alcanzadas pueden adoptar el criterio de "normalidad" del estigmatizante, en cuyo caso tratan de adoptar o acercarse a la imagen normal prescripta por el medio social predominante: cirugías plásticas, curas de adelgazamiento, aclarar el color de la piel, psicoterapia para el homosexual, así como las antiguas conversiones religiosas motivadas por la persecución, etc.

También se puede intentar corregir la condición de estigmatizado dedicando enormes esfuerzos para desarrollar un área en general vedada al defectuoso (lisiado deportista, pintor sin manos, ciego escalador o esquiador), aunque en estos casos en medios muy reactivos puede terminar siendo un estigmatizado que ha desarrollado un área vedada. Por último, el defecto puede utilizarse como justificativo de todo fracaso social, de modo que protege al que lo posee de toda responsabilidad. En estos casos, cuando por alguna causa el estigma cesa, se sustituye o convierte el elemento protector en otro (ansiedad, histeria, hipocondría).

Goffman, a través de su estudio de la marginación impuesta (que realiza también en *Internados* (1970 b), valioso desde muchos puntos de vista, incurre en la unificación de dos tipos de marginación que no pueden asociarse sin incurrir en una confusión. Es cierto que tanto el rechazado por color de la piel, el que presenta un defecto físico y el delincuente, son señalados y definidos a través de ese rasgo principal; también lo es que tales definiciones son normativas y que aparecen como "prejuicios". Pero resulta necesaria la distinción entre el que ha violado deliberadamente un código y el que presenta un rasgo que viola el código objetivo de pureza de raza, religión "debida" o perfec-

[1] El "Informe sobre ciegos" de Ernesto Sábato es un magistral ejemplo literario de la estigmatización, llevada al extremo de la paranoia en el personaje de Fernando Vidal. Ver *Sobre héroes y tumbas,* Cap. III.

ción física. Sólo puede compararse en la similitud de efectos, pero no en las causas, las penosas cartas de "la niña sin nariz" y "la hija del condenado" (Goffman, 1970 a:9), con el sentenciado que pretende ser tratado con prescindencia de sus antecedentes penales. Si bien toda discriminación es injusta, debe aceptarse que los dos primeros no han hecho nada por merecerla (y por lo tanto se trata de un *status adscripto*) y el tercero ha realizado acciones que lo llevan a esa situación (*status adquirido*). Salvo, desde luego, que se considere a todo delincuente como un producto social involuntario y que el tipo de delito cometido carece de importancia frente a las causas sociales que llevaron a delinquir, lo que es, a la luz de lo que hemos visto hasta ahora, excesivamente generalizador y simplificante si del "delito" se trata y no de tipos penales concretos.

El estigma adscripto es equiparable en los casos de enfermedad mental, defecto físico, homosexualidad o robo de quien no tiene inserción en el mercado laboral, si se quiere (y aun aceptando que frente a esta contingencia no todos optan por robar). Pero no parecen casos similares los que idean estafas o delitos financieros para lograr rápidamente un alto nivel de vida; los que lucran con el consumo de productos masivos o medicamentos en estado defectuoso; los que mantienen estructuras fabriles contaminantes a través de sobornos oficiales, o los que violan o matan a una mujer (o a sus familiares) porque no aceptan un rechazo amoroso. He tomado algunos tipos de delito para que pueda verse una vez más que "delito" es una palabra excesivamente generalizante, que carece por lo tanto de todo valor en cuanto a la pretendida unificación de causas o consecuencias. El descuidista o arrebatador tiene muy poco en común con el que estafa a decenas de miles de ahorristas en un fraude bancario. Decir que ambos son "delincuentes" y que por ellos la estigmatización los unifica, es decir muy poco. En suma, las simplificaciones pueden equiparar casos muy diversos, algunos de los cuales convierten en marginal a un inocente y otros pretenden justificar actos punibles que de este modo carecerían de sanción. Sin perjuicio de ello, la obra de Goffman se refiere principalmente a casos no delictivos, o que se consideran variablemente en este carácter (homosexualidad, prostitución, drogadicción), aunque no realiza precisión alguna al considerar estigma de carácter al derivado de "reclusiones" que pueden ser producto de "deshonestidad"; aquí cabe todo tipo de internación por condena penal. La falta de distinción entre lo adscripto y lo adquirido puede tener, y de hecho tiene, consecuencias teóricas equiparadoras no justificadas.

*f) La idea de "desviación primaria y secundaria" (Lemert).*

Según este autor [2], en el estudio de la desviación hay dos tipos de problema de investigación; uno es la *desviación primaria,* que permite discernir cómo se origina el comportamiento desviado; el otro es la *desviación secundaria,* que nos dice cómo se atribuyen simbólicamente actos desviados a las personas y cuáles son las consecuencias de la atribución. Lemert supone que la desviación primaria surge en una gran variedad de contextos sociales, culturales y psicológicos y que, en el mejor de los casos, tiene sólo repercusiones marginales para la estructura psíquica de la persona; no produce una reorganización simbólica en el nivel de las actitudes respecto de uno mismo y de los roles sociales. Por el contrario, la desviación secundaria es comportamiento desviado, o roles que se basan en él, que se convierte en medios de defensa, ataque o adaptación ante los problemas manifiestos y ocultos creados por la reacción de la sociedad frente a la desviación primaria.

Lemert se centra en la desviación secundaria; las causas originales de la desviación retroceden y dejan lugar a las reacciones de desdén, reprobación y rotulación de la sociedad (cit. por Taylor, 1977:167 y 168). La rotulación puede tener como efecto una afirmación de la personalidad rotulada, en el mismo sentido del estigma impuesto. En 1968, la acusación a los estudiantes franceses de estar bajo la influencia del "judío alemán" Cohn Bendit hizo que la bandera siguiente de aquéllos haya sido "todos somos judíos alemanes". Sin embargo, en este caso no se vivía como estigma tal situación. En nuestra vida política hemos tenido ejemplos similares de rotulación que fueron asumidos como nombre por los presuntamente rotulados. En otros casos obedece a la radicalización de ciertos grupos (homosexuales masculinos o femeninos, narcotraficantes como los "extraditables" colombianos).

Lo que se sostiene en esta teoría, injustificadamente, es que el desviado secundario acepta su desviación por motivos diversos a los de su acción original, y que esta aceptación se debe a la rotulación. Resulta entonces, al igual que en Becker, que es el control social el que impone la desviación, y que el delincuente se defiende de la rotulación afirmando su personalidad desviada. Todo parece no sólo difícil de probar sino injustificado; la desviación inicial queda de lado como problema (al igual que en Becker) y también se margina, como señala Taylor, el supuesto muy común en que exista una carrera hacia el delito sin rotulación alguna que medie entre el acto inicial y los que lo siguen. La insistencia en minimizar el acto inicial de desviación

[2] Las ideas de este autor están expresadas principalmente en *Patología social* (1951), y en *Desviación humana, problemas sociales y control social* (1967, 1971).

lleva a estas teorías a conclusiones absurdas, que hemos señalado al criticar a Becker. El comportamiento desviado se origina y se puede desarrollar linealmente aunque no existan fuertes reacciones de la sociedad que pongan al infractor inicial a la defensiva, no obstante que éste tenga muchas posibilidades de volver a la conducta no infractora (no desviada, no delictiva). Si el rótulo puede crear comportamiento, no es cierto que cree *todo* el comportamiento del infractor. Muchas personas eligen delinquir y eligen seguir delinquiendo; debe aceptarse que el desviado es, en la mayoría de los casos, un ser racional que evalúa como cualquier otra persona y que tiene a su disposición el conocimiento del repertorio normativo de la sociedad.

En suma, en esta versión, al igual que en la de Becker, las causas de la desviación inicial aparecen ocultas; el interés que animaba a teóricos funcionales como Sutherland, Cohen y Merton, es, simplemente, dejado de lado. La sociedad y la cultura siguen siendo causas de la desviación pero de un modo indirecto: ahora no ya por inducir al delincuente a realizar su acto desviado, sino porque, careciendo de importancia el porqué ha cometido la primera desviación, la sociedad y la cultura tienen la culpa de señalarlo, y así mantenerlo en la conducta delictiva con la que hace carrera o afirma su personalidad.

Para concluir, señalemos que todas las versiones de la rotulación han cambiado el foco de atención y observado puntos importantes que asocian la desviación con el prejuicio social. Pero como hipótesis resulta insuficiente para pretender una explicación de toda desviación, y menos aún para centrar en el control social o en la reacción toda la conducta posterior del delincuente. La asociación de estos casos a los de "infractores adscriptos" agrega confusión al panorama, del que resultan consecuencias que tienden más a justificar al desviado en su conducta que a explicar los fundamentos de los infractores y de los agentes de control social en la defensa de normas involucradas en cada caso. Esta tendencia se refuerza en la teoría que mencionamos a continuación.

## 11. La teoría de los valores subterráneos y la crítica a las subculturas (Sykes y Matza).

Estos autores[3] han criticado la idea de confrontar las culturas generales con las subculturas delictivas, y afirman que no hay diferencia entre valores delictivos y los valores de la socie-

[3] Las obras de *Matza* que interesa señalar son *Delinquency and Drift* (1964) y *Becoming deviant* (1969), y en colaboración con Sykes, *Delincuencia juvenil y valores subterráneos*, artículo publicado en 1961.

dad en general; esto se demuestra, a su juicio, porque los delincuentes sienten vergüenza de sus actos, lo que significa que poseen los valores sociales de toda la comunidad. Por eso necesitan acudir a *técnicas de neutralización* a partir de las cuales se justifican y tratan de justificar socialmente su accionar. Consideran que para atenerse a una observación rigurosa hay que convenir que no existe contraposición entre los valores desviados o subterráneos y los de la sociedad en general. Esta perspectiva *naturalista* que pretende observar los fenómenos tal como son se opondría a una perspectiva *correccional* (descripta para corregirlos o erradicarlos).

Así parece resultar que la única versión aceptable de los hechos es la que dan los desviados mismos de su conducta, y surge una primera y fundamental discrepancia con la hipótesis que formulan. Las creencias de los implicados en un sistema (en este caso, la interacción desviada) pueden ser falsas respecto de la realidad. En todo caso, frente a la dificultad de examinar "la realidad", su punto de vista es uno de los posibles, y si bien es erróneo marginarlo (como pudo hacerse desde una perspectiva correccional), tampoco es adecuado tomarlo como exclusivo. Según sugiere I. Taylor, si un hombre de clase media baja cree que sus dificultades económicas son ocasionadas por el sionismo internacional que controla la economía, y se adscribe a un grupo fascista dedicado a atentar contra judíos, tiene un punto de vista sobre su realidad y sobre la posible solución de sus problemas; pero ignorancia manifiesta respecto de la situación en la que se halla, condicionada por la difusión de creencias falsas sobre la estructura social. No se puede impedir, en el análisis de su conducta, que se evalúen estas circunstancias así como la posible paranoia que lo afecta.

Sykes y Matza también creen, como muchos teóricos críticos, que comprender la acción criminal es incompatible con pretender la reducción del delito o condenar a los desviados. La meta de condenar la desviación, o defender la existencia de ciertas normas, resultaría incompatible con la perspectiva comprensiva. y debe ser tildada de "correccional", palabra que asusta a los críticos. Se ve una vez más la imposible separación, para todos los partidarios de esta tendencia sociológica, entre descripción y explicación, por un lado, y justificación, por el otro, aquí en una nueva versión. Toda explicación sería "comprensión", pero no en sentido weberiano (para quien la comprensión endopática, el ponerse "en lugar de" no equivalía a justificación ética), sino en la discutible posición teórica según la cual entender el punto de vista del delincuente es "comprender humanamente" su situación, y en consecuencia deriva en desincriminarlo. La descripción y explicación de las conductas no guarda relación con lo que políticamente pueda decidirse sobre qué hacer con los ejemplos analizados u otros similares. En todo caso, la descripción y expli-

cación se extiende a la reacción de la sociedad, y también se "comprende" a ésta, como se puede comprender el intento de los críticos de mejorar la situación de los "desfavorecidos" o "disidentes".

Claro está que, si asumimos el punto de vista ético que pretenden estos autores, la comprensión del fenómeno, en algunos casos, estará lejos de la benevolente consideración del delincuente perseguido por la sociedad y la policía, que es impulsado hacia el delito por las desigualdades sociales. Tomo las llamadas *Técnicas de neutralización* con las cuales el delincuente o el desviado pretende justificar su acción, y que en la descripción de Matza corresponden a una sistematización de hechos verificables. Éstas son:

*a*) *La negación de la responsabilidad.* Es lo que Goffman trata como justificación del fracaso social, a partir del estigma, de modo que se protege de toda culpa y sanción. "Estoy enfermo" (*y por eso se me permitirá todo*); "*soy un hijo abandonado*", "con mi defecto físico todos me rechazan"; "no me enseñaron a trabajar"[4].

*b*) *La negación del perjuicio.* "Tienen mucho dinero, y por lo tanto el robo no los afecta, ya que ellos son ricos y yo pobre". En este caso la riqueza justifica la "expropiación" porque resulta injusto que alguien tenga tanto, a la luz de quien va a robarlo.

*c*) *La negación de la víctima.* El "no lastimamos a nadie" puede justificar, para el ladrón de bancos, su "trabajo limpio", a pesar del asalto. Pero también puede revestir la fórmula de "ya sabían lo que les esperaba", por la cual la víctima ya sabe que es tal cuando comienza la acción delictiva, por ejemplo, en el caso del secuestro extorsivo.

*d*) *La condenación de los que condenan.* Esta técnica reviste la fórmula de rotular a los que rotulan para evitar el propio rótulo. "Todos roban, y por lo tanto yo no soy culpable". "Todos se drogan" (equiparando estimulantes de cualquier tipo). Podría revestir la fórmula de "a mí me persiguieron por robar monedas, mientras que otros roban millones", en la cual la justificación surge por el menor valor de lo robado.

[4] Rescato como ejemplo de este tipo el diálogo entre Lucio V. Mansilla y el cacique Mariano Rosas, que aquél recuerda en *Una excursión a los indios ranqueles*. Cuando discuten el tratado de paz que lleva el representante oficial, tiene lugar el siguiente coloquio:

"*Mansilla*: Ud. me pregunta con qué derecho acopiamos la tierra? Yo les pregunto a Uds. ¿con qué derecho nos invaden para acopiar ganados?

"No es lo mismo, me interrumpieron varios; nosotros no sabemos trabajar; nadie nos ha enseñado a hacerlo como a los cristianos, somos pobres, tenemos que ir a malón para vivir..." (Ed. La Cultura Popular, Bs. As., 1928, p. 360).

*e*) *La lealtad al superior o a una causa.* "No lo hice en mi beneficio" o "cumplí órdenes", son suficientemente conocidas en los totalitarismos como para merecer una descripción mayor. Nótese que el criterio de *lealtad* como justificación de la actividad delictiva abarca no sólo la obediencia a normas rígidas militares, sino también a la solidaridad grupal en otros casos (por ejemplo, el rescate violento de un compañero detenido, de acuerdo con la fórmula: "no podíamos abandonar al compañero") o algunas formas de delincuencia política (secuestro extorsivo para obtener recursos con los cuales financiar la subversión).

Esta identificación de técnicas realizada por Sykes y Matza, que no es exhaustiva, tiene la ventaja de señalar algunos puntos en los cuales la comprensión y la justificación (o los aspectos correccionales) no son compatibles. Comprender los argumentos por los cuales algunos tipos de delincuentes se defienden, parece muy lejano de tener que justificarlos éticamente. Por otro lado, los autores también reconocen la posible existencia de algunos delincuentes que se encuentran tan aislados del medio incriminante que ni siquiera necesiten acudir a una de esas técnicas. Es el ejemplo de quien se encuentra imbuido de una actitud mesiánica ("salvador de la patria" o "redentor revolucionario"), que no siente que deba justificar su accionar delictivo frente a nadie (en cuyo caso, la racionalidad respecto de los valores que sustenta convierte todo curso de acción que permita cumplirlos en legítimo), pero también comprende al que tiene tal desprecio por la sociedad y por los valores generalmente aceptados que ni siquiera se molesta en justificarse frente a ella.

A partir de la existencia predominante de técnicas de neutralización, Sykes y Matza concluyen que no existen culturas y subculturas delictivas, sino que todos comparten en la sociedad los mismos puntos de vista, aunque algunos traducen sus creencias en acciones y otros no lo hacen. El hecho de que "varios de los valores presuntamente delictivos son muy parecidos a los encarnados en las actividades de esparcimiento de la actividad dominante", les parece suficiente para tan grave conclusión. En la cita que hacen de la obra, Taylor y sus colaboradores dicen: "El delincuente puede no ser un extraño dentro del cuerpo de la sociedad, sino que puede representar un reflejo o caricatura perturbadora de ella. Su vocabulario es diferente, sin duda, pero las excitaciones, el gastar mucho y el prestigio tienen equivalentes inmediatos en el sistema valorativo de quienes respetan la ley. El delincuente ha elegido y destacado una parte de los valores subterráneos que coexisten con otros valores públicamente aceptados que tienen mejor reputación" (1977: 195).

En suma, la motivación no es anormal; procede directamente de la moral tradicional. En realidad, Matza asume el enfoque de la crítica a la sociedad que pueden sostener los delincuentes

y desviados. Las técnicas de neutralización hacen viable el delito desde el punto de vista moral.

Obviamos aquí otras ideas de Matza (como la de "deriva", por la cual muchos jóvenes que ingresan en el delito se encuentran durante un tiempo a la deriva entre el comportamiento delictivo y tradicional), para señalar que al dar otra vuelta de tuerca a la teoría crítica, se encuentra en un concepto de cultura tan funcional que ni Parsons lo hubiera imaginado: ya que no hay subculturas, y todos participan de los mismos valores, llega a decir algo que los funcionalistas modernos no sostienen: la sociedad está de tal modo integrada que no hay lugar para normas de disenso. Todos los teóricos estudiados anteriormente dejaban un espacio para la divergencia de conductas; a partir de Sutherland, en un ámbito cultural propio. Aquí se niega. Por lo demás, como hipótesis, aparece con escasa posibilidad de confirmación; si podía discutirse que existiera algo como la cultura en sentido parsoniano, frente a la diversidad de normas y valores que existen en las sociedades modernas, menos aún puede aceptarse que todas estas manifestaciones culturales sean en el fondo expresiones de un único modo de sentir y de pensar. Muy pocas personas probablemente justificarían las actividades delictivas acudiendo a las técnicas previamente reseñadas; a pocas personas adaptadas a la sociedad les bastaría con creer en algunas de ellas para correr a cometer delitos (por ejemplo, robar porque "el seguro paga").

Aquí se dice que todos somos potenciales delincuentes, pero que sólo algunos actúan en ese sentido porque tienen un sistema de técnicas y motivos, y buenas formas de neutralizar la culpa. Que esto lleva a la delincuencia o desviación, en concreto, a algunas personas, no quiere decir que todos sean delincuentes o desviados reprimidos, al estilo del hombre bestial encadenado por la sociedad para que evite expresar sus verdaderas pasiones (idea que se expresa en algunos autores, desde Hobbes a Freud). Habrá quien no sienta la necesidad de matar, robar, extorsionar o violar, y que no comparta en absoluto normas con quienes prefieren hacerlo.

Por último, tampoco es cierto que todas las declaraciones de los delincuentes sean "neutralizaciones morales"; muchas de ellas son afirmaciones de la validez del acto delictivo, o de la conciencia que es la conducta debida. El caso más claro es el delito con fundamento político; difícilmente sienten estas personas vergüenza por lo actuado o acuden a técnicas para justificarse (como la ya mencionada de "no lo hice en mi beneficio"). Antes bien, suelen amenazar con realizar acciones mayores, o represalias en caso de ser condenados.

Puede agregarse un último argumento en contra de este punto de vista: la neutralización de un sistema de valores en virtud

de las técnicas que permiten violarlo llega de otro sistema de normas que es contrario al "oficial". Siempre existirán dos sistemas (por lo menos) de normas que puedan ser cumplidos: el de valores oficiales (o superficiales) y su negación (el de valores subterráneos, en la terminología de Matza); es absurdo sostener que toda la población muestra cínicamente un sistema de valores que jamás cumpliría y en el que, en todo caso, no cree. Si esto ocurriera (cuestión de hecho), probablemente la sociedad derivaría en conjunto hacia un sistema distinto de normas: si las normas desviadas se tornan debidas, otras nuevas aparecerán como desviadas. Tal unificación no es tan siquiera sostenible como hipótesis. Cuando se pierde el consenso sobre la necesidad de una norma penal, ésta deja de aplicarse y se deroga; si muy pocos creen en ella (es imposible decir "nadie") caerá en el olvido; no convertirá a todos en delincuentes, sino que los infractores no serán considerados como tales. Hay ejemplos históricos en nuestro país (la sanción penal del adulterio o del duelo), y varios actuales (el libramiento de cheques sin fondos, penado mínimamente, la incontrolable evasión fiscal). Sostener esto respecto del todo el código penal es falso; cuando ocurra con relación a todos los tipos penales actuales (si fuera posible), se estará frente a otra sociedad, a otra cultura, y a un nuevo sistema de normas represivas que sancionará las conductas indeseadas en esa diversa estructura de poder.

## 12. La crítica marxista. El paradigma de Taylor, Walton y Young.

Estos autores marxistas no han caído en el cómodo expediente discriminatorio que pretendía borrar, en las décadas del setenta y del ochenta, todas las teorías descriptas por ser "burguesas", y aun dentro del marco elegido proponen un estudio amplio de la delincuencia, si bien aferrado a la idea de que los orígenes de toda conducta desviada se encuentran en las desigualdades más amplias de poder y autoridad, lo que es poner un postulado al comienzo de sus análisis. No obstante, hemos visto *supra* algunas críticas que ellos mismos formulan a las manifestaciones más extremas de otros criminólogos críticos.

El paradigma o modelo que ofrecen para el análisis de la conducta desviada debe, a su juicio, intentar la explicación de los siguientes elementos y conectarlos entre sí:

*a) Los orígenes mediatos del acto desviado.*

Se trata de poder situar el acto en el marco de sus orígenes estructurales más amplios. Aquí proponen que los temas que tra-

dicionalmente ha estudiado la criminología (zonas ecológicas, posición subcultural, distribución de oportunidades para delinquir), se estudien dentro de un contexto social general de las desigualdades de poder, riqueza y autoridad en la sociedad industrial desarrollada (1977: 286). Claro está que sobre esto que llaman la *"economía política del delito"* podrán analizar algunos de ellos, pero no todos. Mas no existe teoría que a la hora de definir su propia posición resista la posibilidad de dar una respuesta omnicomprensiva. Tampoco parece interesar la explicación del delito en las sociedades que no sean industriales o desarrolladas. En el mismo contexto trata de ubicar la exclusión de la interacción normal que puede producir efectos delictivos, pero esto se limita al "carácter esquizofrénico de la familia nuclear burguesa". Nuevamente, no parecen preocupar aquí otras causas de la interacción propias de las familias no nucleares burguesas, así como se atribuye genéricamente ese carácter a toda familia "burguesa", lo que resulta una generalización trivializante.

Expresado con más precisión, Bustos Ramírez sostiene que, para los criminólogos marxistas, "el problema esencial reside en las relaciones de poder que se dan entre capital y trabajo, esto es, las posibilidades que se presentan dentro de esas relaciones para ejercer el poder o ser excluido de él. Se trata de un análisis eminentemente político y no sólo del simple enfrentamiento entre individuo y sociedad" (Bergalli y otros, 1983: 21).

*b) Los orígenes inmediatos del acto desviado.*

Como no todos los hombres experimentan ni se adaptan de igual manera a las limitaciones que impone la sociedad, deben explicarse los diferentes modos de adaptación a la "cultura dominante", que les permiten a algunos precipitarse en el acto desviado. Pero aquí, y cabe coincidir con la decisión, no se trata de limitarse a la reacción o rotulación, sino en pensar que los hombres también eligen voluntariamente el camino de la desviación, y que esta elección debe ser estudiada en una *psicología social del delito* (1977: 287).

*c) El acto en sí mismo.*

Debe estudiar la relación entre las creencias y la acción, entre la solución elegida para un problema y cómo se ha llevado a cabo. Un adolescente de clase baja, frustrado por la imposibilidad de inserción social, puede optar entre el hedonismo y la autodestrucción (consumo de alcohol, drogas, actividad sexual promiscua) o el vandalismo (con lo cual devuelve el golpe a la sociedad). El estudio de la dinámica del acto estudia los modos de canalización

de la conducta desviada, que en el momento de concretarse en acciones puede tener cursos diversos por las limitaciones que encuentra en el medio social (éxito o fracaso en cada área delictiva o en todas ellas).

*d) Consecuencias inmediatas de la reacción social.*

La conducta desviada, una vez manifestada, produce reacciones en los demás. El estudio de estas reacciones puede permitir la comprensión del curso de acción futura del desviado, infractor o delincuente. ¿Cómo actúa la familia? Es evidente que de acuerdo con sus recursos sociales, culturales y educacionales, actuará de un modo favorable a la recuperación social, o de otro que empuje más hacia el delito. El adolescente observado como desviado puede ser enviado a un psicólogo, a un psiquiatra, a la policía o a un instituto —como represión—, o castigado físicamente por su padre. Puede ser enviado a un colegio duro, simplemente expulsado de la familia o, por el contrario, ocultado o apañado. Este importante punto hace a *la psicología social de la reacción social,* y pone en su lugar a las teorías de la rotulación que hemos visto antes (extensivas en el ejemplo al delincuente adulto y su círculo inmediato de interacción), ya que ha dejado suficiente espacio teórico para las variables indicadas en *a, b* y *c.*

*e) Orígenes mediatos de la reacción social.*

Este tema pretende estudiar a los que instigan la reacción contra el desviado. Se trata, en todos los casos, de sociologías políticas implícitas en el Estado. Se refiere al importante aspecto de qué leyes penales son sancionadas o abolidas, cuáles cumplidas o de evasión permitida, la acción concreta de la policía, jueces y autoridades políticas respecto de categorías de delincuentes y sus causas. Es una dimensión política que para estos autores es general (y justifica una "economía" política de la reacción social), pero que excede el campo tradicional de la política y entra en el cultural. La reacción social se halla muchas veces condicionada por prejuicios o por puntos de vista firmemente sostenidos por la cultura predominante, que sólo por medio de una extensión indebida pueden llamarse cuestiones políticas. Debe aclararse, desde luego, que la política para esta escuela es una dimensión omnipresente, pero esto se logra a expensas de desdibujar la sociología general y la criminal en sociología política.

*f) La influencia de la reacción social sobre la conducta ulterior del desviado.*

Este punto hace a la adaptación del desviado a la reacción que su desviación inicial produjo. Explica qué hace el desviado

frente la estigmatización y exclusión de que es objeto. El desviado tiene siempre cierto grado de conciencia acerca de las posibles reacciones contra él, y que sus decisiones ulteriores se originan en esa conciencia inicial (1977: 292). Para estos autores, con razón, el desviado "ingenuo", si existe, es una minoría; la acción desviada es originalmente consciente; y tiene alguna idea de qué puede ocurrir si es descubierto, y también de qué haría el propio desviado en ese caso.

## 13. Crítica a la posición de Taylor, Walton y Young.

El enfoque de estos autores pretende ser totalizador y separar aspectos que son negados por otras teorías, o supuestos, o mezclados. El abordaje teórico es valioso. Pero es discutible sostener que "una criminología que no esté normativamente consagrada a la abolición de las desigualdades en materia de bienes y de posibilidades vitales, caerá inevitablemente en correccionalismo. Y todo correccionalismo está indisolublemente ligado a la identificación de la desviación con la patología. Una teoría plenamente social de la desviación debe apartarse por completo del correccionalismo... porque, como se ha tratado de demostrar en este libro, las causas del delito están irremediablemente relacionadas con la forma que revisten los ordenamientos sociales de la época. El delito es siempre ese comportamiento que se considera problemático en el marco de esos ordenamientos sociales; para que el delito sea abolido, entonces, esos mismos ordenamientos deben ser objeto de un cambio social fundamental" (1977: 297 y 298).

En el mismo sentido puede citarse a Richard Quinney: "Las contradicciones del capitalismo avanzado —el divorcio entre existencia y esencia— requieren que las clases subordinadas permanezcan oprimidas, por cualesquiera medios necesarios, especialmente por la coerción y la violencia del sistema jurídico. Únicamente con el derrumbe de la sociedad capitalista y la creación de una nueva sociedad, basada en principios socialistas, habrá una solución para el problema del crimen" (en Taylor y otros, 1981: 252). O al anteriormente citado Ian Taylor en otra de sus obras: "La teoría radical no puede conformarse con la descripción del régimen social existente, dirigida al establecimiento de un nuevo consenso radical dentro de una intelectualidad radical. Debe desarrollar metodología para la puesta en práctica de las sociedades que su propia crítica requiere; pues como lo expresa David Harvey, 'una teoría revolucionaria... logrará aceptación únicamente si la índole de las relaciones sociales construidas en la teoría se realiza en el mundo real' " (1981:45).

También son pertinentes las opiniones de Herman y de Julia Schwendinger referidas en el capítulo anterior. Porque, como sos-

tiene Baratta: "Si el derecho penal es un instrumento tan importante de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad, de conservación de la escala social vertical y de las relaciones de subordinación y explotación del hombre por el hombre, no debemos entonces vacilar en enunciar el modelo de la sociedad socialista como el modelo de una sociedad que puede prescindir cada vez más del derecho penal y de la cárcel" (1986: 220).

No es objeto de este trabajo indicar cuál debe ser la misión de la criminología; nos hemos limitado a sostener que la sociología criminal, que no coincide con ella, puede tener otros objetivos. Aun partiendo de esta diferencia, es una posición muy particular dentro de la criminología sostener que su objeto es abolir las desigualdades en materia de bienes o "contribuir a la legitimación de un orden social más justo" (según la cita de Bergalli antes realizada), coadyuvando a la destrucción del capitalismo y sus ideologías penales. Esto es propio de una tendencia política que ofrece a sus seguidores un futuro mundo de igualdad social y económico, y que, posible o imposible, es ajena a la ciencia tal como la entendemos.

Taylor y sus colaboradores, al igual que la mayoría de los críticos, menosprecian la descripción y explicación de los fenómenos sociales con vista a su predicción, campo propio de la ciencia, en favor de la postura de combatir por todos los medios a la sociedad capitalista. Parten del supuesto de la superioridad ética del socialismo respecto del capitalismo, al estilo de Willem Bonger, por el presunto fomento del altruismo que este sistema comportaría frente al egoísmo capitalista. Es evidente que no se trata de dos formas de encarar el mismo problema, sino de dos actividades intelectuales distintas: una se limita a explicar y predecir en la medida de lo posible el curso de los hechos; la otra pretende contribuir a la destrucción de una realidad ya descalificada éticamente.

En lo que atañe a la "crítica al correccionalismo", parte de un supuesto sociológico correcto, pero lleva a consecuencias tan utópicas como las del positivismo que critica. Todo delito está indisolublemente ligado con los ordenamientos legales (y culturales) de la época; esto es obvio. Por lo tanto, dicen, para que el delito sea abolido, esos ordenamientos deben ser objeto de un cambio fundamental; si de *delitos* se trata, también es claro, y ya lo explicó Durkheim. En lo que concierne al *delito,* el tema es otro: los tipos penales dependen de los sistemas sociales, económicos y políticos, pero el delito como desviación de una norma jurídica parece insusceptible de ser *abolido,* porque dada la norma, se da la infracción a la norma (cultural e históricamente). Se desprende entonces que la posición "correccionalista" propia del positivismo es tan ajena a la sociología criminal, al buscar el ajuste a la sociedad de los delincuentes, como lo es la postura crítica que pretende abolir el capitalismo para terminar con *el* código penal.

Podría contribuir a la abolición de *este* código penal, y lo reemplazará por otro, total o parcialmente. No existe otra alternativa. La sociología no busca ni la abolición del delito (al estilo de Ferri) ni la abolición del código penal capitalista (al estilo de los críticos, que parecían creer que abolido el capitalismo, no existiría código penal alguno). Sin embargo, el modelo de Taylor y sus colaboradores tiene el valioso dato de incorporar las preguntas y marcos teóricos de muchas escuelas criminológicas, no obstante el objetivo final de los autores.

La discrepancia se encuentra entonces con el objetivo de la explicación que se propone la sociología y que, desde luego, tiene fuertes influencias en los tipos de preguntas que se formulan: la explicación como fundamento para predecir el curso de la acción represiva de una sociedad, en los términos relativos y falsificables de las ciencias aceptadas. Se propone averiguar cuáles delitos carecen de sanción real, cuáles podrán ser abolidos, cuáles parecen institucionalizarse como nuevas figuras penales, contra quiénes se ejecutan las sanciones, y los criterios de justicia relativa inspiradores de esas tendencias. Pero para esta versión de la ciencia social que compartimos, un sistema que carezca de represión por carecer de normas penales de cualquier tipo puede pensarse, pero no imaginarse en funcionamiento, salvo por una revolución de todo lo que conocemos en materia de convivencia social (experiencias socialistas incluidas).

Los críticos atacaban la posición descriptiva de la sociología científica aquí sostenida tildándola de conservadora. El carácter conservador de la descripción consistiría en que al caracterizar mejor y más detalladamente el orden social vigente, esos contenidos "son transmitidos a organizaciones poderosas y a políticos, para su empleo como información o argumentos en la organización del control social..." (Taylor y otros, 1981: 41). Es decir, era conservadora no porque fuera inexacta en cuanto información, sino porque, al producirla, "servía al enemigo". Entonces, la información no conservadora no es la más objetiva, sino la que sirve a las causas amigas, revolucionarias o proletarias. La caracterización es caprichosa: toda información sirve a todos, y también la información de la sociología crítica pudo haber servido al "enemigo" mucho más que las descripciones "conservadoras": identificados los fundamentos de sus teorías que explicaban acabadamente muchas conductas de los revolucionarios e ideólogos críticos, podían justificar la represión reaccionaria más que cualquier descripción conservadora. Es evidente, una vez más, que el compromiso político no es buen consejero científico.

En tren de descalificar, puede sostenerse que las posiciones conservadoras (que serían todas las "científicas") sostienen que el crimen es patrimonio de las clases bajas, asociándolas falsamente a las superadas ideas que niegan el delito de los estratos dominantes o que afirman que si las estadísticas carcelarias re-

flejan mayor incidencia de los estratos bajos, es porque en éstos se cometen más delitos que en los superiores. Es simplemente falso. No hay ninguna incompatibilidad entre una posición descriptiva y científica y sostener, de acuerdo con lo observable, que mayor perjuicio patrimonial a la sociedad lo producen las grandes estafas, los delitos contra la salud pública y los daños ecológicos, que los pequeños robos; puede ser que los dirigentes y máximos responsables de una comunidad sean los mayores criminales: si esto ocurre, ocultarlo es tan "político" en la defensa del sistema establecido como lo es suponer que el paraíso socialista desincriminador seguiría al colapso de la propiedad privada. Que algunos sociólogos conservadores hayan hecho lo primero, no dice nada acerca de la actividad científica descriptiva. Simplemente, es una descripción falsa y comprometida con el sistema. Sostener que el pobre es ladrón y que el dirigente de empresa es un santo varón por decreto sociológico es tan sectario como pretender que cualquier delincuente es un disidente político y que, por lo tanto, un grupo de hombres que bajo los efectos de drogas comete una violación actúa políticamente, atacando o reaccionando contra el capitalismo.

Por otra parte, sustentar que en la sociedad capitalista grupos de empresarios explotan a millones de personas y no son castigados, no significa que dentro de esas sociedades y en virtud de esa causa un secuestrador o un homicida por promesa remuneratoria deba ser desincriminado. En todo caso, y salvo que la bandera política proponga una alteración de la jerarquía de valores sostenida o se facilite la desincriminación para acelerar el colapso del sistema, debería pensarse en incriminar a los explotadores más que desincriminar a los homicidas. Si se cree que en la sociedad capitalista esto no es posible, porque la definición del contenido del tipo penal se hace bajo la tutela de los explotadores, entonces, en la nueva sociedad serán incriminados no sólo los que violen las normas básicas de la convivencia (como los ejemplos dados), sino también los que intenten explotar a los semejantes (llevado el supuesto al mismo nivel real de incriminación).

Sería valioso que la caída del mundo comunista y de sus postulados indiscutibles no generara una vuelta al capitalismo salvaje con la justificación indiscriminada de todos sus abusos, sino un nuevo modelo que combinara las innegables ventajas de la iniciativa privada con las moderaciones propias del ideario socialista (que fue mal encarnado en las concretas realidades políticas así llamadas). Es posible que en un marco de menor sectarismo, posiciones criminológicas teóricas como las que venimos sosteniendo tengan mayores posibilidades que los extremismos antes mencionados.

En última instancia es aplicable a la mayoría de los críticos criminológicos lo que ya hemos sostenido respecto de la sociología jurídica crítica. Ninguno de ellos quiso observar que la des-

viación, en general y en conjunto, no es sólo producto del sistema capitalista sino que puede originarse en cualquier otro sistema económico y social. Es derivado de todo sistema de normas que fije (por ser tal) sanciones por el incumplimiento de ciertas conductas. Centrados en desigualdades económicas ciertas y concretas y crédulos en la igualdad (o igualación) que conllevaría ínsitamente el socialismo, tendieron a considerar que toda desviación era impuesta por la sociedad a los desposeídos. No han visto más allá de la estrecha dimensión del delito económico y asociaron a éste con un "egoísmo" que también sería producto del capitalismo, a expensas de lo que se observa históricamente en todos los sistemas y lo que surgió de las realizaciones socialistas de este siglo y de su balance final.

Los críticos anunciaron una sociedad sin sanciones y sin delito. Negaron que la idea de sanción fuera necesaria en el concepto de delito. Una afirmación que puede tildarse de curiosa pertenece a los Schwendinger: "Sostener que el delito debe definirse en términos de sanciones, sin embargo, es insistir en que la sanción es absolutamente necesaria para la comprensión, la prevención o el control, del delito. Los estudios sobre sociología del derecho y conducta criminal indican que tal necesidad puede existir en algunos casos, pero nunca se ha demostrado que eso rija como regla general" (en Taylor, 1981:166 y 167). Probablemente aquí se confundan varias cosas: la idea de sanción es seguramente esencial para la definición jurídica de delito (de lo contrario no podría formularse técnicamente); también lo es para constituir el modelo normativo de la sociología jurídica; si esto se ha querido negar, se niega la noción de norma que hemos aceptado a lo largo de este trabajo, y en cuya definición, la sanción es necesaria previsión para el caso de incumplimiento. Puede haberse querido decir también que la "efectividad de la sanción no es requisito para el delito"; en este caso se confunden dos planos, el normativo y el fáctico, ya que es posible que cualquier delito previsto, en la realidad no se sancione, lo que no afecta su noción jurídica, aunque sí afecta la eficacia social de la norma penal. Sin embargo, lo que parecen decir los autores es que hay otros medios para controlar conductas que no son sanciones. Uno de éstos sería la "reestructuración radical de las instituciones sociales", por el cual ellos abogan.

Un análisis de la desviación y de la criminalidad no puede tener por parámetro la utopía socialista de hombres y mujeres "iguales y buenos" que nada codician y que por vivir en una sociedad justa carecen de normas (porque si las tuvieran, necesariamente, algunos serían infractores y desviados). Suponer lo contrario es conjeturar que la historia se detiene, y que todos aceptarán un conjunto de normas por la infinitud de los siglos. En la vida humana es constante que las personas se den normas, que éstas varíen, y que un sector de los seres que deben

ajustar su conducta a ellas se aparten de las prescripciones. En el curso del tiempo varían tanto las definiciones de conducta debida como las infracciones. Nadie puede discutir la posibilidad de que los delitos hoy sancionados como tales, mañana puedan no serlo, y aquí entran también los delitos contra la propiedad que tanto preocupaban a los críticos. Pero esto no autoriza a pensar que no serán reemplazados por otras normas, cuya violación sea considerada grave por las sociedades futuras, incluso tan onerosas y tan absurdas para nosotros (si pudiéramos conocerlas por anticipado) como la ejecución del caballero de La Barre, que comenta Voltaire, pero vividas como necesarias para el mantenimiento de esa sociedad. La opinión de Durkheim no ha sido rebatida en este aspecto. Se rechaza, en síntesis, a la criminología crítica en cuanto renunció al análisis científico y se disolvió en una política de ataque a los tipos penales de las sociedades capitalistas (que, con todo, son más benignos que aquellos que presentaron las sociedades de castas y feudales o las dictaduras proletarias, lo que no significa que no podrían mejorar en todos los sentidos), y se pretenda no dejar ninguna otra alternativa a la criminología y a la sociología.

Pensar que la hipotética supresión del capitalismo necesariamente suprimiría los delitos, al terminar con las desigualdades económicas, es, desde luego, una afirmación no sólo política sino errada. La defensa de los perseguidos de este sistema, si fundara un nuevo tipo social, creará en el futuro nuevos perseguidos, que así serán tanto los que mantengan opiniones iguales a las de los conservadores actuales (que entonces se transformarán en reaccionarios) como los nuevos revolucionarios que no se ajusten al orden vigente en ese futuro, tal como ha ocurrido con cualquier movimiento de cambio radical.

Si lo que interesa es la descripción y la explicación de las conductas que se desvían de normas preestablecidas, este camino no conduce a ese fin. Los críticos atacan las desigualdades de este sistema; no están muy preocupados en la suerte de los desviados del sistema al cual aspiran. En este supuesto, ellos se identificarán con el poder, pero no con la nueva marginalidad, y desde esa perspectiva no difieren de la idea "correccionalista", para la cual toda desviación debe ser suprimida. Pero ya han definido a la sociedad "justa" y los que de ella discrepen son dignos de la mayor condena. El círculo se cierra de esta manera, pero tampoco les interesa: si el objetivo era coadyuvar a la caída de un sistema, este uso de la ciencia también puede ayudar a conseguirlo.

Así aparece el objetivo de gran parte de la criminología crítica y su distancia tanto de la posición correccionalista (que defiende el orden social a ultranza y sostiene que toda desviación debe ser controlada) como de la sociología jurídica, que sólo busca explicar y observar hacia dónde derivan los sistemas norma-

tivos jurídicos, sin suponer como posible lo que no existe en germen en sociedad alguna, ni parece propio de varias de las formas de convivencia humana que se conocen.

Ocurre también que muchos autores críticos tienen en vista sólo un corto número de delitos, y desdibujan la interpretación de su posición en contra de todo el sistema penal, cuando no lo exponen románticamente de esa manera. Escribe Bergalli: "Si la forma Estado pensada es una que se apoya en propuestas autoritarias, no hay duda que la criminología volverá a ser aquella que se traduce como pura expresión del control social; si, por el contrario, el Estado ha de orientarse hacia formas por las cuales la convivencia social sea considerada como aceptación recíproca de grupos que, bien pugnando por proteger sus necesidades e intereses particulares, respeten *el derecho de las mayorías para imponer su hegemonía* y aceptan el libre disentimiento de las minorías, entonces la criminología, conservando la naturaleza política de su objeto de estudio contribuirá a la *legitimación de un orden social más justo*" (subrayado por el autor) (1983:10).

Este estudioso no deja otra opción que una "criminología como arma de la revolución" o una "criminología como arma de la reacción". Entonces puede sostenerse, sin temor a equívocos, que la misma criminología que hoy aparece como arma de la revolución, mañana será arma de la nueva reacción, ya que el sistema establecido resistirá por todos los medios su modificación, al pretenderse que mantenga la "legitimación del orden social más justo". Los problemas básicos serán los mismos, y pasarán de revolucionarios a conservadores, una vez más, en la historia.

La comprensión del delito debe ir más allá de la coyuntura en la que los críticos fincan toda discusión. Y esa comprensión abarca no sólo la sociedad política, sino la sociedad y la cultura como fenómenos humanos. Por lo tanto, la discusión anterior no permite descartar ninguna de las teorías, positivistas, liberales, conservadoras, o asimismo, críticas, con las cuales se ha tratado de entender una realidad tan compleja como el delito, precisamente por constituir éste una definición histórica y no permitir predicado generalizador alguno: ni en las conductas infractoras, ni en sus causas, ni en su definitiva erradicación, utopía en la que coinciden el positivismo y la "nueva criminología".

Nuestra definición de la sociología criminal como ciencia es "a la usanza antigua", según los críticos (Bustos Ramírez, en Bergalli, 1983:25), pero la "usanza moderna" parece ser más apta para crédulos que para observadores. Tratamos de mostrar que la sociología crítica desemboca, si cumple sus objetivos, en una sociología positivista y correccionalista, respecto de los partidarios de la antigua hegemonía, y también de ideas renovadoras. Bien definen los autores señalados su posición como una "profesión de fe criminológica", pues no difiere en su formulación de cualquier otro dogmatismo filosófico o político. El conocimiento,

para ellos, no es más que una cuestión de partidismo; por eso no están dispuestos a relativizar conclusión alguna a la que arriban. Creen en una inexorabilidad de la marcha social, que es tan positivista como pudo serlo en el siglo XIX.

Atrapada entre dos ideologías, el conservatismo capitalista que pretende, a la usanza parsoniana, que toda desviación debe ser "controlada", y el marxismo utópico, que ha estigmatizado al capitalismo como madre de todos los males, y cree fervientemente en la excelencia de todo socialismo, sociedad justa y sin normas, la sociología de la desviación aparece deslucida. ¿Qué podría hacer, sosteniendo la provisionalidad de sus conclusiones, la permanencia de algunas características observadas de la vida social, como la cultura y las normas que en ella se insertan, la relatividad de valores como la justicia, al tiempo y al espacio, frente a las certezas absolutas de los iluminados? Probablemente, una sola cosa: mostrar que las afirmaciones que contradicen lo que se observa pueden sostenerse firmemente y por siglos (como ha ocurrido con muchas filosofías y religiones), pero también, caer estrepitosamente cuando algunas personas, sin tanta pasión pero con el objetivo de "ver" y predecir, no con el de imaginar y profetizar, se acercan más al curso de los acontecimientos que los sacerdotes de todos los tiempos.

Sin embargo, las críticas no vienen sólo de afuera, sino también desde el interior del marxismo. Veamos una posición más realista dentro de este complejo panorama de teorías.

## 14. La crítica marxista a la "nueva criminología". Los límites del idealismo.

Respecto de las polémicas originadas en las tendencias marxistas, puede referirse la sostenida entre Taylor y Walton con Paul Hirst, en la criminología crítica inglesa (Taylor y otros, 1981:255 y ss.). Hirst acusa a los "nuevos criminólogos" de no ser marxistas y de reflejar en sus trabajos mucho más las preocupaciones epistemológicas de las ciencias sociales establecidas, la validez de las predicciones marxistas sobre los cambios de estructura y la "oposición ideológica al marxismo de los anticomunistas profesionales", que la visión de Marx, de Engels y de los marxistas ortodoxos sobre el tema. Para esta óptica, ninguna teoría marxista de la desviación existe ni puede desarrollarse dentro de la línea ortodoxa, ya que el crimen y la desviación se diluyen en los temas teóricos generales y en el objeto científico específico de esa escuela; no son sus campos propios, tal como no lo son la educación, la familia o el deporte. El marxismo es definido por sus propios conceptos (lucha de clases, Estado, ideología, etc.), y la aplicación de ellas al delito es un revisionismo que debería

alterar y tergiversar los fundamentos de esa orientación a fin de aprestarlos a sus propios propósitos premarxistas.

Se basa entonces en los aportes de Marx y de Engels, que, como hemos visto, son muy limitados en materia de delincuencia, y se concretan en comentarios incidentales (algunos irónicos) sobre estos temas. Si nos atenemos a los escritos iniciales, todo desarrollo posterior no es propio de una ortodoxia, sino derivación "revisionista" de los principios. Un punto importante de esta posición es rescatar la idea disvaliosa que Marx y Engels tenían de los criminales, pertenecientes al lumpen proletariado, al que el segundo tilda de "escoria integrada por los elementos desmoralizados de todas las capas sociales y concentrado principalmente en las grandes ciudades... desecho absolutamente venal y de lo más molesto. Cuando los obreros franceses escribían en los muros de las casas durante cada una de las revoluciones: ¡Fusilad a los ladrones! y en efecto fusilaban a más de uno, no lo hacían en un arrebato de entusiasmo por la propiedad, sino plenamente conscientes de que, ante todo, era preciso desembarazarse de esa banda..." (Engels, 1874, Prefacio 26, véase 1970).

La enérgica oposición de Marx y de Engels a las "clases criminales" arranca, según Hirst, de un punto de partida teórico-político perfectamente definido. Aunque Marx y Engels entendían que las condiciones sociales empujaban hacia la delincuencia, y que la mayoría de los pobres se envilecía al ser perseguida por desalojos y reclusiones, con escasa alternativa para no convertirse en ladrones, vagabundos y asaltantes, y como tal sufrir la persecución implacable de la misma clase que produjo su descalabro, entendían que la carrera criminal no era una forma efectiva de rebelión política contra el orden vigente sino una acomodación más o menos reaccionaria al mismo. El delincuente profesional, como cualquiera en el sistema productivo, entra en relaciones necesarias e independientes de su voluntad: el determinismo lo lleva al lumpen proletariado. "El enfoque romántico del crimen, el reconocimiento en el criminal de un rebelde enajenado de la sociedad, es para el marxismo una ideología política peligrosa que conduce inevitablemente a considerar que el lumpen constituye una fuerza revolucionaria". Ellos distinguían entre el delito común y otras formas que eran luchas de clase (sabotaje industrial, destrucción de máquinas, asesinato de terratenientes por los campesinos), que mostraban la reacción inmediata a una situación difícil de trabajo, pero que eran igualmente inapropiadas para transformar las condiciones de producción. La glorificación de semejantes formas estanca el movimiento obrero, no lleva a un nuevo sistema productivo.

Es claro que esta posición extrema en su ortodoxia no es aceptada por los neomarxistas como Taylor y Walton. Contestando la crítica de Hirst, dicen que "no hacía falta mucha ciencia ni imaginación alguna para formular un estudio de la sociedad que

viera en toda oposición, por más lumpen que fuese, algo progresista", aunque ellos no caen en esa posición, que atribuyen a un autor no marxista, como son Becker y sus seguidores, que miran románticamente a todo desviado. Es cierto que Taylor y sus colaboradores han puesto algunas limitaciones a los excesos románticos de los críticos marxistas y neomarxistas, según hemos visto. Pero en su defensa, Taylor sostiene un objetivo de la sociología crítica más limitado: "Sacar a la criminología de su concentración en la 'criminalidad' de los pobres, de la caracterización patológica de la conducta 'desviada' a categorías derivadas de la biología, la psicología y la sociología positivista, y de abolir la *distinción* entre el estudio de la desviación humana y el estudio del funcionamiento de los Estados y las ideologías de las clases dominantes en su conjunto" (Taylor, 1981:289).

La posición de Hirst, dentro del marxismo, parece menos utópica y más realista que la de los críticos, incluso Taylor (aun con lo rescatable que este autor tiene) y otros que hemos mencionado. Critica con razón la identificación de "desviación" con "opresión" que esos autores hacen. El argumento es similar al que se hace desde la sociología jurídica: "Todas las sociedades prescriben ciertas categorías de actos y las castigan. El funcionamiento de la ley o de la costumbre, por mucho que en ciertas sociedades pueda asociarse con la injusticia y la opresión es una condición necesaria de existencia de cualquier formación social. Ya se trate o no de un Estado, ya sea comunista o no, controlará y compelirá de determinadas maneras los actos de sus miembros. La fuerza policial en nuestra propia sociedad no es *únicamente* un instrumento de opresión o de mantenimiento del sistema económico capitalista, sino también un requisito para la existencia civilizada en las actuales relaciones político-económicas. No es posible concebir la falta de control del tránsito, ni la fata de represión del robo y el homicidio, ni tampoco cabe considerar esos controles como exclusivamente opresivos. Si Taylor y Walton no discrepan con este punto de vista, hemos de suponer que escogen con algún cuidado a los 'desviados', cuyas causas respaldan. Presumimos que no pretenden hacernos creer que hacen causa común con los ladrones profesionales y los asesinos cínicos. Sin embargo, no nos ofrecen base teórica alguna sobre la que pueda fundarse esa discriminación" (Hirst, en Taylor y otros, págs. 296 y 297).

La extensión de la cita se justifica en su importancia. Proviene de un autor marxista que se dice ortodoxo. Puede sostenerse lo mismo desde una posición funcionalista, porque, en rigor, es de sentido común y fundada en la observación de todo sistema social. Frente a esto, la idea de Taylor, según la cual Durkheim llegó a la absurda posición de que el delito era necesario en la sociedad, y que para ellos no lo es (colocando la opinión de Marx en sentido coincidente), ya que puede "establecerse teóricamente

la factibilidad de una sociedad sin clases, humana y no criminal" es, sin duda y así planteada, una utopía. Sociedades "sin clases" seguramente habrá, como las hubo sin castas y sin estamentos; otras formas de estratificación las superarán; sociedades *más humanas* no es muy difícil imaginar. Sociedades en donde no exista *crimen,* cualquiera sea el contenido de la desviación, es pensar en una "no cultura" sin normas. Deberán perdonar esos autores que todos los que vivimos en esta sociedad o en cualquier otra, y conocemos alguna versión de la historia, no podamos pensar sociológicamente en un ser humano anormativo, y sin reglas, o, menos aún, en un ser humano superconformista, jamás desviado de cualquier modelo normativo imaginable. Desde que las sociedades comunista o socialista no mostraron nada parecido, no tenemos de dónde tomar el modelo, salvo de la imaginación. Deberá perdonársenos la carencia de un imaginario anormativo a algunos pensadores sociales; llevamos algunas decenas de siglos de normatividad, y de la época anterior no sabemos casi nada (aunque no era mejor). Todo lo que sea pensable en normas justas, equitativas, humanas, etc., sólo pueden estimarse en relación a una cultura o sociedad. Nunca fuera de ellas. Aun en la sociedad más humana, alguien (¿algunos?) será "más" o "menos" "humano", y otro (¿otros?) no estarán dispuestos a tolerarlo.

El argumento siguiente de Baratta es por ello manifiestamente inexacto: "Es la sociedad desigual la que teme y reprime lo diverso, puesto que la represión de lo diverso en todos los sistemas normativos en que ella se da, del derecho a la religión, a la escuela, a la familia es una técnica esencial para la conservación de la desigualdad y del poder alienado. He aquí porque mientras más desigual es una sociedad más pesa la inflación de las definiciones negativas de desviación" (1986:221). Baratta sueña también con la sociedad sin normas. De lo expresado, que puede ser cierto (las sociedades más desiguales son las más represivas), no se deduce que "las sociedades justas" carezcan de represión y de normas. ¿Cómo se mantiene la sociedad "justa"? A través de un sistema normativo que representará la justicia de ese tiempo. ¿Qué pasará con los que no acepten ese criterio de justicia? Serán *diversos,* dice Baratta, porque "en este sentido positivo, desviación quiere decir diversidad". Y qué pasa si el "diverso" quiere establecer sus nuevos puntos de vista y esos puntos de vista "diversos" afectan la idea de "justicia" de la "sociedad justa"? Creo, y lo reitero, que las ideas comentadas tienden a congelar la historia sobre la base de una sociedad sin poder, sin desigualdad (de ningún tipo, ni siquiera la que surge de que algunos decidan por otros, democráticamente). El "máximo de libertad" a la expresión de lo diverso (Baratta, 1986: 221) tiene un límite que los críticos no precisan; el tema está en ese límite y qué pasa si se supera. La sociedad de los "libres productores", en la que los hombres no son disciplinados como

portadores de papeles sino respetados como portadores de capacidades y necesidades positivas" (Baratta, 1986: 221 y 222), es una bella utopía que presume que no habrá papeles ni obligaciones que cumplir (con la carga que ellas irrogan), y que no habrá "necesidades negativas". Además, supone tácitamente un consenso sobre lo que significa distinguir entre una necesidad positiva y otra negativa, consenso que también parte de una definición valorativa y normativa.

## 15. Una explicación sistémica del conflicto entre las teorías de la desviación.

Las últimas páginas se han dedicado a discutir el punto de vista crítico, pero sería incorrecto sostener que se ha partido de la óptica intrasistémica propia de la razón jurídica del sistema de derecho impuesto, si utilizamos la concepción de Arnaud que previamente reseñamos (Cap. IV). Se ha tratado de sostener que no puede haber ningún sistema social que no prevea conductas debidas y desviaciones sancionadas.

Podría entenderse que la posición de los críticos no es la que dicen sostener, y que en realidad, no piensan en una sociedad sin sanciones y sin delitos. Podemos utilizar al efecto la valiosa conceptualización de Arnaud, que invita a buscar la "razón jurídica" de los sistemas de derecho no impuestos, pero con vocación de llegar a ser derecho, si entendemos que tras estas concepciones puede encontrarse una nueva razón jurídica que choca con la sostenida por el ordenamiento jurídico de las sociedades capitalistas.

Recordemos que para Arnaud la desviación puede entenderse como un producto de la antítesis de la razón jurídica del sistema vigente con la de otro sistema. Podemos considerar el conformismo con el sistema vigente de derecho como ajustado a la razón jurídica de ese derecho (filosofía o concepción general de la sociedad que la informa), y a la desviación como conducta contraria a esa razón jurídica; así la defensa de la propiedad privada y la sanción a los que atentan contra ella es producto de la razón jurídica burguesa capitalista. Pero la desviación de ese sistema también puede ser considerada conformidad con un sistema en el cual la razón jurídica es otra; al atribuir Arnaud personalidad sistémica a los conjuntos alternativos de derecho (los que no son derecho impuesto, pero tratan de serlo), el panorama se aclara en un punto: la conformidad a las razones jurídicas alternativas se convierte en desviación respecto del derecho impuesto. En otros términos, si para la razón jurídica del "derecho proletario" la propiedad privada no debe existir, entonces el que atenta contra ella se ajusta a la razón jurídica de ese sistema de alternativa.

Es evidente que muchos autores no expresan la razón jurídica presente en su defensa de la desviación que formulan. Más aún, al plantear un supuesto de sociedad sin sanciones desvían el interés real que tienen en el problema. A ese respecto son esclarecedoras las citas de Taylor, Quinney, Schwendinger y Baratta que hemos hecho en este capítulo: "criminología normativamente consagrada a la abolición de las desigualdades", "únicamente con el derrumbe de la sociedad capitalista y la creación de una nueva sociedad, habrá una solución para el problema del crimen". "La teoría radical... debe desarrollar metodología para la puesta en práctica de las sociedades que su propia crítica requiera", son ideas que muestran claramente que hay otra razón jurídica en la base, y que no se refiere a "toda desviación" o "todo delito" sino a los delitos previstos por el ordenamiento burgués, que se cree superables en otras situaciones sociales posibles.

Es evidente que por antitéticas que sean, estas razones jurídicas de los sistemas alternativos no son irracionales ni ajurídicas, sino simplemente distintas, de modo tal que la desviación, para el sistema alternativo, es conformidad. Esto limita la discusión, al llevarla a un plano superior al intrasistémico. Debe ser analizada la razón jurídica alternativa del sistema propuesto (como parte del imaginario jurídico o de la doctrina jurídica), y aceptada o rechazada. El problema queda así en el campo de lo político, y allí debe ser debatido.

## 16. La criminología en los países socialistas: dos ejemplos.

Para concluir parece necesario observar cuál es el punto de vista sobre la delincuencia que sostienen oficialmente los países que han superado la sociedad de clases, según sus propias afirmaciones, y que han concretado el aspirado socialismo. Asumida la otra "razón jurídica", que así se convirtió en "derecho impuesto", deben aceptar las consecuencias de definir la "conformidad" y la "desviación" dentro de su sistema. Rechazaron, claro está, y durante mucho tiempo, la presencia e incluso la sugerencia de "razones jurídicas alternativas", que aparecieron y luego se fueron desarrollando en el imaginario jurídico, y en el discurso vulgar dentro de los países del Este.

Si lo analizamos desde el propio sistema de derecho socialista, parecen estar muy lejos del idealismo de los críticos antes vistos, y más cerca de la posición realista de un Hirst. Como ejemplo de distintos encuadres teóricos tomaremos la *Criminología socialista* de la cubana Margarita Vieira Hernández, que expone los puntos de vista oficiales en la materia para uso de estudiantes universitarios (1987), obra más cercana a los precedentes dog-

máticos del marxismo, y la obra colectiva *Criminología Soviética* editada por la U.N.I.C.R.I., con aportes teóricos reunidos por el Instituto de Derecho y Estado de la Academia de Ciencias de la URSS, en la que se observan ya los efectos renovadores posteriores a 1988.

Cuba es un modelo útil, pues uno de los más destacados defensores latinoamericanos de la sociología crítica expresa: "Comenzando los años setenta, la cuestión social en América latina se presentaba desgarradora... pero hacía prever tiempos de rebelión y de cambio. En efecto, así se abrieron cauces virulentos, con características propias, como los que mostraron Perú, Chile, Bolivia, Uruguay y Argentina, mientras estaba presente el proceso brasileño... Por encima de todo este panorama se alzaba el modelo cubano señalando a los países hermanos ya un camino pleno de obstáculos, ya la actitud que podía adoptar la capital imperial en caso de seguirse el ejemplo" (Bergalli, 1982: Introducción, VII).

Se parte en primer lugar de que el fenómeno delictivo llegó al socialismo como algo extraño y no consustancial al sistema. La criminalidad disminuye en los países socialistas —se afirma—, pues se han suprimido causas sociales de la delincuencia. No obstante, la criminología socialista plantea su trabajo como "una lucha contra la delincuencia", y desde el punto de vista científico considera su tarea como dependiente en su mayor parte de la sociología y del derecho (1987: 8, 10 y 12). "La concepción socialista acerca de la delincuencia plantea que ésta no se desarrolla como un hecho eterno, sino como un fenómeno negativo (?) que se supera gradualmente en el proceso de construcción del socialismo, en la medida en que aumentan los bienes materiales y se desarrollan la cultura y la educación de las masas" (12 y 13).

La delincuencia es entonces sólo resabio burgués, e incurren en ella los que carecen de cultura, educación y bienes. No habría, en principio, "delincuencia socialista". En las sociedades capitalistas el delito crece en la medida en que se ahonda la crisis del sistema, y establece un clima de impunidad y deterioro moral. Nada de ello ocurre en el socialismo, pero es principalmente porque a partir de la "legalidad socialista en el período de tránsito y en la etapa de construcción del socialismo se hace preciso establecer con rigor los mecanismos necesarios para evitar la aparición de nuevas formas delincuenciales" (1987: 13), esto es, establecer una mayor represión. La actividad primitiva, entonces, terminaría con el delito y las conductas antisociales.

En tanto ciencia (definida como independiente, no obstante las influencias señaladas), la criminología "se relaciona también con el derecho penitenciario, cuando aporta elementos de resocialización del delincuente al establecer los mecanismos necesarios para remodelar hábitos y tradiciones antisociales en los comisores, y coadyuvar a la prevención de la reincidencia elaborando

medidas necesarias para neutralizar tales conductas" (1987: 15). Hasta aquí no se separa en nada de las posiciones correccionalistas oficiales de los países burgueses, incluso de los que derivan de las formas democráticas hacia el "autoritarismo militar". No difiere tampoco del positivismo cuantificador inicial: "La delimitación de la delincuencia, apreciable sólo en el grupo de fenómeno a examinar, las peculiaridades criminológicas de los comisores y el examen general de la influencia de los factores criminógenos sólo es posible mediante la cuantificación y calificación de los grupos delictivos", a partir de la estadística general, la estadística judicial (cuya fiabilidad no se discute), las matemáticas y el estudio y aplicación de las técnicas cibernéticas.

Todavía más: "En la delimitación de los determinantes delictivos adquieren suma importancia las *particularidades morales* del comisor sin lo cual ese estudio criminológico no permitiría *sacar de raíz* los elementos negativos que favorecen la conducta antisocial" (1987: 15 y 16) (subrayados del autor). Es posible que los defensores de los derechos humanos (versión crítica) debieran extender algunas de las afirmaciones que realizan sobre la represión y la libertad en el capitalismo.

A pesar de esas afirmaciones que indican claras dependencias, la autora sostiene que "la criminología no es ninguna de las ciencias conocidas hasta ahora que se presenta como disciplina independiente y compleja" (?). Y agrega que en Cuba, la mayor labor criminológica es desempeñada por los organismos que "evalúan y orientan a menores con desajuste social de la conducta". Si el delito es resabio del capitalismo, los problemas delictivos mayores debieran ser con los ya veteranos de la generación de transición; los jóvenes han nacido en su totalidad luego de casi dos décadas de socialismo. ¿Por qué son los que presentan los mayores problemas?

En síntesis, como dice la autora, "es la propia realidad social la que le impone a la criminología socialista la necesidad de estudiar y desarrollarse" (1987: 19). Es claro que su desarrollo no difiere de las versiones correccionalistas y represoras de un sistema conservador de sus propias estructuras. La criminología socialista parte de su propio sistema normativo y analiza las desviaciones a partir de él. No puede ser de otra manera. Y así se entiende que ataque las formas agudas delictivas, que resultan tan insoportables al socialismo como el delito contra la propiedad lo es para la sociedad burguesa: delincuencia empresarial, racismo y discriminación racial o sexual, que afectan el nuevo sistema normativo (y que, entre paréntesis, también son delitos en el sistema capitalista, cada vez más perseguidos porque cada vez son más sentidos como infractores de normas ajustadas al sentido de justicia de estas sociedades).

Dejo de lado la negación de su propio positivismo que hace la autora, pues es una negación incompatible con los mismos ob-

jetivos y métodos planteados para su ciencia (1987:24 y ss.). Tan positivista es esta criminología que no sólo utiliza los métodos de las investigaciones empíricas de la "sociología burguesa" (formulación de hipótesis, recogidas de datos y verificaciones), sino que, retrocediendo en el tiempo, nos lleva a la idea de Ferri: la disminución, si no la supresión, del delito. "La criminología socialista ofrece un marco adecuado con el resultado de sus investigaciones para lograr una neutralización paulatina de las conductas no acordes con la sociedad socialista, y contribuir eficazmente a instrumentar las medidas generales y especiales encaminadas a liquidar esos vestigios de una sociedad de trabajadores" (1987:27 y 28).

Si esto se hace represivamente, no existe diferencia entre el sistema penal burgués y el de la dictadura proletaria, salvo por la mayor energía represiva de ésta. Por supuesto, siempre puede decirse que en el lejano futuro, cuando ya no exista más contrarrevolución, el sistema será desincriminador, pero sobre las consecuencias de tal estado futuro de cosas ya hemos tratado. Lo único que queda en claro de este análisis es la profusión de dogmas que deben ser aceptados porque hacen a la esencia del socialismo y de la criminología socialista. Así, por ejemplo: "Puede argumentarse que la delincuencia en el socialismo refleja también las contradicciones que se dan en el medio social, pero aunque esa aseveración es cierta, estas contradicciones apuntan hacia el futuro y comportan un análisis diferente. La naturaleza de la sociedad socialista no propende a ampliar el campo de posibilidades para la comisión de los delitos, por vincular cada día más el ejercicio de la democracia socialista a las amplias masas de trabajadores, acercar racionalmente los intereses personales a las condiciones objetivas del desarrollo de la sociedad socialista mediante la superación de las propias contradicciones" (1987:40).

Es inútil pretender otra cosa; no se suministrarán pruebas, y el sistema resultante será tan rígido como lo es la "criminología burguesa" en las versiones "correccionalistas" más conservadoras. Si el esquema normativo es perfecto, el violador de las normas no lo es por causas sociales sino individuales: "Es necesario apuntar que de lo anteriormente planteado no se deriva que en el socialismo se infringen las normas jurídicas porque ellas atentan contra determinados intereses de grupos sociales o están en contradicción con otros. V. N. Kudriatsev valora que lo más importante en la violación de las normas jurídicas se relaciona con los *intereses vitales* del comisor" (1987:41). Estamos a un paso de fincar nuevamente en el delincuente la causa del delito; si la sociedad es perfecta, el desviado será otra vez un asocial. Pero aquí el estudio del delincuente y la "búsqueda de indicadores criminológicos" no tiene por fin la estigmatización o la segregación del delincuente, sino la incorporación "paulatinamente a

la valoración social del trabajo y al honor que se deriva de las *tareas socialmente útiles*" (*1987:66 y 68*).

El delincuente debe ser resocializado; para ello es necesario "valorar teórica y prácticamente las diferencias *sustanciales* entre delincuentes y no delincuentes" (1987:69). Nos acercamos ahora a las subculturas delictivas de Cohen, con su teoría de la delincuencia como fenómeno de jóvenes de clases bajas. Se traen estadísticas para afirmar que la delincuencia predominante es juvenil (16 a 23 años), y que el delincuente cubano presenta un nivel escolar de 2 a 3 veces inferior a la media poblacional. Los "comisores del nivel más bajo lo representan los responsables de delitos contra derechos patrimoniales: robo y hurto"; luego los delitos contra la vida y la integridad. La relación entre bajo nivel educacional y cultural y delito es establecida por numerosos autores en el campo socialista (íd.), librándose una intensa lucha *contra la subculturización. En apoyo se traen* también estadísticas soviéticas, y se afirma que en el perfil del delincuente se halla "una situación familiar muy precaria". Estas conclusiones, similares a las del funcionalismo, están todavía lejos de una teoría como la de Matza y su negación de las subculturas, y a años de los "valores subterráneos". Pareciera que en el socialismo se ha suprimido la ambición por definición, quedando para los "delincuentes" la posibilidad de arribar al modelo de los "no delincuentes" que aparentemente constituyen dos mundos separados por diferencias "sustanciales". Los más educados tienen propensión menor al delito; y los estamentos del poder se encuentran seguramente dentro de esta menor propensión. Si faltara algo del viejo panorama en este nuevo mundo de libertad, puede completarse así: "Es cierto que cada día más la criminología socialista se ocupa de analizar las violaciones de orden delictivo y aquellas otras que le preceden. Por ello, actualmente, la *violación de la disciplina estatal* es también considerada como una variante de *fenómenos antisociales* y de su examen se deriva no solamente remediar el mal sino elaborar con *criterios prácticos y científicos* medidas que impidan su difusión y eviten su conversión en formas más violentas" (1987:41; subrayado del autor). Desde que "no es posible abordar las tareas de la edificación socialista sin el cumplimiento, por los ciudadanos, de las normas obligatorias, es decir, de la eficaz organización y disciplina" (1987:126), se nos informará sobre las "actividades profilácticas" de la Fiscalía, de los tribunales y del Ministerio del Interior.

Se podría seguir, pero no es necesario. Una vez establecido el paraíso, las desviaciones serán más duramente castigadas que en el imperfecto mundo capitalista. Con esto pretendo demostrar que el idealismo a favor de los violadores del orden social capitalista, con todo lo que comporta éticamente respecto de los marginales que son llevados a dichas violaciones por el sistema social, no conduce —si el camino es el socialismo que conocemos— a

una desincriminación y a una "sociedad sin delito". Más bien lleva a criterios positivistas realmente superados, a un correccionalismo a toda prueba, y a considerar a desviados que deben ser redimidos, resocializados o reducidos, con tanto énfasis como dogmáticamente se pueda pretender que se ha constituido, o se está constituyendo, una sociedad superior.

Con mucho menos profesión de fe, algunos sociólogos criminalistas (que no son precisamente los críticos marxistas) analizan las influencias que el sistema tiene sobre la desviación, y la evolución de la normativa punitiva. La acusación de que esta actitud "sirve al régimen capitalista" parece pueril frente al servilismo sin ocultamientos de la "criminología socialista", al servicio directo del Estado y de la represión. Todo se disuelve, entonces, en este campo, en la creencia política sobre la injusticia intrínseca del capitalismo, y la justicia intrínseca del socialismo. Rechazados estos postulados, cae el pensamiento crítico, que no se propone más que la destrucción del sistema represivo capitalista para instaurar otro sistema que, lejos de ser "sin crímenes", es, por lo menos, tan represivo como el otro. En el mejor de los casos, parecen proponer un cambio de amo, ninguna libertad.

## 17. La criminología soviética hacia 1990.

Dentro del marco de la apertura en que se embarcó el gobierno de Gorbachov y que condujo rápidamente a la pérdida del control y a la disolución de la Unión Soviética, tal como era conocida desde Stalin, se propuso la reforma de la legislación penal como parte de los cambios económicos y sociales. Se definió a las funciones de la ley penal como de protección, prevención y educación, aunque el positivismo del siglo XIX surge cuando se define su objetivo como "la completa e irreversible supresión de fenómenos antisociales tales como el crimen y la erradicación de todas las condiciones que contribuyan a causarlos" (N. Kuznetsova, en Kudriavtzev, 1990:30).

Paradójicamente, se plantea tal supresión en el marco reconocido del aumento sustancial del delito, duplicado entre 1973 y 1983 (Borodin, en Kudriavtzev, 1990:1). La reforma penal propone desincriminar delitos, considerados ahora como infracciones, incorporar medidas sustitutivas a la prisión, condenas suspendidas por diversas causas, humanización del sistema de penalidades, limitación del máximo de la pena privativa de libertad a diez años. La pena de muerte se mantiene para delitos peligrosos contra el Estado y asesinatos con agravantes. Se pretende también mayor precisión en las definiciones legales, y se intenta realizar la instrumentación del concepto de "racionalización formal de la discreción judicial", evitando el uso de términos eva-

luativos y discrepantes en su interpretación con otras ramas del derecho (Kuznetsova, 1990:36), centésimo intento de atrapar la realidad en la ley y tornar al derecho en instrumento matemático, sin elasticidad para los jueces.

Por otra parte, se hace mérito de un modo más efectivo que la represión para encauzar conductas, y que es la aprobación de las formas socialmente deseadas de comportamiento (Yakovlev, en Kudriavtzev, 1990:74), con lo cual se colocan en los criterios de avanzada en materia de condicionamiento de conductas penalmente previstas.

En lo que hace a la delincuencia juvenil, no existe discrepancia en la consideración que hace la obra cubana antes citada, y con las teorías que, de este modo, pueden considerarse compartidas actualmente: las causas psicológicas y sociológicas, la deserción y el fracaso escolar, el marco familiar como condicionante. Se valorizan, ante todo, los puntos de vista sociológicos o sociopsicológicos de la delincuencia por sobre los biológicos o psicológicos clásicos. Un autor se ve en la obligación de señalar que existe excesivo interés en estos marcos de referencia, y un olvido relativo de la ley penal, que es su definición primera, situación que critica (Karpetz, 1990:49).

Se nota, en suma, una clara actualización en materia de teorías criminológicas, la superación del dogmatismo de las décadas anteriores, y ninguna presencia de divagaciones sobre sociedades sin normas o regidas exclusivamente por la técnica. La cantidad de citas oficiales, y las "diferencias inevitables" entre la bondad socialista y la perversidad capitalista, quedan exclusivamente como menciones residuales, en pocos autores. La obra comentada queda integrada, de ese modo, a un contexto científico internacional y a preocupaciones específicas sobre sociedades concretas, lo que puede significar la globalización de las concepciones sociológico-criminales modernas a partir de la última década del siglo XX.

Hemos pasado revista a varias teorías criminológicas, describiendo, analizando y sin evitar tomar partido respecto de las contemporáneas, cuando el modelo era político y no científico. Todo ello, y la cantidad de temas implicados muestra la pertinencia de este tema como verdadero laboratorio de sociología jurídica, insoslayable para una comprensión global del mismo. Mucha razón asistía a Sykes cuando concluía, en los años cincuenta, una de sus obras sosteniendo:

"El estudioso de la conducta humana puede encontrar en el estudio del crimen algo más que las exigencias inmediatas de un problema social corriente... En el pasado la criminología ha sido muy a menudo prestataria y muy pocas veces prestadora, en lo que respecta a la teoría de la conducta humana. Se acercaba constantemente a algunas disciplinas, como la sociología o la psicología, con el fin de llegar a la resolución de sus problemas. Raras

veces ha contribuido con proposiciones originales o con estudios empíricos fundamentales para las ciencias sociales... A medida que la criminología se vaya uniendo más firmemente al cuerpo creciente del conocimiento en las ciencias sociales, podemos razonablemente anticipar que se aumentará nuestro conocimiento y nuestra comprensión de las relaciones entre los hombres de nuestra sociedad" (Sykes, 1961:114 y 115).

Esa comprensión, sin duda, aumentó, y la integración del nivel jurídico en lo sociológico y en lo criminológico amplía ese panorama. Al haber tratado uno de los temas más polémicos del orden jurídico en su aplicación práctica, esperamos contribuir a una mayor discusión de los aspectos aquí involucrados.

## Capítulo IX

# LOS ASPECTOS INFORMALES DE LAS ORGANIZACIONES

La sociología de las organizaciones posee una autonomía lograda a partir de ámbitos ajenos a la sociología jurídica: la teoría y la ciencia de la administración, la sociología y la psicología industrial y del trabajo, la sociología de la empresa y los estudios sobre burocracia estatal. Todos ellos refieren a la sociología general o a la política, así como a otras ciencias sociales, pero no obstante ocuparse de los aspectos jurídicos y técnicos, así como de los informales, el tema no ha sido del interés específico de los sociólogos jurídicos. A pesar de esa reconocida autonomía (que testimonia la bibliografía más que cuantiosa acumulada desde la segunda década del siglo), es necesario realizar un análisis del tema para señalar la pertinencia que tiene respecto de la materia que nos ocupa. Nuestro interés se referirá a la paulatina incorporación de los aspectos normativos informales en la teoría, y a los modos como afectó el análisis de los diversos campos identificables dentro de ella.

Desde principios del siglo, las organizaciones del trabajo (público y privado) cobraron importancia tal, a partir de la afirmación del capitalismo, que su análisis llamó la atención teórica de modo creciente, para explicar su funcionamiento y mejorar los rendimientos. La aparición de las sociedades de masas convirtió al sistema organizacional en una maquinaria técnica destinada a mejorar la eficiencia administrativa. El ordenamiento de grandes cantidades de personas en unidades de producción, la necesidad de administrar poder público a centenares de miles de súbditos, requirió perfeccionar estas estructuras de trabajo repetitivo, cuyo modelo histórico es la burocracia militar, y su propósito la eficiencia y efectividad en el cumplimiento de ciertos objetivos prefijados.

El desarrollo político y económico occidental ha permitido que se considere a esas sociedades como organizacionales (Etzioni, 1975:1; Crozier, 1974:I, 9; Mouzelis, 1973:7; Mayntz, 1977: 11 y 12). El interés para la sociología, y también para la sociología jurídica, surge de su caracterización como objeto de análisis

de gran riqueza, situado entre grupos pequeños de individuos y la sociedad total, con relaciones formales e informales, constituyendo un elemento estructural de la sociedad y un subsistema de control social (Mayntz, 1977:69).

## 1. Descripción de los conceptos involucrados en la organización.

Al tratar de las organizaciones nos estamos refiriendo a un subsistema dentro de la estructura social que presenta las siguientes características:

*a*) *Colectividad* humana de cierta magnitud (en principio, numerosa), con *límites identificables* (social y jurídicamente) y *pertenencia* de los miembros definida a través de *criterios objetivos* (fundamentalmente de tipo jurídico) y *subjetivos* (informales), en orden a su ubicación en un conjunto de posiciones definidas.

*b*) Un *orden normativo* compuesto por *reglas formales* e *informales* que constituyen un *sistema de control social* interno y determina el grado de *formalización* de la organización, así como los restantes aspectos culturales de la misma. Este orden normativo suministra pautas para la *autoorientación* de sus miembros, fundadas en la *legitimidad* del poder, en la retribución, los incentivos o en la satisfacción inherente al desempeño de las funciones. Define también las *sanciones* y las medidas de su aplicación.

*c*) Un *conjunto de fines* que las organizaciones plantean como *racionales* y en cuya obtención aquéllas son diversamente efectivas. Estos fines (*estatutarios*) pueden diferir de los realmente cumplidos (*reales*), pero, en todo caso, requieren por definición, ciertos niveles de capacitación técnica y *profesionalización* en los cuadros directivos y muchas veces en los de ejecución.

*d*) Un sistema de *comunicación institucionalizado* (canales formales verticales y horizontales de información) y *no institucionalizado* (canales informales para transmisión de información necesaria a los objetivos o a las personas que trabajan en ella). Estos canales pueden transmitir efectiva o inefectivamente la información necesaria, y su estudio plantea toda la problemática de los sistemas de información humana.

*e*) Un *sistema de poder* constituido y expresado a través de *liderazgos formales e informales*, sobre variadas bases de legitimidad posible, que pretende obtener acatamiento a mandatos diversos y que utiliza las redes de comunicación existentes.

*f*) Reconoce la presencia de un nivel de *conflicto* interno, horizontal o vertical, que en alguna medida es controlado por la organización como requisito para la subsistencia, y que constituye un potencial de cambio o un elemento de disolución.

Fuera del sistema enfocado, pero en permanente intercambio con él, reconoce la presencia de un *medio externo* del cual toma recursos, al cual presta servicios, pero que limita su racionalidad instrumental interna, condiciona su actuación y puede generar modificaciones en la conducta de sus agentes [1].

No puede definirse un número mínimo de personas que constituyan una organización, pero muchos de los problemas antes señalados (como los derivados de la formalización y la comunicación mediatizada a través de posiciones fijas) sólo pueden surgir a partir de un elevado número de miembros. Queda en claro que no se llamará organización en este sentido a la familia, al pequeño taller o a la colectividad informal que realiza cierta tarea. Pero a partir de esos límites mínimos, la estructura dada será la que permita diferenciar una organización formal de otra estructura, teniendo en cuenta que nunca se identificará con la estructura mayor (comunidad, sociedad) porque es parte de ella y es entendida usualmente como un subsistema dentro de esa sociedad.

En lo que hace a las denominaciones, hemos elegido *organización* por ser el más neutral de los posibles; algunos le agregan *formal,* pero entendemos que es sobreabundante porque la misma definición de organización debe suponer un grado de formalidad (presencia de normas jurídicas y distancias sociales fijas por ellas definidas) para que sea posible planificarla. Por otra parte, el llamar "organización formal" a los grupos de los que nos ocupamos, deja de lado que presentan, como cualquier colectividad regida por normas jurídicas, una *organización informal* dentro de ella, que modifica o altera las propuestas normativas que constituyen el derecho de la organización; de modo que llamarlo de tal manera enfatiza los aspectos jurídicos excesivamente, frente a la conducta real de los miembros.

Respecto de otras denominaciones, "burocracia" se descarta por connotación excesiva, derivada de quedar, o bien relacionado con el tipo ideal de Max Weber y la presunta efectividad de los resultados, o con las disfuncionalidades atribuidas con el mismo término posteriormente, que lo asocian a un grupo dispendioso en insumos e inefectivo en sus resultados. "Institución" se rechaza por ambigüedad, ya que tanto puede señalar a una organización en el sentido precedente, cuando tiene gran trascendencia (la Iglesia) como a un grupo no organizacional (la familia), o a un

[1] He introducido algunas modificaciones a un concepto formulado con anterioridad (Fucito, 1981: 22 y 23, donde pueden verse otras definiciones de organización).

conjunto normativo complejo (el matrimonio). También se deja de lado por imprecisa la denominación primitiva "grupo secundario", con la que los teóricos del grupo primario pretendieron alejar todo lo que excedía el ámbito del pequeño grupo, y a partir de lo cual carece totalmente de límites, pudiendo confundirse incluso con el Estado en sentido genérico. Por otra parte, la organización comprende a grupos primarios, en tal sentido.

## 2. Los antecedentes históricos de la teoría organizacional.

Los primeros antecedentes quedan relacionados con la administración pública, la teoría del Estado y la crítica del capitalismo. Al analizar el concepto, Marx, en la *Crítica a la filosofía del Estado de Hegel,* se opone a la concepción de éste, para el que la administración pública era un puente entre el Estado y la sociedad, por el cual los intereses particulares (de las profesiones o de las corporaciones) son conciliados con el interés general representado por el Estado. Para Marx, el Estado no representa el interés general o común, sino los intereses particulares de la clase dominante, y la burocracia no representa una clase social, pero es un instrumento por el cual la clase dominante ejerce su dominio sobre las otras clases sociales.

En consecuencia, para Marx el futuro de la burocracia queda ligado al de la clase a la cual sirve y durará mientras dure ésta. Con ese fin debe enmascarar la dominación con la ideología del "interés general". Por otra parte, el concepto de alienación aparece como útil para explicar este tipo de organizaciones: la burocracia es en realidad una fuerza autónoma y opresiva, sentida por la mayoría del pueblo como entidad misteriosa y distante, como algo que está más allá del control y de la comprensión de cada uno. Se convierte en un mundo cerrado, una especie de casta que guarda celosamente sus secretos y prerrogativas y que presenta al mundo externo un frente unitario de silencio y hostilidad.

El burócrata, por su parte, vive alienado, en la creencia de que sirve al bien común, es devoto de una disciplina estricta y de una jerarquía autoritaria, lo que deviene, según el autor considerado, en la clásica incompetencia de la estructura: falta de iniciativa e imaginación de cada burócrata, miedo a cualquier responsabilidad, todo unido a un "sórdido materialismo", lucha interna por la promoción, orientación hacia la carrera, apego a símbolos triviales, defensa del *status* y del prestigio. Muchos de estos rasgos y la interpretación de Marx sirvieron a los posteriores analistas de la burocracia pública, en la misma línea y en otras opuestas; pero el acierto evidente del autor para describir las burocracias de su tiempo se vuelve, como en otras oportunidades, profecía errónea cuando vincula la desaparición del Estado con

la de la propia burocracia en la sociedad sin clases. Ésta carece de explotación, y por ello de Estado y de burocracia, que resulta absorbida por la sociedad total, siendo realizadas las tareas útiles que desempeñaba por cualquier miembro de la comunidad.

Lenin, en *El Estado y la revolución,* continúa esta línea de pensamiento. Haciendo mérito de las opiniones de Marx sobre las medidas decretadas en la Comuna de París, entiende que todos los funcionarios deben tener su sueldo reducido al de un obrero, y ser reelegibles y permanentemente revocables en sus designaciones. Esto constituiría parte de la destrucción de la maquinaria burocrática y un puente hacia el socialismo, favorecido por el capitalismo, que al crear la gran producción ha simplificado las operaciones de registro y contabilidad hasta el punto de convertirse en asequibles a cualquiera que sepa leer y escribir (Lenin, 1985:56 a 58). Es evidente que estas ideas, escritas en 1917, no encajaron en la maquinaria estatal de la dictadura del proletariado y debieron ser ajustadas sobre la marcha, explicando el avance en sentido inverso al propuesto como "falta de madurez del socialismo", solucionable con el desarrollo económico.

Para Trotsky la crecientemente opresiva burocracia soviética derivaba de haberse realizado la revolución en un país agrícola de escaso desarrollo, sin extenderla a los países industrializados. La causa está entonces en la existencia de una revolución nacional, y la solución, en la revolución mundial. Además señaló que el partido se había separado de sus bases, y que el poder había pasado de los soviets al partido y luego de éste a Stalin, perdiendo su carácter de instrumentalidad al servicio del pueblo. Tanto Lenin como Trotsky trataron de compatibilizar la realidad con la teoría marxista del Estado, sin modificarla. Otros autores pretendieron, a la inversa, ajustar la teoría a la realidad soviética; Rizzi y Burham aceptan la burocracia como un rasgo central del sistema soviético, considerando que éste terminó con la sociedad de clases y creó un nuevo sistema basado en la ubicación de los diversos sectores respecto del sistema burocrático (colectivismo burocrático, según Rizzi), y esto implica la colocación de los medios de producción en manos de la burocracia.

*a) Max Weber.*

Este autor también se ocupa de la burocracia entendiéndola como administración del Estado, aunque estima que sus rasgos, en cuanto racionales, son aplicables a la organización capitalista, que fomenta la burocracia y la necesita, como la necesita el socialismo (1974:I, 176). Escribe Weber: "Caen por supuesto dentro de la dominación legal no sólo, por ejemplo, la estructura moderna del Estado y el municipio, sino también la relación de dominio en una empresa capitalista privada, en una asociación de finalidad utilitaria o en una unión de cualquier tipo que sea, que

disponga de un equipo numeroso y jerárquicamente articulado. Las asociaciones políticas modernas sólo constituyen los representantes más conspicuos del tipo" (1974:II, 707).

La diferencia fundamental con Marx, como en muchos otros aspectos de su obra, es que mientras para el primero es un instrumento de opresión, para Weber la burocracia es un modelo de racionalidad en la acción social. La burocracia es estudiada como parte de la sociología política, entendida como una de las expresiones de la dominación, en correspondencia con los tipos de acción social previamente descriptos. Así, a un tipo de acción social racional con arreglo a fines, es decir, aquella que se propone el logro de fines propios racionalmente perseguidos, corresponde en el ámbito político a una dominación cuya legitimidad se funda en la creencia de la legalidad de "ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de aquellos llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad" (autoridad legal) (Weber, 1974:I, 172).

Los rasgos de esta dominación legal con administración burocrática parten de una concepción de derecho racional en sentido formal; que Weber desarrolla en su sociología jurídica y que hemos analizado en el Capítulo IV. Son, en síntesis:

1) Que todo derecho *"pactado"* (contrato) u *"otorgado"* (ley) puede ser estatuido de modo *racional* con la pretensión de ser respetado, por lo menos por los miembros de la asociación, y también regularmente por aquellas personas que dentro del ámbito de poder de la asociación (por ejemplo, dominio territorial) realicen acciones sociales o entren en relaciones sociales declaradas importantes por la asociación.

2) Que todo derecho es un cosmos de *reglas abstractas,* por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la *aplicación* de esas reglas al caso concreto, y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por esas ordenaciones, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o, por lo menos, no son desaprobadas por las ordenaciones de la asociación.

3) El *"soberano legal"* típico, en tanto que *ordena* y *manda, obedece* por su parte el orden impersonal por el que orienta sus actos.

4) El que obedece sólo lo hace en cuanto miembro de la asociación y *sólo obedece al derecho.*

5) Los miembros de la asociación no obedecen al soberano por atención a su persona sino que *obedecen a aquel orden impersonal* de normas; y sólo están obligados a la obediencia dentro de la competencia limitada, racional y objetiva, a él otorgada por dicho orden.

6) Existe un *ejercicio continuado,* sujeto a la ley, de funciones, limitado por una *competencia,* que significa a su vez un ám-

bito de deberes y servicios delimitado objetivamente en virtud de la distribución de funciones. Asimismo, existe atribución de poderes necesarios para su realización, con fijación estricta de los medios coactivos admisibles y el supuesto previo de aplicación. La competencia es aquí la expresión jurídica de una división de trabajo reconocida.

7) Se observa la existencia de un principio de *jerarquía administrativa,* o sea, la ordenación de *autoridades fijas* con facultades de regulación o inspección y con el derecho de queja o *apelación* ante las autoridades superiores por parte de las inferiores, apelabilidad que tiene soluciones muy distintas en cuanto a los casos admisibles.

8) Desde que la administración aplica reglas técnicas o normas jurídicas, se requiere un cuadro capacitado, con *formación profesional,* integrado por los que han sido *calificados* mediante pruebas realizadas con éxito. Sólo éstos pueden ser empleados como funcionarios, y éstos forman el *cuadro administrativo* típico de las asociaciones racionales políticas o económicas.

9) Rige el principio de *separación plena* entre *cuadro administrativo y medios de administración y producción.* Los funcionarios, empleados y trabajadores al servicio de una administración no son propietarios de los medios materiales de administración y producción, sino que los reciben y están sujetos a rendición de cuentas. Existe la separación completa entre el patrimonio público y el privado, entre la oficina y el hogar.

10) En el caso más racional *no existe apropiación de los cargos* por quien los ejerce. Donde existe un "derecho al cargo" (por ejemplo, los jueces), no es apropiación por parte del funcionario, sino garantía del carácter objetivo e independiente de la función a su cargo.

11) Rige el principio administrativo de *atenerse al expediente,* aun allí donde las declaraciones orales sean de hecho la regla, o estén prescriptas. Por lo menos se fijan por escrito los considerandos, propuestas y decisiones, así como las disposiciones y ordenanzas de toda clase. El expediente y la actividad continuada por el funcionario hacen que la *oficina* sea la médula de toda forma moderna de la actividad en las asociaciones (Weber, 1974:I, 172 a 175).

Está claramente formulada, de esta manera, una concepción formal y dogmática de la actividad organizacional "ajustada al derecho" y "atenida al expediente". La administración pública podría quedar, en lo formal, perfectamente caracterizada por esta pretensión. Pero no se trata nada más que de una pretensión: la realidad es bien distinta a esta propuesta "típica ideal" de Max Weber.

El cuadro administrativo responde a criterios distintos del dirigente de la asociación en cuanto a su reclutamiento; éste posee su posición de imperio, sea por apropiación, por elección o

por designación del predecesor, aunque sus facultades de mando sean también competencias legales. Pero el cuadro administrativo se ajusta al siguiente esquema:

*a*) son funcionarios personalmente libres, que se deben objetivamente al cargo;

*b*) con competencias fijadas, y en jerarquía administrativa;

*c*) contratados, por su calificación para el cargo;

*d*) retribuidos en dinero, con sueldos fijos, graduada en relación al rango jerárquico, por la responsabilidad del cargo y por el principio del decoro estamental;

*e*) los contratos son rescindibles a instancias del funcionario, y en algunas circunstancias (ámbito de establecimientos privados) por el que manda;

*f*) el cargo es la única o principal profesión;

*g*) tienen ante sí una carrera de ascensos por años de ejercicio, o por servicios, o por ambas cosas, según juicio de sus superiores;

*h*) están sometidos a una rigurosa disciplina y vigilancia administrativas.

La situación típica en cuanto a la jerarquía administrativa se da con los funcionarios nombrados, dice Weber, más que con los electivos, ya que la primera resulta siempre más severa en cuanto no depende de una elección. Respecto de la capacitación, se requiere incluso en el nivel sindical o de partido; que los modernos ministros o presidentes sean los únicos funcionarios que no necesitan capacitación profesional demuestra que sólo son funcionarios en sentido formal pero no material, al igual que el presidente de una sociedad anónima. Esto significa que toda estructura burocrática tiene en su cima un elemento (por lo menos) que no es puramente burocrático.

La descripción aparece como correcta, a diferencia de su opinión sobre la "burocracia atenida al expediente" de la que dice: "Es a tenor de toda la experiencia la forma más racional de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tarea; y la susceptibilidad técnica de perfección para alcanzar el óptimo en sus resultados" (1974: I, 178).

Si se compara con otras formas de dominación históricas (como la carismática y la tradicional) y se la considera "más racional", esto puede ser cierto. Pero muchos de esos rasgos mecánicos de un "deber ser formal" no se alcanzan ni pueden serlo en la medida que se combinan en toda organización burocrática las normas legales con otros tipos de normas, y el tal funcionario "atenido al expediente", que estudia sus escritos en el dominio de la "impersonalidad", formalista: *sine ira et studio*, sin odio y sin pasión, o sea, sin "amor" y sin "estusiasmo", sometido sólo

a la presión del deber estricto (1974: I, 179), es tan ajeno a la realidad cotidiana como el juez administrador de penas legales y taxativas de Beccaria.

Este modelo de Weber es, como se señaló al tratarse su tipología del derecho (Capítulo IV), a la vez, una pretendida descripción típica y también una propuesta racional. Weber creía que el derecho en su expresión racional formal era la mejor técnica para el mundo moderno. También opinaba que la burocracia, así descripta, era una señal de la racionalización hacia la que marchaba Occidente, desplazando al carisma y a la tradición en la acción humana. Sin embargo, vislumbró el peligro a la libertad individual que tal racionalidad organizacional, tal desapasionamiento frío en el tratamiento de las cuestiones humanas, podía tener como consecuencia. Como en muchos otros campos de análisis, Weber es ambivalente. El modelo queda como una formulación jurídica del deber ser burocrático desde la óptica de la administración pública, tal como es previsto por las normas jurídicas que la rigen. No consiste, en modo alguno, en una descripción de la realidad, pues se trata exclusivamente de una descripción normativa. La realidad pasa también por los sistemas tradicionales y carismáticos, y por la desnaturalización de las normas jurídicas que prevén cursos de acción como los señalados.

Puede intentarse una interpretación del punto de vista weberiano de burocracia sobre la base de la historia alemana y la cultura de ese tiempo. Aunque liberal en lo político, Weber representaba la mentalidad alemana heredada de los tiempos de Bismarck. El Estado militar prusiano, con su rigidez y autoritarismo, informaba la mentalidad burocrática típica. El modelo weberiano de dominación es dogmático y verticalista; responde a un análisis de los modelos prusianos de esa cultura burocrática: obedecer normas y esperar órdenes. Tal modelo no sólo permaneció invariable en el interregno de la República de Weimar, sino que Weber, uno de los mentores técnicos (jurídico y político) de esa república, lo expuso como paradigma de racionalidad en la dominación política.

La burocracia había cambiado de amo; no se fomentó, en lo político, independencia alguna, aun durante el régimen democrático. Se insistió en la obediencia que debían prestar los funcionarios civiles, mientras que los políticos tenían el derecho y el deber de ejercer responsabilidades personales. Lamentablemente, los políticos de Weimar no ejercieron esas responsabilidades, pero el consejo sirvió, al igual que el modelo autoritario, para sus sucesores. El nazismo utilizó la obediencia burocrática como parte necesaria de la pesadilla de exterminio de las "razas inferiores" hasta 1945.

De este modo, el modelo analizado fue creado en la particular situación de verticalismo y autoritarismo cultural alemán

del siglo pasado, aceptado como "racional" por la parte más progresista de la cultura alemana de la primera década del siglo, y utilizado —también como instrumento racional— para suprimir todo lo que no se ajustara al nuevo orden, que negó toda racionalidad en los valores para concretar el imperio de la "racionalidad instrumental de acuerdo a fines".

*b) Robert Michels.*

Fue un contemporáneo de Max Weber, el sociólogo alemán Michels, el primero en señalar las consecuencias negativas de las estructuras burocráticas frente a la democracia. En su obra *Los partidos políticos,* publicada en 1911, formuló una idea, insoslayable en el futuro, respecto de las relaciones entre ambas variables, al sostener que "la forma externa democrática que caracteriza la vida de los partidos políticos bien puede enmascarar —para los observadores superficiales— la tendencia a la aristocracia, o mejor dicho, hacia la oligarquía, que es propia de toda organización de partido" (1969:I, 55).

Para probarlo, estudia la estructura de un tipo de organizaciones: los partidos democráticos (socialista y laborista revolucionarios), ya que la estructura oligárquica era presumible en los conservadores. De su demostración concluye que "es una prueba terminante de la existencia de tendencias oligárquicas inmanentes en todo tipo de organización humana que persigue el logro de fines definidos" (1969:I, 56), pues precisamente esos partidos habían sido creados para luchar contra la oligarquía en todas sus formas. A partir de sus estudios muestra que "la organización implica la tendencia a la oligarquía. En toda organización, ya sea de partido político, gremio profesional u otra asociación de ese tipo, se manifiesta la tendencia aristocrática con toda claridad. El mecanismo de la organización, al conferirle solidez de estructura, induce algunos cambios importantes en la masa organizada, e invierte completamente la posición respectiva de los conductores y los conducidos. Como consecuencia de la organización, todos los partidos y gremios profesionales llegan a dividirse en una minoría de directivos y una mayoría de dirigidos" (1960:I, 77 y 78).

Se trata del primer planteo —contemporáneo al de Max Weber— que propone implícitamente la relación entre la racionalidad de los fines de la organización (medida, en este caso, como mandataria de intereses populares) y la racionalidad individual de los fines de los propios miembros (que se presenta como contradictoria con aquélla). La oligarquía, que se mantiene en las posiciones organizacionales está confrontada con los supuestos principios de la organización democrática, y señala claramente el predominio de los fines reales sobre los estatutarios. "De esta manera, las autoridades de un partido eminente-

mente democrático, designadas por sufragio indirecto, prolongan en forma vitalicia el poder con que alguna vez fueron investidas. La renovación establecida por los reglamentos es una formalidad pura. La comisión temporaria llega a ser permanente; y la conservación del cargo, un derecho establecido. Las autoridades democráticas están más firmes en sus bancas que las autoridades de los organismos aristocráticos" (1969: I, 137).

La identificación del nepotismo en la elección de los candidatos ("*otro grave fenómeno oligárquico*") es un aspecto de las adscripciones existentes en las organizaciones, e identificada por oposición a la "capacitación" propia de las burocracias según el tipo ideal de Weber. Si bien podría argüirse que se trata de organizaciones distintas (sindicatos o partidos políticos, por un lado; administración pública, por el otro), se verá que la presencia de criterios que alteran los formales legales son propios de todo tipo de organización, y las públicas no son excepción alguna a este respecto (Fucito, 1989: 29 y ss.). Michels señala que a medida que se desarrolla la democracia surge un principio inverso dentro de los partidos políticos: el aumento del poder de los líderes es directamente proporcional a la magnitud de la organización (1969: I, 78), de modo que las organizaciones más fuertes son las menos democráticas, porque en ellas existen numerosos miembros, cuantiosos fondos, circulación amplia de su "*prensa*", *menor control de la masa, reemplazo por el poder de* las "comisiones" y complicación de las tareas de administración. Un empleado o mandatario se convierte en líder, con una autonomía y libertad de acción que no debiera tener, y se acostumbra a resolver por sí solo cuestiones importantes. Esto constituye para Michels una "ley sociológica".

Se analizan también en esta obra las consecuencias que para el líder tiene tal situación: su esfuerzo constante, pero también la idea de "gratitud por la masa", considerada un deber sagrado, lo que lleva a una reverencia supersticiosa; las dotes del líder, que apuntan más a aspectos emotivos (como la oratoria) que a los intelectuales, todo lo que hace a un cuadro sociológico informal y real del liderazgo organizacional, por oposición a lo que el líder *debe ser* de acuerdo con los principios democráticos de la organización.

En el paso siguiente, una organización sindical posee un nuevo elemento de distancia entre líderes y masa: la maraña legal y reglamentaria, con cuya ayuda los primeros dominan a los segundos (1969:I, 94). En síntesis, la "*ley de hierro de la oligarquía*" de las organizaciones democráticas enseña que los líderes resultan sostenidos por la estructura, manipulan la información y se vuelven de difícil remoción, no sólo por la experiencia única que toman desde sus puestos de mando, sino porque a partir de sus propios intereses tratan de mantenerse en el poder, más allá de los designios que lo llevaron a ese lugar. La burocracia sin-

dical es un ejemplo adecuado para expresar este fenómeno; el que ha alcanzado determinada posición, con los privilegios consiguientes, no quiere abandonarla, y esta resistencia será mayor cuanto más bajo sea el nivel social de origen del líder. Michels prenunció que esto se daría también en el campo político socialista, en el cual los líderes realizarían una dictadura en beneficio de los que fueran suficientemente astutos como para empuñar el poder en nombre del pueblo.

Los principios de Michels son fácilmente comprobables en las organizaciones políticas; pero, a los fines que nos hemos propuesto, señala una aguda discrepancia entre democracia formal y autoritarismo real, en la relación presunta entre mandatarios (bases) y la conducción (mandantes, representantes), constituida en una verdadera burocracia en beneficio propio, y que para mantenerse en el poder no duda en pactar con los intereses contrarios a los contenidos del mandato electivo. También muestra por primera vez la diferencia entre requisitos formales para el acceso al liderazgo y requisitos reales, entre lo declamado y lo practicado, y que los recursos reglamentarios para mantenerse en la posición serían seguramente contrarios a las formas realmente posibles para lograr ese objetivo, que pasan más por la manipulación de los que se encuentran abajo en la pirámide que por respetar sus deseos. El realismo de esta obra excede en mucho, en su valor, el rigor formalista de la concepción del liderazgo propuesto por Max Weber, ya que las organizaciones estudiadas por Michels son racionales y con fines específicos que no se cumplen por incompatibilidad con los fines propios de aquellos que han sido capaces de subir a los cargos directivos. Muchas de estas conclusiones se aplican a otras estructuras organizacionales, y convierten a la obra en un antecedente valioso de la sociología organizacional, además de un estudio fundamental de sociología política.

*Análisis de las organizaciones fabriles*: De un modo independiente con los estudios anteriores sobre administración pública y sobre partidos políticos, se iniciaron estudios sobre organización del trabajo fabril. Rescataremos dos nombres iniciales en esta primitiva etapa de la comprensión del trabajo industrial en las figuras de Fayol y de Taylor.

*c) Henry Fayol.*

La "Administración Industrial y General", publicada en Francia en 1916, significa un intento de sistematización teórica de la organización administrativa desde el punto de vista de la dirección empresarial. Es una propuesta sobre la racionalización del gobierno de la empresa, a diferencia de la obra de Taylor que intenta ser un estudio sobre la racionalización del trabajo obrero.

Pero en un caso o en el otro, los criterios de "racionalidad instrumental" están presentes: se trata de obtener objetivos del mejor modo, que comprende la mejor ejecución y la máxima rentabilidad posible. Su obra es paralela a sus investigaciones —que fueron notables— en el campo de la combustión espontánea de la hulla en las minas, que producían los incendios y explosiones considerados como el flagelo del trabajo minero.

La exposición de sus principios administrativos deriva de su éxito como administrador de empresas, lo que explica que sean fragmentarios y descriptivos, y que no constituyan una teoría (Scott y Mitchell, 1978:9; Ronchi, 1976:21). Al igual que Taylor, Fayol se preocupa por el despilfarro en la vida de las empresas, de cualquier tipo que sean, y el objetivo es combatir esa enfermedad (Popescu, 1969:133). Intenta distinguir las funciones u operaciones que existen en toda empresa (técnicas, comerciales, financieras, de seguridad, de contabilidad y administrativas), estimando que para cada una de ellas se requieren cualidades y conocimientos especiales. Exige la enseñanza de la administración como disciplina independiente en las "escuelas superiores de ingeniería civil", y entiende que esa capacidad puede ser aprendida como las capacidades técnicas, y no solamente en la práctica empresarial (Fayol, 1969:145 a 148, 159 y 160).

Estos principios de administración se presentan esquemáticamente ("división del trabajo", "autoridad", "disciplina", "unidad de dirección", etc.), y las actividades se describen como *planeamiento, organización, mando, coordinación y control.* De su exposición surge una pretensión de racionalidad y una insistencia en el método de dirección y planificación minuciosos, propios de la empresa que desee calcular con precisión costos y beneficios. Esta concepción, si bien es verticalista, no insiste en la jerarquía sino cuando es necesaria para un mejor control de la gestión; la burocracia debe ser contenida dentro de la empresa privada por ineficiente y es posible saltar —autorizadamente— posiciones para resolver cuestiones que de otro modo demorarían excesivamente. De hecho, es lo que ocurre en los negocios privados, aunque observa que en los públicos "es, desgraciadamente, casi una excepción".

Fayol realiza, aun desde su óptica tecnocrática, buenas observaciones sociológicas respecto de la ineficiencia generada por el sistema. "Los mismos funcionarios cuya negligencia provoca la indignación del público, serían en su mayoría excelentes agentes, si fueran bien dirigidos" (1969:283). Sugiere mediciones de tiempo "para los actos administrativos" (además de hacerlo en los talleres fabriles, según la propuesta de Taylor). Así, se fijaría un tiempo límite para expedirse por cada agente o repartición pública, indicando fechas de entrada y salida, con lo que pretende generar cambio de costumbres en los funcionarios. Pero en esto, como se vería después, se equivocaba: la burocracia, en sus cos-

tumbres retardatarias, siempre puede más que la racionalidad inducida por medio de leyes o reglamentaciones técnicas.

Fayol compara la eficiencia y los métodos empresariales privados con los estatales. El Estado podría servir de modelo a las industrias, pero en realidad debe tomar experiencia de éstas porque son mucho más numerosas y requieren un esfuerzo mayor, ya que carecen del privilegio de no quebrar y de no morir (1969:300). Es evidente que estos puntos de vista, expuestos hace 80 años, no han sido oídos por la administración pública de muchos países —entre ellos, el nuestro—, por no coincidir con los intereses de sus miembros. La "mentalidad del empleo público" ha protegido y protege de la eficiencia; el "poder público" asociado a la administración se utiliza en propio beneficio y no en el de los administrados. Es así que muchos de los temas planteados por Fayol resultan vigentes, y además de sentar las bases de la teoría de la administración incentivaron estudios comparativos. Para la época en que fueron formulados, es un intento, más tecnológico que social, de organizar la empresa y demostrar que los principios en que se funda la eficiencia pueden ser sistematizados y enseñados a los futuros administradores, extendiéndolo tanto a la organización privada —su fuente de datos— como a la pública.

*d) Frederick W. Taylor.*

La preocupación de este autor, de tradición empírica al igual que Fayol, fue el trabajo obrero y la racionalidad y efectividad de su rendimiento. A diferencia de los anteriormente tratados, no le interesan ni las relaciones entre administración y poder político, ni las formas de organización de la dirección empresarial. Ingeniero como Fayol, sistematizó sus ideas en los *Principios de la administración científica* (1911). El interés que despierta hoy para la sociología no es precisamente la vieja admiración del liberalismo empresarial, sino la espesa ideología y su ignorancia sociológica total en lo que hace a las relaciones humanas.

Taylor sostiene que los intereses del patrón y del obrero están identificados en cuanto ambos desean el máximo de productividad. Por eso los obreros deben desarrollarse en sus capacidades de modo tal que puedan efectuar al ritmo más rápido y con el máximo de eficiencia el trabajo que mejor convenga a sus aptitudes naturales (Taylor, 1969:12). Se propone acabar con la "simulación del trabajo" de los obreros, que los lleva a disminuir voluntariamente su producción, y con los métodos empíricos ineficientes que siguen para su tarea, de bajo rendimiento aunque tengan buena voluntad. Se preocupa de la fatiga que puede producir el exceso de trabajo: "Siento grandes simpatías hacia aquellos a quienes se hace trabajar en exceso, pero en general mi simpatía es mucho mayor hacia aquellos que reciben

salarios insuficientes" (1969:17). Y tiene ideas simples sobre el trabajo humano y la asociación: "Esta holgazanería o simulación del trabajo proviene de dos causas. Primero: del instinto y la tendencia natural de los hombres a despreocuparse y buscar la comodidad, lo cual podría denominarse *holgazanería innata*. Segundo: de razonamientos más o menos confusos nacidos de sus relaciones con otros obreros, lo cual podría ser denominado *holgazanería sistemática*" (íd.).

Pretende superar científicamente este estado de cosas con el convencimiento de que las relaciones humanas son exclusivamente de productividad, y que el dinero mueve al hombre. Sin embargo, señala: "No pretendemos dar ninguna panacea universal para conjurar todas las dificultades que surgen entre la clase obrera y los patrones. Mientras haya hombres perezosos, inhábiles, codiciosos y brutales, mientras el vicio y el crimen existan sobre la tierra, también existirán la pobreza, la miseria y el infortunio. Ningún sistema de administración, ningún recurso individual puede asegurar una prosperidad ininterrumpida a los obreros y a los patrones... Sin embargo, bajo la administración científica, los períodos intermedios serán mucho más prósperos, más felices, y más libres de discordias y disensiones..." (1969: 24 y 25).

¿En qué consiste la administración científica del trabajo? En considerar al obrero de ejecución como un elemento de una cadena de producción, incentivado únicamente por el salario y limitado sólo por la fatiga. Dadas estas dos variables, la dirección le suministraba los "tiempos" en que debía realizar su tarea. El obrero la ejecutaría exclusivamente para aumentar la paga, y es tratado como "individuo" (ya que no parece requerir una persona social), sin contacto con otros obreros; la paga es a destajo, por pieza producida y no por jornales o quincenas.

Los ejemplos de Taylor sobre casos probados y diálogos simulados con obreros indican que se refiere a tareas manuales de nula calificación técnica (palear carbón o cargar lingotes o bolsas), y en cuanto a la dimensión humana de los trabajadores, no hay nada mejor que transcribirlo: "Ahora bien, una de las primeras cualidades que debe poseer un obrero que quiera transportar lingotes de hierro como una ocupación regular, es que sea tan torpe y flemático que se parezca en su contextura mental más a un buey que a cualquier otra cosa" (1969:44). Esta bestia humana, tratada como tal, rinde de acuerdo con los principios científicos de la administración —a condición de encontrarse suficientemente "amaestrada"— mucho más que dejado a su arbitrio. Frente a este esquema, es lógico que Taylor separe de un modo tajante la planificación (técnica y racional, preocupación de Fayol) de la ejecución (trabajo de los obreros) y considere que ésta debe ser regulada hasta en sus menores detalles por la gerencia.

En cuanto al modelo de trabajo, Taylor no había inventado nada. Se trata de una aplicación de los principios jerárquicos que habían presidido la organización militar y escolar desde el siglo XVIII. Véase la descripción que surge de los Reglamentos de La Salle para la conducta en las escuelas cristianas, o los aplicables a las escuelas francesas en general que recuerda Foucault (1991:170 y ss.), y se encontrará algo más que anticipos de los "tiempos y movimientos" medidos minuciosamente. Los alumnos recibían doscientas órdenes normales por día (26 verbales, 23 por signos, 37 por campanilla, 24 por silbato), cada una de las cuales tenía un significado preciso. En las verbales, cada palabra equivalía a un movimiento (para entrar al banco, tomar la pizarra, etc.). En cuanto a los tiempos, los reglamentos franceses ya preveían las tareas por intervalos de pocos minutos.

La instrucción militar se regía por los mismos principios en el siglo XVIII. El reglamento prusiano de 1743 establecía seis tiempos para descansar el arma, cuatro para tenderla, trece para ponerla nuevamente sobre el hombro, etc. Una obra de táctica de 1772 sostiene que "los ejércitos, con tácticas simples, análogas, susceptibles de plegarse a todos los movimientos... serían más fáciles de poner en movimiento y de conducir" (Guilbert, cit. por Foucault, 1991:152). Todo esto deriva de modelos monásticos medievales, mantenidos en las órdenes religiosas en lo que hacía a la economía del tiempo y a la vigilancia permanente, y se aplicó también, hacia fines del siglo XVIII, a las manufacturas para evitar el robo y la disipación de las ganancias, para "que no haya un solo céntimo gastado inútilmente, y que no haya un solo momento del día perdido" (Cournol, 1790, cit. por Foucault, 1991:180).

Aplicado ahora al racionalismo económico del siglo XIX, la filosofía implícita establece que de este modo, aumentando la producción, bajan los precios, aumentan las ventas, las ganancias de la empresa y los salarios de los obreros, limitándose los conflictos. Son ideas que responden a los problemas de la eficiencia industrial, planteados por la empresa capitalista en gran escala a partir de 1890, y que carecían de planificación racional.

En su simplismo, Taylor representa la idea de *racionalidad* en la ejecución como Fayol lo representa en la *planificación*, Weber en la *administración burocrática* y Michels en la *ruptura entre la racionalidad del sistema y la de sus líderes*. Se ocupan de organizaciones muy distintas, todos abordan el problema organizacional, buscan respuestas a diversas situaciones de ineficiencia y proponen varios cursos de acción "racional" para superarlas, con excepción de Michels, que resulta pesimista en sus conclusiones.

En el caso de Taylor, frente a la realidad de la relación de la gerencia con los trabajadores de más bajos niveles, cercanos a la degradación, asume la idea que ante la excesiva torpeza del

ejecutante, la dirección debe suministrar todos los elementos para hacer efectivo el trabajo y disminuir la fatiga que pudiera presentar si aumentara el desgaste de fuerza física. En lo concreto, Taylor y sus investigadores medían tiempos y movimientos minuciosamente (en tareas sencillas como cargar con una pala) para determinar cuáles tipos de pala eran adecuados a cada material, cuántas veces por minuto debía un obrero que cargaba determinado material levantar la pala, introducirla en la pila, cargarla, moverse, descargarla, etc., y cuántos segundos debía descansar para no fatigarse prematuramente. Taylor se refiere a una "ciencia de palear" (1969:47 y ss.), cuyo fin es "que el hombre que dirige a los trabajadores a pala puede, en primer término, enseñarles los métodos exactos que deben ser empleados para usar su fuerza con el máximo de provecho y asignarles luego tareas diarias tan justas que el obrero pueda estar seguro de ganar cada día la bonificación prometida, siempre que lleve a cabo con éxito su tarea" (1969:49).

A estos obreros —analfabetos en su mayoría— se les daba al día siguiente además del número con el que debían retirar sus herramientas, una ficha de color que indicaba si habían llegado en el día anterior al nivel que aseguraba la bonificación o si no lo habían alcanzado. En este caso, la ficha amarilla señalaba que si no mejoraba sería cambiado de trabajo. Sólo la ficha blanca garantizaba continuidad en la tarea. Otros datos interesantes de esta concepción, que tuvo (y todavía tiene) numerosos adeptos, es que los obreros debían ser siempre tratados individualmente, separados los grupos informales (holgazanes) que se crearan, y que se debía, aun violando los mismos principios de la ganancia como premio de la tarea, evitar "que se volvieran ricos demasiado rápido" (1969:54), porque de lo contrario se reducía su voluntad de trabajo. Además, "todos aquellos que después de una enseñanza correcta no quieran o no puedan trabajar de acuerdo con los nuevos métodos y a la mayor rapidez, deben ser despedidos" (1969:60). "Thompson reconoció prontamente que la cualidad más necesaria para los verificadores de municiones de bicicletas era un *coeficiente personal* bajo... En interés tanto de las obreras como de la Compañía se hizo necesario excluir a todas las muchachas que no lo poseyeran. Y desgraciadamente, esto implicó el despido de muchas de las obreras más inteligentes, más tesoneras y más dignas de confianza, simplemente porque no poseían facultades de percepción rápida seguidas de acción rápida" (1969:65).

Esta es la consecuencia racional de la obediencia de la dirección a los principios de la administración científica, en la cual no entra consideración alguna que exceda la eficiencia de sistema. Debe notarse que al igual que Max Weber, Taylor pretende reemplazar la autoridad y los intereses humanos por la impersonalidad de las normas, sean jurídicas, en el primero, o

técnicas, en el segundo. En la realidad, Taylor ratificaba el absoluto dominio de los patrones en el trabajo fabril, y la liquidación de los sindicatos, expresión de intereses "holgazanes" y no eficientistas, en beneficio de la empresa. Pero tuvo la ventaja de reintroducir la idea de eficiencia en el trabajo, aunque lo realizara de un modo mecanicista que ha permitido llamar a su teoría "organización fisiológica del trabajo fabril", por la cual los hombres quedaban reducidos a meros apéndices de las máquinas (March y Simon, 1969: 13; Bendix, 1966: 255 y ss.).

Como resultado de la puesta en práctica de sus ideas existieron resistencias patronales (en cuanto la eficiencia industrial exigía equipamiento más especializado), aunque alineamiento entre administradores científicos y capitanes de industria en el momento de oponerse a los sindicatos y sus presiones. Desde el punto de vista teórico, Taylor ignoraba totalmente el peso de las relaciones sociales entre jefes y subordinados, y en cuanto a la influencia de la interacción entre los operarios, la reconocía y trataba de suprimirla. La intelectualidad del obrero era considerada inexistente (en razón del bajo nivel de calificación) y se regulaba la acción en términos mecánicos; el trabajo resultaba así una variable dependiente de las condiciones fisiológicas del trabajador, en interacción con los elementos físicos. La pobreza, en cuanto a la valoración de elementos socioculturales, generó un modelo, posteriormente llamado *Teoría X* por Mac Gregor (1974:43 a 52), que presenta los siguientes rasgos:

1) El ser humano ordinario siente una repugnancia intrínseca por el trabajo y lo evitará siempre que pueda.

2) A partir de esta tendencia, la mayor parte de las personas debe ser obligada a trabajar, por la fuerza, controlada y dirigida, para que desarrolle el esfuerzo adecuado a la realización de los objetivos de la organización, y amenazada con castigos.

3) El ser humano común prefiere que lo dirijan, quiere soslayar responsabilidades, tiene relativamente poca ambición y desea más que nada su seguridad.

Fue, en la Argentina, Alfredo L. Palacios uno de los primeros críticos de la obra de Taylor. En *La fatiga y sus proyecciones sociales* (1922) atribuye a su teoría, al margen de las buenas intenciones de Taylor, la crueldad de conducir a la ruina fisiológica del obrero. Este tema centra la mayor parte de las críticas (la fatiga y sus consecuencias en la salud), además de las posiciones antisindicalistas y contrarias al salario mínimo (1935:78, 263 y 264). Este trabajo, como bien señala Bagú (en E. Mayo: 1959, 13), por su amplia concepción social fue una de las más importantes investigaciones realizadas sobre trabajo industrial en la época, que avanzaba sobre el mecanicismo elemental de Taylor.

Mientras esto ocurría, Taylor era la máxima autoridad en la eficiencia industrial y el "taylorismo" doctrina empresarial indiscutida. Pocos años después, la crisis de los años 30 genera nue-

vas preocupaciones sobre "el aspecto social de las empresas". En este punto se presenta otra orientación que rescata elementos sociológicos en el análisis de la actividad fabril privada.

*e) La escuela de las relaciones humanas.*

Entre la época de Taylor (1890) y la de Elton Mayo (1930) ocurren muchos fenómenos en la política de las relaciones industriales, además del establecimiento del Estado soviético, cuyo análisis no tiene cabida en este espacio. Pero también se había desarrollado la sociología, teórica y empíricamente. Elton Mayo, en la obra que resume las conclusiones de investigaciones propias y ajenas, hace mérito de la fatiga, en primer lugar, pero la confronta con la monotonía del trabajo, como variable psicológica que afecta diferencialmente a los obreros en las tareas repetitivas, y que disminuye el ritmo de trabajo, produciendo hastío.

Esta primera variable altera la consideración mecánica del trabajo al estilo de Taylor, y ya había sido investigada al promediar la década del veinte en Inglaterra (trabajos de Wyatt y de Fraser, 1929; Smith y Culpin, 1924). Mayo sostiene haber llegado a conclusiones similares en los estudios realizados en Filadelfia, en 1923, y en la Western Electric Co. (talleres Hawthorne de Chicago), durante cinco años.

La primera era una fábrica textil, donde se proyectó investigar los motivos de la gran cantidad de renuncias en la sección hilandería, que representaban el 250 % de la planta en un lapso breve, no obstante encontrarse bien organizada y ser la administración "tolerante y humana". Este hecho no ocurría en las restantes secciones de la fábrica. El trabajo realizado era de repetición, "probablemente un proceso semiautomático que requería suficiente atención como para ser irritante pero no bastante como para absorber completamente la actividad mental" (Mayo, 1959: 56). La tarea no permitía que se lograran bonificaciones por alto rendimiento del equipo de trabajo, y la actividad era vivida como indefinida y aparentemente interminable. Se observó además que los obreros quedaban, por la distribución física, excluidos de toda sociabilidad y no había pausas para el descanso, salvo el almuerzo. Al resolverse algunos de estos problemas, la cantidad de renuncias disminuyó a 5 %. Escribe Mayo: "He aquí un ejemplo en que puede verse cómo una compañía industrial se abrió camino a través de un agudo problema humano, hasta llegar a una solución perfectamente de acuerdo con los principios que más tarde iba a enunciar Wyatt. Se introdujeron cambios a intervalos adecuados. Se implantó hasta cierto punto el pago relacionado con el rendimiento, por medio de las bonificaciones. El trabajo fue separado en tareas de contenido propio y dejó de ser una actividad interminable. Las relaciones sociales entre los miembros del grupo mejoraron dentro y fuera de la fábrica. Se intro-

dujeron períodos de descanso dentro de los turnos de trabajo" (1959: 62).

El otro caso, considerado como rector, hasta la década del cincuenta, en las relaciones industriales, fue el de los *Experimentos Hawthorne*. Durante tres años, en esa sección de la Western Electric Co., la empresa había encomendado una investigación sobre los efectos de la iluminación en el obrero y su trabajo, y en ella, dos grupos diferenciados sometidos a variación de luminosidad no habían presentado diferencias sustanciales. Este fracaso hizo iniciar otra serie de investigaciones, hacia 1927, pero aquí el enfoque había cambiado. "Cuando se trata de seres humanos, no es posible cambiar una condición sin cambiar también otras inadvertidamente, tal como lo había demostrado el experimento sobre iluminación" (1959: 66).

Se eligió un grupo de seis obreras que armaban "relays" de teléfonos, tarea que se considera de repetición: la mayor parte de ellas fue observada durante cinco años en su trabajo, y la producción por unidad de tiempo (se calculaba en un minuto el tiempo necesario para el armado) registrada mecánicamente. A lo largo del período se introdujeron modificaciones en las condiciones de trabajo (sistema de pago, pausas, café y refrigerios, horario de trabajo), que eran conversadas previamente con las obreras. El resultado desmentía el mecanicismo taylorista, pues la producción iba en constante aumento: "Se veía claramente que los cambios especificados, experimentalmente impuestos, aunque quizá pudieran explicar pequeñas diferencias entre uno y otro período, no podrían sin embargo utilizarse para explicar las transformaciones más importantes: el continuo incremento de la producción. Este acrecentamiento constante, representado por todos los registros contemporáneos, parecía ignorar, en su desarrollo ascendente, los cambios experimentales" (1959: 73).

El aumento de 2.400 a 3.000 piezas no podía ser explicado ni por el estímulo inicial, ni por la reducción del cansancio muscular, ni por la fatiga acumulativa (que no se observó). Por el contrario, aparecieron datos sociales: mermó el ausentismo, las obreras se encontraban más satisfechas, disminuyó la cantidad de enfermedades, y, en suma, resultaba que el rendimiento estaba en relación más directa con el *tipo de jornada* de trabajo que con el número de días laborables por semana.

Las obreras aparecían con verdaderos deseos de concurrir al trabajo, y esto se debió a su mayor libertad personal, a la ausencia de un capataz autoritario, al modo como se encontraba socialmente organizada la labor. El informe de esta investigación hacía notar que "industrialmente puede ganarse mucho teniendo mayores consideraciones personales hacia los niveles de empleo más bajo" (1959: 75), lo que significaba la superación del modelo fisiológico y antiintelectual de Taylor.

De este modo, las modificaciones experimentalmente introducidas no implicaron nunca un retorno a las condiciones anteriores, pues el ambiente sociocultural se modificaba siempre en sentido positivo. Las obreras llegaban a ignorar las modificaciones que dificultaban el rendimiento y continuaban respondiendo a una transformación esencial: el nuevo ambiente industrial (1959: 80).

El primer dato relevante era la supresión de la coacción ("no hay patrón o negrero": 1959: 86); no había vigilancia fastidiosa. En un programa posterior de entrevistas personales se trató de determinar lo que a los empleados agradaba o desagradaba de su empleo, las condiciones de trabajo, supervisión, etc., y utilizar estos informes como base para la modificación del trabajo. El amplio plan de investigaciones se propuso entrevistar a gran parte del personal y se cumplió con más de 21.000 personas, de las 40.000 que existían, en el plazo de dos años.

Mayo señala que esta extensa serie de encuestas sólo pudo realizarse porque la compañía era "decididamente partidaria de la justicia y la humanidad en sus relaciones con los obreros", y que por lo tanto el estado de ánimo general era bueno. Mayo y sus investigadores fueron más allá y en algunos experimentos inquirieron sobre las condiciones personales y las relaciones familiares de algunos obreros (por ejemplo, las obreras armadoras de "relays") y la influencia de conflictos interpersonales en el trabajo y en el rendimiento. Escribe: "...si la división de investigación y los funcionarios de la compañía no hubiesen tomado medidas para la observación de otros cambios, además de los ocurridos en el terreno experimental, es evidente que los cambios presentados aquí, en una curva de rendimiento habrían sido probablemente atribuidos a las distintas condiciones de trabajo en la cámara de ensayo... El cambio es, hasta cierto punto, una consecuencia de la camaradería social y de la discusión; pero se debe más aún a un cambio consecuente y fundamental en la manera de vivir..." (1959: 106).

Personas que transitaban conflictos familiares graves eran visibles como mucho menos propensas a soportar controles, fiscalizaciones, métodos incorrectos de vigilancia, monotonía o malevolencia por parte de los compañeros de trabajo. Los estudios sobre efectividad y eficacia del trabajador llevan a estos investigadores desde la eficiencia industrial a la sociología y de ésta a la psicología social y a la psicología. Es así como se buscan y encuentran correlaciones inversas entre efectividad y pensamientos obsesivos, no obstante que la encuesta no está destinada a descubrir enfermos mentales. Lo que ocurre es que la situación industrial u organizacional, si es investigada en sus participantes, remite primeramente a las normas informales y luego a las circunstancias personales.

Este fue el principal aporte de la escuela: concluir con el mecanicismo de Taylor, superar el automatismo del trabajo supuesto en ese enfoque como ideal de eficiencia y entender a los participantes de la organización como "personas en situación", cuyo trabajo no se rige exclusivamente por normas técnicas, sino por usos y motivaciones de la más diversa índole, y cuyas respuestas son humanas, en el más amplio sentido de la palabra, es decir, socioculturales y orientadas por una experiencia vital, una conciencia actual, un proyecto personal (aunque no sea muy preciso) y una problemática excedida no sólo por la mecánica repetitiva, sino también por los recursos de cualquier ciencia social particular.

El problema es, como puede observarse, similar al que se plantea en la sociología jurídica respecto de los operadores de derecho en las organizaciones jurídicas. Taylor representa el mecanicismo formal del tipo burocrático despersonalizado de Max Weber y del formalismo jurídico; Mayo, la concepción sociológica que presta atención a los usos y costumbres y a las cuestiones realmente involucradas en cada situación social. "Los individuos que integran la sección de trabajo no son meramente individuos; constituyen un grupo, dentro del cual han desarrollado hábitos de relaciones con sus compañeros, sus superiores, su trabajo y el reglamento de la compañía" (1959: 114).

De estas reflexiones surgen las conclusiones: *a*) que "la inadaptación social" en un grupo determinado puede estar basada en algún aspecto de estas relaciones habituales con el trabajo y los compañeros más que en irracionalidades de la persona; *b*) que el socialmente no muy adaptado puede proceder capaz y normalmente cuando trabaja en un ambiente humano que le agrada y lo apoya, y viceversa, una persona sumamente capaz procederá como si no lo fuese cuando trabaja en un ambiente inadecuado.

Muy lejos del primitivismo de la concepción anterior, ahora se sostiene que "la insistencia sobre una lógica de producción meramente económica interfiere en el desarrollo del código social y por consiguiente hace surgir dentro del grupo un sentido de frustración humana, que a su vez da por resultado la formación de un código social de nivel más bajo y en oposición con la lógica económica. Ésta sería una de las causas del rendimiento restringido" (1959: 117 y 118).

Mayo reemplazó la idea de *éxito* por la de *cooperación*, y luego identificó a ésta con la capacidad de la sociedad para sobrevivir. Cuestionó la llamada "hipótesis del populacho" (a la que Taylor había colaborado significativamente), según la cual la sociedad natural es una horda y cada individuo actúa en forma calculada para asegurar su conservación e interés propio, poniendo toda su lógica al servicio de esas intenciones (Brown, 1963: 92).

La valoración del grupo informal, más que su desarticulación, fue la consecuencia importante de esta serie de investigaciones. Lo informal puede colaborar con la dirigencia formal de la organización; no es necesariamente un obstáculo que disminuye la eficiencia. La solidaridad entre los compañeros de tareas, las actitudes y sentimientos propios vinculados a ellas, y los que hacen a otros grupos de pertenencia, pero repercuten en la acción, pasan a tener relevancia en el análisis de la eficiencia.

Sin perjuicio de ello, tanto la posición de Taylor como la de Mayo eran favorables a los intereses empresariales y compartían su confianza en la ciencia como fundamento de la dirección administrativa y en la existencia de una *élite* racional. Ambos aportaron elementos a una teoría sobre las organizaciones porque, como sostiene White, no se trata de determinar si la motivación económica o las relaciones humanas son las determinantes en la producción, sino de precisar cómo se adaptan mutuamente, ya que ambas se encuentran presentes (Etzioni [comp.]: 1973: 107).

Frente a la racionalidad utilitaria, Mayo revaloriza lo tradicional y lo afectivo, el modo de vida propio de cada estrato social, los elementos no planeados de la cultura organizacional, que pueden tener mayor influencia que órdenes y reglamentos, y en ese sentido sus conclusiones pueden extenderse a cualquier producción en escala, no sólo la fabril, y también a la conducta social general en cuanto regida por reglas de todo tipo. El error de la teoría es la consideración del conflicto como enfermedad social, y el tratar de promover el equilibrio funcional del sistema con supresión o ignorancia de aquél, siendo un elemento siempre presente en la vida social, como debió reconocerlo Coser, aun en el funcionalismo, con posterioridad (1961: 24).

A partir de aquí, y de las obras de los teóricos de la organización posteriores (Barnard, Simon), el énfasis en el ámbito organizacional se refiere a los aspectos sociológicos y psicológicos. Sus conclusiones pueden resumirse en lo que Mac Gregor llamó *Teoría Y* (1974: 43 a 52), por oposición a la *Teoría X* del taylorismo:

1) El desarrollo del esfuerzo físico y mental en el trabajo es un fenómeno condicionado por usos y costumbres aprendidos en determinada cultura.

2) El control externo y la amenaza de castigos no son medios adecuados para canalizar el esfuerzo humano hacia los objetivos de la organización. El hombre puede controlarse y dirigirse a sí mismo en orden a los objetivos a cuya realización se compromete.

3) Los objetivos se cumplen por las compensaciones asociadas a su logro.

4) Las personas pueden habituarse, en circunstancias favorables, a aceptar y a buscar nuevas responsabilidades.

5) La capacidad para desarrollar un grado relativamente alto de imaginación, ingenio y capacidad creadora para resolver los problemas de la organización no es patrimonio de minorías iluminadas, sino un elemento disponible en todos los niveles, respecto de la tarea propia y dentro de la competencia específica.

6) No es necesariamente peligrosa para la organización la creatividad de sus miembros si ésta se encauza debidamente. Por el contrario, es una de las fuentes de trabajo efectivo.

7) En las condiciones creadas por las teorías del tipo X, prevalecientes en la administración pública, las potencialidades intelectuales de los miembros se utilizan en su menor medida.

8) Puede inducirse una actitud favorable al trabajo y al compromiso si se cuenta con líderes motivados y persuasivos, informados, y se realiza una socialización y educación atractiva en su método y rica en su contenido.

9) El reclutamiento de los miembros debe hacerse teniendo en cuenta todas las capacidades (no sólo las técnicas) adecuadas para la posición a ocupar. Esta tarea debe marginar los intereses y compromisos personales de los actuales ocupantes, y considerar acabadamente los rasgos de personalidad adecuados para cumplir los objetivos señalados más arriba.

10) La tecnología es un arma en manos de personas. Por sí misma nada significa si no existen personas capacitadas para *valorar* en todas sus dimensiones, no sólo en el plano técnico.

De este modo, el desarrollo teórico del campo organizacional muestra un interés inicial por el *producto* de las organizaciones o las consecuencias de la acción organizacional, un desplazamiento posterior hacia los *insumos*, esto es, el análisis de los elementos que permiten o dificultan el cumplimiento de los fines de las organizaciones (recursos técnicos y humanos, restricciones y demandas contextuales). Por último, el tratamiento dirige su atención hacia los *procesos de conversión* por los cuales se transforman los insumos en productos (Oszlak, 1985: 264). Para lograr este objetivo debía avanzar en la sistematización del conocimiento de las actividades de la organización privada y pública.

Algunos países, como el nuestro, trataron dificultosamente de ingresar en el taylorismo, en lo que a la administración pública se refiere (mejorar la eficiencia de gestión con un mayor equipamiento) a partir de 1980, sin que se advirtiera la importancia del medio en el que se desarrollaban las actividades y el peso de la *cultura de empleo público* prevaleciente, con su baja eficiencia, ritualismo y desinterés asociados.

El fracaso manifiesto de lograr alguna mejora apreciable contribuyó, juntamente con el déficit crónico de las empresas, al impulso privatizador inicialmente promovido por el radicalismo y luego llevado a cabo por el peronismo, tradicionalmente opuesto a esas ideas. Debe señalarse, sin embargo, que la ineficiencia de la burocracia pública suele ser un mal generalizado

en la mayoría de los países —incluso en los desarrollados, que si bien pueden mitigarla, no han podido controlarla totalmente— y que el movimiento privatizador de empresas del Estado abarcaba, hacia fines de la década del ochenta, a los más variados países europeos.

Las organizaciones que no pueden transferirse a manos privadas mantienen vigentes los problemas burocráticos, y por ello las recetas e intentos para obtener cambios se intentan una y otra vez, sin alterar su estructura y modo de funcionamiento.

Muchos resultados disparatados de los comienzos de la informatización en nuestras organizaciones públicas dan cuenta de la incompatibilidad entre tecnologías "inteligentes" con medios ritualistas o irracionales. Paradójicamente, la acumulación de información en bases de datos aleja al funcionario o empleado del caso y despersonaliza aún más la gestión, que se torna, en manos poco aptas, más rígida. Así, los registros son muy difíciles de cambiar y se les otorga una presunción de veracidad, aun frente a toda evidencia del absurdo; la pantalla ofrece información como mandato inapelable. El empleado tiene ahora totalmente tranquila su conciencia: la mejor tecnología ampara su respuesta disparatada, no sólo su jefe o su reglamento; y su impotencia (que es real) frente a la máquina que no alimenta y que sólo le permite una limitada interacción, se traslada al usuario, doblemente perjudicado.

Resoluciones judiciales y escritos de abogados presentan, del mismo modo, abundante y superflua información, transcripta automáticamente con sólo ordenar la impresión de cierto contenido acumulado en la memoria, aparente y superficialmente compatible con el objetivo propuesto, dificultando así el centramiento en el problema y alejando aún más la creatividad del trabajo judicial. Escritos y sentencias automáticos: ése puede ser el resultado inservible de una tecnología mal utilizada por rechazar los aspectos humanos involucrados y sustituir la actividad intelectual, no sólo necesaria para la creación de la máquina, sino para su *utilización inteligente*.

Si superásemos el taylorismo inicial del que está imbuida parte de la cultura renovadora en materia de administración pública, podríamos ingresar a la era de los años treinta, y valorar el "factor humano". Con suerte, podríamos luego incorporar el conflicto, como factor funcional en la vida organizacional, y tratar de avanzar hacia la compatibilización de objetivos personales y organizacionales, y la creatividad organizacional y desarrollo de la persona, que parecen ser elementos relevantes para que la vida en la organización no se convierta en la encarnación *cotidiana* de la maldición bíblica.

Sin anticipar conclusiones, avancemos un poco más en el repaso de los estudios realizados sobre diversos aspectos de la actividad organizacional, para introducir algo de luz en la "caja

negra" en que muchas organizaciones gustan en convertirse para proteger su inefectividad e ineficiencia.

## 3. Las disfunciones burocráticas.

Numerosos estudios sobre personalidad burocrática y ritualismo se llevaron a cabo en los años siguientes, correspondiendo una de las sistematizaciones teóricas más conocidas, referida sobre todo a la organización pública, a Robert Merton. De conformidad con el concepto muy difundido de este autor, "una estructura social formal, racionalmente organizada, implica normas de actividad definidas con claridad, en las que, idealmente, cada serie de acciones está funcionalmente relacionada con los propósitos de la organización" (1964: 202).

El modelo racional legal de Max Weber se completa con la consideración de la estructura como un todo funcional, y sobre la base de los conceptos del funcionalismo, Merton trata de superar el modelo weberiano en cuanto sólo destaca los logros y funciones positivas y olvida los esfuerzos y tensiones internas de la estructura.

Para lograr este objetivo toma el concepto de Veblen de *incapacidad adiestrada,* el de Dewey de *psicosis profesional* y el de Warnotte de *deformación profesional,* y crea su conocido tipo de *ritualista burocrático,* que resulta ser aquel que, adiestrado para una circunstancia, es inadecuado para otra, o el que por falta de flexibilidad en la aplicación de sus conocimientos da por resultado desajustes más o menos graves en un ambiente modificado. De acuerdo con la frase de Burke: "La gente puede estar impreparada por estar preparada con una preparación inadecuada". La preparación constituye la base de la incapacidad posterior, ante condiciones distintas.

Las disfunciones surgen, a juicio de Merton, por la presión permanente que se hace sobre el funcionario para que sea metódico, prudente y disciplinado, con el fin de que la estructura sea confiable en sus respuestas. Pero ocurre que los sentimientos transmitidos para conseguir la disciplina son más intensos que lo técnicamente necesario. Así, la adhesión a las reglas, que era un medio para obtener la confiabilidad sobre los objetivos, se convierte en *un fin en sí mismo;* las metas se desplazan, el valor instrumental se convierte en valor final, y el funcionario o empleado se transforma en ritualista, "con una insistencia indiscutida sobre la adhesión puntillosa a procedimientos formalizados" (Merton, 1964:204 a 206). El límite es el *virtuoso burócrata* que no olvida ni una sola de las reglas que rigen su actuación, y que por consiguiente es incapaz de atender muchos de los trámites que se le asignan.

En la administración pública se conocen bien estas conductas, que son cotidianas y hacen al tipo ideal de burócrata, no en el sentido weberiano, sino en el disvalioso del incompetente que obstaculiza todos los resultados posibles oponiendo trabas al avance de cualquier expediente. En la administración de justicia no es menos común el funcionario o empleado virtuoso del procedimiento, que no conforme con las normas existentes crea otras, mínimos "procedimientos de secretaría", que sin embargo obstaculizan el de por sí pesado, complejo y dilatado trámite impuesto por las leyes procesales.

Lo que puede discutirse es la motivación subyacente en estas conductas. Merton supone una buena fe básica en la actividad del "presionado por las normas": actúa de tal manera porque ha internalizado la superconformidad a través de un proceso de socialización en la cultura organizacional. Crozier tiene otra idea: la causa sería una deliberada decisión de afirmar su independencia y de imponer su posición de poder. El ritualismo es una forma de mantener la fachada (1974:II, 86 y ss.). Podría resultar incluso una adaptación innovadora (en el sentido que Merton da a ese término) para trabajar menos. De hecho, puede comprobarse que la adaptación ritualista permite eludir trabajo. En el sistema judicial que conocemos, otorgar vistas y traslados, pedir una y otra vez requisitos que ya se han cumplido, es un modo de dilatar la respuesta sobre el fondo de una petición. El error es posible, pero también lo es el ritualismo en la versión de Merton o el cálculo racional en la de Crozier.

Si aplicamos el análisis sistémico de Luhmann (1983), podemos dar otra interpretación al fenómeno del papeleo ritualista. Entendida la burocracia como sistema abierto, es una forma de aumentar extraordinariamente el *input* (información de entrada) a expensas del *output* (información de salida). Se encontraría el ritualista en el horizonte de pasado, solicitando más y más información sobre hechos ocurridos y afinando sus criterios sobre normas (que también representan "el pasado" desde el punto de vista de lo "dado" o lo "recibido"), con desinterés total sobre el futuro (objetivo del servicio, para el que fue requerido).

La escritura, como procedimiento reglado, que Weber incluía en su tipo ideal de administración burocrática, se encuentra asociada a este proceso. Pero como instrumento puede merecer tanto la interpretación referida a la exigencia de seguridad jurídica como la que plantea el marxismo. En este sentido, Poulantzas sostiene: "No hay duda que siempre ha habido una relación estrecha entre el Estado y la escritura, al representar todo Estado una cierta forma de división entre trabajo intelectual y trabajo manual. Pero el papel de la escritura es completamente particular en el Estado capitalista... es muy diferente aquí que en los Estados precapitalistas: ya no es una escritura de retranscripción, puro calco de la palabra (real o supuesta) del soberano,

escritura de revelación y memorización, escritura monumental. Se trata de una escritura anónima, que no repite un discurso sino que se convierte en trayecto de un recorrido, que indica los lugares y los dispositivos burocráticos, que surca y configura el espacio centralizado-jerárquico de este Estado. Papeleo de la organización estatal moderna, que no es simple detalle pintoresco sino un rasgo material esencial de su existencia y funcionamiento, cimiento interno de sus intelectuales funcionarios, que encarna la relación entre este Estado y el trabajo intelectual" (1986:65 y 66).

Esta separación produce asimismo el hermetismo que dicha escritura burocrática tiene para las masas populares, representantes del trabajo manual. Es necesario ser un iniciado para acceder al lenguaje, a la lógica particular burocrática, y a los pasos que ella implica. Esta iniciación corresponde a un proceso de socialización propio de ciertas clases y ajeno a otras.

Las otras disfunciones estudiadas tradicionalmente sólo merecerán un breve comentario. La insistencia en la *despersonalización de las relaciones* que muestra la burocracia (de acuerdo con el modelo formal que Weber encomiaba) choca con otras exigencias normativas: los usuarios —de buena fe— que piden un trato personalizado para su problema (porque no entienden el encasillamiento al que la burocracia los somete, tratándolos como "categorías" y no como personas), y los que —de mala fe— pretenden saltar, por encima de reglamentos y vallas, al favoritismo para ser beneficiarios directos del sistema.

Si bien es cierto que las respuestas estandarizadas son una de las razones de existencia de la estructura (dar rápida solución a numerosos asuntos, o por lo menos poder manejar la información dispersa, en categorías homogéneas, para poder procesarla), también lo es que *no todas* las cuestiones pueden ajustarse a criterios generales. El tratamiento por categorías que la administración da a los usuarios se enfrenta con el tratamiento personalizado que los usuarios piden a la administración, y esto en principio ocurriría en toda situación burocrática. Pero el conflicto surge al aplicar la "plantilla" general a todo caso parecido, con lo que la respuesta otorgada es errada, por incapacidad de determinar la medida del ajuste a las normas generales [2].

Las necesidades propias de la organización generan demandas, que si bien deberían ser funcionales, se transforman en disfuncionales cuando se desfiguran y aparecen como supuestas necesidades exógenas: así, se oculta que se pretende una decisión

[2] Nótese el paralelo entre esta cuestión y la actitud del juez que subsume hechos en normas generales que no se le adaptan, renunciando a la creación de soluciones sobre la base de los principios generales amplios presentes en todo sistema jurídico y que, precisamente por ser de gran amplitud, dejan margen para ajustarse al caso particular no previsto. Un juez ritualista jamás optaría por innovar en una solución.

favorable exclusivamente al sector administrativo —*autodemandas*— (Quiroga Lavié, 1986:96). En estas demandas y el juego de poder necesario para hacerlas efectivas se gastan recursos de la organización (económicos y humanos).

Tema vinculado al anterior es el *espíritu de cuerpo* que los miembros del grupo presentan, a pesar de los conflictos que pueden existir entre ellos, frente a los usuarios; para este objetivo también ayuda el carácter monopólico que muchas veces tiene la prestación del servicio (cuando no se trata de las relaciones de poder, en las que es dudoso pretender que se da servicio alguno a la comunidad).

Las actividades organizacionales, y las burocráticas en particular, marginarían las actitudes de grupo primario, según el modelo de Weber y de Merton, basado en la impersonalidad de la relación. Sin embargo, en este aspecto, Mayo había mostrado la funcionalidad derivada de su existencia, a condición de canalizarlas en favor de los objetivos de la organización.

El último tema encarado como disfunción es el producido por el *intelectual* (profesional) en la administración, a partir del esquema de presión normativa que genera conductas ritualistas. Intelectual entendido en sentido de persona que formula y cultiva conocimientos, limitado, en el interés de Merton, a "especialistas en el campo de los conocimientos sociales, económicos y políticos. En términos generales, esta clase comprende a los científicos sociales y a los abogados" (1964:215), que son, muchas veces, empleados en las burocracias. Tratan con problemas fluidos, indeterminados en sus proyecciones, que afectan intereses y que permiten realizar un tipo ideal comparativo con el intelectual independiente (que se debe a clientes). De este planteo rescato aquí la idea de la frustración del intelectual en la burocracia, producto de haber sobrevalorado su sensación de autonomía intelectual (si verdadera o falsa, no interesa), frente a los controles visibles ejercidos sobre el carácter y orientación de sus trabajos. Esto genera el retiro de la organización, o bien convierte a la conducta en rutinaria.

La frustración puede deberse también a los conflictos de valores entre intelectuales y políticos, lo que lleva, alternativamente:

*a*) a que el político no entienda la importancia teórica de una investigación que no tiene relevancia práctica;

*b*) que utilice las propuestas del intelectual en contra de los valores de éste;

*c*) que confronte su urgencia en actuar con el carácter deliberativo y dubitativo del que reflexiona sobre estos problemas, o

*d*) que los intelectuales sean a veces convocados a trabajar en ámbitos que no son de su especialidad, por desconocimiento del político que decide cuál será la órbita de trabajo del especialista.

Otra faceta de esta discrepancia de valores es común en el asesoramiento sociológico respecto de las organizaciones y su funcionamiento: el político puede rechazar investigaciones sólidas por suponer que su experiencia le da un conocimiento más exacto de su situación que el obtenido por el intelectual. Es muy probable que suceda esto si el intelectual aconseja sobre la base de esas investigaciones un cambio en los cursos de acción y rutina conocidos. Además, el intelectual no puede demostrar que su propuesta es más eficaz que la vigente (Merton, 1964: 228 y 229).

Todo esto desemboca en que el profesional, en cuanto intelectual, debe superar un conflicto inicial entre su propio carácter profesional (que le ha otorgado criterios propios de resolución de problemas) y la pretensión formalista del sistema. Así, mientras la formalización prescribe *cómo* se realizan las tareas, con minuciosidad, *cuándo* y *por quién* deben ser realizadas, la profesionalización resuelve el *quién* mediante la habilitación profesional, y el *cómo* y el *cuándo* quedan determinados por las reglas propias de cada profesión. Sobre estos antecedentes puede sostenerse que formalización y profesionalización deben ser términos inversamente relacionados (a mayor formalización, menor calificación profesional del agente), y si esto no ocurre, es segura fuente de conflicto en la organización. Si el agente para adaptarse al sistema se hace rutinario, representa una pérdida de recursos con el consiguiente aumento de ineficiencia.

Análisis semejantes fueron aumentando la comprensión de la estructura organizacional como sistema social, al margen de las normas jurídicas y técnicas que las rigen, y que se constituyen así, desde el modelo básico de la conducta de los agentes (en la obra de los primeros sistematizadores) hasta un campo normativo residual, de hecho, frente a la importancia de las restantes normas e intereses representados. Es entonces el momento de intentar sistematizar algunos temas significativos de una sociología organizacional moderna [3].

[3] Para un análisis pormenorizado de los antecedentes, puede acudirse a la voluminosa literatura existente sobre la materia. Algunas obras importantes que deben ser citadas son: Argyris, 1975; Bendix, 1966; Bennis y Nanus, 1985; Blau, 1967; Blau y Scott, 1977; Blum y Naylor, 1968; Brown, 1963; Crozier, 1974; Etzioni, 1972, 1973, 1980; Gouldner, 1954; Hall, 1973; Hersey y Blanchard, 1974; Homans, 1977; Katz y Kahn, 1977; Kerr y otros, 1977; Likert, 1975; March y Simon, 1969; Maslow, 1954; Mac Gregor, 1969, 1970, 1974; Mayntz, 1977; Miller y Form, s/f. Sociología Industrial; Mouzelis, 1973; Oszlak, 1985; Perrow, 1973; Scott y Mitchell, 1978; Simon, 1962, y Wright Mills, 1957.

## 4. Los fines.

El sistema racional orientado hacia fines propuestos, según Weber, o la organización científica del trabajo de Taylor resultan tan difíciles de creer como de sostener. Una organización que se correspondiera con el tipo ideal estaría lejos de la perfecta eficiencia, y además condicionaría un alzamiento permanente de sus miembros contra las tentativas de robotización implícitas en pedir tal ajuste de conductas a normas preestablecidas. Esta crítica se debió a aportes de Alvin Gouldner (1954). A partir de allí resulta más claro que los llamados *fines estatutarios* (los que constan en leyes, estatutos, contratos, programas, etc.) deben ser confrontados con los *fines reales,* que son los cumplidos en la organización como consecuencia de la interacción de sus miembros significativos (o de los estratos de la misma, de modo directo o a través de líderes), en consonancia o en disonancia con las normas que definen los fines estatutarios.

De este modo un concepto simple como el de *fin* (estado futuro de cosas o meta que se intenta alcanzar por la organización) resulta sumamente complejo en la práctica, cuando se observa que los fines de cada nivel organizacional (propietarios, dirigencia, supervisión, ejecución, etc.) pueden ser discrepantes con los fines estatutarios. Además, el primer fin de la organización es su subsistencia, y esto implica el control del *medio externo* (que existe fuera de la organización, como sistema social en relación con ella) y el *medio interno* (relaciones cooperativas o conflictivas entre los miembros).

Suponer que todos están identificados con los fines de una organización de elevado número de miembros, es postular injustificadamente la cooperación. Si los directivos lo estuvieran (lo que habría que demostrar, ya que pueden existir distintos intereses entre ellos, y algunos ser contrarios a los fines estatutarios), es probable que los niveles inferiores sean ajenos a dichos fines legalizados, a menos que una ideología organizacional los motivara en ese sentido.

En síntesis, los fines serán entonces el resultado de la interacción de miembros significativos de la organización, realizada sobre una base normativa prevista por reglamentos y normas informales internalizadas por aquellos miembros. Son combinaciones más o menos adecuadas de elementos pasados (normas), proyectados hacia el futuro (estado de cosas pretendido) y hacia afuera (en cuanto la organización es un sistema abierto).

El cumplimiento de los fines presenta otros problemas en cuanto a la medida. ¿Qué quiere decir que un fin se alcanza? Toda organización moderna intenta ser racional, y en este sentido se llama *efectividad* al grado en que la organización realiza sus fines. Pero en teoría organizacional se distingue este concep-

to del de *eficiencia* (que mide los recursos empleados para el cumplimiento de esos fines), de modo que una organización efectiva podría ser ineficiente por gastar excesivamente en comparación con otras para producir lo mismo.

A su vez, esos dos conceptos conducen a otros. En algunos casos, la efectividad y la eficiencia no muestran la verdad de la "producción organizacional". Una universidad que no desgranara excesivamente la matrícula y por lo tanto produjera una elevada cantidad de graduados respecto de los ingresantes, y a un costo inferior a otras, podría, a pesar de ello, ser ineficiente si se midiera el nivel de capacitación que poseen los egresados. La eficiencia tiende a medirse por cantidad y no por calidad, pues responde a conceptos de cálculo de costos; en muchos casos la medida de calidad es difícil, técnicamente.

Existe, por otra parte, un concepto de *seudoeficiencia*, que indica el costo aparentemente reducido en comparación con otras organizaciones, para los mismos productos, pero en realidad elevado: por ejemplo, una organización que apareciera como eficiente a costa de un alto nivel de conflicto, de neurosis o de enfermedades físicas de sus miembros, etc.

¿Qué ocurre cuando hay varias metas y los recursos que se otorgan a unas deben quitarse a otras, ya que no alcanza para cubrir a todas? Muchas veces los fines reales son elecciones que realiza la organización, como decisión política (interna —sin perjuicio del mercado y la competencia— en las privadas, pero predominantemente externa en las públicas). Las elecciones se realizan entre los varios fines estatutarios propuestos por el programa normativo, u otros fines sustitutivos que grupos con poder dentro de ella puedan hacer valer como ajustados a los estatutos (aunque no lo sean). En el caso de un objetivo de lucro combinado con un servicio público, aparece una situación típica: la clínica privada, los servicios de información pública, el espectáculo, la enseñanza privada. El fin comercial puede ser antepuesto o postergado frente al comunitario, en cualquiera de esos casos; o por el contrario, la política externa puede prescribir la inefectividad o la ineficiencia por motivos ajenos a la estructura: una universidad sin restricciones al ingreso de alumnos, por imposición de las combinaciones partidarias, pero sin presupuesto para atenderlos (caso de las nacionales argentinas a partir de 1983), tiene como resultado operativo el desgranamiento de la matrícula por imposibilidad de retener alumnos, o la disminución del nivel de capacitación de los egresados por limitación en el número o calidad de los profesores y de la infraestructura académica. En este caso la estructura organizacional no tiene modo de controlar el *input* desequilibrado (exceso de alumnos contra déficit de fondos) que condiciona sus fines y los resultados.

En otros casos, los fines aparecen como incompatibles: la insistencia en uno debilita al otro, e inversamente; una cárcel

puede ser pensada como organización de seguridad o como lugar de rehabilitación de presos, pero la ejecución de un fin limita el otro. Cuanto más represiva sea, menos rehabilitará; cuanto más pretenda ser institución de enseñanza, menos podrá controlar los casos que no ajusten de manera alguna con ese esquema.

El simple enunciado de estos problemas muestra la estrechez del punto de vista normativo-técnico. Es, en todo caso, una mera guía, y ni siquiera muy segura, para conocer lo que realmente se hace en la organización, cuáles son los fines que se cumplen, las funciones que tiene, y cuáles son los grupos internos o externos que hacen prevalecer determinadas decisiones.

## 5. Organización como conjunto de posiciones sociales.

Lo anterior lleva a considerar que la organización vista de acuerdo con sus normas formales debe ser acompañada, como punto de vista, por la organización entendida como conjunto de *status* normados e interrelacionados, si se pretende describir y explicar su funcionamiento y no el modelo pensado por alguien en determinado momento. Estos *status* deben ser definidos, en cuanto al sistema de expectativas que generan, de acuerdo con las normas de todo tipo que los rigen. El estudio de las organizaciones es un buen ejemplo de la necesidad de combinar las normas informales con las formales. Una organización cuyo objetivo es el lucro, deberá seguramente limitar el cumplimiento de muchas normas jurídicas para poder competir y vencer a sus rivales en el mercado. En una economía desorganizada, la norma real que permita la competencia puede ser la evasión impositiva. En la Argentina, éste ha sido un fenómeno común, en el cual la competitividad se encontró durante años condicionada por el incumplimiento relativo de las cargas fiscales, que aumentaban correlativamente para compensar la evasión, constituyendo así un círculo vicioso al generar, frente a la mayor presión, nueva y creciente evasión de otros contribuyentes, anteriormente dispuestos a abonar sus impuestos. Esta circunstancia puede convertir a la economía en una economía "informal", que subsiste a partir del incumplimiento generalizado de las leyes fiscales y sociales. Analizadas con conceptos jurídicos, se trata de organizaciones cuyos directivos viven entre la infracción y el delito tributario. Observadas desde la óptica formal —y real—, es la única manera de cumplir el *status comercial* de acuerdo con las reglas vigentes en el mercado, o desaparecer. Por lo tanto, un problema de tal gravedad no se puede solucionar con nuevas leyes más represivas, ni con mayor presión fiscal (soluciones jurídicas), sino con el cambio en las *reglas reales* de funcionamiento, rompiendo el círculo vicioso existente.

Una vez más, la función de la sociología no es condenar, sino describir y explicar, lo que no equivale a justificar. En el ejemplo anterior se observa una crisis entre la racionalidad del capitalista individual y del sistema estatal, presunto custodio de valores comunitarios. Un análisis pormenorizado debería integrar normas de refuerzo de las conductas "prohibidas", tales como las técnicas de neutralización frente a la evasión fiscal, o la nula marginación que merece, desde el punto de vista social, el "delincuente".

En todos los casos, las expectativas (y por consecuencia, las normas que rigen la acción) deberán ser inferidas del desempeño de los ocupantes de las posiciones. Esto no es más que una aplicación del punto de vista sociológico-jurídico, que parte de los hechos para reconstruir las normas que rigen la acción, por oposición al jurídico, que en este campo se encontraría representado por Weber, intérprete de la acción a través de un tipo construido por medio de acentuación de los rasgos jurídicos. No es el momento para analizar cómo se construye el tipo ideal y la utilidad que tiene un tipo elaborado a partir de normas jurídicas para interpretar la realidad, trabajo que intentamos en otro lugar [4], sino para señalar una vez más la insuficiente comprensión de la realidad que representa asumir el *deber ser* legal como modelo de la actividad desarrollada en los grupos sociales.

Una consecuencia de superar el error de tomar exclusivamente las expectativas normativas legales puede comprender alguno de los siguientes supuestos:

*a*) *Expectativas no coherentes según la jerarquía.* La falta de coherencia entre las expectativas de las posiciones organizacionales, de acuerdo a quien las tenga del ocupante del cargo (un superior o un inferior), puede no ser comprendida si se acude exclusivamente al reglamento: en éste, seguramente el "cargo" tendrá una competencia, y la distancia social fija deter-

[4] Fucito, 1981: 34 a 39. Allí se sostiene, tras analizar las diferentes posturas que existen sobre la construcción de los tipos ideales, que es posible construirlos de modo que resulten útiles, a condición de no incluir exclusivamente elementos racionales en él. En otras palabras, que el tipo como construcción teórica sea un instrumento racional no significa que deba incluir "elementos racionales", si éstos no son los únicos presentes en la realidad. Si la sociología, como sostenía Pareto, es un intento racional para comprender las acciones racionales e irracionales de los hombres, debe ser capaz de interpretar la mayor cantidad de situaciones que existen en la vida social. En el caso, un tipo ideal como el weberiano es insuficiente para entender la realidad organizacional porque enfatiza de tal modo los elementos racionales que construye un sistema casi automático de acción. Es evidente que confrontado con la realidad, ninguna organización real se ajusta a él; de allí que el tipo deba ser construido incorporando las conductas derivadas de normas informales, y también las respuestas emotivas que puedan ser catalogadas, por estar incluidas en expectativas de acción. Esto es lo que intenta la sociología organizacional, como lo haría la sociología jurídica.

minará lo que puede pedir el superior al subordinado y éste a su inferior. Pero bien podría ser que lo que pide el superior al ocupante del cargo en mira sea incompatible con lo que espera el subordinado de su superior, de modo que aquel que se encuentra en medio de dos posiciones jerárquicas (que es todo ocupante de puesto en una cadena gerencial) esté ubicado en un centro de expectativas reales diversas. El superior puede pedir que el supervisor haga cumplir las órdenes estrictamente a los que siguen en la escala jerárquica, pero los últimos destinatarios pueden pretender benevolencia informal de su supervisor, o tolerancia en las desviaciones formales, y castigarlo informalmente si se comporta con fidelidad a la gerencia.

También comprende este supuesto el caso de incompatibilidad entre los fines organizacionales y los provenientes de un sistema ajeno de interacción. Es el de las presiones o exigencias familiares, incompatibles con las exigencias organizacionales (el llamado "conflicto de status" profesional y familiar).

*b) Expectativas no coherentes según los fines propios.* Los fines de cada estrato organizacional influyen en la interacción y modifican las expectativas normadas reglamentariamente. Es un mero postulado suponer que todos los miembros de la organización tienen los mismos fines y que éstos coinciden con los de la organización. Dentro de un mismo nivel puede haber fines propios que sean incompatibles con los de la organización y no por ello irracionales para el actor. Si un empleado debe elegir entre cumplir los fines organizacionales y los personales en el mismo lapso, probablemente elegirá estos últimos: es común ver en nuestra administración pública la utilización de tiempo organizacional para la propia formación, utilizándose abusivamente las normas que permiten cierta elasticidad en el presentismo (estudiantes empleados, con licencias por exámenes). Del mismo modo, un gerente que busque promoción externa, no se comportará con la fidelidad que los estatutos organizacionales exigen a su cuerpo directivo.

*c) Expectativas divergentes múltiples.* El juego entre las reglas de la organización, las expectativas informales de cada estrato interno y los fines propios de los agentes pueden complementarse de modo tal que constituyan un panorama cuyas alternativas sólo podrían especificarse a partir del estudio concreto de cada organización. Este "organigrama real" nos indicaría también las líneas de influencia y liderazgo real, los fines cumplidos, los dejados de lado y los ocultados, y de todo ello resultaría la organización en su funcionamiento concreto, no en el imaginado.

## 6. Organización como sistema abierto.

Otra omisión significativa del esquema normativo formal es su típica consideración de la organización "hacia adentro"; las líneas formales de poder, las expectativas asociadas a los cargos, la competencia legalmente definida, además de olvidar lo que ocurre de acuerdo con normas informales y fines propios de los miembros del sistema (lo que se llama *medio interno*), también margina que la organización es un *sistema abierto*, es decir que existe en un *medio externo*. De este medio externo provienen los agentes (ya que por tratarse de un grupo segmentario no socializa a sus agentes desde el nacimiento), para él presta servicios, y es éste el que limita la racionalidad de los fines propios (estatutarios o reales) de la organización.

El medio externo controla recursos y acepta o rechaza el servicio prestado. Es cierto que en caso de organización monopólica, el medio externo tiene limitado poder de crítica por el deficiente cumplimiento de los objetivos, pero no es menos cierto que en estos casos las definiciones políticas y presupuestarias son íntegramente externas, y la dependencia, si bien menor respecto del usuario (como en la empresa privada), es mayor respecto del poder político.

Se ha observado que el conservatismo como rasgo de la cultura organizacional es mayor cuanto mayor sea el carácter monopólico del servicio, y la imposibilidad de acudir a una prestación alternativa (empresas de servicios públicos, administración pública, administración de justicia). La idea de burocracia como sistema incapaz de reaccionar ante sus propias fallas se debe básicamente al desinterés por alterar las conductas, motivado por la seguridad que la propia posición mantiene, sea porque nadie tiene poder suficiente para competir en un mercado, sea porque existe un monopolio legal que justifica el bajo rendimiento. El costo del deterioro de la imagen externa es inferior al de tornar más racional la organización, y no existe incentivo alguno para modificar la rutina ineficiente.

Frente a tal situación, la selección del personal no se hace a través de criterios racionales respecto de los fines organizacionales, sino por criterios políticos, es decir, acudiendo a *otra racionalidad* (la del favor político: "hoy por ti, mañana por mí"). La intrusión de la racionalidad política en el campo de la racionalidad instrumental eficientista resulta irracional respecto de una organización entendida como sistema técnico operativo. Los cargos directivos cubiertos por amigos no garantizan, seguramente, ninguna eficiencia en el sistema (salvo respecto de otras reglas informales, como la devolución del favor político y el uso de la organización fuera de los objetivos legales). Ejemplos no

nos faltan en la Argentina sobre estos temas, en siglo y medio de historia independiente.

En estos casos, la racionalidad propia de la promoción en la organización política (partido, sindicato), es disfuncional al introducirse en la organización una técnica empresarial pública, que no puede ajustar el criterio de racionalidad interna (que hace al cumplimiento de objetivos que también podría cumplir una organización privada) con sus reglas orientadas a colocar en puestos claves a partidarios como premio o pago del favor político. O se es racional con el sistema político (premiando la adhesión, la fidelidad o al "trepador de la pirámide") o se lo es con el sistema según el cual los cargos se ocupan por acreditar conocimientos técnicos.

En definitiva, un enfoque adecuado de la racionalidad organizacional permite observar que ésta se ve afectada por las influencias externas (otras organizaciones, sistema político, organizaciones que forman agentes, como escuelas y universidades), y por lo que ocurre dentro de la misma organización. El grado hasta el cual la organización tiene éxito para lograr cierta racionalidad en el cumplimiento de sus objetivos depende de las presiones internas y externas a que está sometida y de cómo puede controlarlas.

A partir de una teoría sistémica que defina a la organización como un sistema informativo se valoran asimismo estos aspectos, pero el riesgo de simplificar su presentación reside en considerarla como una "caja negra" en la que se produce la combinación informativa de la que resulta el *output* hacia el sistema externo. De hecho, la organización (sobre todo la burocracia pública) hace todo lo posible por protegerse del medio externo, pero la penetración de esos secretos es un tema distinto a la posibilidad de comprender los mecanismos de procesamiento de información, y cuáles son los modelos posibles de acuerdo con esos parámetros, según se oriente hacia lo normativo legal (el pasado, la rigidez, el análisis dogmático de la información) o hacia el servicio (el futuro, la flexibilidad, la comprensión de los efectos del producto organizacional una vez realizado).

## 7. El sistema de poder.

Es evidente que ninguna organización funciona sola, por la simple existencia de reglas técnicas que todos cumplen. Para que fuera así, todo debería estar previsto y todo funcionar de acuerdo con expectativas fijas e inmutables. Ningún sistema social tiene esas características, y menos aún podría tenerlas uno de tanta complejidad como el organizacional.

De acuerdo con un esquema formal, la autoridad controla el desempeño de los papeles en la organización y tiene por obje-

to verificar el cumplimiento de los fines. La influencia es unidireccional (el superior sobre el inferior), depende exclusivamente del cargo y debe considerarse más la posición que el ocupante. Sabemos también que según el modelo, el "soberano legal" típico manda y obedece de acuerdo con la ley, y el poder es atributo del cargo (Max Weber, 1974:175).

Considerar simplificadoras estas afirmaciones no significa negar la existencia de una normatividad legal tenida en cuenta por los que mandan. Sn embargo, no es ésta la opinión de Crozier, que atribuye al poder la posibilidad de carecer de normas reguladoras de la propia conducta: la previsibilidad del comportamiento es consecuencia de la inferioridad jerárquica (1969, II: 31). La idea resulta probablemente no confirmable, pero seguramente ajustada a un criterio antinormativo "realista" en el sentido que hemos visto en su oportunidad (Capítulo IV, Nº 3, *e*). Aunque el inferior jerárquico vea a su superior como libre, lo mide de acuerdo con sus propias normas; no conoce las normas por las cuales el superior (así sea funcionario político) queda condicionado en su conducta, y que pueden no ser las organizacionales formales que él conoce. Tratamos de organizaciones, no de grupos sometidos a sátrapas antiguos o modernos.

La ubicación en un determinado *status* permite una observabilidad diferencial de los papeles más alejados respecto de los más próximos. Se ve lo que está cerca, pero cuando se alejan los otros *status*, su visibilidad se reduce; ignora las reglas que rigen la conducta de los superiores de sus jefes, más aún cuando los condicionamientos de la conducta de éstos pueden ser externos a la organización.

## 8. Liderazgo.

En la sociología organizacional suele hablarse de *liderazgo* como la influencia interpersonal, ejercida en situación y orientada, a través de un proceso de comunicación, hacia el logro de una meta o metas especificadas (Tannenbaum y otros, 1971:29).

Existen varias alternativas para la consideración del liderazgo, algunas personales, otras como categorías de conducta. Un caso del primer tipo es el concepto de Katz y de Kahn, para los cuales el liderazgo significa una influencia por encima del nivel de obediencia a órdenes rutinarias, que proviene necesariamente de cualidades personales de los ocupantes de los cargos (1977:337).

Parece claro a través de lo expuesto que en las organizaciones el líder más eficaz no es el burócrata automatizado que pretende mandar y obedecer mediante normas jurídicas, sino el que integra exitosamente normas primarias y secundarias, el que

combina intereses de la organización con intereses de los miembros y no margina sus propios móviles, aunque logra no anteponerlos a los comunes. En este modelo la norma jurídica y la regla técnica están presentes, pero no para desnaturalizar la convivencia o marginar el carácter humano de los implicados en el sistema de interacción, afirmación que puede parecer banal, pero que generalmente no se tiene en cuenta. Tratar a los otros como personas puede ser una regla de oro en materia de conducción organizacional.

Todo esto constituye, sin duda, un modelo, pero si se trata de formular paradigmas de efectividad y eficiencia, la descripción del tipo ideal compuesto parece más adecuada para lograr la conciliación de fines grupales y personales que los realizados a través de criterios mecánicos y eficientistas, que obtienen (si los obtienen) resultados a expensas del deterioro de factores marginados del análisis: seudoeficiencia, seudoefectividad, aunque los números resulten, en definitiva.

En otro lugar hemos intentado aplicar estas ideas a la administración judicial, en la cual el juez, en general, es visto como el "soberano legal típico" y no como un "gerente de servicios", o, si se prefiere, como una persona con un rol de conducción de sistemas adecuado para resolver o componer conflictos. Tal actitud comporta la necesidad de conducir a un grupo de trabajo hacia un objetivo, que no es ni burocrático ni técnico-legal: es, simplemente, humano. Este tema remite a las categorías de poder (que no es todo legal), y a la legitimidad, que en este caso hace a la aceptación del fallo por los destinatarios (medida que difícilmente se tiene en cuenta, encubierta por el *imperium* y la ejecución forzada, como posibilidad, sin medir la realidad) y también por el grupo de trabajo. En esta situación, el que se limita a cobrar el sueldo, y considera su tarea como un "castigo de pobre", no podría pasar de un desempeño tan mediocre como ubicado en el justo límite, por debajo del cual sería sancionado.

El compromiso, la motivación en las labores, tienen mucho que ver con la posibilidad de incentivar conductas positivas en el grupo de trabajo, y ello no surge de ningún estatuto. Sin embargo, hacen a la única posibilidad de realizar una tarea adecuadamente y sin un costo personal alto (Fucito, 1981:142 y ss.; 1989: 53 y ss., 83 y ss.).

Resulta más importante que el líder conozca las normas que *realmente* rigen al grupo (y que le permitirán modificar *algunas* de ellas) a que se aferre al reglamento como si todos actuaran de acuerdo con él. La dificultad de aceptar que no toda norma es jurídica, y la simplificación derivada de suponerlo, puede producir respuestas negativas en los que reciben las órdenes. El liderazgo implica que si se da una orden, ésta debe ser obedecida; pero esta afirmación no tiene una lectura lineal. No significa que "toda orden —cualquiera que sea— debe ser obedecida", sino

que en el momento en que se toma la decisión de darla, el conocimiento sobre su aceptación o rechazo debe ser el más amplio posible, porque de lo contrario, un rechazo a la orden significa cuestionamiento de la autoridad y rebaja la posición del líder. Para que esto no ocurra, se supone que el líder debe conocer el límite *real* de su autoridad y no el que le otorga el reglamento.

Su autoridad puede ser mayor o menor que la reglamentaria, y debe saberlo, porque si actúa a ciegas, la respuesta será frustratoria de las expectativas ajenas, y de las propias, al haber actuado como los demás no esperaban, y obtener respuestas que él mismo no esperaba. Por supuesto, aquí no se toman en cuenta respuestas aleatorias, intuiciones o iluminaciones, que se utizan a veces con éxito por los líderes que se consideran ungidos o carismáticos.

La ignorancia de la dimensión del propio poder o influencia puede ocasionar también que el líder se quede atrás de la línea, y no intente realizar acciones que los otros le hubieran permitido. Pero es menos probable; muchos se conforman y satisfacen en mandar, y a veces tampoco verifican el cumplimiento de las órdenes: es un modo de no enterarse de lo que ocurre. Otros sancionan duramente a los que se separan de las órdenes, pero no hay coacción que dure indefinidamente, y los coaccionados, tarde o temprano, intentarán cobrárselas al "verdugo".

La contracara de dar las órdenes que pueden y serán cumplidas, es que deben ser dadas cuando son esperadas, y no puede omitirse esta expectativa de los subordinados. Hay quienes equivocan la acción siendo "democráticos" o dejando hacer cuando el grupo espera concretamente que el curso de acción a seguir sea fijado. No dar la orden esperada puede ser tan grave como dar órdenes que nadie quiere o espera.

La discrecionalidad del líder también está normada; nadie hace lo que quiere, y si el soberano absoluto es un fenómeno político, se deberían, aun en ese marco, determinar cuáles fueron los condicionamientos de ese poder aparentemente omnímodo. Pero nuestro campo de estudio no es esa política, sino la política organizacional. En general, el líder organizacional no es el "príncipe", cuya voluntad es ley, y su margen de disponibilidad suele ser condicionado interna y externamente, como hemos indicado en páginas anteriores. Los límites son puestos por la misma cultura organizacional, y la posibilidad de introducir cambios depende de aquélla (Homans, 1977:441; Tannenbaum: 1971:41; Hersey y Blanchard, 1974:77).

Toda esta actividad de conocimiento de normas a partir de conductas requiere algo más que expertos en técnica sistémica y en derecho. Hace falta una fina sensibilidad para escuchar, ver, conocer y autocontrolarse. Un líder poco atento, que no ve lo que ocurre (haciendo caso de los microclimas prefabricados por los miembros de algún círculo áulico), que se descontrola fá-

cilmente, podrá ser un jefe burocrático legal, y tendrá la obediencia debida a esa función (casi igual a nada). Nunca será un líder de grupo, ni motivará conducta alguna que mejore el desempeño de los miembros de la organización. La mejor respuesta que puede tener es un desempeño mediocre; la peor, que se lo ignore totalmente. Eso sí, se dejará constancia escrita de cada uno de los inútiles pasos realizados.

La reflexión final, respecto del liderazgo, tal como ha sido considerado, es su ajuste a instituciones de trabajo, educacionales, sanitarias, artísticas o científicas. ¿Qué ocurre con las militares, prisiones, Iglesias? En la confección del tipo anterior se ha tenido en mira un liderazgo adecuado a personas formalmente libres (lo que descarta las prisiones), que pretende objetivos empíricamente realizables a través de medios seleccionados por su efectividad (lo que margina a las Iglesias, que no se proponen tales fines) y en los cuales la unidad de control no sea requisito de la supervivencia grupal (lo que separa a las estructuras militares). Debe aceptarse que en algunas organizaciones, la actividad exige superconformidad con las órdenes, y aquí parece que este perfil del líder es inadecuado. Lo que ocurre es que muchas burocracias públicas (el mismo tipo burocrático) y organizaciones históricas de trabajo tuvieron como modelo constructivo los organismos militares y las prisiones. El modelo X, al que nos referimos en páginas anteriores, es un derivado de esta concepción. La creación de otros modelos para el trabajo organizado va desgajando del tronco común a la mayor parte de las organizaciones (véase, por ejemplo, el modelo de escuela autoritaria, mezcla de prisión y organismo militar, frente al modelo moderno, democrático, y orientada hacia la formación de una persona social creativa). Así quedan algunos tipos residuales que carecen de paradigmas de alternativa. Respecto de la prisión, es evidente que el modelo mismo tiende a ser superado por sus nefastas consecuencias para los encerrados en ellas. La estructura militar se inclina, por el contrario, a modificarse en favor de organizaciones tecnificadas, en las cuales la idea del batallón de combatientes cuerpo a cuerpo parece tener, de modo creciente, una dimensión menor frente a centros de decisión dotados de tecnología de avanzada.

En todos los casos, sin embargo, por tratarse de grupos humanos, la discrepancia entre lo formal y lo real es parte de la realidad; aunque el líder deba ajustarse más a lo formal, existirán infinidad de casos en que las normas establecidas serán insuficientes, así como existirán numerosas interpretaciones de lo legal cuando se pretenda aplicarlo a casos concretos.

Por otra parte, no puede discutirse seriamente que muchas de las elaboraciones y experiencias realizadas sobre comportamiento y liderazgo en las organizaciones privadas son aplicables a las públicas, sean o no sean burocráticas en sentido webe-

riano. Hoy no es posible sostener la imposibilidad de una teoría conjunta, como pensaba Mouzelis (1973:75), ya que no hay trivialidad o inconsistencia en estos puntos de vista únicos, sino generalizaciones derivadas de constituir todos ellos grupos humanos que se proponen fines comunes. Podría discutirse la construcción válida de modelos específicos de análisis de organizaciones derivadas de la observación de la cultura occidental, aplicables a toda cultura, pero en este caso sería por insuficiencia de conceptos adecuados en la sociología que sirviera de base a tales concepciones. Parece claro que si se parte de una "teoría de alcance medio", aplicable a organizaciones públicas francesas o alemanas, no se puede, sin más, aplicarla a sociedades que no funcionan de la misma manera. Sin perjuicio de esta limitación, es posible obtener principios válidos para la observación y explicación de todas las organizaciones de una determinada sociedad o cultura, que en general comparten las mismas formas de conducta social.

## 9. El proceso de comunicación.

Toda organización posee circuitos por los que la información necesaria para llevar a cabo los fines es transmitida, al igual que en cualquier sistema de interacción. La diferencia sustancial está dada por la extensión de estos sistemas, las personas involucradas y la pretensión de una mayor confiabilidad en las respuestas, respecto de las que se pedirían a las personas en un contexto menos organizado (por ejemplo, la vida informal de relación, la convivencia cotidiana en la ciudad).

De acuerdo con el modelo clásico, toda comunicación humana tiene una *fuente*, persona o grupo que intenta transmitir cierta información. El propósito de la fuente se expresa como *mensaje*; éste se emite a través de un código o lenguaje, que lo *codifica* para poder transmitirlo (por ejemplo, la transformación de ideas en palabras emitidas o en impulsos eléctricos). El mensaje así codificado se transmite a través de un *canal* (el aire, una onda portadora, un circuito eléctrico). Al *receptor* le llega un mensaje y lo *decodifica* (interpreta el código y lo transforma nuevamente en la idea que quería transmitirse) (Berlo, 1980: 24 y 25).

Esto ocurre si los códigos de transmisión y de recepción se comparten y si no existe ningún impedimento al cumplimiento del objetivo inicial; los obstáculos en un proceso de comunicación extenso como el organizacional son numerosos, y exceden la posibilidad de tratamiento en este lugar, aunque más adelante se indican algunos supuestos comunes.

La organización constituye un sistema de circuitos restringidos y formalizados de canales de comunicación, ya que define

unas opciones respecto de todas las comunicaciones posibles entre las personas consideradas. Esto sólo describe la comunicación formal (escrita, en general, de acuerdo a la transmisión de información por canales fijos entre posiciones establecidas). Nada dice de toda la comunicación informal, que multiplica a la formal en cualquier sistema, así sea el más burocrático. Se prefiere, en general, no tomarla en cuenta y "atenerse al expediente" por dos razones estructurales: una es la dificultad de registro de las comunicaciones que se emiten, precisamente, para no ser recordadas, salvo en la memoria. Y la otra es que de tal manera se podrían rasgar los velos de la organización "formalizada", y esto no conviene al mantenimiento de los secretos, que obviamente protegen una situación operativa determinada.

El ocultamiento no elimina ni amortigua los efectos de la comunicación "de servicio", de modo que la comunicación formal resulta ser una derivada manifiesta y visible de la comunicación informal, por la cual se ha transmitido buena parte de la información importante sobre la que no se quiere dejar rastros.

Los canales formales e informales abarcan tanto a los verticales como a los horizontales. Los primeros permiten la comunicación hacia arriba y hacia abajo en la organización (órdenes, pedidos, informes, notificaciones, quejas, sanciones); los segundos comunican niveles de igual poder.

Una comunicación aceptable, desde el punto de vista del receptor, cumple los siguientes requisitos: es comprensible, coherente con las finalidades y los intereses de los destinatarios, y capaz de ser ejecutada. Si la observamos desde la óptica de la organización, deberían anteponerse dos requisitos: la coherencia con los fines de la organización y la legitimidad (autenticidad) del mensaje. Pero, por lo menos, el primero de éstos podría ser dejado de lado, si resulta que la orden es compatible con los fines personales del destinatario, en caso de conflicto entre ambos tipos de fines.

La comunicación vertical descendente se refiere a: 1) las órdenes para hacer una tarea específica: instrucciones para el trabajo; 2) la información diseñada para que se comprenda la tarea y cómo se relaciona con otras tareas organizacionales; 3) la información sobre procedimientos y prácticas organizacionales; 4) información de carácter ideológico para inculcar la noción de una misión a cumplir: adoctrinamiento respecto de metas.

En general, el énfasis sobre cada tipo de información depende de la organización de que se trate, pero todas son necesarias. La última, particularmente, es significativa para mantener la cohesión alrededor de los objetivos organizacionales, y es la más dificultosa, pues requiere un manejo cuidadoso de la cultura organizacional y de la cultura propia de los agentes. El descreimiento puede ser el resultado de una comunicación tendiente a valorizar la "misión" en un contexto poco preparado o poco in-

clinado a aceptarlo. Sin embargo, el descuido de este aspecto en favor de las "órdenes de trabajo" da pocos frutos (sobre estos temas, vinculados a la administración judicial, ver Fucito: 1989: 55 a 64).

La efectividad de la comunicación depende de las características de cada elemento del sistema: el emisor, el mensaje, el canal, el receptor y los sistemas de codificación y decodificación. El emisor debe emitir mensajes que representen ideas claras y ejecutables; debe transmitirlos por un código que sea comprendido por el receptor, y a través de un canal sin distorsiones e interferencias. El receptor, a su vez, debe comprender el mensaje y estar dispuesto a cumplirlo, por resultar compatible con sus propios fines. Tales los requisitos de un sistema que funcione con efectividad. Si no se da tal posibilidad, la situación de incertidumbre informativa resultante puede ser calificada como de *entropía de las comunicaciones* (Quiroga Lavié, 1986:94).

El tamaño del sistema de comunicación —extenso en las grandes organizaciones— conspira contra la ausencia de distorsión en el mensaje. De allí que la seguridad pretendida del sistema burocrático se asentara en la comunicación escrita, más confiable que la oral, y limitadora de la discrecionalidad de los agentes. Ya hemos tratado en el Capítulo I de los problemas derivados de la pluralidad de códigos en el mensaje jurídico y la dificultad de limitar la discrecionalidad interpretativa. Agreguemos ahora que toda comunicación racionalmente emitida debe propender a ser cíclica, es decir, volver al emisor inicial como aceptación, rechazo o propuestas de modificaciones. Parte de la irracionalidad organizacional consiste en olvidar este aspecto: las órdenes, por ejemplo, se emiten, y nadie verifica qué ha ocurrido con ellas cuando llegan a los destinatarios. Extendiendo el panorama, lo mismo puede ocurrir con la ley en sus múltiples manifestaciones: ¿quién verifica su cumplimiento, y en qué medida?

En la información que cierra el circuito (retroalimentación operativa) puede ocurrir un nuevo proceso de distorsión. Supongamos que realmente se solicite saber qué ha ocurrido con cierta orden y sobre la medida de su cumplimiento. Los niveles inferiores pueden estar comprometidos con fines propios a los cuales la orden es ajena y tratar de ocultarlos. Para esto pueden emitir hacia arriba información falsa que da cuenta del cumplimiento de la orden, al solo efecto de proteger su propia posición. En este caso se ha cortado el circuito informativo para introducir información favorable al que se encuentra en un punto tal del sistema como para emitir información hacia arriba discrepante con lo que ocurre en realidad. De este modo, aísla de información veraz a sus superiores, a la vez que controla los cursos de acción de los inferiores, dosificando las órdenes en beneficio propio. Mucho más complejo resulta el caso en que el agente emisor

de la información distorsionada lo hace en la creencia ideológica de que así ocurren los hechos, induciendo a confusión a otros. En este caso debe estudiarse en qué medida el contexto cultural ayuda a formarse creencias distorsionadas, a *"ver lo que se quiere ver"*.

Otras causales de inefectividad en el circuito de comunicación provienen de la *sobrecarga informativa.* Cuando se transmite tanta información desde el medio externo, o por producción interna, como para no poder ser absorbida ni procesada, aquellos que están sometidos a tal situación reaccionan defendiendo su posición y su tarea de varias maneras. Se puede *omitir el procesamiento* de parte de la información, de un modo definitivo, lo que es practicable sólo a condición de que la organización presente un avanzado estado de anomia. En las que el proceso de sobrecarga es crónico, se utiliza con mayor éxito la *dosificación* (procesamiento de parte de la información, difiriendo el resto para los momentos de menor flujo), con cuya política el atraso se va acumulando, tal como ocurre en la administración pública en general y en la de justicia en particular.

Una forma parecida es la *filtración*; en este caso no se trata de una administración del trabajo y del tiempo, sino de la manipulación creciente de información para presentar los acontecimientos de un modo favorable al agente (resolver los casos más importantes o los que dan imagen pública de "cumplimiento del deber", ignorando los otros o dándoles un tratamiento "de segunda"). Como alternativas, el *error* puede ser producto de la sobrecarga, en la medida que no puede valorarse atentamente toda la información recibida, y se responde inadecuadamente, o la temeridad profesional, a partir de la cual el acostumbramiento con el trato de determinados asuntos tiene por resultado un manejo superficial, por indiferencia y desaprensión. La llamada *reducción de categorías de discriminación* es una respuesta de bajo nivel, vaga e imprecisa, para "salir del paso", que se observa en muchos resultados de la administración pública y judicial. Todos éstos son modos por los cuales los miembros de la organización *parecen* contestar todos los requerimientos y controlar la sobrecarga, cuando lo hacen en realidad cumpliendo un trabajo de mala calidad, que no se orienta debidamente hacia el medio externo. Sólo protege el propio sistema, la fuente de trabajo y la rutina en la que se halla cómodo. Se ha centrado en los intereses propios: los de la organización, de acuerdo con las propuestas estatutarias, han perdido valor, y las reales convalidan el privilegio del medio interno sobre todo otro.

En otros casos, la respuesta inefectiva o ineficiente se produce a través de *canales paralelos,* que se crean para compensar la sobrecarga de los canales institucionalizados. Esto es común también en nuestra administración judicial, por la delegación de

tareas en funcionarios de menor jerarquía (Oderigo, 1983; Fucito, 1991 a).

Acumulación de demandas por déficit de canales y la indecisión resolutiva por sobreabundancia de canales o alternativas, son disfunciones derivadas de causas ajenas a los contenidos mismos de las comunicaciones, pero que plantean la necesidad de ajustar canales y demandas, y un código para su utilización que determine el orden de prioridades y qué hacer con las demandas que no se pueden atender. A juicio de Quiroga Lavié (1986:94), esas demandas deberían ser devueltas reformuladas, para que los demandantes pudieran atender sus reclamos por otras vías, o, lo que es más importante, haciéndoles ver que disponen de otros recursos para satisfacer sus reclamos. Un caso de éstos me parece que existe con la sobrecarga de juicios civiles y comerciales que podrían resolverse por el arbitraje, desconocido en el país salvo en círculos muy específicos.

Por último, *la respuesta ritualista,* de la que hemos tratado, y que consiste en pedir más información como recurso para no resolver las peticiones, en casos en los que la mayor información no es necesaria. En el ínterin, el agente puede dedicar su tiempo a otras tareas, ya que tiene práctica para solicitar información redundante sin excesivo esfuerzo. Si el agente ritualista tiene éxito, puede desalentar y lograr el desistimiento de muchas peticiones a fuerza de obstaculizarlas con su "máquina de impedir" los objetivos organizacionales estatutarios. Si bien el modelo es ajustado a la burocracia pública, se observa también en las empresas privadas, en todos los casos que los intereses de los agentes puedan hacerse prevalecer sobre los del conjunto y sobre el servicio prestado al medio externo.

En el análisis precedente se ha supuesto, para simplificar, que los circuitos informativos organizacionales pueden estudiarse internamente, con relativa marginación del medio externo. Pero como ya hemos visto, resulta parcial ese encuadre, porque los circuitos informativos internos transmiten los mensajes que el medio externo origina, y la información que produce vuelve a ese medio como producto.

## 10. Cambio organizacional.

Muchas veces se ha planteado el cambio organizacional como un cambio dentro de la estructura aparente de la organización. Sin embargo, debe entenderse como un cambio en su cultura. Los administradores formales y los juristas, a partir de reglas técnicas y normas, poco pueden hacer en este sentido.

Un ejemplo puede aclarar la discrepancia entre lo requerido y lo propuesto, valorando las actividades como instrumentos.

Kliksberg (en Oszlak, 1985:464 y ss.) hace mérito de la ruptura entre lo que en muchos estudios se entiende por "administrador eficiente" y las tareas que concretamente realiza un líder organizacional de éxito en la cultura occidental. El modelo formal sostiene que la problemática organizacional se basa en la programación y el ordenamiento de un conjunto de funciones, de modo optimizante en relación a los objetivos fijados; para esto se proponen organigramas ideales, se describen cargos, normas, procedimientos, planes, etc., marginando mucho de lo que hemos analizado en las páginas anteriores. Estudios empíricos, por el contrario, demuestran que los líderes organizacionales exitosos en empresas comerciales, más que en tareas de comunicación formal y adecuada al trabajo reglamentado, pasan largas horas en comunicaciones informales y fragmentarias. Su comportamiento es menos sistemático, más informal, menos reflexivo, más reactivo, menos organizado, y más frívolo que lo supuesto por cualquier estudioso de un sistema de planeamiento estratégico (Kotter). Estas conductas, que aparecen como disfuncionales y dispendiosas en un marco formal y racional de eficiencia, son funcionales en el marco de actividad realmente requerida para el logro de objetivos.

Lo que ocurre es que los líderes exitosos prestan atención a los requerimientos *reales*, y no a los formales de la situación, y actúan en consecuencia. "Según surge de la investigación, se dedican principalmente al establecimiento y continua actualización de agendas de decisión amplias, proyectadas en el largo plazo, flexibles, y a construir una red de relaciones entre la gente que sienten que necesitarán para implementar sus agendas". En ambos casos recurren intensivamente al contacto humano directo, informal, y emplean una extensa gama de métodos de relación cara a cara. Es decir que hacen exactamente lo contrario de lo prescripto por los modelos formales de eficiencia de acuerdo a objetivos.

En un caso como el indicado, la incentivación de criterios formales para el cambio no originará ninguno, porque la actividad de éxito no se encuentra orientada hacia esos modelos sino hacia otros, para los cuales no hay preparación posible en un paradigma que no los incorpora, sino que los considera disfuncionales. El ascetismo protestante del capitalismo primitivo no parece tener relación alguna con la conducción empresarial actual, más allá de la valoración ética que merezca el hombre serio, dedicado a su perfeccionamiento y a la tarea como profesión, frente a un frívolo que consume su tiempo en reuniones informales.

El ejemplo vale para definir la imposibilidad de instrumentar un cambio *dentro* del sistema, si los objetivos que pretenden alcanzarse lo superan en su estructura actual. Hay metas que una organización, tal como se presenta en un momento determi-

nado, no puede alcanzar de ninguna manera, introduciendo cambios o haciendo retoques dentro de ella. Debe cambiar *el sistema* organizacional para que sea posible realizarlas. De un modelo simplificado, proyectado hacia el futuro, sólo pueden surgir instrumentos inadecuados. Nótese que el gerente exitoso hacía, para lograr sus fines, exactamente lo contrario de lo establecido: y eso era lo necesario para lograr el objetivo de intercambio y comunicación que permitiera la mayor inserción de su organización en el mercado.

El tema tiene relevancia en la reforma judicial, que en nuestro país siempre se ha intentado proponiendo "más de lo mismo": más juzgados, reformas y remiendos de los mismos códigos procesales o de otros parecidos [5]. Una administración judicial eficiente no es un retoque de la vieja burocracia colonial que todavía practicamos: es, simplemente, otra administración de justicia, con otros modelos de jueces, sin funcionarios subalternos con funciones otorgadas por la necesidad, sin poder en manos de miles de empleados anónimos. Es otra justicia, con otra cultura compartida por los que la administran. Probablemente sea dificultoso convenir en un nuevo modelo cultural; pero, por lo menos, aceptar esta idea impediría el desgaste de energías en emparchar y remendar un sistema que no puede dar más de lo que da, aun con más tecnología, aun con la informática de última generación.

Por otra parte, el conocimiento de la cultura organizacional y de las reales medidas de la efectividad son básicas para cualquier cambio que se intente. Así, si una organización (pública, en general, pero también privada, ya que no hay correlaciones simples en este campo) tiene como objetivo la defensa de los puestos de trabajo, resultando los fines estatutarios meros pretextos para el mantenimiento formal de la estructura, será inútil pretender un aumento de efectividad en la que nadie está comprometido. Si una estructura académica tuviera por objetivo el reparto de títulos y honores entre miembros adscriptivos, y no el aumento o el desarrollo del conocimiento, cualquier reforma que tienda a fijar criterios racionales para elevar el nivel de excelencia de sus miembros, o incorporar agentes destacados en cada área, estará destinada a fracasar, pues significaría el fin de un marco cultural prevaleciente. Los que buscan el desarrollo de la ciencia están tras otros objetivos que los que aspiran a cargos por mera fatuidad, pues no comparten objetivos culturales, aunque formalmente todos pertenezcan al mundo científico. Otro

[5] Una importante excepción a este criterio general ha sido la introducción del procedimiento oral y público en causas penales, para la justicia nacional, en 1992. Sin embargo, hemos anticipado algunas dudas respecto de su aplicación por jueces del sistema escrito, en una cultura burocrática, tal como lo señaló Calamandrei para Italia en su momento. Ver *A propósito del juicio oral*, en "Rev. Jur. La Ley", 22/10/1992.

tanto cabría decir de los "comerciantes de la ciencia", que, según resulta visible, no comparten con los otros dos grupos la "idea de lo que debe hacerse" en la organización considerada.

Muchas sordas luchas que revierten en el marco organizacional como una formalidad errática (cambios permanentes de política) obedecen a la imposibilidad de definir un marco cultural en virtud de los conflictivos intereses existentes entre los miembros. Y esto lleva a la idea de *resistencia* al cambio, de la mano de agentes que sienten que ello perjudica sus intereses. La *rutina* es el caso más conocido, pues es la resistencia pasiva de miles de empleados y funcionarios anónimos de cualquier organización. El simple hecho de hacer algo del mismo modo como se ha venido haciendo desde hace años, es suficientemente valioso como para no hacerlo de otra manera: y esto también es un interés defendible para el que protege su comodidad.

Por supuesto, no todas las estructuras son igualmente resistentes, pero aquellas que guardan "rutinas de trabajo" como tesoros valiosos —venerables tradiciones—, casi fines organizacionales, las que practican el nepotismo y la adscripción para la incorporación y promoción de sus agentes, rechazando por cualquier medio (entre los cuales la violación de la ley es el que menos preocupa) la posibilidad de acceso del "técnicamente capaz" pero "ajeno al grupo" (casi un "extragrupo" al que se guarda hostilidad y prejuicio aun sin conocerlo), dificultarán seriamente cualquier cambio planificado o estrategia formal que quiera introducirse para producirlo. Salvo, obviamente, que se conozca a fondo la cultura a modificar y se tengan instrumentos para desarmar su funcionamiento.

Entendemos, en síntesis, que el cambio de las organizaciones no reside ni en el cambio de personas ni en el cambio de estructuras formales, aunque ambos sean necesarios como complemento de otros cambios en profundidad. Sólo puede efectivizarse a través de *un cambio en las expectativas de las posiciones del sistema,* es decir, un cambio en las normas que rigen la acción, y que, como hemos sostenido reiteradamente a lo largo de este libro, sólo mínimamente son jurídicas o técnicas. No hay cambio unilateral, ni cambio por ley, ni cambio de personas en unas u otras posiciones que puedan alterar la realidad cultural: debe variarse una ética, las costumbres, los valores comprometidos en la acción. La ley podrá reforzar las ideas a condición de ser sentidas como apropiadas.

Esto explica también el fracaso seguro de "mandar a capacitarse" a los directivos actuales o futuros, para que luego conduzcan la organización de acuerdo con lo que han aprendido. La rutina de las posiciones complementarias con las que interactúan en los roles organizacionales los presionarán hacia la reasunción de la posición anterior. En esta idea, el punto de vista sociológico, al hacer de la cultura el centro del análisis, puede diferir

de un voluntarismo psicológico, que atribuiría mayor autonomía a la persona de acuerdo con las nuevas capacidades adquiridas, y capacidad "motivadora" a partir de esa capacitación y aceptación del cambio.

El medio externo puede obligar al cambio para permitir la subsistencia de la organización. Los fines pueden agotarse o carecer de aceptación y tornarse de imposible cumplimiento. En estos casos el cambio resulta vital para la organización, aunque sólo posible si además tiene los recursos suficientes para afrontarlos. En todos los supuestos, el cambio significa una profunda transformación, y se vincula con la planificación a mediano o largo plazo, aceptando la validez de la idea según la cual no puede haber cambio cultural con miras cortas (introducción de modificaciones exclusivas en lo formal) ni fundado en el oportunismo de lo inmediato. Mucho menos con retoques administrativos para resolver problemas coyunturales, agregando epiciclos para sostener sistemas ptolomeicos.

Si vinculamos lo expuesto con la temática general de este libro, no puede ser distinto el introducir cambios en la cultura organizacional que incorporarlos a la cultura de clase, salvo por los límites más acotados de la primera. Así como la variación en las leyes no cambia de por sí países y conductas (que si es necesario se "adaptan" para acatar formalmente la ley sin "aceptarla", tal como muchos ejemplos en la historia lo han demostrado, el último de los cuales es la reaparición de las culturas nacionales luego de la disolución del imperio soviético), lo mismo ocurre en el relativamente menor cambio organizacional. Una estructura humana no puede ser superior a la cultura de sus miembros, pero puede ser inferior: los moldes retardatarios pueden ahogar cualquier perspectiva de un mejor desempeño de los agentes tomados aisladamente. Lo único que puede favorecer un cambio es, dadas las metas —lo que significa decisión política—, incentivar los elementos culturales adecuados a ella que puedan existir dentro de la organización, para potenciarlos y hacerlos actuar como propios de la cultura incipiente cuyo desarrollo se pretende. Los fenómenos antes contraculturales (como la efectividad o la eficiencia en un sistema despilfarrador o indiferente) podrían así tornarse prevalecientes; pero esto no puede darse en un marco de resistencia organizada, y menos aún sancionando exclusivamente normas de las que se postula su operatividad mientras pocos las cumplen.

## 11. Cambios de primero y de segundo orden.

Podemos expresar lo dicho con otros términos, manifestando que los cambios formales (*en el sistema*, que no alteran la

estructura real) son cambios de un cierto orden. Los cambios que interesan, teórica y prácticamente, son cambios *del sistema* (cambios de un orden superior), porque proporcionan una salida del sistema (Watzlawick y otros, 1977:27, llaman a estos cambios de *primero* y de *segundo orden*). Es posible que un cambio así entendido pueda parecer paradójico o carente de lógica, ya que no puede ser comprendido dentro de los parámetros que suministra el sistema que debe ser superado.

Dentro de este modelo, un cambio de cultura sería uno de segundo orden, porque afecta lo que cada uno espera del otro en las relaciones sociales integradas, mientras que un cambio legal, tecnológico dentro del sistema, o de personas en la misma estructura dada, es cambio de primer orden: sólo afecta algún elemento del conjunto, aunque para el "reformador" pueda parecer sustancial. Estos cambios formales pueden ser, como resultado, "cambios cero": luego de conmocionar el sistema, de pagar un alto precio en tecnología, normas o personas, a mediano plazo nada es distinto.

Mientras un cambio de primer orden trata de modificar un comportamiento por otro, a partir de técnicas o normas jurídicas, un cambio de segundo orden supondría un "cambio en la manera de comportarse", es decir, un cambio en los modelos generales de comportamiento que hacen a la normativa real del sistema. Cuando un cambio de segundo orden se efectivice, lo jurídico vendrá por añadidura, será una necesidad y no una ficción del sistema.

Como se ve, en las cuestiones de cambio organizacional muchas veces las soluciones que se proponen suelen ser el problema a resolver. Pero ésta no es la única cuestión, ya que en la estrategia de cualquier cambio son dos las actividades erróneas y no una: ver soluciones donde no las hay (problema de los utopistas), o no ver ningún problema donde realmente existe (problema de los simplificadores). Cambiar voluntariamente una cultura puede ser tarea cercana a la utopía, pero, seguramente, resumir todo en técnicas y leyes es una simplificación de los problemas organizacionales que como tal no tiene elementos para abordar un cambio del sistema, un cambio de segundo orden.

# Capítulo X

# LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN LA ARGENTINA

## 1. Antecedentes.

Este capítulo comprende algunos estudios sobre las ideas jurídicas en la Argentina, en cuanto contienen aportaciones sociológico-jurídicas. No se intenta una historia del pensamiento jurídico, y por eso las páginas que siguen se refieren exclusivamente a los autores en quienes los antecedentes que interesan se destacan con mayor claridad.

La tradición escolástica desarrollada y difundida por los jesuitas hasta su expulsión en 1767, y las doctrinas de los juristas medievales y modernos, en derecho romano, canónico y español, debieron aceptar en el Río de la Plata las influencias de la Ilustración y del racionalismo jurídico, con su ataque a la tradición y su creencia firme en el poder de la razón para elaborar soluciones jurídicas perfectas. Este cambio, como señala Tau Anzoátegui (1977: 18) fue brusco, en buena medida, y ocasionado por la ruptura del orden colonial durante el siglo anterior. Por dichas circunstancias la interrupción es más pragmática que teórica, y las elaboraciones aparecen vinculadas a un proceso de consolidación de la nacionalidad y de respuesta a las situaciones que esos hechos creaban. A todo lo expuesto debe atribuirse que no se posean obras orgánicas de los primeros juristas patrios, ocupados en tareas más apremiantes (debates legislativos, documentos oficiales, periodismo político, dictámenes).

De la primera época posterior a 1810 pueden señalarse dos tendencias: una *iluminista* y otra *tradicionalista*. La primera, partidaria de formar una conciencia nacional a partir de una fuerte voluntad política, propone la ruptura con los antecedentes hispanos; la segunda busca la continuidad del nuevo Estado en la comunidad de tradiciones, lengua, intereses y religión (Tau Anzoátegui, 1977: 19 y 20). Estas tendencias se encontrarán en la obra de todos los pensadores argentinos hasta nuestro siglo. Basta señalar que las líneas "Colonia-Rosas-subdesarrollo-dependencia", y "Mayo-Caseros-desarrollo-progreso", sostenida como eje del devenir nacional por los pensadores liberales, resulta in-

vertida en la concepción de los otros, para concluir que en definitiva el cuadro de las ideas jurídicas en la Argentina deberá relacionarse con una dicotomía en lo político, literario, histórico y sociológico que todavía hoy subsiste.

Sostener esta idea no significa aceptar que los autores carezcan de contradicciones en sus pensamientos, o que la adopción de una línea implica la automática exclusión de la otra. Le asiste razón a Enrique Aftalión cuando sostiene que no se trata de definir si la tendencia tradicional o la iluminista fue la de mayor influencia en los primeros tiempos. Es probable que nuestros primeros positivistas hayan compaginado "sin demasiada prolijidad" —para utilizar las palabras del autor citado— los nuevos principios filosóficos y políticos que les llegaban sobre todo de Francia con las ideas y sentimientos hispánicos tradicionales en que se habían formado (Enrique Aftalión, 1966: 1027 y 1028). Los que hacen prevalecer las ideas iluministas son partidarios de un rechazo de cualquier tradición colonial en materia jurídica y pretenden la insignificancia de las particularidades históricas y geográficas; no es necesario reunir al derecho con sus bases sociales, sino reformar la sociedad, entre otros instrumentos, apelando a una radical reforma jurídica. Es decir, entonces, que para la doctrina naciente, al igual que para el iluminismo europeo, el derecho se presenta como una variable independiente de la sociedad, que puede influir fuertemente sobre ésta.

Es probable, por otra parte, que los tradicionalistas no hayan observado que la base social del país estaba cambiando, y que las viejas ideas jurídicas heredadas de España y continuadoras de la tradición medieval resultaban cada vez menos aplicables a una sociedad que alteraba su base política y cultural.

La Universidad de Córdoba había comenzado a dictar cursos de jurisprudencia a fines del siglo XVIII. En la Audiencia de Buenos Aires, entre 1785 (año de su instalación) y 1811, se inscribieron ciento cincuenta y dos letrados. En 1810 se estima en setenta y uno el número de abogados existentes en Buenos Aires, de los cuales veintidós concurrieron al Cabildo Abierto, aunque, al decir de Tau Anzoátegui, eran muy pocos los que sobresalían por encima de una mediocre y rutinaria actividad profesional, de modo tal que pudieran tener repercusión doctrinaria (1977: 20 y 21). A los letrados deben sumarse los graduados en teología, que recibían formación jurídica por el estudio de los cánones, además de la naturaleza de su disciplina.

El autor mencionado quiere atribuir mayor poder creativo a esta segunda clase de pensadores del derecho, no obstante estar tan ligados unos como otros a interpretaciones dogmáticamente fijadas, ora basadas en un derecho positivo, ora en uno canónico. En suma, es probable que el mismo tipo de enseñanza, poco creativa y demasiado rutinaria, haya formado a esas personalidades a que se alude más arriba. Una figura destacada como Gregorio

Funes (1749-1829) confirma la regla general. Se trata de un experto en derecho y teología, con formación en humanidades, cuya participación en nuestra historia inicial es bien conocida, y que unió ideas tradicionales y renovadoras, no siempre con fidelidad a la ortodoxia religiosa. Es el que más documentos escritos y obras dejó y el autor de mayor influencia en el campo jurídico durante la Revolución de Mayo. Su posición conciliatoria entre lo tradicional y lo moderno contrastó con figuras tales como Moreno y Monteagudo, firmemente alineados en el iluminismo, así como con Paso y Castelli. Manuel Belgrano, por el contrario, presenta una posición conciliatoria en este campo.

Cualquiera fuera la posición asumida, en este primer período se soslaya todo ataque a la religión, aunque se difundieron doctrinas que contrariaban la ortodoxia. Las obras de Montesquieu, de Rousseau, de Grocio, se difunden a la par que aumenta el menosprecio por la tradición jurídica hispana.

Esta tendencia racionalista, con los consiguientes fracasos por inadaptación a las circunstancias de un Estado naciente, de tradiciones diversas, puede observarse en la Constitución de 1819; *en ella se afirma que no se había cuidado de acomodarla al clima*, a la índole y a las costumbres de los pueblos, en un Estado donde siendo tan diversos estos elementos era imposible encontrar el punto de su conformidad, y que en cambio se la había acomodado "a los principios generales de orden, de libertad y de justicia, que siendo de todos los lugares y de todos los tiempos, y no estando a merced de los acasos", debían hacerla firme e invariable. Sabemos cuál fue el fin de esta Constitución y de la de 1826 propugnada por Rivadavia, motivado, entre otras circunstancias, por la impenetrabilidad de cualquier tendencia historicista en los propugnadores. De hecho, no era suficiente declarar la igualdad ante la ley para destruir una sociedad estamental, ni suprimir por decreto de 1813 la esclavitud para terminar con ella definitivamente (lo que explica la disposición constitucional de 1853 —art. 15—, su referencia a "los pocos que hoy existen" y las indemnizaciones que pudieran derivar de la abolición). Tampoco es posible establecer el convencimiento de la libertad de imprenta con la sola declaración constitucional, en una sociedad con larga tradición opuesta a ella, sin llegar a plantear los temas del real acceso a los medios periodísticos y la aceptación general de esa libertad.

La Argentina fue un ejemplo claro de la dificultad para modificar la realidad a través de las leyes. La Constitución de 1853 debió recorrer una larga senda hasta que se efectivizaron las libertades fundamentales, y debería determinarse todavía hoy el grado de arraigo y convencimiento profundo que muchas de ellas tienen en la población y en la clase política.

El carácter principista de los primeros documentos constitucionales se observa tanto en el establecimiento de criterios de di-

fícil o nula recepción como en la supresión de instituciones que casi no habían tenido existencia (como el mayorazgo). Es Funes probablemente el primer jurista patrio que formula una observación sociológica al sostener que la política futura "cometerá una gran falta aspirando a una perfecta igualdad, que han excluido nuestros usos, nuestras costumbres y nuestras preocupaciones" (Tau Anzoátegui, 1977:28). Desde luego, frente a esto puede caber una cómplice resignación o un voluntarismo que trate de alterar la base cultural de la desigualdad, y ésta fue la actitud de los racionalistas.

La crítica de lo colonial y lo español, que hacía ver el derecho de ese origen como una carga y una imposición del conquistador y colonizador, fue la base para sostener el cambio legislativo. En esto, la posición de Funes también aparece como socialmente fundada, al sostener que "las nuevas costumbres, los nuevos negocios, las nuevas necesidades exigen nuevas leyes", es decir, la justificación no estaba en una definición política sino en un cambio social ya ocurrido. De hecho, no obstante la presión de las tendencias supresoras del derecho anterior, el Reglamento Provisorio de 1817 establecía la vigencia de la antigua legislación castellana e indiana en cuanto no hubiera sido modificada por las leyes patrias y no estuviera en oposición directa o indirecta a los principios de libertad civil e independencia del país.

La novedad en las décadas siguientes (1820-1840) fue la introducción de una tendencia derivada de la Ilustración, conocida como *Ideología*, para la que toda actividad mental derivaba de sensaciones. Esta tendencia, próxima al materialismo, acentuaba los rasgos iluministas y fue sostenida por *Juan Crisóstomo Lafinur, Juan Manuel Fernández de Agüero* y *Diego Alcorta*, este último desde la cátedra. En todo el período, la obra de Jeremías Bentham fue tomada como punto cardinal en la enseñanza del derecho y la reforma legislativa, a lo que coadyuvó su amistad con Rivadavia. Esta influencia se observa a través de la enseñanza del derecho civil por Pedro Somellera (1774-1854), quien, más que derecho vigente, propugnaba la aplicación de los principios de Bentham a la legislación.

*Somellera* fue el primer profesor de derecho civil en la Universidad de Buenos Aires. Su obra *Principios de derecho civil*, publicada en 1824, muestra la característica que señalábamos más arriba en el pensamiento patrio: no hay más que someras referencias al derecho vigente y sólo citas incidentales. Su preocupación desde la cátedra es la reforma de la legislación sobre bases utilitarias. El libro es la edición de su curso, y sostiene al inicio que su objeto es "presentar los verdaderos principios de utilidad y conveniencia que sirvan para la formación de nuestras leyes, para su inteligencia y aplicación. Ellos servirán también por ahora para entender y aplicar las que supletoriamente tenemos adoptadas" (1939, Discurso preliminar). El positivismo

de su mentor aparece con evidencia cuando sostiene que "la jurisprudencia debe hoy quedar sujeta al método científico. Han errado los que han creído a esta ciencia incapaz de demostración matemática", y elogia a Bentham, que ha demostrado la posibilidad de reducirla a hecho (Somellera, 1939:VI).

No obstante, el derecho es definido, entre otras acepciones, como "la ciencia de lo justo y de lo injusto", y la jurisprudencia como un "hábito práctico de interpretar las leyes rectamente y aplicarlas con exactitud a los casos". La obra de Somellera es elemental y con claros caracteres dogmáticos, adoleciendo además (aunque pudo parecer como mérito a su autor) de ignorar todo el derecho vigente y anterior para referirse exclusivamente a las bases filosóficas de una posible reforma legislativa de fondo. De este modo es poco el derecho que pudo aprenderse de su lectura, aunque resulta útil para estimar la negación de la realidad propia de una época revolucionaria.

Sólo incidentalmente Somellera desliza alguna afirmación de base social, como la que sostiene que a la mejor condición y superioridad de los varones sobre las mujeres contribuye el no dar a éstas mejor educación (1939:34 y 35). Considera al matrimonio un contrato civil, y remite para lo demás al derecho canónico. Sin embargo, es a partir de lo primero que puede fundarlo en el principio de utilidad, que también justifica las prohibiciones (impedimentos matrimoniales) en cuanto evita lo que hoy llamamos confusión de roles familiares y abuso del poder. La utilidad tiene en Somellera un carácter presocial, ya que a través de ella se evitaría la variabilidad histórica de la institución y la tentación de permitir o prohibir el matrimonio entre determinadas personas en razón de la diversidad de costumbres. La consulta a ese criterio "nos demostrará la conveniencia de las prohibiciones así civiles como canónicas" (1939:66). No hay argumentos sociales ni religiosos en temas tales como la duración del matrimonio (justificado en las necesidades de la mujer), la sumisión de la esposa (fundada en la mayor fuerza del hombre), sino preconceptos sociales. La actividad docente de Somellera abarcó toda la década del veinte, del siglo anterior, pero su orientación fue objeto de críticas al decaer los principios del utilitarismo de Bentham.

El primer profesor de Derecho Natural y de Gentes fue *Antonio Sáenz,* fundador y primer rector de la Universidad de Buenos Aires, creada en 1821. Este autor basó su enseñanza en Grocio, Pufendorf y los modernos iusnaturalistas, en el marco de la Ilustración. Por su orientación y la materia de análisis, no aporta a nuestro estudio, salvo en cuanto su defensa del derecho natural pone los límites debidos al derecho positivo, al igual que los partidarios de tal tendencia.

La posición crítica al Iluminismo revisionista de los patriotas y revolucionarios puede ejemplificarse en la obra del sacer-

dote *Francisco de Paula Castañeda* (1776-1832), que en defensa de lo tradicional y autóctono criticó la imitación de lo extranjero y los modelos que consideraba exóticos. A pesar del tinte ideológico fuertemente reaccionario, no dejan de tener fundamento social algunas de sus opiniones, como la que critica la idea según la cual excelentes reglamentos legales en los que los patriotas fincan la esperanza de reforma pudieran influir en ánimos que no estuvieran preparados por medio de la educación para la Constitución o formas de gobierno que se intente fijar (cit. por Tau Anzoátegui, 1977:45). Más allá de estos conceptos, se encontraba opuesto a la soberanía popular, al pacto social y a toda idea progresista en materia social. De esta forma puede suponerse que la opinión antes transcripta es sólo un pretexto dilatorio que busca introducir reformas "cuando las condiciones las permiten", esto es, en un futuro indefinido.

## 2. El historicismo jurídico.

De las ideas filosófico-jurídicas de la generación del '37 nos hemos ocupado en otro lugar (Fucito, 1988:II, 305). Probablemente, desencantados con los resultados de los proyectos iluministas y racionalistas de la Generación de Mayo, se vuelcan al romanticismo y al historicismo, y, en nuestro campo, particularmente hacia las ideas de Savigny y de Lerminier, autor este último muy leído entre los intelectuales del Plata. Recordemos el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, de *Alberdi* (1837), en el cual dice que dejó, por influjo de Lerminier y de Savigny, de concebir el derecho como un conjunto de leyes escritas para considerarlo como un "fenómeno vivo" que era menester estudiar en la economía orgánica del Estado; propone en consecuencia un carácter experimental para la ciencia del derecho, similar a la física (1942, Prefacio: 125 a 127). A partir de estas ideas lo consideramos un precursor de la sociología jurídica nacional, a pesar de las contradicciones de la obra.

El *Fragmento preliminar*... es una introducción al estudio del derecho, del cual se ha discutido su carácter de enciclopedia jurídica (idea sostenida por Cabral Texo en el Estudio introductorio a la edición facsimilar, 1942), o de introducción filosófica (Orgaz, 1950). De un modo u otro, existen en la obra contradicciones manifiestas, quizá como producto de la necesidad de no atraer la persecución ideológica propia de la época de Rosas. También existen ambivalencias, como el rescate de lo racional y universal y la crítica al historicismo, no obstante los términos del Prefacio. Este semihistoricismo puede ser producto tanto de las fuentes e inspiraciones contradictorias como de la oportunidad política.

Respecto de la codificación, ora se declara contrario a ella y por la necesidad de postergarla (al estilo de Savigny), ora de realizarla, según otros trabajos, y a pesar de la oposición a Vélez Sarsfield con motivo de la codificación nacional.

También las *Bases*... (1852) tienen contenido sociológico, no sólo por la idea de estudiar constituciones comparadas, sino por la influencia que cree tiene la educación en las condiciones sociales, sin perjuicio de reconocer el valor del aprendizaje por participación social (que las escuelas interaccionistas de este siglo llamaron *socialización*).

Pocas frases contenidas en las *Bases*... bastan para mostrar su contenido sociológico. "¿Cómo hacer, pues, de nuestras democracias en el nombre, democracias en la realidad? ¿Cómo cambiar en hechos nuestras libertades escritas y nominales? ¿Por qué medios conseguiremos elevar la capacidad real de nuestros pueblos a la altura de sus Constituciones escritas y de los principios proclamados?" (1957:59). "La propiedad, la vida, el honor, son bienes nominales cuando la justicia es mala. No hay aliciente para trabajar en la adquisición de bienes que han de estar a la merced de los pícaros. La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira" (1957, 84). Problemas todavía hoy vigentes en la Argentina, verdades indiscutidas hoy en la sociología jurídica.

Alberdi es nuestro primer jurista con orientación sociológica, más que por las lecturas y fuentes de inspiración, por su sentido común y su alejamiento de las especulaciones iusfilosóficas. Su realismo es el elemento más valioso legado a las generaciones posteriores, que prolijamente lo han desechado, hasta hoy mismo: sus ideas de que la administración de justicia es la garantía de los derechos y que la ley es palabra vacía si no se reduce a hechos por la mano del juez que la hace realidad, debieron esculpirse para guía de muchos juristas que, desde entonces, creen más en las palabras sabias inscriptas en documentos que en la realidad que pretenden no ver; y de muchos políticos que declaman interminablemente sobre la vigencia de la ley, que ellos no practican ni hacen cumplir desde el gobierno.

Los constituyentes de 1853, al igual que los hombres de Mayo, tenían una gran confianza en el poder efectivo de las leyes sobre la realidad social, en la posibilidad de instrumentar a través de ellas las grandes modificaciones que el país requería. Ese carácter iluminista se observa en numerosas disposiciones constitucionales, así como en el Preámbulo, que constituye un programa de *progreso*, en el sentido entendido por esa generación. Sin duda se cometieron errores en la ejecución de esas políticas, pero dejan en claro que el instrumento jurídico, si no es panacea, es eficiente en circunstancias tales como las particulares de nuestra historia: modificada la base poblacional de las más

importantes ciudades y provincias, facilitada la inmigración y perseguida como barbarie toda manifestación cultural autóctona; la unificación legal propuesta tuvo el efecto aglutinador de la nacionalidad, tal como ahora la conocemos, y con las fallas que hoy presenta, ya que ninguna cultura puede ser suprimida sino, en todo caso, sometida. Esta acción hubiera sido, de todos modos, menos efectiva en el sentido propuesto, si se hubiera respetado la estructura poblacional y cultural, colonial e histórica, tal como ocurrió en la mayor parte de la América hispana; pero dado el hecho social de promover una inmigración masiva, unificó relativamente a las grandes masas que pudieron a través de esa integración crear una nueva nacionalidad, y no mantenerse como minorías inmigratorias, con *status* diferencial respecto de la estructura social principal. No obstante las resistencias intelectuales e ideológicas, esos italianos y centroeuropeos que llegaron por cientos de miles, junto con españoles, al país, formaron parte plena de él.

A todo esto contribuyó la obra codificadora, necesaria para dar una base legal al país nuevo. Es conocida la pluralidad de fuentes utilizadas por Vélez Sarsfield, de las que no son ajenas las que habían regido en el derecho indiano. Según Levaggi, el Codificador, al igual que Savigny en el *Sistema del derecho romano actual,* utilizó el derecho como sistema evolutivo. Intentó hacer de él una lectura moderna y derivó de sus principios consecuencias nuevas, adaptadas a la sociedad de su tiempo (1988:66 y 67). No obstante, Vélez Sarsfield pretende que en su obra aparezca el "derecho científico", las doctrinas de los más acreditados jurisconsultos, "de modo que en él se viese el estado actual de la ciencia" (cit. por Levaggi, 1988:67).

La formación iusfilosófica de Vélez Sarsfield era ecléctica. Él mismo declaró su adhesión a la escuela sincrética "nacida de la alianza del elemento histórico y del elemento filosófico", escuela de la que se ha dicho que no es irreligiosa respecto del pasado ni rebelde a las exigencias del porvenir. La obra resulta así la que quiere la razón y lo que han practicado los antepasados; según ella, una nación puede darse nuevos códigos teniendo siempre presente la legislación que la ha regido, el derecho positivo de los que han precedido, las nuevas leyes que exija el estado social, y las reformas que la experiencia haya demostrado ser indispensables en la legislación (M. R. García, cit. por Levaggi, 1988:69). Esto no es incompatible con el reconocimiento de derechos naturales, establecidos por Dios, la conciencia del origen romano de la mayoría de las instituciones y la necesidad de su actualización por el desarrollo progresivo de esa doctrina.

Sostiene Levaggi que "el realismo práctico que lo distinguía lo hizo afirmarse en el orden jurídico tradicional y construir sobre él su proyecto. No trató de crear un derecho nuevo, opuesto al del pasado, al estilo de los ilustrados, como si el legislador fue-

se capaz de extraer de sí mismo lo que sea el derecho. Su aspiración fue la de darle forma y contenido actuales al derecho vigente" (1988:70). Puede haber sido ésa, precisamente, la llave de la segura (aunque demorada) aceptación de la obra en el país. Por esto mismo Levaggi disminuye el peso del Código Napoleón en la obra de Vélez Sarsfield (con el que se pretendió sostener su ruptura con el derecho tradicional). Notas como la puesta al art. 167 del C. Civil ("La misión de las leyes es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas o corromperlas") y la réplica a Alberdi ("la primera fuente de que me valgo son las fuentes que nos rigen"), muestran el rechazo a todo dogmatismo en materia de soluciones legales, buen índice de un punto de vista cuyo valor cabe recordar.

Si tomamos el Código Civil como producto terminado, la siguiente generación de juristas opta por la exégesis: *Segovia, Machado* y *Llerena* publican entre 1881 y 1903 sus obras doctrinarias, en las que no se apartan del análisis del Código, aunque con una fuerte influencia del Código francés y de la doctrina de ese país. En ese sentido, Lucio V. López señalaba en 1887 que desaparecida la generación de Vélez Sarsfield, los nuevos juristas no eran versados en el antiguo derecho ni en las fuentes del derecho patrio, sino exclusivamente en la doctrina francesa (cit. por Tau Anzoátegui, 1977:115). Esta generación admiraba la letra de la ley e ignoraba las fuentes materiales del derecho.

Se encuentra un cierto apartamiento de esta concepción en las *Lecciones de filosofía del derecho* de *Wenceslao Escalante* (1895), para quien la filosofía del derecho tiene dos partes: una racional, natural o *a priori,* basada en principios absolutos, y otra que estudia las leyes de la evolución del derecho real y concreto a través de los tiempos y lugares (1895: 4 y 5). "Considerado el derecho como fenómeno social vivo y tangible, forma parte de la evolución íntegra de la sociedad, y con ella es objeto de la ciencia de las sociedades", y deriva erróneamente a que si bien la filosofía del derecho no equivale a la sociología, "es una parte especializada de esa ciencia general" (1895:10 y 11).

En la concepción de Escalante, mientras la sociología estudia todos los elementos que constituyen el organismo social, y los sigue en su desarrollo a través del tiempo y del espacio, la filosofía del derecho sólo estudia el fenómeno jurídico como su objeto principal, no preocupándose de los demás fenómenos colectivos sino en cuanto se relacionan e influyen sobre el desenvolvimiento del derecho. De conceptos vertidos con tal imprecisión (lo que puede deberse a constituir disertaciones tomadas taquigráficamente) puede inferirse que, para el autor, filosofía del derecho y sociología jurídica se confunden, aunque esta confusión sólo se da en aquella parte de la filosofía que estudia aspectos históricos y sociales del derecho.

Es *Juan Agustín García* el jurista que para fines del siglo pasado expresa con mayor claridad los puntos de vista sociológico-jurídicos. Su *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas* (editado en 1899) es un manual de introducción al derecho que expresa la concepción historicista (Fucito, 1988: II, 333 y ss.). De este anticipo de construcción de una sociología nacional rescatamos su idea de considerar al derecho siempre como producto social y recordar esta concepción de Alberdi, no obstante las contradicciones que le atribuye y que hemos señalado antes. Su concepción del derecho indiano es sociológica: entiende y valora la distancia entre la caridad y justicia de las normas escritas y la pobreza y sordidez resultante de su nula aplicación a los naturales de América. La ley escrita pierde su valor referencial frente al *derecho* que crece y se desarrolla a ras de suelo, y que ampara a los más hábiles y fuertes. El derecho vigente fue para García el primitivo de la Conquista, por el cual las personas y los bienes de los vencidos quedan a merced de los vencedores.

En las consecuencias que extrae de esta realidad no discrepa, a pesar de su historicismo, de los positivistas: mediocridad, recelo que fomenta el ocultamiento de fortunas (que ya desde la época colonial eran blanco del fisco corrupto) [1]. El análisis es acertado y no se agota, por cierto, en la etapa colonial: ni las querellas y disputas de empleados, ni la falta de iniciativa, salvo en la invención de ardides para burlar las leyes, que formó una conciencia temprana de los beneficios de su violación educando a la sociedad en el desprecio de la ley (García, 1955: 131 y 186). Estas tendencias de honda raigambre no se han modificado para la época en que escribe (1900): han cambiado los nombres de las instituciones, pero el espíritu es idéntico. El antiguo régimen subsiste.

Lo que falta en García es una propuesta precisa de cambio, propia del positivismo. Si bien el diagnóstico pesimista sobre el pasado y el presente coincide con esa tendencia, no se ve cómo puede cambiar el rumbo que la tradición marca, cómo se instrumenta el *progreso* propio de la ideología de la clase intelectual argentina de la época. En este punto, los condicionamientos históricos tienen más peso que la voluntad. La fuerza sociológica de la tradición pesa en este autor más que la voluntad activa de cambio. De todos modos, casi un siglo después de esa obra, muchas de las lacras denunciadas subsisten.

[1] *José Torre Revello* (*La sociedad colonial,* 1970) incluye las listas de comerciantes acaudalados y su posible fortuna estimada por el virrey Cevallos con fines de contribución voluntaria a "las ocurrencias de la guerra", las desastrosas finanzas virreinales, y la corrupción de los exportadores y funcionarios en materia de ingresos de aduana, ps. 108 y 113.

## 3. El evolucionismo de Ernesto Quesada. Otras tendencias.

Este autor, iniciador en la Argentina de la tendencia que considera a la sociología como ciencia general (y no nacional, como pensaba García), después introductor del historicismo de Spengler, merece ser recordado como el verdadero fundador de la sociología jurídica en el país por la claridad de sus puntos de vista y por haberse ocupado —si bien genéricamente— de la mayoría de los problemas que aquélla estudia. En las conferencias que este juez y profesor de la Universidad de Buenos Aires dictó en Córdoba, en 1924, más allá del título (*La evolución sociológica del derecho según la doctrina spengleriana*) y de su propósito (aplicar las ideas de Spengler a la evolución del derecho), constituyen una crítica al sistema codificado del derecho y a la aplicación dogmática y mecanizada del mismo por juristas y magistrados.

Para Quesada sólo el Tribunal del Consulado se acercó en el país al derecho dictado con estilo pretoriano. Los comerciantes que resolvían las controversias mercantiles se guiaban por la práctica comercial y su experiencia, sin extensísimos códigos ni innumerables fallos. Valora así el derecho elástico, de equidad, por oposición al rígido, de letra muerta y de elaboración doctrinaria. Las ideas de Spengler le sirven para sostener que un derecho no puede ser ajeno al ciclo histórico, y la identidad de vocablos jurídicos no significa identidad de significados ni de instituciones. Es inútil pretender que el matrimonio sea lo mismo en la cultura grecolatina que en la moderna, o en el siglo XIX y en el XX, aunque el derecho no se modifique. Critica asimismo el derecho comparado como fuente para introducir legislaciones técnicamente perfectas, pero ajenas a la realidad nacional.

La codificación, para Quesada, no es sinónimo de perfección ni de simplificación, sino la idea de un individuo o de un grupo, que expresa en todo caso una cristalización (propia de la etapa de muerte de la cultura, lo que se entiende por *civilización* en los autores en los que se inspira). De allí la constante lucha entre un derecho así concebido y los hechos, entre el libro y la vida (1924: 51 y 52). El jurista no puede ser un filólogo ni reemplazar la vida real por el comentario de conceptos cuyo fundamento no se discute.

Como consecuencia de este divorcio entre hecho y derecho, o se violan los textos o se disfrazan. En esto tiene peso la ideología profesional de jueces y abogados, que no pueden escapar a los prejuicios, y que se limitan a adorar la ley. El derecho, en suma, no debe estudiarse con criterio filológico sino sociológico. De este modo se encuentran en su obra ideas de Carlos Comte,

de Kantorowicz, de Ehrlich, de Holmes y de Pound, por primera vez en nuestra doctrina jurídica.

La concepción sociológica lo hace enfrentar las concepciones cristalizadas del matrimonio y del divorcio con las sentidas. Alude a las luchas de la década del 80 para establecer el matrimonio laico y la secularización de los registros de estado civil, y sostiene: "Lo único que aún continúa sometido virtualmente al derecho canónico, en nuestro país, es la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y aún no se ha librado esta última lucha, que conducirá al divorcio, ya establecido en casi todo el mundo pero que nosotros, malgrado ser país de inmigración, no hemos todavía implantado" (1924: 50). Quesada es una voz que vuelve a sostener las ideas del grupo que rodeó a Roca (Eduardo Wilde, Eduardo Costa), consideradas anticlericales, que proponían la secularización de la sociedad argentina y la ruptura definitiva con la Iglesia y las instituciones jurídicas arraigadas en ella. Entre 1880 y 1890 esa posición había triunfado desde el gobierno, pese a la tenaz resistencia del grupo católico (Tristán Achával Rodríguez, José Manuel Estrada, Pedro Goyena), obteniendo algunos triunfos sustanciales como el matrimonio civil, la enseñanza laica, la abolición de los Registros Parroquiales como registros de estado civil, la creación de Registros de Estado Civil estatales en 1884, y el establecimiento de cementerios administrados por entes públicos. La única idea que no pudo prosperar fue el divorcio vincular, y tampoco pudieron modificar las relaciones constitucionales entre Estado e Iglesia.

Sabemos que la historia posterior hizo que la introducción efímera del divorcio vincular, por el gobierno peronista en 1954, fuera suspendida por el gobierno de la revolución que derrocó a Perón, y que sólo en 1985 se estableció la institución, cuando casi no quedaba país en el mundo occidental que mantuviera la indisolubilidad matrimonial.

Quesada es el primer autor que llama *fenómeno jurídico* al derecho en Argentina, aunque ya Escalante lo había caracterizado como *fenómeno social* en 1884. Es el primero que sostiene sin eufemismos que la revolución en el pensar jurídico no se ha llevado a cabo y que se vive en plena Edad Media, ya que todo el iluminismo no ha logrado emancipar al derecho del fetichismo de la letra de la ley, ni convencer a los juristas de que el derecho no es una disciplina abstracta, independiente del tiempo y del lugar. Las ideas de este autor no fueron tomadas en cuenta, ni sus consejos seguidos. Por ejemplo, su sugerencia de que las Facultades de Derecho orientaran los estudios hacia la obtención de una experiencia inmediata, extensa y práctica, de la vida del presente, tanto social como política, tanto económica como intelectual, o el estudio de la historia jurídica y la comparación con sus manifestaciones divergentes (sajona, latina y germánica). La

enseñanza siguió siendo propia del formalismo legal y conceptual, matizada con formalismo jurisprudencial.

La tradición en la enseñanza jurídica civilista argentina se mantuvo en general, en este siglo, sobre la dogmática jurídica. Tanto porque ésta fue la tendencia impresa por los primeros juristas exegéticos, como porque aun los trabajos que necesariamente debían contener elementos sociológicos (como los de *Rébora* referidos a la familia, 1926, 1938), sólo los contienen en escasa medida, aunque pretendan exceder el enfoque jurídico.

En la obra *La familia* (1926), Rébora advierte en su Prólogo que para abordar ese tema "hay que trabajar sobre el hecho social tan directamente como la naturaleza de la labor lo consintiera, ya que no es malo que la visión del jurista busque actualizarse, ni que la norma, de tiempo en tiempo, se sumerja de nuevo en la vida para ver cómo la vida nos lo devuelve" (1926:9).

La obra, no obstante las citas antropológicas y etnológicas de la primera parte, sólo muestra su carácter "sociológico" en su insistencia por mostrar la historia de la desigualdad social y jurídica del hombre y de la mujer, y las injustas cargas sexuales y de castidad que pesan sobre ella exclusivamente, con algunas menciones a la "jurisprudencia reaccionaria" que evita mejorar esa posición aun frente a leyes claras que lo permitirían (1926: 96 a 99). Pero no llega en la visión sociológica a la estatura de Quesada, al tratar los mismos temas.

En *La familia chilena y la familia argentina* (1938), Rébora se limita a comparar derechos, antecedentes históricos y tímidas prospectivas desde la óptica de un jurista, sin avanzar ni incluir otros elementos relevantes para la comprensión del fenómeno.

Fuera del derecho civil predominaba el elemento tradicional o histórico (como el *Curso de derecho constitucional*, de *José M. Estrada*, o la obra de *Joaquín V. González*); el sociológico, en sentido positivista (como *José N. Matienzo* en *El gobierno representativo federal en la República Argentina*), o el positivista biológico de un Lombroso o de un Ferri a través de las influencias en *Norberto Piñero* y de los doctrinarios del derecho penal que lo siguieron en la cátedra.

Las tendencias historicistas o sociológicas fueron en general neutralizadas con la introducción de las ideas de Kelsen a partir de 1935, lo que significó una vuelta al dogmatismo legal, tanto en el área civil como en la penal, con algunas excepciones importantes, como la concepción iusfilosófica de *Carlos Cossio* y de su escuela en las décadas siguientes.

## 4. La sociología jurídica argentina entre 1950 y 1990.

A partir de la década del cincuenta se inicia en el país un mayor acercamiento teórico hacia posiciones empíricas en el derecho. Por una parte, la influencia de Carlos Cossio, y por la otra, las tendencias criminológicas que ingresan desde los Estados Unidos (y que consideramos en el Capítulo VIII) van abriendo una brecha en el formalismo jurídico, cada vez más profunda. Los primeros autores que cabe considerar son en el período inicial *Enrique Aftalión* y *Julio César Cueto Rúa.* En otro nivel, la posición trialista de *Miguel Herrera Figueroa* y de *Pedro David,* que cobra mayor profundidad a la vez que alejamiento de la sociología en la obra de *Werner Goldschmidt.* Después se suman los aportes de *Alfredo E. Ves Losada* y de *Víctor Irurzun,* si bien este autor dedica principalmente a la criminología su obra, al igual que Pedro David.

Es también el período en que, más allá de las obras generales, se comienza a profundizar en ramas específicas del derecho, desde una óptica sociológica. El mayor desarrollo cabe al proceso judicial, y es en parte producto del trabajo de procesalistas volcados hacia la experiencia jurídica más que a la teoría normativa. El comportamiento político es estudiado de un modo independiente desde la ciencia política, pero hay aportes concretos al área sociológico-jurídica. El derecho de familia también comienza a ser visto de un modo distinto, por medio del estudio de situaciones alcanzadas por él (divorcio, alimentos, violencia conyugal), y en cuanto se parte de los hechos para remontarse hacia las normas, el resultado de los estudios es totalmente distinto al tradicional. Hacia el final del período comienzan a producirse investigaciones empíricas que permiten realimentar la información y el desarrollo teórico de la sociología jurídica nacional. Aunque los trabajos hasta 1990 son contados, implican un importante giro en la concepción del derecho. Con grandes dificultades y resistencias se han intentado algunas investigaciones sobre el servicio judicial. El costo material complica, en la crisis económica permanente que vive el país, la posible concreción de otros intentos.

### *a) Enrique Aftalión.*

El filósofo argentino *Carlos Cossio,* desde su teoría jurídica egológica que sostenía el carácter conductual del derecho, acercó a sus seguidores a la sociología jurídica, si bien él mismo jamás consideró cultivar tal ciencia. De ellos, se destaca *Enrique Aftalión,* que realizó una vasta obra en derecho penal y filosofía jurídica, a partir de la concepción del citado autor y de Giorgio Del Vecchio, y aceptó con claridad la dimensión temporal y es-

pacial del derecho. Sostiene que dentro del mundo de lo cultural, lo jurídico es un ejemplo elocuente para abonar la tesis de que un sentido sólo existe, en la realidad, por la vivencia psicológica de alguien. El sentido resulta así de una relación entre un objeto (derecho) y un sujeto que no sólo aprehende un dato sino también adopta una posición, y esto explica el cambio de interpretación que, sancionada una ley, *sobreviene respecto* de las conductas que contempla. Los cambios de jurisprudencia son para Aftalión cambios del derecho aunque no se modifique una coma del texto legal: ni anomalía jurídica, ni excepción, ni interpretación verdadera frente al error de las anteriores; lo que ocurre es que el sentido viviente que el legislador puso en la ley (del que queda sólo el texto) tiene que ser repensado por alguien, revivido, para cobrar existencia.

Por lo mismo que no hay sentido si no es para alguien, no hay derecho (como objeto real, de experiencia), sino en los actos de los que interpretan, sean jueces o particulares. Fuera de esto, estima Aftalión, no existe en el mundo de los objetos reales ninguna cosa que pueda llamarse derecho, sino, a lo sumo, pensamientos o conceptos acerca del mismo (Aftalión, 1951:138 y 139). Caso similar es la divergencia regional de las interpretaciones judiciales. Aftalión presenta claros ejemplos de un tema que hoy se acepta pacíficamente en sociología jurídica: los sentidos jurídicos de las leyes sólo existen en la medida que son vivenciados por los *órganos estatales* y por los particulares (1951:140 y 141).

Al estudiar la configuración del derecho argentino y la historia del derecho, Aftalión critica tanto la tendencia que considera al derecho de un modo racionalista (con lo cual nuestra historia del derecho constituye una continuidad desde el derecho español e indiano, por derivación normativa) como la empirista, que ha tomado un criterio geográfico (por ello la historia del derecho argentino derivaría de las modalidades de organización de los patagones y araucanos, como sostiene Carlos O. Bunge). Sostiene que nuestra historia del derecho no deriva ni de las Partidas ni de la regulación familiar indígena, y rechaza por absurdas las consideraciones según las cuales, a partir de lo que las leyes declaraban, las Indias no eran colonias, o Isabel la Católica implantó la jornada de ocho horas para los indios (Aftalión, 1963: 6 y 8). La concepción de Aftalión es de un derecho con sustrato empírico (témporo-espacial), con su sentido espiritual específico. Hace mérito de la concepción de Croce, para quien toda historia es historia contemporánea, porque el interés del presente es lo que mueve a indagar el pasado. Esta idea tiende un puente entre la historia del derecho y la sociología del derecho. De allí que su interés por la historia del derecho tenga como referente el derecho actual, en la comprensión total a que aspira de él, no limitada a la normatividad, ni a sus presuntos antecedentes

indígenas, castellanos o indianos. Para mostrar esta relevancia rescata un antecedente que considera valioso, más relacionado con el presente jurídico argentino que muchas instituciones que sólo constaron en los papeles, como la mayor parte de la legislación que debía aplicarse a Indias. Se trata del fallo del juez Marshall en el juicio *Mabury vs. Madison*[2].

Más allá del criterio por el cual Marshall estableció un principio que hasta ese momento no se encontraba explícito en el sistema jurídico norteamericano (control de constitucionalidad de las leyes por los jueces), y que no existía en el inglés, lo cierto es que ese fallo tiene mucho que ver con nuestra historia judicial y la doctrina de la Corte Suprema nacional, desde el caso *Sojo* (1887) y *Municipalidad contra Elortondo* (1888), en los cuales se sustentó similar doctrina que tampoco era explícita en la Constitución argentina. Aftalión concluye que es un rasgo de originalidad jurídica nacional, opacada por las tendencias que han querido destacar la falta de esa característica y su adscripción a los sistemas europeos, haber incorporado la máxima creación del derecho judicial norteamericano en un sistema de tipo continental. Esta concepción permitiría más que en otros sistemas jurídicos conciliar la seguridad (superior, según cree, a mi juicio erróneamente, en el sistema continental) con la justicia (que permite eliminar los residuos de algunas leyes carentes de sentido social actual), de un modo que suele ser incompatible con las concepciones dogmáticas o exegéticas (1963:27 y 28). A este optimismo del pensador argentino cabe oponer la realidad de muchos fallos dogmáticos y ajenos al sentido social y actual de las normas, o a la realidad misma, y el hecho que códigos antiguos pueden actualizarse judicialmente aplicando con sentido social sus disposiciones, cuando no con sentido común, que buen margen existe siempre para ello.

*b) Julio César Cueto Rúa.*

Señala con acierto Carlos Cossio en el Prefacio a la obra *El Common Law* (1957), de este autor, que la posesión de una teoría general del derecho le ha permitido ver con claridad la vida

[2] Se recordará que este fallo de 1803, originado en un pedido del juez Mabury —designado por el saliente presidente Adam, pero que no había tomado posesión del cargo— a la Suprema Corte de Justicia, para que se ordenara al secretario de Estado, Madison, que lo pusiera en posesión del cargo, estableció la necesidad de que las leyes dictadas por el Congreso debieran ajustarse a la Constitución, y que es atribución de los jueces hacer efectiva la supremacía constitucional, para lo cual deben dejar de aplicar las leyes inconstitucionales. Marshall, aun reconociendo la justicia y procedencia del pedido de Mabury, falló en contra de su solicitud aduciendo que la ley que atribuía a la Suprema Corte facultades para entender en esos casos no era constitucional, pues las facultades de la Corte sólo pueden ser establecidas por la Constitución y no por las leyes.

y razón de ser de un sistema jurídico heterogéneo, de modo que la exposición no resulta un "mundo confuso de abstrusas instituciones, del cual la vida parecería estar muy ajena", sino un mundo nítido, traslúcido y flexible. En realidad, la exposición de Cueto Rúa es insoslayable cuando se pretende conocer el sistema de derecho judicial a la luz de una teoría jurídica que toma la realidad como parámetro.

Hemos hecho varias citas de esta obra en capítulos anteriores. Cueto Rúa analiza con claridad los antecedentes teóricos del derecho anglosajón a través de la obra de Gray, Holmes, Frank, Pound y Cardozo, a partir de cuyas elaboraciones el derecho aparece como una creación judicial, dinámico, reajustable y modificable permanentemente, con sentencias que traducen la aplicación de normas generales extraídas de otras precedentes luego de habérselas generalizado mediante la eliminación de hechos irrelevantes, y de la categorización de los relevantes (1957:115). De este modo, el derecho se adapta a la situación social y se desenvuelve sin tener que soportar los inconvenientes que resultan de la rigidez conceptual de un código. La norma no puede separarse, en su pretendido significado autónomo, de la actividad judicial en que ella resulta explicitada y aplicada, concluye Cueto Rúa. Cabe preguntarse si hay otra forma, aun en el derecho continental: hemos dedicado este libro a fundamentar sociológicamente la negativa.

Cueto Rúa sostiene que el derecho del sistema anglosajón no se presenta como amorfo o carente de dirección, aunque sea dinámico. Existe una filosofía de lo que es el derecho y sus finalidades, filosofía empírica y pragmática que consiste en "se debe hacer lo que en estas circunstancias, en este momento histórico, en este medio ambiente, requieren como el medio de satisfacer el mayor número posible de anhelos e intereses individuales, con el menor número posible de rechazos" (1957:116). Muestra a continuación en su obra cómo opera el *Common Law* a través del *stare decisis,* y a ello dedica la mayor parte del libro. La última sección se refiere a la enseñanza del derecho en los Estados Unidos, pero con el fin de señalar que en nuestro país los cursos y programas están saturados de construcciones jurídicas o referencias históricas que son "ahistóricas" por su absoluta falta de conexión vital con el presente, o programas limitados a la enseñanza de un esqueleto de derecho, desvitalizados por la exclusiva atención prestada a las formas lógicas, o desjerarquizados científicamente por el predominio de una exhausta exégesis jurídica (1957:291). Aunque escritos en 1956, son conceptos aplicables varias décadas después, no obstante la modificación de los planes de estudio y la institucionalización de los cursos que no existían en esa época.

No obstante la introducción o reintroducción de materias tales como Sociología, Economía e Historia del Derecho en va-

rias universidades, se mantuvo la rigidez de la enseñanza sobre la base de códigos y leyes. El estudio lógico y exegético, la apelación limitada a otras fuentes, la consideración de la jurisprudencia como interpretativa, no creadora de derecho, han formado generaciones de abogados y jueces preocupados por crear un discurso, aunque discrepe con la realidad, o precisamente para que discrepe incluso con la misma práctica de la cual podría derivarse un discurso distinto [3].

En *Fuentes del Derecho* (1961), Cueto Rúa las considera "hechos sociales, susceptibles de verificación directa, en los que se traduce un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses". Esto ocurre tanto en la legislación, la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre; pero aun si los jueces buscaran en su intimidad la respuesta que estiman adecuada al caso (como piensan los realistas), la búsqueda de los criterios que corroboran sus intuiciones se orientará hacia elementos objetivos, ya que tanto el juez como el legislador son miembros de la comunidad y su vida se encuentra conformada por ella (1965:20 y 22). Esta idea supone la existencia social de una normación, como presupuesto de ella, y descarta que la mayoría de los casos pueda deberse a impulsos erráticos de las personas.

También cobra relevancia en la exposición la idea que el autor tiene del derecho, al que considera, más que una técnica social para dirimir conflictos (definición usual dada desde el ángulo profesional de enseñanza para futuros abogados y jueces), como un modo compartido de vivir. De esto resulta que sus fuentes son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos, o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo (1965:23 y 25). Estas fuentes son analizadas en la obra, negando que puedan ser distinguidas entre formales y materiales, y considerándolas a todas "formales-materiales", de acuerdo con la teoría egológica, para la cual la experiencia jurídica se integra en tres momentos: el normativo, el empírico y el axiológico, que se encuentran esencialmente unidos.

Dentro de ellas, nos interesa la consideración de la costumbre, que para Cueto Rúa ha sido minimizada en su significado por el positivismo normativo. Este menosprecio se ve incentivado por la pretensión del legislador de dar respuesta a diversos problemas sociales por medio de la sanción de leyes, "como si el hecho de pronunciar ciertas palabras y hacerlas conocer a los integrantes de la comunidad tuviera la virtud mágica de dirigir y

[3] Sobre la enseñanza de la Sociología y los planes de Derecho véase nuestro trabajo "La enseñanza de la sociología en las Facultades de Derecho: Antecedentes y perspectivas", en "Revista de Sociología del Derecho", nº 5, nov. 1990, p. 11.

controlar la producción de los fenómenos sociales y sus efectos" (1965:81).

El esfuerzo de Cueto Rúa para llamar la atención sobre la realidad del derecho es significativo y no se agota en la obra teórica por la cual trató de hacer conocer, en un medio renuente, el derecho judicial. También existen aportaciones significativas sobre el proceso práctico que se lleva cabo en nuestros tribunales, y un análisis que debe calificarse de sanamente crítico sobre distintos aspectos del mismo, tema del que nos ocupamos un poco más adelante. Indiquemos, sin embargo, que a pesar del esfuerzo filosófico y jurídico de Cossio, y de los aportes desde la doctrina y desde la cátedra de ese autor, de Enrique Aftalión y de Cueto Rúa, el grueso de los teóricos del derecho siguieron, por décadas, firmes en sus convicciones. Sólo a partir de 1980 se observa un paulatino cambio en esas ideas.

La renuencia a reconocer la similitud básica del sistema continental y del *Common Law*, en cuanto a la labor de los jueces y abogados, es una constante en la doctrina nacional, con las excepciones consideradas en este capítulo, tornó puramente formal a la enseñanza del derecho en el país y convierte a los egresados en futuros aprendices de una práctica legal que debe ser conocida hasta hoy a espaldas de los elementos adquiridos en la Facultad. En suma, como consecuencia de la ideología profesional de jueces, juristas y profesores de derecho, la enseñanza de este conocimiento ha sido y es formal y dogmática, ya que se agota, en buena medida, en la exposición de textos legales, comentarios doctrinarios y exposición de fallos, lo que ha dificultado la inserción de los nuevos letrados en la labor jurídica. Pienso que ésta es una de las causas de la perpetuación del ritualismo en la consideración del derecho, visto como una especie de juego formal en el que la verdad material no es lo más importante, y la ajenidad del sistema de administración respecto del sentir y de los valores sociales. Curiosamente, este sistema, que debía garantizar por lo menos la seguridad jurídica (y así lo creen muchos jueces), no ha podido impedir en muchos momentos la corrupción del sistema, ni el uso a favor de criterios negados por el mismo ordenamiento. Parece congruente pensar que jueces y abogados actúan de acuerdo a cómo han sido formados en la ciencia del derecho: si la realidad no forma parte de su mundo de incorporación de conceptos jurídicos, irrumpirá por las vías menos previsibles y a favor de otros criterios normativos, ya que no de los jurídicos.

Decíamos anteriormente que Julio C. Cueto Rúa ha insistido hasta el presente en sus puntos de vista prácticos respecto de la aplicación del derecho. Es el autor que mayor época abarca en esa constante teórica en el país, a través de numerosos trabajos y artículos. A título exclusivo de ejemplo, ya que no cabe considerar aquí todos sus aportes, señalo algunas opiniones: "Ha

predominado hasta nuestros días el concepto de que la mejora de la administración de justicia depende del contenido de las normas sustantivas, del contenido de los códigos de procedimiento, y de los recursos financieros adecuados. En lo sustancial esto es cierto... Pero tan importante como la disponibilidad de normas justas, procedimientos racionales y personal bien remunerado, es la actitud profesional de jueces y abogados, alertas y siempre dispuestos a la tramitación activa y sin subterfugios de los casos, al conocimiento de las partes, a la participación personal de los jueces en la producción de la prueba, a la eliminación de tramitaciones innecesarias. El primer obstáculo levantado en el camino de la racional y eficaz administración de justicia en la Argentina se encuentra en cierta inercia judicial y forense. Ella lleva a la perpetuación de prácticas y rutinas carentes de justificación. Se necesita una abierta inclinación por la aceleración de los trámites, por la eliminación de prácticas rituales, por la actuación directa e inmediata del juez en el trámite del juicio" (1988 b:1040). "Los juristas, los jueces y los abogados argentinos se han sentido siempre más interesados por la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas que por el estudio, la investigación, el conocimiento y la aplicación de los recursos humanos, técnicos, económicos y financieros requeridos para escuchar a las partes, atender su prueba y dictar oportuna sentencia" (1989:813), opiniones que se amplían y reiteran en otros artículos (1987, 1988 a, 1988 c, 1988 d, etc.).

En un trabajo posterior, Cueto Rúa muestra con claridad la diferencia entre los fallos orientados hacia proposiciones normativas generales, y los "orientados hacia la experiencia", idea que recuerda los *Horizontes de pasado y de futuro*, de Luhmann (ver *supra*, Capítulo V). Si bien en su oportunidad hemos criticado la concentración en el punto de vista dogmático, y también en las consecuencias, como opción exclusiva, el caso comentado por Cueto Rúa muestra que el necesario equilibrio entre norma y consecuencia del fallo debe ser logrado de un modo prudente, sin que pueda pronunciarse de un modo definitivo por un extremo o el otro. El fallo es el recaído en el caso "Zepeda vs. Zepeda", sentenciado por un Tribunal de Apelaciones de Illinois, Estados Unidos.

Allí, la valoración de las consecuencias posibles de la admisión de la petición (demanda de un hijo natural contra su padre por los daños y perjuicios derivados de haber sido concebido como tal) es determinante del rechazo de la demanda. Si el tribunal no hubiera partido de las consecuencias posibles, sino de la ilegitimidad del acto de la concepción, podría haber admitido la demanda, ya que existían bases normativas suficientes para crear un nuevo tipo de ilícito indemnizable. El camino de la lógica, según la sentencia, debe ceder al camino de la experiencia: cada hijo ilegítimo se convertirá en potencial demandante.

Decenas de miles de hijos en esas condiciones, según estadísticas disponibles, se sumarían a todos los que pretendieran extender tal responsabilidad a la madre, por haber prestado su consentimiento al acto sexual. Numerosas concepciones podrían dar lugar a causas indemnizatorias: todas las que pudieran generar, en la mente del hijo, la idea de una "vida defectuosa o frustratoria de expectativas humanas". Ello también englobaría características hereditarias desafortunadas, enfermedades, raza desfavorecida, desprotección inicial en el ámbito familiar o "artificialidad" en la concepción (Cueto Rúa, 1991).

Este modo de fallar no parte de principios y de su elaboración como único criterio decisorio. Si bien es tenido en cuenta, y de allí deriva la primera parte del razonamiento, es la evaluación de las posibles consecuencias del fallo la que decide, en definitiva, el curso del proceso. Sin duda, podría cuestionarse ese modo de operar, y así lo hemos hecho en páginas anteriores, reconociendo los puntos en que la posición de Luhmann resulta valiosa en su defensa de la dogmática jurídica. Una posición totalmente volcada hacia la experiencia es sin duda "sociologista", pero también un extremo posible de la rebelión antiformalista que disuelve el derecho en la incertidumbre de las consecuencias.

En un contexto de decisión jurídica signado por el dogmatismo cerrado, bien hace Cueto Rúa en poner de manifiesto otras formas de fallar, centradas en la experiencia. Pero debemos dar por reproducida aquí nuestra opinión anticipada al tratar del funcionalismo sociológico de Luhmann: las graves consecuencias que tiene para la norma jurídica, elaborada y entendida como modelo de conducta, centrarse exclusivamente en un horizonte de futuro, en las consecuencias posibles del fallo, sin lograr el adecuado equilibrio con el sistema de normas que se propone como modelo de acción, para los particulares y para los jueces (ver *supra,* Capítulo V).

En las importantes reflexiones de Cueto Rúa, y los pormenorizados análisis por los que pretende llamar la atención hacia la realidad, se observan las consecuencias de haber sido un estudioso del *Common Law,* y la posibilidad, que ha valorado debidamente, de comparar experimentalmente los sistemas judiciales norteamericano y argentino. Esa valiosa experiencia permite no sólo ver las distancias entre dos formas de administrar justicia, sino el anacrónico peso de muchas prácticas administrativas que arrastramos con el sentido de la acción tradicional descrita por Max Weber: se hace porque siempre se hizo así, y no de otra manera. En ese mismo punto esas prácticas se separan de todo intento de racionalidad.

Tal es la ventaja de poder apreciar la relatividad de los fenómenos culturales frente al etnocentrismo de muchos juristas, que, a fuerza de ver lo propio, creen que las soluciones de otros sistemas sociales son inferiores por definición. Nuestra expe-

riencia no es necesariamente superior, ni lo que viene de afuera necesariamente inferior, tal como le advirtió hace dos siglos Thibaut a Savigny en un contexto opuesto al que ahora nos ocupa. Es cierto que lo contrario tampoco se sostiene solo, pero en este campo no se corre en general mucho riesgo de que la mayoría piense en ese sentido: la regla etnocéntrica tiene fuerza elemental, pero segura.

c) *El trialismo jurídico y su vertiente sociológica.*

Luego de desarrollar y comentar la obra de Gurvitch como "un meridiano de la sociología jurídica", por la moderación y el sentido de las proporciones ínsito en ella, *Miguel Herrera Figueroa*, en su *Sociología del derecho* (1968), expone el punto central de su concepción, el "tríptico jurídico social" formado por el *hecho*, el *valor* y la *norma*, que se hallan presentes en la consideración sociológica del derecho.

La concepción de Herrera Figueroa es común con el jurista brasileño Miguel Reale y con el filósofo Werner Goldschmidt, y se encuentra en lo que se ha llamado el "integrativismo jurídico". Herrera Figueroa reconoce que no resulta sencilla la labor de identificar la presencia de los tres factores, ni es suficiente afirmar que hay en el derecho un aspecto lógico (normativo), otro histórico real (el hecho social) y un tercero ético (valorativo). Lo importante es para él reconocer que los tres componentes son inseparables, y "patentizar que la tridimensionalidad es de la esencia misma de lo jurídico" (1968:67 a 70). En esta misma línea han trabajado el norteamericano Jerome Hall (1974, entre otros) y el argentino Pedro David, al que citamos más adelante.

Debe suponerse que la visión sociológica de Herrera Figueroa no coloca en el mismo plano a los tres elementos de su todo integrado, en cuanto afirma que "cualquier intento integrativista en el mundo jurídico-social, debe necesariamente partir de un planteamiento sociológico, donde el hecho, el valor y la norma, se estructuran unitariamente desde el *facto* social" (1968:71). Pero no obstante la extensión de la obra, no se encuentra en ella un análisis sistemático de la relación entre los tres elementos, ni un abordaje científico de esa posición, sino un conjunto de opiniones y citas que no parecen conducir a clarificar el punto de vista adoptado. El enfoque tiene, no obstante, la ventaja de superar unilateralidades, si bien incurre en nuevos problemas epistemológicos no resueltos, como es el objeto *derecho* que es triple, pero es único, y se estructura a partir del elemento social. De esta forma, la sociología debería ocuparse de él, pero no se explica de qué modo debería hacerse con el elemento normativo y el valorativo, que requieren métodos propios de otras ciencias.

Sostener que la sociología preside el análisis del derecho es agotar en su método todo lo predicable del derecho, esto es, deriva en un sociologismo jurídico al pretender subsumir en él los estudios normativos y axiológicos. El estudio de las construcciones jurídicas no se agota ni en la sociología jurídica, ni en la sociología del conocimiento. Requiere de la ciencia del derecho y de la filosofía del derecho. Esto no parece verse con claridad en las posiciones trialistas.

*Pedro David* sostiene que el integrativismo no busca sólo superar el unilateralismo del estudio del derecho como norma, sino el de las escuelas que lo han hecho en torno al valor (derecho natural), y también los que se han centrado en el hecho jurídico (realismo jurídico norteamericano y escandinavo). Para este autor no hay preeminencia entre hecho, norma o valor, sino a partir del tipo de conocimiento que enfoque al derecho: "ninguno de ellos tiene primacía sino desde el punto de vista de la epistemología que uno esté tratando de elucidar. De modo que si uno está haciendo el análisis normativo, viene la norma delante; o viene el valor, si uno está en la axiología" (David, 1979:16 y 35). Esta posición parece más acertada que la anterior, en cuanto no incurre en imperialismo sociológico. Pero luego define al derecho como una conducta que expresa normas, que realiza valores y que en caso de desviación de esas normas y de esos valores es y debe ser penada con sanciones (1979:39), llevando nuevamente la cuestión al mismo punto: el derecho es conducta, para la sociología (pero no para la ciencia del derecho, ni para muchas versiones de la filosofía jurídica). La desviación de la norma debe ser penada con sanciones, según el derecho entendido normativamente (es decir, según el ordenamiento jurídico), pero esto no es necesariamente lo que ocurre. En cuanto a esto pareciera darle a los valores entidad independiente, cuando las ciencias que se ocupan de las normas los consideran en general incorporados a ellas. En este caso los valores incorporados a las normas jurídicas se reafirman (o no) al sancionarse (o no sancionarse) la conducta infractora; y lo mismo puede ocurrir con los valores incorporados a las costumbres. De allí que la definición no resulte clara ni para la ciencia del derecho, ni para la sociología general ni para la sociología jurídica, pues mezcla puntos de vista de distintas ciencias, y confunde lo fáctico con lo normativo y lo axiológico.

*d) El punto de vista del control social jurídico.*

*Alfredo E. Ves Losada* ha dedicado parte de su obra a sustentar una visión de la sociología jurídica, además de los trabajos específicos sobre el proceso judicial que más adelante referimos. En *El derecho como experiencia* (1960) anticipa parte de los temas que merecen un desarrollo mayor en su *Sociología del*

*derecho* (1975). Esta obra es una teoría del control social vista desde uno de sus tipos: el jurídico. Si se quisiera resumir la obra sería imprescindible decir que en la concepción del autor toda sociedad requiere un orden social para prevenir y solucionar conflictos; como los conflictos son parte de cualquier estructura social, es necesario algún sistema de control específico, no para eliminarlo (porque el conflicto es parte de la sociedad y de su evolución), sino para "someter el desorden a cierto marco", canalizar las energías sociales hacia soluciones de compromiso y no de lucha.

El control social es un sistema de poder, y se ha expresado históricamente no sólo a través del derecho, sino también por la magia y por la religión. Ves Losada afirma que "magia y religión como tipos de control social, constituyen etapas de un proceso que en nuestros días corresponde al derecho" (1975:47). Esto debe ser entendido como análisis tipológico, ya que el derecho, desde el punto de vista social, se agregó a la magia y a la religión, sin suprimirlas, y coexisten en la cultura. Es interesante y novedosa la importancia que Ves Losada atribuye a los llamados "subtipos ilícitos del control social", que abarcan buena parte de la obra. El control social no es sólo poder estatal. Es, en buena medida, poder ilegal, e ilegítimo (porque toma legitimidad en un único sentido de aceptación global por la sociedad). Un partido político revolucionario, una secta religiosa opuesta a las condiciones de vida comunes, las bandas delictivas, sociedades secretas, grupos de presión, son ejemplos de esta categoría. Debe acotarse que estos grupos poseen "legitimidad" (en sentido sociológico, no jurídico) en sus propias áreas de influencia, y sólo así se explica su funcionamiento, aunque sean ilegítimos para el sistema social definido oficialmente.

Todo tipo de control social reconoce una forma preventiva (a través de la socialización, la educación y la solución pacífica de los conflictos), y otra represiva para efectivizar su influencia. La represión puede ser lícita o ilícita: determinada o indeterminada, por el órgano; formal o informal, por las normas. Ves Losada desarrolla estos temas en su obra, además de los intereses sociales, y concluye con esta concepción del derecho, que reconoce inspiración en Pound: "Derecho es un instrumento de control social destinado a motivar y encauzar las acciones humanas y alcanzar un tipo particular de orden social en una sociedad secularmente organizada en Estado" (1975:320).

Al igual que Julio C. Cueto Rúa, Ves Losada ha dedicado muchos artículos al análisis del proceso judicial desde el punto de vista sociológico, y también investigaciones al mismo[4].

[4] Puede verse una reseña completa en *Ves Losada, Current Sociology of Law in Argentina,* en Ferrari, Vincenzo, 1990, 12 y 14. Con posterioridad ha trabajado en el análisis de los índices de litigiosidad en la Prov. de Buenos Aires ("La Ley", 30/6/89 y 3/7/90).

*e) El aporte desde la ciencia del derecho.*

La sociología jurídica nacional se ha visto enriquecida por el aporte realizado por juristas que, al cultivar las ramas tradicionales, lo han hecho con un punto de vista sociológico. Esto ha ocurrido en la última década, particularmente, y es visible en el derecho procesal, el derecho de familia y todo lo que hace al llamado "derecho político". Nos ocuparemos de los dos primeros, ya que este último ha sido suficientemente analizado desde la sociología política, o la ciencia política, que analizó al derecho como una variable más dentro de la estructura del poder social (Duverger, 1972).

*Augusto Mario Morello* es uno de los autores que con mayor extensión e intensidad ha puesto de resalto los elementos sociológicos subyacentes en el proceso judicial. El aislamiento del mundo de los hechos que se debaten y de sus protagonistas, la falta de contacto y de conocimiento con quienes son las personas que litigan, su carácter de "jueces del expediente" más que del proceso, la falta de acceso personal, directo y profundo a la verdad material, su carácter de "no presente", se encuentran claramente de manifiesto en la imagen que del proceso tiene este procesalista. También lo están la ausencia de una consideración como "empresa de servicios" a la administración judicial y otras ideas que hemos expresado en sentido coincidente (Morello y otros, 1983:3). Nuevas formas procesales, supresión de pasos y ritualismos inconducentes son parte de una propuesta de política jurídica que tiende a superar un proceso perimido en cuanto a su efectividad (si es que alguna vez la tuvo), pero que se mantiene en su anacronismo y su disfuncionalidad.

En la obra citada (1983:87 y ss.) reclama "nuevas herramientas y nuevas soluciones con menor costo social", y reseña y cita gran cantidad de trabajos que muestran el cambio del punto de vista de los procesalistas. De ellos destaco la de Berizonce, que asumiendo desde la misma área procesal esta idea, llevó a cabo una investigación empírica en el Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires. La opinión de Morello es la primera consideración doctrinaria expuesta en el país de la administración de justicia como "empresa de servicios", proveniente de juristas que han cultivado las ramas tradicionales del derecho. Opiniones similares sólo habían sido expuestas anteriormente por sociólogos o filósofos del derecho.

En otro trabajo (Morello, 1986) se hace mérito de los elementos que muestran el tránsito de la justicia legalista liberal a la normativa tecnocrática. Aquí el cambio se relaciona con el paso desde la sociedad liberal (en la que el juez es árbitro de conflictos sociales) a una sociedad posindustrial (en la cual el derecho es instrumento de cambios: función promocional del derecho) y que requiere una nueva práctica judicial. El "juez en-

trenador" sucede aquí al "juez árbitro"; su función es preventiva y tutelar, y ajusta al perfil adecuado en algunas áreas del derecho, como el de familia, en el que el magistrado intenta conciliaciones y toma resoluciones siempre revocables (frente al concepto de cosa juzgada del otro sistema). También es útil pensarlo en materia comercial (acciones preventivas para la continuidad empresarial). Más que por decretos definitivos, es un magistrado que se expresa de modo continuado y flexible, con menor acatamiento mecánico a las reglas rituales. Cabe señalar en este sentido que en la segunda investigación llevada a cabo por José J. Toharia sobre la magistratura española (1989), entre las características deseables del juez ideal, "la preocupación constante por los aspectos formales y procesales de las causas y asuntos" sólo es colocada por el 7 % de los entrevistados (contra el 10 % de 1983 y 5 % de 1972), mostrando en este aspecto una continuidad, como lo es "un sentido profundo de la equidad" que le permita interpretar con flexibilidad la ley (con respuesta entre el 65 % y el 76 % en las tres muestras). El "nuevo modelo" no está sólo en la teoría jurídica, sino en la mente de muchos jueces, incluso en la Argentina, donde se consideran limitados por normas procesales que dificultan la obtención de la verdad material (ver Fucito, 1992 a).

En la misma línea se encuentra *La reforma de la justicia* (Morello, 1991), en la que puede acudir a "investigaciones inspiradas en prolijos relevamientos empíricos" reveladores de la "indetenible profundización de la brecha entre teoría del proceso y realidad de la prestación del servicio de justicia" (1991: 7). Con agudez teórica y observación empírica, considera que los jueces se encuentran sitiados, a partir de: 1) la canalización indebida hacia ellos de los problemas o conflictos cuya composición no les corresponde sino a otras esferas de gobierno; 2) el mantenimiento de controversias inútiles y litigios estandarizados, bajo jurisdicción; 3) el no aseguramiento del respeto debido a los fenómenos económicos y sociales cuando se proyectan en controversias, para las cuales las técnicas del derecho o son sobrepasadas o no acatan la lógica económica que los motiva; 4) la difícil compatibilización en el estado procesal actual del formalismo que requieren los procesos de alta complejidad y el informalismo de los de baja complejidad (1991:9 y 12). No otra información recibió el autor de este libro en una encuesta llevada a cabo sobre los magistrados nacionales civiles y comerciales (Fucito, 1992 a), a la que aludimos *infra*. Coinciden en los puntos tanto la teoría procesal más moderna como los encargados de administrar justicia, y, por supuesto, los abogados en ejercicio cuyos intereses concuerdan con el uso funcional del servicio judicial, y no con el "alternativo" (ver *supra*, Capítulo VII, 4). La obra de Morello, en suma, presenta un enfoque realista encomiable, a partir del cual el proceso queda orientado claramente hacia el

*futuro,* en dos sentidos: como propuesta de lo que debe ser y como punto de orientación predominante para la normativa, ya que si existe un campo en el cual las normas deben orientarse sin discusión hacia los resultados que ocasionan, ése es el procesal.

Sin la sistematización de los autores antes señalados, pero con ideas claras de un magistrado sobre su tarea, *Rómulo Vernengo Prack* (1981) tiene el raro mérito para la época en que escribe de apelar a una investigación sobre la opinión de los justiciables respecto de la administración judicial y sus garantías que vale rescatar, sobre todo por la experiencia del que las emite; al referirse al código procesal vigente en el nivel nacional y en muchas provincias, dice: "Muy poco se ha logrado. La misma pesadez asfixiante. El juez es ahora el director del proceso, pero su título es académico, no puede impedir su retardo deliberado y doloso... Puede que el día en que se decidan a suprimir al secretario se produzca la misma aceleración en procedimiento escrito, ya que desaparecerán los trámites ante un intermediario, que valga lo literal, impide la mediación... Bajo el título de *inmediación* se han tratado de conciliar las soluciones baratas —presupuestariamente hablando— de mezclar al juez, al secretario y el oficial primero, para acercar las partes a *alguien,* no al que decide, que es lógicamente al que quieren ver y ser vistas y oídas, sino a algunos de los colaboradores y confidente del que decide... Es decir, que en el esquema de la Justicia Nacional (sorprende no solamente al pueblo argentino, sino a los extranjeros que les interesa el tema) se puede perder todo el patrimonio, sin haber conocido, ni de vista, al juez. La justicia argentina se hace por correspondencia" (1981:951). Estas y otras observaciones, si bien comprometidas, no dejan de tener buena parte de verdad. No se trata de comprobaciones derivadas de una investigación sociológica, pero surgen de observaciones que puede hacer cualquier profesional que litigue en la mayoría de nuestros tribunales. No debe entenderse por esto que los jueces se niegan a recibir a las partes: es el procedimiento el que condiciona la presencia de intermediarios, escritos, traslados y pérdidas de tiempo. El procedimiento escrito no permite que el juez atienda personalmente la causa de modo directo. Sólo estudia papeles que hablan de personas y de problemas. No suele ver ni a las personas ni conocer directamente los problemas. La problemática se vierte a través de la mejor o peor escritura y estilo de un abogado, y se entiende a través de la mayor o menor capacidad de lectura y tiempo disponible por el juez, o por alguien que lee y le cuenta lo que ha leído.

Entre las muchas otras opiniones que pueden agregarse a las anteriores cito a *Mario Oderigo* (1983), en su análisis de la imposibilidad práctica para los magistrados de la Corte Suprema nacional de atender las causas sometidas, lo que permitió el cre-

cimiento de "relatores y subrelatores y ayudantes de éstos, imposibles de individualizar para los litigantes, personal que tendría a su cargo informar a los Ministros todo lo que ocurre" en cada uno de los expedientes diarios que deberían resolver cada día. Sobre este tema puede sostenerse que los argumentos utilizados en 1990, cuando se elevó de cinco a nueve el número de jueces de ese tribunal nacional, respecto de la mayor celeridad que tendría el despacho de las causas, son incorrectos, pues, salvo que el tribunal se dividiera en salas (cosa que no hizo), las mediaciones deberían ser mayores y no menores. En este sentido los criterios políticos suelen prevalecer sobre los organizacionales. También pueden citarse trabajos de Maurino (1983), Alfredo Di Iorio (1984), Osvaldo Pérez Cortés (1982), y los del autor de este libro (1982, 1989, 1990, 1991 a) a partir de los cuales intentamos realizar nuestro aporte al estudio de las causas de la inefectividad judicial, previo análisis de algunas variables de la estructura organizacional y de las dificultades de su reforma.

Es necesario señalar que las reflexiones de los autores sobre el proceso han motivado interesantes puntos de vista de otros juristas, ajenos en principio a la sociología y al proceso. Cito, por ejemplo, las atractivas propuestas de temas de investigación a realizar en temas procesales formuladas por Horacio Rosati (1987) [5].

## 5. Investigaciones empíricas realizadas en la Argentina.

Como consecuencia del significativo cambio de punto de vista entre los procesalistas nacionales, se llegó en los últimos años de la década del ochenta a valorar el intento de medir "la efectividad en concreto del servicio de justicia", llevar a la práctica un "relevamiento empírico del funcionamiento, en todos sus niveles, del servicio jurisdiccional", para lo cual se preconiza recurrir "a los métodos de la investigación sociológica en general, que son también los de la sociología del derecho, que se exhiben como los más aptos en atención a la naturaleza de los objetos sobre los que se ha de inquirir" (*Berizonce*, en Morello, 1983, Capítulo VI, 111 y ss.). Este autor reseña la investigación que llevó a cabo la Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas y Sociales IUS en La Plata (1985), con el fin de medir la duración del proceso, la intervención de las partes y de los

[5] Por ejemplo, la influencia de la actitud de los oficiales de justicia en la delimitación de bienes inembargables, el grado de influencia que sobre la decisión de un juez tiene el estilo indagatorio de los sumariantes del juzgado, los factores que de hecho influyen en el surgimiento de un *leading case*, los criterios de selección que siguen las colecciones no oficiales de recolección de fallos y su influencia en la jurisprudencia (ps. 62 y 63).

jueces y el costo del proceso (Berizonce, 1985), en lo que constituye la primera investigación publicada que intenta cuantificar los resultados del proceso por medio de la medición de variables, que muestran la duración desmesurada de los juicios, la ausencia de actuación oficiosa del juez en el proceso sumario, salvo la propia competencia y la correcta integración de la litis, la falta de uso del rechazo de la demanda por defecto legal y de las facultades destinadas al debido esclarecimiento de los hechos. También se observa la inercia judicial, la falta de inmediación (confirmada por el éxito en el 50 % de los casos en que se instó de oficio una conciliación). En materia de absolución de posiciones y testimonial, la constancia de la presencia del juez oculta, en rigor, su ausencia y firma posterior; se confirma no sólo por la unánime práctica judicial, sino por la ausencia de careos, de interrogación de oficio de absolventes y testigos.

También se comprueba el casi total incumplimiento del principio de concentración de las pruebas, la falta, en general, de reconocimientos judiciales (y, cuando existen, en el 8,77 % de los expedientes examinados, nunca es fuera de la jurisdicción), ausencia de la concurrencia a ese acto de peritos y testigos, falta de fijación de puntos de pericia, de requerimiento de explicaciones de oficio a los peritos, ordenación de nuevas pericias y otras medidas fundamentales para "conocer los hechos", que son letra muerta en la práctica procesal, convertida cada vez más en un conjunto de ficciones ajenas a la realidad.

Con respecto a los abogados, las conclusiones de la investigación son también escasamente alentadoras: en el 21,05 % de las causas hay negligencia declarada en la producción de la prueba, en el 15,79 % caducidad, lo que significa que en uno de cada tres procesos se pierden pruebas ordenadas. Por último, en cuanto al costo del proceso, arroja el 61,01 % de los valores totales al tiempo del cumplimiento efectivo de lo reclamado, lo que puede ser considerado muy elevado. De este modo se ha llegado, por un radical cambio en la mentalidad de los juristas del área, a la revaloración de los hechos —nunca tan lejanos del derecho como en la práctica procesal—, lo que implica confrontar el deber ser normativo con la realidad, y entender que las normas que no se cumplen crean, junto con la práctica, un nuevo proceso, con otras reglas, hasta ahora ignoradas públicamente [6].

En esta área deben señalarse varias investigaciones más. La primera es de tipo histórico, y refiere a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1930 y 1983 (*Kunz*, 1989), de los que se hace un estudio socioeconómico y de pertenencia a clase de los cincuenta y tres magistrados que ocuparon

[6] Véanse también las opiniones de Carlos A. Nogueira en "Las transformaciones del proceso civil y la política procesal", en *Morello*, 1983, Cap. II, ps. 15 y ss.

cargos en ese tribunal entre los años mencionados. Señalo el origen social atribuido por la investigación (17 % pertenecientes al patriciado, 21 % al estrato superior y 21 % al estrato médio, siendo sólo el 3,8 % del inferior). Esta tendencia, al igual que la religión practicada o declarada (católica) y el casi exclusivo predominio del sexo masculino (salvo un caso, la Dra. Margarita Argúas), no puede sorprender por su congruencia con las restantes variables de nuestra realidad sociocultural y política.

Otro trabajo referido al área de la magistratura es el de *Mackinson y Goldstein* (1987), investigación empírica sobre pertenencia a clases, estudios cursados y permanencia en la función de jueces nacionales. De ella destaco las dificultades de las investigadoras para obtener los datos (que muchos parecen considerar secretos) por una amplia porcentualidad del universo considerado (380 magistrados), de los cuales sólo el 28 % contestó el cuestionario, recogiendo el grupo investigador respuestas negativas "explícitas, en forma airada y en ciertos casos personal por algunos magistrados, y tácita, mediante devolución del respectivo cuestionario sin completar" (1987: 8). El modelo de la encuesta (1987: 88 y ss.) no muestra una intromisión injuriosa, pero las respuestas descorteses señalan el desconocimiento que parte de ese universo tiene de la utilidad de las investigaciones sociológicas; también indica la vivencia del secreto del procesamiento de los datos organizacionales (cuestionable de por sí) como extensible a todas las áreas de la organización y de sus miembros, de modo que se protege de cualquier intento de reconocer los elementos de la misma. Podría ser interesante relacionar esta necesidad de íntima protección con la ausencia de una escuela de magistratura, la selección política de los jueces y la "sesión secreta" del Senado de la Nación que resuelve su nombramiento, también incompatible, a mi entender, con la transparencia en la selección de los miembros [6 bis].

El trabajo citado se propone conocer quiénes son los jueces, desde el punto de vista socioeconómico, familiar y de formación especializada. Destaca que el 83,66 % de los jueces llegaron al cargo como resultado de una carrera judicial de extensión variada (con un promedio de catorce años de antigüedad), encontrándose el grupo que no cumple esas características predominantemente formado por mujeres). No es difícil correlacionar esta realidad con la tendencia a la burocratización (muchos ingresaron en puestos bajos del escalafón) y apego a la estructura a la

[6 bis] Dentro de las modificaciones por las cuales se pretende dar transparencia a las designaciones a partir de 1991, además de la creación de un Consejo de la Magistratura (que lamentablemente no tiene carácter independiente del Poder Ejecutivo, lo que limita sus objetivos), se suprimió en 1992 el carácter secreto de la sesión del Senado que trata de los pliegos elevados por el Poder Ejecutivo Nacional para la designación de magistrados.

que han pertenecido durante largos períodos hasta tener puestos de autoridad, debiendo adaptarse necesariamente a ella.

Otro dato interesante de esa investigación, útil para correlacionar con la efectividad del servicio de justicia, es que sólo el 45,48 % de los jueces que respondieron tuvieron ejercicio profesional anterior a su designación, mientras que el 51,70 % no ejerció nunca la profesión de abogado. La mitad de los jueces entrevistados carece entonces de experiencia directa en la profesión de abogado, de lo que puede inferirse un desconocimiento que sólo puede llenarse por una información de segunda mano, ya que, necesariamente, un juez debe tener expectativas sobre la profesión de quienes son sus interlocutores cotidianos.

Debo agregar a estos trabajos el estudio sobre prestigio de la magistratura, poder relativo de los jueces y técnicas de trabajo y capacitación del personal, según la opinión de los magistrados, que llevé a cabo entre 1990 y 1991 en la Justicia en lo Civil, Comercial y ex Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal. El relevamiento abarcó una muestra de 16 % de los fueros, y se realizaron entrevistas estructuradas con las personas seleccionadas. Las conclusiones generales fueron:

1) La estabilidad de los jueces actuales en el sistema, a pesar de las crisis institucionales y económicas.

2) Un perfil joven y profesional de la magistratura, sin mayor incidencia de la práctica profesional como abogados, pero con actividad docente ejercida o en ejercicio.

3) La consideración de que el Poder Judicial tiene un prestigio medio o bajo dentro de la sociedad, por causas o limitaciones predominantemente externas.

4) La ruptura entre autovaloración (elevada) y orientación hacia el sistema (también elevada) frente a la consideración que se siente proviene de los destinatarios del servicio (sociedad en general).

5) Una elevada consideración del bajo o mediano poder relativo del sistema judicial frente a los restantes poderes del Estado.

6) El bajo o muy bajo nivel de necesidades económicas cubiertas por la retribución a la magistratura.

7) El elevado nivel de otras necesidades cubiertas por el cargo.

8) La consideración de la aguda baja del nivel formativo de los abogados, a juicio de los magistrados.

9) Una excesiva valoración de la efectividad total del sistema judicial y de la propia.

10) Una valoración igualmente elevada del Código Procesal como garantía de la seguridad jurídica.

11) Una evaluación del mismo código como poco adecuado en general o inadecuado a la agilidad del procedimiento.

12) Opciones mayoritarias en el sentido de crear tribunales de menor cuantía y simplificar el procedimiento, así como crear tribunales especializados, pero contraria a la oralización del procedimiento.

13) La amplia consideración de que el sistema judicial está sobrecargado por causas atribuibles al medio externo (crisis económicas, aumento vegetativo de la población) más que por causas jurídicas o internas del sistema.

14) La presencia de opiniones divididas respecto a la mayor o menor publicidad a otorgar al trabajo judicial, y al servicio en conjunto.

15) Una opción mayoritaria en el sentido de aceptar la informatización del sistema.

16) Una opinión dividida sobre la capacitación del personal y su motivación para la tarea.

17) Una información incipiente sobre técnicas de trabajo que muestra un dispendio de energía dedicada a la corrección de errores, que no es compatible con la alta efectividad atribuida al sistema, máxime si éste se considera sobrecargado de trabajo.

18) Un perfil democrático en cuanto a la opinión y discusión de órdenes de trabajo, y controlador en los resultados, con la salvedad de delegar parte de este control en el secretario (Fucito, 1992 a).

Dentro de la sociología jurídica, pero fuera ya del ámbito procesal, se ha realizado un estudio sobre autoritarismo en relación a diferentes ocupaciones (*Gargaglione*, 1988).

En él se trata de establecer la relación entre los individuos potencialmente antidemocráticos y su proyección frente al sistema jurídico, en la línea de un trabajo teórico anterior de la misma autora sobre *Autoritarismo y derecho* (1987). Se presume que las personas autoritarias están acordes con un sistema normativo que acoja las necesidades que se indican y disconformes con aquellos sistemas que tiendan a reducir la regulación, el nivel de estructuración y el monto de la represión. La investigación, para considerar la opinión sobre los contenidos legales, utiliza los siguientes temas: *a*) la equiparación de la mujer en los derechos; *b*) la represión del delito y la penalización, y *c*) la organización del sistema electoral.

Las hipótesis son: 1) Los contenidos legales autoritarios correlacionan positivamente con la opinión favorable de la población sobre los mismos. 2) El autoritario está conforme con la represión, su aumento y el sistema carcelario, aun cuando lo desconoce. 3) Los autoritarios no se interesan por los efectos de las sanciones aunque consideran que son negativas, y propician su aumento. 4) Los autoritarios no están de acuerdo con la equiparación de la mujer en los derechos. 5) Los autoritarios no están de acuerdo con el sistema político democrático, siendo, de estas hipótesis, considerada la primera principal y las restantes

corroborantes y adicionales de aquélla (Gargaglione, 1988: 3, 9, 10 y 11).

La autora realiza encuestas y considera que las hipótesis resultan comprobadas de acuerdo con los parámetros fijados. Una amplia mayoría respalda las opciones más autoritarias propuestas en las entrevistas: tanto en la causa de los problemas nacionales (atribuidos a falta de dirección política o existencia de grupos perturbadores; esta opción claramente persecutoria), como la que atribuye el aumento de los crímenes a la falta de represión y controles severos por parte del personal policial. Como corroboración, el 62 % se manifestó a favor de la pena de muerte y el 82 % del incremento considerable de las penas del Código Penal. El 63 % de los hombres entrevistados niega a las mujeres la posibilidad de realizar tareas fuera del hogar. En el ámbito político las respuestas aparecen menos autoritarias y más democráticas, concluyendo la autora que la muestra revela "un gran potencial persecutorio y represivo" en cuanto a la legislación penal y actitud con los delincuentes, carácter autoritario por negación de la equiparación con la mujer, pero democrático en cuanto a la participación política, lo que no aparece contradictorio a la luz de los antecedentes teóricos e investigaciones previas (1988: 48, 51, 54 a 59).

Otro ámbito hasta hace pocos años sin representación en las investigaciones empíricas sociológico-jurídicas, es el derecho civil. No ha sido casual que el ámbito de la familia haya permitido las primeras incursiones de este tipo, ya que existía previamente una sociología de la familia, y el grupo ha sido abordado desde hace décadas por otras ciencias sociales. Lo que puede resultar sorprendente es la recalcitrante resistencia de los juristas de esta especialidad a abandonar sus prejuicios sobre la realidad familiar basados en lo que la familia debe ser desde la óptica jurídica.

No es extraño entonces que frente al avance de la sociología jurídica en el plano internacional, haya surgido la necesidad de interpretar y explicar determinados fenómenos en los cuales la inefectividad de las normas jurídicas y de los sistemas de aplicación produce daños irreparables en la estructura sociocultural. *Cecilia Grosman* ha encarado con precisión estudios sociológico-jurídicos en dos áreas: el incumplimiento de la obligación alimentaria en caso de divorcio, separación de hecho o ruptura de una unión de hecho, y la violencia entre cónyuges como causal de sanción penal o de divorcio.

La primera investigación se justifica por "el inmenso abismo que existe entre el mandato legal que ordena al padre la asistencia de sus hijos menores y el cumplimiento real de la mentada obligación en los casos antes señalados" (1985). El objetivo fue allegar información sobre el funcionamiento de la acción penal, y se realizó sobre una muestra de 1445 causas penales

por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar radicadas ante los Juzgados Correccionales y de Instrucción de Menores de la Capital Federal, en 115 historias registradas por el Servicio Social de los Tribunales de la Capital originadas en consultas, y en estadísticas de juicios por alimentos y divorcio de la misma jurisdicción, todo ello en el período 1980-1984. De la observación estadística surge que poco más de la mitad de los denunciantes pertenece probablemente a los sectores más bajos de las clases medias, y al mismo estrato los inculpados, exclusivamente de sexo masculino. La proporción más alta de éstos se dedica al comercio, industria o profesión liberal (36 %), tratándose en la mitad de los casos de personas que trabajan independientemente, lo que dificulta la identificación de sus ingresos. El resto pertenece a los sectores más bajos de la sociedad. La cantidad de condenas no sobrepasa el 6 % de las causas radicadas (unas 600 por año en ese período), siendo la mayor proporción de conclusiones de las causas por sobreseimiento provisional (entre el 35 % y el 40%).

La información proporcionada por magistrados y funcionarios entrevistados muestra que la baja condenabilidad se debe básicamente a las creencias de inutilidad de la pena privativa de libertad en estos casos y que la función del juzgador debe ser solucionar el incumplimiento a través de un acuerdo, con lo cual el juez penal sobrepasa su esfera punitiva y asume el rol de juez de familia. Muchos sobreseimientos provisionales se fundan entonces en la fórmula: "...el acuerdo pactado obliga a una pausa en la investigación que permita en el futuro comprobar la real voluntad de cumplimiento...". La investigadora señala que las denunciantes rara vez buscan la prisión del denunciado, sino el cumplimiento de la obligación alimentaria, y que el juez penal ha asumido este mandato más allá de la norma.

Otro dato sociológico de importancia, que ayuda a explicar el real funcionamiento de una institución, es lo que ocurre en caso de incomparecencia del obligado, cuando se ordena su captura; en estos casos, la policía no la efectiviza, ya que es obvia su selección de casos de mayor peligrosidad social, a los que dedica sus limitados medios, tal como surge de investigaciones específicas que se han realizado en sociología criminal. La autora observa que la justicia penal se convierte en una especie de "agencia de cobros" ante la inefectividad aún mayor de la justicia civil, ya que en el primer caso se cuenta con la presión que puede ejercer el juez con facultad de imponer sanciones punitivas.

La segunda investigación (Grosman, Mesterman, Adamo, 1989) es de mucho mayor aliento y corresponde a una considerable evolución sociológico-jurídica en la Argentina. Las autoras se plantean aquí preguntas específicamente sociológicas, con implicancias jurídicas directas: A) La dimensión social de la violencia marital, es decir, la extensión del fenómeno. B) Las formas

y características diferenciales según parámetros socioeconómicos. C) Los supuestos culturales en relación al hecho violento. D) Los mecanismos de control social que se implementan frente a la agresión, particularmente el modo en que el ordenamiento legal es eficaz y efectivo. E) La actitud y comportamiento de los protagonistas ante las instituciones y apoyos comunitarios existentes.

De estos puntos, el central para la sociología jurídica es el cuarto, y la obra muestra con claridad la insuficiencia de los mecanismos de control social en el área estudiada, así como sus causas normativas. Es interesante observar que las autoras traen a luz un complejo normativo contradictorio que deriva en esa falta de efectividad y de eficiencia de la ley. Se estudian las regularidades comprobadas en otros países, que aquí se confirman: la relación entre violencia y sistemas familiares de estructura autoritaria, de jerarquías fijas, escasas autonomía de sus miembros, mayor rigidez y adhesión a valores tradicionales y estereotipos. El aspecto histórico que justifica esta valoración de los roles también es evaluado, y se observa para completar este cuadro (o como derivación de él) que "la ley omite contemplar el proceso de diferenciación y autonomía de sus miembros, que debe coexistir con la idea de unidad familiar".

Para llevar a cabo esta investigación y por primera vez en esta rama del derecho se toma el punto de vista del "ciudadano al que no sólo le interesa el contenido de la regla legal sino cómo ésta ha de funcionar en la realidad, pues sólo de esta manera podrá prever el comportamiento de los operadores del derecho frente al episodio concreto en el cual asume la calidad de víctima o victimario". La muestra comprende 153 encuestas, 5 historias de vida, entrevistas a informantes claves en distintos ámbitos institucionales, 198 procesos por lesiones leves en Capital Federal y San Isidro, 92 fallos por homicidio y lesiones graves entre cónyuges y concubinos, publicados por revistas especializadas y sentencias dadas a conocer entre 1950 y 1985, en juicios de divorcio por injurias graves en los cuales el hecho configurante hubiera sido la agresión física de un cónyuge hacia el otro.

El análisis de este material prueba convincentemente que la violencia no es propia de un ámbito social exclusivo (clases bajas) y tiene una gran extensión social. En el aspecto explicativo, condiciona tal situación a la combinación entre sistemas culturales arcaicos o tradicionales y modernos, que producen a la vez tolerancia del castigo (como práctica aceptada), y vergüenza frente a la denuncia. Esta supervivencia cultural explica la persistencia de los hechos, el refuerzo intergrupal y la dificultad de asumir roles fuera del contexto familiar, aunque sea violento. Súmase a ello la ideología de ocultamiento que opera a nivel societario, el incentivo a la mujer para que oculte su desgracia, el hermetismo familiar como valor defendible, y la uni-

dad familiar entendida también como elemento de mayor peso, en la ideología judicial, que la dignidad de la ofendida, cuando media mantenimiento de la convivencia o perdón. Alimentándose mutuamente estos elementos de la cultura en diversos niveles, no resultan proclives a la superación del problema. "De esta manera la denuncia es desalentada, se empequeñecen los hechos, se hace un llamado a la paz y la concordia, con la sana intención de salvaguardar a la familia, y así se sigue invisibilizando la agresión, y el ciclo de violencia continúa". Las autoras concluyen en que la benignidad judicial sólo perpetúa la violencia y que las causas de esta valoración son las creencias implícitas de los jueces sobre la distinción entre mundo público y mundo privado, al cual correspondería una mayor prudencia en la intervención, aun frente a hechos graves, si existe voluntad de reconciliación u olvido. Esta condescendencia muestra un apartamiento de las funciones sociales básicas de la familia en un modelo racional, simétrico y equitativo, además de afectivo (1989:160, 162, 170, 360 y ss.).

*a) El profesor de derecho.*

Operador calificado de una organización jurídica, no sólo porque su discurso refiere permanentemente a normas, sino porque prepara a los futuros participantes de los sistemas judiciales y administrativos, de la actividad pública y de la privada, no ha merecido hasta 1990 en el país ninguna investigación sociológica que analice y explique su actividad. La primera se debe a *Juan Carlos Agulla,* que realiza un estudio estadístico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e interpreta los datos de conformidad con el modelo que formula.

En el trabajo se describe el *rol real* (tal como se ejerce: profesor de dedicación simple, 1135 sobre 1246, en 1989), y se confronta con los que se llaman *rol teórico* (que surge de las expectativas normativas, y corresponde a las dedicaciones semiexclusivas en número de 80 en ese momento) y el *rol ideal* (necesario para satisfacer las exigencias de la expansión de la sociedad tecnológica, tal como se da en las sociedades occidentales, representado para Agulla por la dedicación exclusiva, que sólo abarcaba a 18 profesores en ese momento).

Agulla critica la dedicación predominante, y estima que es una causa fundamental del bajo compromiso de los profesores con la Facultad, con el alumno y con la sociedad, por la escasa tarea desarrollada, compatible con cualquier otra. Señala también que la "vocación" de estos docentes se "refuerza" por incentivos de tipo previsional y mutual (obra social y antigüedad jubilatoria para abogados libres que no tienen otra) y concluye que tal Facultad, con tales profesores, no puede ser intelectualmente creativa, sino dependiente socialmente. Atribuye a esa baja dedicación

y especialización docente el carácter enciclopédico, generalista y memorístico, no especializado, de la misma, sin mengua del "gran profesor" que deja a salvo, y que representa al creador jurídico que en muy poco medida es representativo de la docencia de la Facultad de Derecho.

Si bien en cuanto al análisis estadístico esta investigación no puede merecer reparos, ya que efectivamente hay 92,1 % de profesores de dedicación simple, gran cantidad de interinos y el sistema de concursos para regularizar la Facultad en poco tiempo ha fracasado, hemos discutido en otro lugar algunos presupuestos y consecuencias que el autor formula (Fucito, 1991 b). En primer lugar, el rol teórico se cumple, pero no en una sola Facultad, sino en varias de las nueve que entran en competencia directa para la producción de abogados. No es por vocación, sino por necesidad dada por la misma dedicación (rol institucionalizado como "part-time"), con sueldos bajísimos e inestabilidad institucional crónica, que los profesores de derecho en alta medida refuerzan ese rol segmentario con el ejercicio de la docencia en otra u otras Facultades, entre todas las cuales redondean una "semidedicación" y una retribución algo más sustancial. El cuadro es similar al de la docencia secundaria, en general profesional y exclusiva, pero realizada en varios establecimientos educativos a la vez.

El otro punto es si la calidad docente depende de la dedicación limitada tal como la expone Agulla, o con la modificación que surgiría si se tomaran a las restantes nueve Facultades que forman abogados en un área de influencia que no excede los 50 km (de las cuales hay seis en Buenos Aires, dos en el conurbano y dos en La Plata).

Sobre este punto también tenemos reparos, y coincidimos con el modelo de "buen profesor de derecho" que expone Cueto Rúa (1989 c), que no depende de la dedicación sino de causas más profundas, muchas de las cuales hemos analizado en páginas anteriores.

Creemos que si la enseñanza del derecho es memorística, enciclopédica, y repetitiva, basada en el "Manual de Cátedra", esto se debe a una tradición doctrinaria y libresca que entiende al derecho como ley escrita, como norma legislada, y no como norma en acción. Si los profesores de derecho creyeran que el derecho tiene sentido para los futuros operadores (abogados, jueces, asesores) como una técnica para resolver conflictos humanos, abrirían más los ojos a la realidad de su aplicación (proceso judicial, organizaciones administrativas concretas, derecho aplicado realmente, vida carcelaria, rehabilitación de condenados, conflictos reales en caso de divorcio, alimentos, locaciones, propiedad y condominio, prácticas comerciales existentes, y tantas otras), más que a los discursos doctrinarios puro propios del "cielo de los conceptos" sobre el que muchas veces ya hemos discurrido.

Si esto es cierto, el problema no es que haya pocos profesores dedicados exclusivamente a la docencia, sino que los jueces y abogados que se dedican a ella no sacan provecho de su experiencia cotidiana que es la mayor riqueza que pueden transmitir a sus alumnos, y se limitan en clase a transmitir "doctrina". Creo, a la inversa de lo que piensa Agulla, y más allá de la experiencia comparada, que si el derecho es escrito y la tradición dogmatizante, profesores dedicados exclusivamente a enseñar podrían constituir a la enseñanza en algo todavía más alejado de la realidad de lo que hoy puede estar, salvo que formaran parte de una nueva clase de "profesores-investigadores en sociología jurídica", que, si bien son sin duda necesarios, no pueden agotar el espectro docente en una carrera cuyo objetivo es profesional. Si el derecho se aprende principalmente para practicarlo, esa práctica tiene que estar en la experiencia de los profesores, y deben transmitirla a los demás. Luego de pasar revista a las limitadas condiciones de desempeño de los profesores de derecho, con su agudeza acostumbrada, Calamandrei escribe: "En verdad, examinando el problema desde un punto de vista objetivo, no parece deseable una neta separación entre teóricos y prácticos del derecho; como la teoría debe servir a la práctica, nada es más útil al estudioso, para mantenerlo alejado de las absurdas abstracciones metafísicas, que el diario contacto con la realidad del derecho en acción" (1921:133).

Es, estimo, la única manera de responder a un rol ideal que no consiste en la especialización teórica, sino en la conciencia específica del derecho como instrumento en acción permanente, alejado de "abstracciones carentes de contacto con la realidad" (Cueto Rúa, 1989 c:1278), que es, sin duda, uno de los mayores riesgos que genera el actual tipo de enseñanza.

Se observa que este tema espera, en primer lugar, investigaciones de campo exhaustivas, que definan por una parte el verdadero rol del profesor, tomando como universo de estudio las numerosas Facultades de Derecho que existen en el país y su área de competencia. Y por la otra, estudios específicos (que entre nosotros tampoco existen) sobre la enseñanza del derecho en las Facultades, y el modo como aprenden los futuros abogados. De estas investigaciones podrían derivarse probablemente interesantes consideraciones sobre el dogmatismo y el ritualismo profesional, por una parte, y sobre la ruptura entre las expectativas de los *status* "alumno de derecho-profesor de derecho" y "abogado-juez".

*b) Investigaciones originadas en la Administración.*

Sin perjuicio de las que pudieron llevarse a cabo y que no son de mi conocimiento, puedo citar por lo menos dos investigaciones realizadas en los últimos años de la década del ochenta,

originadas en el ámbito judicial para diagnosticar a la organización desde ópticas no jurídicas.

El primero es el realizado por la Secretaría de Justicia de la Nación en 1988, cuyos elementos relevantes surgen del trabajo "Metodología para la reforma de la administración de justicia" [7]. En ese documento, los aspectos sociológicos de evaluación del servicio judicial tienen amplia cabida, y si bien no responden a una investigación preliminar concreta, las conclusiones provisorias sobre las cuales se proyecta la investigación del sistema son de tal evidencia que pueden considerarse comprobables diariamente en todos los niveles de la estructura. De la comisión realizadora, que no llevó a cabo su tarea de reforma, formaron parte, predominantemente, magistrados.

En segundo lugar, la investigación encomendada por la Suprema Corte de Buenos Aires a un equipo interdisciplinario, para que describa el servicio de justicia en lo atinente a su gestión [8]. Este equipo realizó una descripción formalizada del esquema operativo de la Suprema Corte, concluyendo que "en las dependencias de la Suprema Corte de Justicia se definen reiteradamente funciones inespecíficas y residuales", "no existe enumeración precisa de las actividades que implican la delegación de la función de superintendencia en el responsable departamental", entre otras carencias materiales, culturales y de comunicación. Las fuentes de información han sido predominantemente documentales y a partir de entrevistas con informantes claves, lo que resulta a primera vista insuficiente para fundar un estudio en profundidad sobre la estructura del Poder Judicial con sede en La Plata.

Sin embargo, es significativo que a partir de dichas fuentes documentales y personales se concluya que la estructura se encuentra desequilibrada, con alta concentración de funciones, agrupamiento de tareas no homogéneas, superposición y personalización de funciones, doble dependencia jerárquica de algunos sectores, asignación formal de jerarquía a dependencias a las que no se les reconoce funcionalmente, de todo lo que deriva "la relativa eficacia y mínima eficiencia" de la gestión administrativa de la organización. Sin embargo, los investigadores opinan que esta situación no constituye la determinante básica de la problemática central, sino que ésta deriva de que "la estructura de los órganos administrativos de la Suprema Corte no condice

[7] "Metodología para la reforma de la administración de justicia", mecanografiado, Secretaría de Justicia de la Nación, 1988. Analicé este trabajo en "La evolución teórica sobre las propuestas de reforma judicial", en *Fucito*, 1989: 101 y ss.

[8] "Bases para la formulación de un plan global de reorganización", documento elaborado por equipo integrado por *Leonardo Schvarstein, Elena Denda, Benjamín Liberman* y *Analía Montero*, según Res. 2744 de la S.C.B.A.

con la estructura jurisdiccional del sistema, ya que mientras la estructura administrativa responde a patrones burocráticos y centralizados geográfica y funcionalmente, la jurisdiccional es descentralizada y con un alto nivel de autonomía e interdependencia".

No menos importante es la conclusión de que existe en la estructura una cultura administrativa renuente a aceptar la profesionalidad de las tareas vinculadas con el gobierno y la gestión de los recursos, como una actividad diferenciada de las funciones jurisdiccionales, lo que se refleja en la composición de los cuadros administrativos. El informe muestra las deficiencias en materia de gestión de recursos (ausencia de análisis de productividad del gasto, de evaluación de necesidades futuras y otras propias de toda la administración pública, como las deficientes modalidades de contratación), y otras que señalamos por su importancia y por su coincidencia con lo que hemos venido sosteniendo hace diez años: "Las incipientes acciones de capacitación se orientan hacia cuestiones teóricas y estrictamente jurídicas; no contemplan aspectos vinculados a las motivaciones y actitudes respecto de la tarea". Dentro de este cuadro se observan, empero, algunos datos positivos, como el compromiso hacia la tarea en las áreas observadas, una actitud abierta y favorable a la autocrítica, la búsqueda de mejores resultados y canales informales de discusión para estos problemas. En el nivel de las propuestas, los investigadores sugieren la creación de la figura del "Administrador Judicial", con un perfil distinto al de los funcionarios que tradicionalmente se ocupan de estas tareas. Señalo, por último, que estas investigaciones y documentos no han merecido difusión pública —lo que es coherente con la idea de "secreto" que todavía impera en esos medios—, limitándose de ese modo la posibilidad de un análisis especializado [9].

## 6. Reconocimiento jurisprudencial de criterios sociológicos.

Si se realizara una búsqueda minuciosa, sería posible extraer algunos fallos en los cuales se han utilizado criterios sociológicos para resolver algunas cuestiones, en general de modo genérico, y sin acudir a citas de obras específicas. Se refieren globalmente a aspectos procesales, aunque ahora son más frecuentes los casos

[9] La Secretaría de Justicia de la Nación, y luego el Ministerio de Justicia, han continuado con estudios, investigaciones y proyectos, con asistencia de organismos internacionales. Sin embargo, no se dispone hasta ahora de publicaciones sobre todo lo realizado, que tendrían alto valor para el desarrollo de la sociología jurídica, lo que es de esperar se subsane a la brevedad.

de derecho de familia. Así, por ejemplo, se ha resuelto: "El exceso ritual manifiesto es inconciliable con el adecuado servicio de la justicia y la legítima defensa del interés público, y debe ser evitado sin necesidad de forzar el texto de las normas aplicables" (S.C.B.A., junio 15 de 1982, "La Ley", 1983-B-971, y nota de Vicente F. García). Se trataba de un caso en que la Cámara de Apelaciones consideró que al no haberse labrado el acta de incomparecencia de un absolvente ausente, aun habiendo la contraparte dejado pliego de posiciones, no existía confesión ficta, lo que fue revocado por el Tribunal superior. Se citan también algunos precedentes en el mismo sentido. En otros casos la eficiencia procesal se ha entendido en sentido distinto, favorable al aumento del ritualismo, que es la respuesta común de los tribunales formalizados, con escaso sentido de la realidad y el objetivo del proceso.

Un fallo de la Cámara Nacional Civil (Sala D, "La Ley", 1982-C-260) zanja un posible conflicto entre un juez y una dependencia administrativa, disponiendo que el primero firme un testimonio (que en rigor no debería llevar su firma) para evitar el obstáculo que tal dependencia opondría a la tramitación del pedido. "El exceso de formalismo no perjudica la validez del acto". "Al margen de la bondad del razonamiento jurídico que sustenta esta resolución, se ha señalado que los tribunales deben facilitar, en la medida posible, la labor de los letrados" (Cámara Naciona Civil, Sala E, 6 de enero de 1981). Sin embargo, mejor que esto, se debió eliminar el requisito más que satisfacer la vocación ritualista de la dependencia administrativa; claro está que ello no se encontraba en las facultades del Tribunal, que resolvió lo más adecuado para el objetivo del proceso. Una regla fundada en la eficiencia administrativa debería sostener que "el exceso de formalismo perjudica la efectividad del conjunto de actos asociados". El manejo usual de la administración pública muestra que la suma de pasos rituales (certificaciones, legalizaciones, etc.) no impide de modo alguno el fraude, que en todo caso se ve facilitado por la maraña de pasos burocráticos que unos dan sobre lo que otro ha hecho, sin que nadie conozca realmente lo anterior. El caso posiblemente más absurdo es la certificación de autenticidad que un empleado desconocido (no obstante su aclaración de firma y sello) da respecto de la firma de un juez, presidente de Cámara de Apelaciones o rector de Universidad. En la era informática estas cuestiones pertenecen al siglo XIX.

En otro orden de mayor significación, señalo las disidencias de Emilio Rodríguez Villar (ministro de la Suprema Corte de Buenos Aires) con el criterio de ese tribunal, en materia de competencia en causas contencioso administrativas promovidas como acciones de amparo. Así, por ejemplo, en "Barranou c/Municipalidad de Bragado" (S.C.B.A., 8 de noviembre de 1988, "El Derecho", 132-392, con nota de Tomás Hutchison), la Corte ordena

el archivo de una acción de amparo promovida por despido verbal y negativa de tareas que un agente imputa a la Municipalidad mencionada, que había sido tramitada ante el Tribunal de Bragado, por considerar que se trataba de una relación administrativa que debía ser conocida por dicha Corte. Lo destacable del caso, desde el punto de vista que sostenemos, no es el tema de derecho administrativo involucrado, sino el hecho que la Corte, por un motivo formal, ordene el archivo, es decir, la pérdida del procedimiento tramitado. La disidencia de los ministros Cavagna Martínez y Negri tiende, aun coincidiendo con dichos argumentos, a que la causa, declarada la competencia originaria de la Corte, se radique ante ese Tribunal con el fin de "evitar el decaimiento injustificado por motivos formales" de todo el procedimiento. En cambio, Rodríguez Villar va más allá, ya que, al considerar que existen a la vez cuestiones de derecho administrativo y constitucional, justifica la promoción de la acción de amparo, pero valorando que "ha de preferirse, sin duda alguna, aquella (solución) que facilite el acceso del justiciable al magistrado competente, que la que lo dificulte". Con cita de un fallo de la Corte Suprema nacional (Fallos 241:221), según el cual debe evitarse inventar construcciones excesivamente técnicas para justificar distingos entre competencia de la misma Corte y los jueces ordinarios, pues de lo contrario la Constitución no aparece amparando los derechos esenciales, sino la violación de ellos, concluye que la causa debe mantenerse en el Tribunal donde fue iniciada.

Obsérvese que en este caso, la interpretación sociológica coincide con la defensa de los derechos emergentes de la Constitución, sin mediaciones ni artificios. El acceso a la justicia es básico para el ciudadano, más allá de los puntos de vista que los juristas, so pretexto de su defensa, interponen para impedirlo de hecho. Así, un reclamante domiciliado en la ciudad de Bragado demanda ante el juez de su localidad (que es el que tiene como posibilidad económica de acceso). Al desestimarse su demanda queda obligado a una concurrencia (casi imposible, por el elevado costo frente a sus recursos de trabajador despedido) ante la Corte radicada en La Plata, para lo cual debe acudir a especialistas (no cualquier abogado está realmente capacitado para este tipo de acciones, aunque se encuentre formalmente habilitado) de esa ciudad. Esta cuestión, planteada prácticamente, no niega la existencia de cuestiones técnicas insoslayables; sólo reconoce la interpretación de las garantías constitucionales como derechos que deben ser inmediatamente accesibles, de modo efectivo, so pena de convertirse en letra muerta.

En realidad, creo que muchas de estas cuestiones rituales y formales hacen caducar derechos constitucionales: el acceso a la justicia, el derecho a una solución efectiva, eficiente y rápida de

las cuestiones, caen cuando se sanciona una denegación de justicia, que es lo que *de hecho* ocurre en estos casos.

Estos mismos criterios del caso Barranou se observan en numerosos fallos de la Suprema Corte de Buenos Aires [10]. En alguno de ellos el ministro disidente acude específicamente a un criterio que excede lo jurídico, y sostiene que "todo el sistema jurídico queda condicionado por una base sociológica. En suma, el derecho aparece como una especie de precipitado normativo de la realidad social", argumentando a continuación sobre las distancias que, de acuerdo al criterio mayoritario del Tribunal, convierten a las numerosas peticiones de amparo en imposibles de ejercer cuando, por estar comprometidos principios administrativos, deben sustanciarse ante la Corte, distante a varios cientos de kilómetros del lugar donde ocurrieron los hechos y donde existe tribunal que puede conocer de modo inmediato la causa. Se dan así ejemplos del absurdo práctico que llega a denegar a un justiciable residente, por ejemplo, en Carmen de Patagones, la posibilidad de peticionar ante el Juzgado de Paz de esa localidad, o incluso ante los de Bahía Blanca (distante a 273 km de esa ciudad), para exigirle que contrate letrados o se traslade a La Plata, a 903 km de la misma ciudad donde se originan los hechos. Acertadamente, concluye que "no hay compatibilidad posible entre la urgencia que demanda el conflicto que se procura resolver mediante la acción de amparo y su decisión —por cualquier vía procesal ante la Suprema Corte de Justicia" (causas 53.025 y 52.943).

Parece claro que este tipo de consideraciones son, en general, subestimadas por los Tribunales, tanto más cuanto más elevada es la instancia, en favor de tecnicismos o interpretaciones que se consideran conforme a doctrina o precedentes. Un punto de vista sociológico es aquí simplemente de sentido común. La centralización en un tribunal superior que poco o mal puede atender causas, y que de este modo se autosobrecarga de tareas, lleva innecesariamente a una denegación de *justicia real*, por más que los canales formales estén abiertos.

Nótese, asimismo, cómo puede variar el criterio de los magistrados si se encuentran orientados por aspectos técnico-legales y formales, o por el fin práctico que procura el servicio judicial: permitir el acceso inmediato y directo a los que reclaman justicia, por la vía más idónea que permita una rápida solución del conflicto. Si todo lo actuado se anula, y vuelven los autos a primera foja, ¿puede, de *hecho*, el demandante, comenzar nuevamente, más allá del *derecho* que tenga de hacerlo?

En otras causas aparecen enfrentadas mayoría y minoría en este Tribunal por cuestiones vinculadas al encuadre formalista

[10] Causas 51.344, 52.121, 52.209, 52.544, 52.338, 52.353, 52.296, 52.235, 52.273, 52.287 al 289, 52.814, 52.890, 52.911, etc.

o realista del derecho. Así, en el fallo de la SCBA del 19/6/1990 ("F.P.H., y otro", "El Derecho", 8/2/1991), la mayoría sostuvo que no existe situación de indefensión al haber interpuesto el procesado por su propio derecho el recurso extraordinario, pues contó desde el inicio con la debida asistencia letrada y conoció la posibilidad de sustituir a su letrado de confianza por el defensor oficial, de lo que no hizo uso, presentándose por su propio derecho. En disidencia, Emilio Rodríguez Villar sostuvo que la posibilidad de autodefensa es excepcional, y que los recursos extraordinarios constituyen una instancia de técnica jurídica en la cual la ausencia de patrocinio letrado es un obstáculo insalvable en su planteamiento. Por ello, y tal como decidió la Corte Suprema nacional ante las peticiones informales presentadas por personas detenidas, como recursos extraordinarios, los tribunales de la causa deben realizar las tramitaciones necesarias para brindar la posibilidad de la pertinente asistencia letrada, de modo que su omisión por aquéllos constituye una violación de la defensa en juicio. No basta, en síntesis, un "patrocinio letrado formal", sino que se requiere, para cumplir con el "debido proceso", que el acusado haya recibido una efectiva y sustancial asistencia por parte de su defensor. *Germán Bidart Campos,* al anotar el fallo, sostiene con acierto: "Puede ser que manejando standars formales, asista razón a la mayoría que resolvió el caso... Pero a la hora de la verdad (de la verdad material objetiva por sobre la verdad formal), nos ha gustado muchísimo más que el juez disidente apelara al realismo jurídico: se trataba de una condena penal, de un recurso difícil de fundar, de una autodefensa a la que no le halló encuadre suficiente. Prefirió salvar la justicia material, la única verdadera; superó ápices procesales; no se resignó ni conformó con que, formalmente, pudiera decirse que la oportunidad (también formal) de asistencia letrada estuvo a disposición del recurrente... ¿Por qué optamos? Por superar y remediar formalismos...".

Huelga agregar que compartimos tanto la disidencia como el comentario. La óptica sociológico-jurídica (ya que no el "realismo", en sentido técnico) lleva a ese resultado: no salva la ficción, se ajusta a una realidad. Y es bueno que desde los máximos tribunales se comience a advertir la importancia de estos puntos de vista, aunque más no sea como disidencias [11].

[11] Fuera del campo judicial, pero dentro de los criterios sociológicos que deseamos poner de relieve en el ámbito de aplicación del derecho, es importante mencionar la obra que realiza la Controladuría General Comunal, creada por la Municipalidad de Buenos Aires por la Ordenanza 40.831, de 1985, con facultades de protección de los intereses difusos de los habitantes de la Ciudad, pero lamentablemente sin competencia mayor que la producción de recomendaciones o denuncias. Es significativo, a los fines sociológicos, el análisis de los informes anuales publicados, ya que de los mismos surgen claramente los límites de la aplicación del orden normativo, y las reales posibilidades de controlar

desviaciones que permiten las situaciones y los grupos interesados. Párrafo aparte merecen algunas denuncias que detectan el cumplimiento de normas jamás sancionadas por autoridad alguna, pero que se cumplen siguiendo la tradición de la repartición. La burocracia no sólo ejecuta minuciosamente reglamentos inútiles, sino que también los inventa por tradición oral. V. Informes 1988/89 y 1990/91 publicados por la Municipalidad de Buenos Aires.

# Capítulo XI

# RESUMEN Y CONCLUSIONES

¿Pueden obtenerse conclusiones generales de la anterior exposición? ¿Cuál es el aporte de cada una de las escuelas, de cada uno de los autores tratados, a una sistemática de la sociología jurídica? Descontado que tal sistemática depende de una propia de la sociología, que todavía no se ha logrado, en este capítulo proponemos un balance que pueda aportar a su formación un conjunto de principios e hipótesis relativamente validadas que permitan el desarrollo de la teoría y de la investigación.

## 1. Los precursores.

*Montesquieu* nos ha dejado la reflexión, ya anticipada desde siglos anteriores, de la dimensión social de lo jurídico y la mutua determinación de los factores que influyen sobre él, dentro de un marco que tiene vaguedad suficiente como para generar las interpretaciones contrarias de Pound y de Gurvitch. Esta posición ambivalente se observa también en *Bentham,* para el cual las leyes son independientes de la sociedad, pero la utilidad social que debe fundarlas genera concesiones a favor del punto de vista contrario. El desprecio que *Saint-Simon* siente por los legistas inicia un período y un conjunto de concepciones que, con variaciones, se extenderá hasta el marxismo. *Augusto Comte* rechaza el derecho y "los derechos" (aun con la interpretación contraria de Treves), y sostiene la presencia de deberes, anticipando a Duguit. Pero defiende un punto propio de la sociología jurídica al sostener que las leyes no pueden contrarrestar las normas sociales, consideradas inexorables.

Es *Carlos Comte,* sin embargo, el que dentro del positivismo puede entenderse como verdadero fundador de la sociología del derecho. Sus ideas son precisas, y nos provee de la primera formulación del derecho "reducido a hechos observables y verificables", con lo que también funda el realismo jurídico, teniendo en cuenta el énfasis que otorga a las descripciones de "lo que hay y lo que hubo", plenas de antinormativismo. Esboza también la

distinción entre lenguaje y metalenguaje jurídico, para negar carácter normativo al tratado de derecho. Y deja la formulación más clara de su época, válida todavía hoy, de la influencia de la sociedad en el derecho, de modo tal que si existieran impedimentos normativos extralegales de mayor peso que la legislación, las leyes serían meras declaraciones: es decir, el peso de la costumbre como fuente del derecho por sobre la ley escrita.

El evolucionismo en la versión historicista de *Savigny* sólo reafirma este punto de vista, pero lo dota de una fuerza inexorable, que llega a negar la evolución histórica, hacia el futuro, en aras de la que ha existido hasta el presente. *Spencer* suministra una tipología que distingue clases de sociedades y tipos de derecho, al igual que *Sumner Maine,* considerando al orden jurídico dependiente de la sociedad.

Los fundadores de la teoría del conflicto, descontado el darwinismo social, que sólo puede ser citado en cuanto existió como discurso, pero no en cuanto a su perduración, quedan reducidos a las limitadas opiniones de *Marx* y de *Engels* sobre el derecho. Hemos precisado nuestra opinión favorable a la interpretación de la total dependencia del sistema legal respecto de la sociedad, en la posición de ambos, en tanto científicos, aunque como políticos pudieran defender incidentalmente la independencia de las leyes en manos de los capitalistas. La conclusión es que la reducción del derecho a voluntad es ilusión jurídica, al igual que la libertad contractual, que no existe pues se encuentra determinada por la posición económica de los contratantes.

El marxismo deja ideas para el análisis sociológico-jurídico: la especulación pura sobre el derecho en general lleva a construir categorías jurídicas abstraídas de las relaciones sociales determinadas. Las categorías jurídicas construidas reproducen una estructura social específica, y ésta se encuentra constituida por relaciones sociales de intercambio. Lo que importa entonces no es el criterio general (coerción) sino la forma como la norma se conecta con un modo de producción.

Comienzan aquí las elaboraciones sobre el fin del derecho, simultáneas al fin del Estado, que llegarán hasta las utopías de los criminólogos críticos que crean un modelo de sociedad sin sanciones y por ello sin normas. Pero esta interpretación, en cuanto derivada de Marx, es ambigua, pues los textos lo son, y puede ser sostenida tanto como su contraria.

En la obra de Engels sobre la familia, la propiedad privada y el Estado existe una primera interpretación que relaciona hechos sociales y económicos con normativa jurídica, y trata de especificar las condiciones en las cuales podría darse la igualdad social entre el hombre y la mujer. También se relaciona monogamia con sistema económico y se compara la primera con otros posibles sistemas matrimoniales. Estas interpretaciones avanzan sobre temas sociológico-jurídicos y anticipan otros desarrollos de

este siglo, como los que hacen al divorcio, a la honra y deshonra de las mujeres, basadas en motivos económicos, y a morales dependientes de conceptos utilitarios.

## 2. Las líneas de pensamiento del siglo XX.

Dentro del *organicismo positivista, Durkheim* señala que "no *es* todo lo que *debe ser*"; el derecho resulta un hecho social, y se debe estudiar de acuerdo con reglas metódicas que son propias de éstos. La sociedad se expresa en la organización jurídica (y ésta resulta dependiente de aquélla), en lo que tiene de más estable y preciso. La discrepancia entre leyes y costumbres es patológica, pues en esos casos no puede durar sin peligro, porque se mantendría sin razón. Es decir que el orden jurídico pierde legitimidad social, sin definir si esto representa un avance o una degradación de las costumbres. Lo cierto es que aquí se expresa con mayor precisión la dependencia entre las fuentes normativas, que la sociología da por aceptado. También se establecen las diferencias entre derecho represivo y restitutivo, correlativo con las formas de solidaridad y de sociedad, agregando a las existentes una tipología adecuada para el análisis de la evolución jurídica.

El aporte de *Tönnies* es, en primer lugar, su tipología (voluntad esencial-comunidades-derecho derivado de la posesión, por una parte, y voluntad arbitraria-sociedades-derecho de intercambio, por la otra), que hace pensar a los derechos reales y sucesorios como propios de las comunidades (feudales) y al derecho comercial (cambiario) como representativo de las sociedades (nacionales). En segundo lugar, que las leyes apartadas de las exigencias comunitarias y atadas a las de intercambio pierden el carácter de respuesta a las necesidades del conjunto, para responder a intereses sectoriales.

La sociología jurídica de *Pareto,* si bien no formulada, puede reconstituirse a partir de los conceptos de acciones lógicas y alógicas, sobre la base que el orden jurídico, aun como formulación racional, nunca puede superar la irracionalidad social que presentan las conductas incluidas en los distintos tipos de derivaciones.

Entre los juristas, el aporte de *Ehrlich* resulta de considerar todo derecho como social, y especialmente derecho de asociaciones (idea de Gierke); estas últimas deben ser estudiadas en los hechos: relaciones de dominación y de posesión, y con inclusión no sólo de las asociaciones aceptadas y legitimadas, sino de las oficialmente reprobadas; se trata del primer paso en el estudio del control social ilícito, y de las legitimidades parciales. También preparó la primera investigación sociológico-jurídica de que se tenga noticia.

*Gény* insiste en que el ordenamiento jurídico no es completo y en ausencia de fuentes formales debe acudirse a la libre investigación científica para colmar las lagunas; sugiere técnicas para evitar la arbitrariedad en la elección, anticipando el tema de la ideología en la selección del juez. En 1914 define al derecho como "función de la vida social". Como tal, es vana la pretensión de encadenar las soluciones requeridas por la vida en un sistema de teoremas precisos dominados por la lógica pura. La naturaleza misma de los problemas a resolver deja siempre un lugar a la apreciación subjetiva del intérprete. La propuesta es entonces buscar el modo de limitar el modo de operar de la práctica judicial por medio de elementos objetivos, tomados de la realidad, no desnaturalizar la ley escrita para hacerle decir lo que no dice, o abusar de la lógica para que sustituya la enseñanza de la vida.

El realismo jurídico tiene en *Cruet* a su segundo representante, si consideramos como primero a Carlos Comte, pero afirmado y ampliado: el derecho es, para él, derecho judicial, lo que muestra a través de sus ejemplos pretoriano, musulmán e inglés. De este análisis deriva una importante conclusión sociológico-jurídica: la función de la jurisprudencia en todas las sociedades es colocar, tanto como sea posible, a las más audaces de sus innovaciones bajo la protección regular de la ley o la costumbre; así se salvaguarda la autoridad moral del derecho consagrado y no se obstaculiza la adaptación de sus viejas fórmulas a las necesidades presentes de la evolución social. Para este autor la ley no es sino el reconocimiento de lo que ya existe: no crea más que lo ya vivido y creado.

De *Kantorowicz* hemos rescatado la primera formulación de una sociología del conocimiento jurídico: el jurista no debe desarrollar y defender sus propias ideas sobre la vida y la interpretación del derecho; debe colocar en un sistema los diversos puntos de vista y deducir las posibles interpretaciones que corresponden a estas perspectivas, que son por ello relativamente exactas. También su ataque a viejos postulados como el fundamento de la sentencia en la ley, el juez como siervo de la ley, y la sentencia como acto previsible, objetivo y rigurosamente científico. De su exposición surgen también los nuevos requisitos de formación científica para el juez, y el control de sus prejuicios, para todo lo cual el perspectivismo que plantea es un anticipo de Mannheim.

*Gurvitch* presenta, por su parte, el primer intento sistemático de una sociología jurídica, al dividirla en una sistemática, otra diferencial y una genética. La búsqueda de la fuente del derecho en los hechos normativos y la definición del derecho como intento de realizar la justicia en un medio social dado, son otros aportes a la sociología jurídica por parte de este autor. Su mayor defecto es la amplitud del fenómeno jurídico, que apa-

rece ajeno no sólo a la coacción jurídica sino a todo tipo de coacción.

Dentro del *conductismo, Tarde* extiende al derecho su idea de la imitación y la invención como base de lo social; descarta la idea de evolución lineal y define un código como la conclusión de un silogismo práctico, cuya premisa mayor es el estado de aspiraciones, pasiones y apetitos; la menor, el de conocimientos, creencias e ideas. Estima al derecho como derivado de una impredictible cantidad de variables sociales.

La obra de *Edward Ross* merece la atención de haber colocado al orden jurídico dentro de un marco del *control social*, en el cual descansa el orden social. Este punto de vista es particularmente fecundo, y lo hemos asumido en cuanto consideramos la efectividad del derecho una variable dependiente de la consonancia de los distintos subsistemas de control que existen en una sociedad determinada.

La obra de *Weber* merece un extenso análisis, porque habiéndose propuesto desarrollar las causas de la racionalización del derecho (estimado en cuanto determina una forma racional-legal de administración de poder), genera una polémica sobre el valor que *desea* atribuirle al derecho, y el que observa en la realidad. De allí entonces que aunque preconice la calidad de los motivos racionales como orientación de la conducta, lo considere más frágil que el sostenido por costumbre.

En la misma línea que E. Ross se reconocen aquí las consecuencias de la conducta que se rige por órdenes contradictorios pero simultáneamente válidos (equivalente a un sistema de control social en el cual cada subsistema no fuera coherente sino contrario al otro, respecto de las conductas prescriptas y proscriptas). Las elaboraciones que acercan a Max Weber al dogmatismo se atenúan en otra parte de su obra, al tratar de la racionalidad e irracionalidad en la creación y aplicación del derecho. Estas categorías (irracional formal y material, racional formal y material) son tipos puros sumamente productivos para la sociología jurídica, como herramientas para el análisis del derecho contemporáneo, tal como lo hemos sugerido en el apartado correspondiente. Sin embargo, Weber la presenta como histórica, ya que existe implícita una propuesta política en favor del derecho racional en sentido formal propio del mundo moderno. Tal actitud no impide que más adelante Weber establezca que en el conflicto entre convención y ley, ésta no lleva la mejor parte, y el orden jurídico es eficaz sólo cuando está respaldado firmemente por los restantes órdenes normativos o habituales. Las aplicaciones de este principio a la economía son visibles en lo cotidiano; se le deben también, a partir de ello, observaciones que relacionan derecho (y su ejercicio) con estratificación social, denegación y acceso a la justicia.

*Rudolph von Ihering* estima, a diferencia de los evolucionistas, que el derecho se logra por la lucha contra los que se oponen a perder ciertos privilegios, ya que expresa siempre ciertos intereses sociales. De este sentimiento de "conciencia herida" derivan interesantes reflexiones sobre la defensa de los derechos realmente sentidos, y el abandono de los que no se consideran íntimamente valiosos: el derecho que se aplica es el que se siente, no el que consta escrito. De estas ideas pueden derivarse otras respecto de los fallos que aceptan este sentimiento y el descrédito del sistema legal y judicial en esos casos.

Nos deja también la magistral ironía sobre el *cogito, ergo est* de los juristas que viven en el cielo de los conceptos.

La tendencia anglosajona del interaccionismo jurídico deriva poco a poco en el realismo antinormativo. Pero sin llegar a esos excesos, rescatamos el derecho como experiencia jurisprudencial en la obra *Holmes*. Notamos que aparece la idea de "predicción" de la acción judicial, como fundamento del derecho, lo que resulta insuficiente teóricamente, pero abre los ojos hacia la realidad de la multiplicidad normativa.

En la obra de *Brandeis* y de *Cardozo* continúa el desarrollo de la idea sobre la creatividad de la actividad judicial. Pero ellos reconocen condicionantes para esta labor creativa: no se innova cómo y cuándo gusta al juez; su libertad es limitada por la tradición jurídica, la lógica y la analogía. No hay ausencia de reglas ni nihilismo jurídico.

La exageración conductista llega con la obra de *Frank*, que nos interesa exclusivamente como indicador del traspaso del límite sociológico, negándose la cientificidad jurídica y social.

La variable posición de *Pound* a lo largo del tiempo deja como aporte su oposición a la escuela analítica y su atención a los elementos conductuales del fenómeno jurídico, la idea del derecho como acción. Apunta también al problema central de compatibilizar estabilidad con transformación del derecho, lo que comporta el problema de administrar justicia según normas rígidas o según la experiencia o la "intuición adiestrada". Pound inicia la crítica a los fundadores (en parte injustificada, ya que tenían el nivel que les permitía la ciencia social de la época). Y concluye acertadamente que el estudio del derecho debe versar sobre cómo opera el sistema y no sobre la perfección. Aunque éste es el estudio de la sociología jurídica, y no el único punto de vista posible sobre el derecho, en Pound no se ve clara la cuestión. El inventario de problemas a resolver por la sociología jurídica es un aporte que la sociología puede hacer al derecho.

El realismo jurídico de *Alf Ross* pretende suprimir la idea de validez normativa y su reemplazo por las "vivencias de validez", actitudes reales que están debajo de la racionalización y que ésta simboliza: la validez se transformaría así en elemento de la realidad. Pero al negar la idea de validez específica, y con-

siderarla una construcción metafísica, no aporta a una sociología jurídica sino a un realismo jurídico antinormativo. La validez es un concepto necesario para construir un modelo cultural, así se llame "actitud de conducta" o "impulso de temor". Para la sociología jurídica la "actitud de conducta desinteresada inducida por el poder social de sugestión de la costumbre" es un modelo normativo con el cual pueden confrontarse las conductas de las personas, y resulta necesario precisamente porque condiciona esas conductas. La validez del orden jurídico, y de todos los órdenes normativos no jurídicos, da un marco de conocimiento posible a la sociología jurídica. En este punto, la posición de Alf Ross no satisface a ninguna versión de la sociología, pero define por exclusión los límites de la teoría sociológica.

En el *organicismo historicista,* la claridad y fuerza expositiva de *Sorokin* deja sabias reflexiones sobre las relaciones entre el derecho (como orden normativo) y los restantes subsistemas no jurídicos de control social, en su distinción entre derecho oficial y no oficial. Sorokin comparte las ideas ya comunes de la sociología sobre lo que no es el derecho, y vincula adecuadamente la presencia del "derecho no oficial" con la organización informal de los grupos, sistemas que no están necesariamente en conflicto, pero que pueden estarlo. El énfasis puesto en los casos de conflicto se debe a la situación histórica que vivió el autor, y la lucha contra el nazismo como sistema jurídico. El análisis de esas cuestiones implica el del conflicto y refuerzo de los sistemas normativos.

Mucho menor es el aporte del jurista *Hauriou,* y sólo abarca parte de la producción, a partir de la idea según la cual las instituciones son fuente de juridicidad, y el derecho el producto de ellas. Esta idea corporativa, por oposición a las más generales de Durkheim y de Duguit, coloca un centro de atención para la búsqueda de los valores e ideas jurídicas objetivas, en especial las ideas de justicia y orden. La utilidad de este relativismo fue cuestionada posteriormente por Hauriou, que derivó nuevamente hacia el dogmatismo.

Dentro de las vertientes originadas en el organicismo, el *funcionalismo* ha sido particularmente fructífero dentro de la sociología jurídica. A pesar de críticas formuladas a la metodología funcional, la suposición de un sistema actuante permite determinar el aporte que distintos elementos (entre ellos, los subsistemas de control social) cumplen dentro de él, tanto como funciones o como disfunciones. Y si bien este conocimiento no puede agotar el panorama necesario para la comprensión del fenómeno, ni pueden marginarse los aspectos históricos, muestra una visión útil de un momento determinado en la historia de cualquier estructura social. Si se emplea moderadamente y se valoran las disfunciones y las funciones negativas, o si se entiende que un elemento funcional para un sistema no es necesariamen-

te valioso o justo (por ejemplo, la función de sostén de explotación de una clase sobre otra que el marxismo atribuye al derecho burgués), pueden obtenerse réditos de este método. Si, por el contrario, al estilo de *Parsons,* se postula un sistema en equilibrio, y se pretende que todos los elementos deben aportar a él, su utilidad es tanto menor cuanto su dimensión ideológica aumenta.

Debe señalarse en favor de Parsons que sostuvo que toda acción social está normativamente orientada (lo que es dado por cierto en la sociología jurídica), y la utilidad que las "alternativas pautadas de orientación de valor" tienen para el análisis de la conducta jurídica, tal como en parte intenta *Stone*; sin embargo, deben eliminarse las limitaciones derivadas de un excesivo énfasis en el "deber ser" de los *status* definidos jurídicamente, tal como señalamos en el apartado correspondiente.

También la idea de control social desarrollada por Parsons en la misma línea que Edward Ross, tiene utilidad para la sociología jurídica, a pesar de las críticas que modernamente se realizan a este concepto desde la sociología jurídica crítica. Para ese fin debe despojárselo de los agudos rasgos conservadores, que no son necesariamente derivados del concepto, como creen los críticos que enfatizan la idea de "procesos de restauración del equilibrio". El control social es una tendencia presente en cuanto se formulan o se acepta la existencia de normas; la efectividad de esa tendencia es una cuestión de hecho y de grado, y nunca puede ser de tal entidad como para restaurar equilibrio alguno; se encuentra en conflicto con el cambio del sistema normativo, y este conflicto, generado desde fuera del sistema jurídico, altera el sistema de control formal establecido.

Sobre las mismas huellas, *Evan* define al sistema jurídico como un conjunto de normas que gobiernan las expectativas y las acciones de los miembros de un sistema social dado, y *Bredemeier* lo estudia como mecanismo de integración. Los estudios sistémicos del derecho, con el aporte de la teoría de la comunicación, precisan la relación entre el *input* (información de entrada) y el *output* (información de salida); esto resulta particularmente útil para la comprensión del funcionamiento de las estructuras formales vinculadas con el derecho, tales como el servicio de justicia.

Hemos limitado las críticas a *Luhmann,* debidas, sobre todo, al elevado nivel de abstracción de su sistema funcional del derecho, valorando su defensa de la dogmática jurídica, no como modelo cerrado, sino como necesario horizonte normativo que debe equilibrarse con la ponderación de las consecuencias, propia de las tendencias realistas y sociológicas. El pasaje de la "frontera del input" hacia la "frontera del output" no puede ser realizado de un modo extremo, como lo hacen el realismo y algunas teorías de la criminología crítica, pues la orientación hacia las conse-

cuencias de la acción, si bien criterio rector en el mundo moderno, no puede diluir el derecho positivo y anular las distinciones "conforme a derecho/contrario a derecho". Este punto de vista resulta significativo y compatible con una sociología jurídica que respete el campo de la dogmática, sin pretender avanzar sobre ella, so pretexto de la "indiferencia hacia las consecuencias" que en sus versiones más duras presenta.

Del aporte de *Bobbio* hemos señalado su diferencia entre análisis funcional y análisis estructural del derecho, y entre disfunción y función negativa. Esta última, para su corrección, requiere el cambio del sistema, a diferencia de la otra, que puede corregirse dentro del mismo sistema. Aquí se aproxima el funcionalismo a la sociología crítica: el orden jurídico no tiene necesariamente máxima positividad integradora del sistema como sostienen los funcionalistas tradicionales, sino que presenta muchas veces (más de las supuestas por los juristas) funcionalidad negativa, es decir, constituye la estructura del conflicto, como sostiene *Tomeo*.

La función distributiva del derecho nos ha merecido algunos reparos en cuanto a la extensión y peso reconocidos por Bobbio, no por su evidente existencia. La función promocional es reciente y derivada del análisis anterior, permitiendo colocar las recompensas dentro del derecho positivo, además de los castigos.

Las respuestas que este autor da a los problemas generales del funcionalismo, aplicados a la sociología jurídica, son de importancia. Tanto la idea de aclarar si la "unidad servida por la función" se vincula a la sociedad total o a las personas componentes (que remite a Parsons y a Ihering, respectivamente), o el de niveles de funciones y la necesidad de distinguirlos. Por último, la idea que existen "funciones conservadoras" y "funciones de innovación" remite a dos derechos distintos, para Bobbio, aunque también se puede pensar en el mismo derecho en diferentes tiempos (como sostenía Renner), distintas aplicaciones (por el estrato de destino), o diversos ejecutores (por quienes sean los jueces).

El punto fundamental, empero, es señalar que el tema de las funciones del derecho no es propio y exclusivo del funcionalismo, sino también del marxismo. Determinar esas funciones tiene tanta relevancia como averiguar sobre las fuentes, ya que ambos problemas nos remiten a la efectividad de las normas, quedando así delimitada la problemática básica de la sociología jurídica.

Un ejemplo de concepción sistémica vinculada con un punto de vista crítico es la de *A. J. Arnaud*. La visión de este autor tiene como particularidad integrar los conflictos dentro de una polisistemia, a partir de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dotados de diversa razón jurídica orientadora. Arnaud considera que los imaginarios jurídicos entran, en cuanto discursos

formulados, en conflicto con el orden jurídico imperante y pueden modificar la razón jurídica del sistema de derecho impuesto. Nosotros entendemos que no existen *imperativos futuribles* que puedan ser analizables simultáneamente en ambos términos; si es necesario superar el dualismo "ser-debe ser" no puede pagarse el precio de incurrir en una contradicción: se es imperativo o no se es. La cualidad de "posible" niega la imperatividad, y el orden jurídico es imperativo presente. Por lo tanto, entendemos que frente a éste sólo cabe, en el mismo nivel, analizar otros imperativos presentes, aunque no sean jurídicos (es decir, referirlo a los otros subsistemas normativos). No son ideas sobre el derecho las que se oponen a los mandatos legales; la efectividad se encuentra limitada por normas actuantes provenientes de sistemas de expectativas no jurídicas.

## 3. La visión conflictiva en el siglo presente.

La elaboración de las ideas de Marx y de Engels referidas al derecho producen las primeras reflexiones de Lenin respecto de las dos fases sucesivas de transición del capitalismo al comunismo, y la vigencia parcial del derecho burgués en la primera de ellas. Estas ideas prospectivas sobre un posible estado social a construir no forman parte de una sociología jurídica, en cuanto ésta, de acuerdo con lo que hemos sostenido, no tiene por objetivo destruir ni construir sistemas sociales o jurídicos. Pero representan también una interpretación de la función del derecho en la sociedad actual, y fundan la ambigüedad del marxismo respecto del derecho, que tanto prefiere denostarlo como símbolo de opresión como debe acudir a él como elemento de control social, según que el discurre posea o no posea el poder estatal. El desprecio por el Estado en la "etapa final" de la sociedad debió atenuarse necesariamente cuando la dictadura del proletariado requirió de ese Estado sin límites temporales.

Desarrollamos el pensamiento de *Stucka* y de *Pasukanis* como el más cercano a la sociología del derecho derivado de fuentes marxistas. Juristas ambos, versados en "derecho burgués" y conocedores de las doctrinas revolucionarias, ubican lo jurídico como fenómeno de la infraestructura, según Marx ideó, aunque no desarrolló. Del análisis de los tres niveles de derecho en Stucka se deduce que en la sociedad futura no existirá divergencia entre el mundo formal y el mundo real en lo jurídico. La versión de Pasukanis es extremada en su realismo jurídico, y quita toda sustantividad a la validez normativa; pero a diferencia de las versiones occidentales no marxistas del realismo, aquí todo sustento es económico, atribuyendo además a las relaciones jurídicas el exclusivo carácter de relaciones entre productores de mercaderías.

Se aleja el autor de la observación de los fenómenos jurídicos; no habrá leyes en el sistema poscapitalista y tampoco en la transición: todo derecho es capitalista. Pero la ciencia oficial del stalinismo vuelve a la tradición: el derecho resulta un orden coactivo estatal; el voluntarismo ha reemplazado a la dependencia del derecho respecto de la estructura económica. El análisis posterior realizado sobre *Poulantzas,* que releva a toda teoría de responsabilidad sobre la práctica, nos hace concluir que el marxismo, *en cualquiera de sus versiones, es reduccionista desde el* punto de vista sociológico, y utópico en cuanto a la pretensión de llegar a un sistema en el que las reglas técnicas reemplacen a las normas coactivas. Mientras tanto, los sistemas normativos que se fundaron o fundan en el marxismo se presentan tan coactivos como cualquier sistema jurídico burgués, ideologías aparte de "egoísmo" o "altruismo" que se quiera imputar a uno u otro.

Se agregaron al análisis algunos temas tratados hoy en la sociología jurídica crítica: el acceso a la justicia (tema no exclusivo de los críticos, pero que cobra particular interés para la sociología jurídica cuando estudia las causas sociopolíticas del acceso diferencial a los derechos), los estudios sobre el discurso jurídico (que implica un análisis ideológico que los críticos han realizado con destreza sobre todo contenido, salvo sobre los propios), el énfasis actual en los derechos humanos, que significa de modo relevante para la sociología jurídica el uso alternativo del derecho (en contra de los presupuestos de clase que implica de hecho su ejercicio concreto en la sociedad), y la crítica al procedimiento judicial (entendido no como el que tiende racionalmente a un objetivo, sino como una estrategia de desarticulación de conflictos de tipo general, en que se encuentran inmersos sectores desposeídos de la sociedad).

## 4. La sociología criminal.

La historia teórica de esta rama independiente tanto de la sociología como del derecho, pero vinculada a ellas por el objeto común "norma-desviación", fue separada de las restantes ideas sociojurídicas en los capítulos anteriores, en razón de su extenso desarrollo. Todas las teorías analizadas han sido distintas respuestas, a lo largo del tiempo, a las preguntas sobre la génesis, desarrollo y aplicación o inefectividad de las normas que castigan conductas consideradas gravemente desviadas. La sociología criminal puede transitar desde una aceptación consensual y funcional de lo que es "debido" y "desviado" hasta una negación también funcional de la existencia de cualquier incriminación, por la suposición utópica de una sociedad en la que nadie fuera castigado y en la que toda regla fuera técnica. Entre ambas

posiciones, una intermedia sostiene el carácter relativo, sectorizado y temporal de cualquier norma represiva, y la inevitabilidad de superar la constante "norma-desviación".

La historia de la criminología moderna comienza con la atención prestada a la inconsistencia entre los nuevos principios racionales e iluministas y el oscurantismo vengativo del sistema penal medieval, que subsiste hasta el siglo XVIII. *Beccaria* es el exponente de estas contradicciones, y la discusión que merece su obra (además de la aceptación por los más esclarecidos) muestra la persistencia del sistema adscriptivo y mágico de penas que subsiste en contradicción con las nuevas ideas. El "enemigo de la religión, blasfemo y socialista" propone la humanización de las penas, la claridad de las leyes penales y el proceso racional para determinar la culpabilidad. La imagen del consenso social sobre el reparto de bienes es propio de la ideología liberal, en la que no se discute teóricamente ningún condicionamiento de las concepciones culturales. Un siglo después, el positivismo, imbuido de la misma idea sobre lo que ineludiblemente debe ser, y la negación que el delito hace de ese consenso, busca bases inexorables en la ciencia, de acuerdo con la concepción de su tiempo. Así, el delincuente desplaza al delito como nuevo centro de interés, y la posibilidad o imposibilidad de curación corre pareja con la idea de su determinismo en el comportamiento. Las figuras de *Lombroso, Ferri* y *Garofalo* son dominantes en el período, apareciendo las primeras concepciones sociológicas (*Durkheim, Tarde*) sólo como una crítica a tales concepciones absolutas del delito natural, *mala in se* o de la intrínseca perversión de la desviación.

A medio camino entre la biología y la sociología, la ecología social, derivada de teorías botánicas y zoológicas, plantea también un determinismo que poco a poco funda una diversidad opuesta a la unidad funcional de las primeras concepciones sobre la desviación. El delito, en *Sutherland,* no sólo ha dejado de ser una patología social, o biológica, sino que se convierte en el resultado de un aprendizaje diferencial. Esta socialización distinta nos introduce en la teoría de las subculturas, ya que ésta no es más que la consecuencia de haber aprendido lo que otros no aprenden, y compartirlo en determinados grupos insertados en la sociedad "principal". Así, aunque subsiste todavía la idea de un consenso mayoritario, violado por los que aprenden diferencialmente otras normas, el relativismo ya introducido por Durkheim en el aspecto histórico (lo que hoy es delito, mañana puede no serlo) pasa al ámbito temporal definido por una cultura predominante y actual.

La ecología unificada o pluralista se supera por el determinismo social específico de *Merton,* que hace derivar el delito de una ruptura entre la estructura social (relaciones dadas por la estratificación social como variable dependiente del poder) y una estructura cultural (que en cuanto funcionalista supone

unificada alrededor de ciertos patrones de éxito/meta). Así, las adaptaciones individuales frente a tal estado de ruptura generan conformidad o desviación, delito común o político, patología individual o ritualismo social.

El mérito de esta teoría, acusada de conservadora o de revolucionaria, de capitalista o de marxista encubierta, fue la remoción de muchos obstáculos opuestos al avance de las teorías explicativas de lo criminal, y la cantidad innumerable de estudios que generó. En ese sentido constituyó un verdadero éxito teórico, ya que en torno a su crítica aparecieron nuevas concepciones sobre el objeto de estudio.

La crítica a la unidad cultural que supone el funcionalismo genera no sólo el relativismo sino la mayor expresión de las teorías críticas, hasta ese momento relegadas al campo de la sociología política. *Becker*, en una posición interaccionista, invierte el cuadro hasta entonces poco cuestionado específicamente (salvo desde las posiciones críticas generales): ahora el delincuente aparece en cuanto señalado como tal y no por ser infractor a una norma determinada. Esto significa un nuevo cambio en el enfoque, tan importante como el que, en el siglo anterior, había permitido el pasaje desde el delito abstracto y formal al delincuente *como persona*. Ahora se pasa del desviado como la persona que deliberadamente rompe un equilibrio consensual, imagen que proviene de Beccaria, a una sociedad que crea al delincuente haciendo los delitos y luego señalando a algunos desviados de la norma previamente definida.

La generalización implica una exageración de algunos supuestos, pero aun así el punto de vista tiene validez. Se es delincuente con consecuencias sociales sólo en la medida que alguien reaccione y "marque" al infractor; de lo contrario el delincuente carece de existencia social: el desviado secreto es una categoría tan ajena a la teoría como puede serlo el conformista de Merton. Y desviado puede ser el que impone la regla, a la vista del estigmatizado o señalado como delincuente. Se pierden así los límites entre la conducta debida, indiscutiblemente ligada al "buen pensar", y la desviación propia de minorías ajenas a la razón y a la normalidad. Todo depende de quién tenga el poder de "señalar" y el consenso es realmente una ficción creada por la ideología.

Estigmatizantes y estigmatizados se convierten en categorías arbitrarias y movidas por pasiones ajenas a la razón. Pero exagera al considerar que no existe consenso alguno respecto de cualquier delito, como la teoría funcional exageraba al suponer acuerdo totales sobre los bienes protegidos por el código penal.

El paso siguiente es suponer, como lo hacen *Sykes* y *Matza*, que no existe diferencia alguna entre valores mayoritarios y los valores sustentados por minorías. Se está volviendo al consenso, pero inverso al de los clásicos: todos coinciden en un doble juego

de valores; uno formal y superficial (conforme al código moral sancionado por las leyes penales), y otro informal y subterráneo (que secretamente anhela y justifica la conducta desviada). De esta posición a la de considerar que los represores son un conjunto de hipócritas, no existe mucha distancia, como tampoco existe para admitir que los delincuentes sólo difieren de los que no delinquen en un conjunto de técnicas y motivos específicos y buenas formas de neutralizar la culpa.

El marxismo aporta a este marco desde críticas sensatas hasta utopías interesadas y altamente improbables, utilizadas como eventuales herramientas de ataque contra el capitalismo. Respecto de las primeras, el paradigma de *Taylor, Walton* y *Young* es un buen ejemplo, al distinguir entre varios niveles de análisis respecto de la desviación, utilizando buena parte del conocimiento acumulado por la teoría y la práctica en un siglo de desarrollo. Con relación a las segundas, todas las posiciones que unen delito en general con capitalismo y suponen que la superación del capitalismo será la crisis del concepto de delito, chocan no sólo con un nivel de información sociológica que parece poco cuestionable hasta ahora, sino con el sentido común. De todos modos, la práctica criminológica de los países que se denominan socialistas muestra los problemas concretos derivados de la "norma-desviación", como cualquier sistema social. El control social es parte de la vida en sociedad, aunque cambien los motivos por los que se justifique, los valores comprometidos y los contenidos de los códigos penales. Tampoco depende de la humanización de las penas, ni quita ni pone que los teóricos molestos por la represión socialista traten de desvincular la teoría y la práctica.

A esta altura de lo expuesto podemos concluir que no existe teoría alguna que explique las causas del "delito", porque no hay nada unificable en la conducta humana que pueda ser llamado así; nada puede predicarse en general de los distintos tipos de desviación que han sido previstos en códigos penales a lo largo de la historia, salvo la tentativa de controlar o reprimir esas conductas atentatorias de ciertos valores o intereses.

Las categorías de conductas que constituyen delitos deben ser separadas de acuerdo a los bienes tutelados, y en cada caso estudiar cómo se sancionan, quiénes sancionan, a quiénes se sanciona y por qué se sanciona, más allá de las explicaciones que dan los participantes del sistema "represor-reprimido". Este estudio no puede ser universalista, ya que así como no existe delito natural, tampoco existe causa única de conductas así llamadas. La sociología criminal no puede concluir nada sobre delitos naturales, sobre la supresión del control social o sobre la generalidad de la represión; puede aportar sobre causas y consecuencias de cada tipo penal aplicado en concreto, en lugares concretos y en tiempos específicos. De este modo, toda la exposición que fue dedicada al tema pretende señalar un punto fundamental de la

sociología jurídica: la variable función del delito y de su represión, la compleja causalidad normativa que existe bajo la cobertura del "tipo penal", y la ficción de la dogmática penal en su aplicación pura del tipo penal construido.

El tema que subyace es la dificultad de imponer normas cuya legitimidad es discutida, pero también de aquellas cuya aceptación como válidas es reconocida por la cultura. El primero incluye preguntarse sobre si es posible que alguien aplique la ley en contra de sus convicciones o sus intereses, y la respuesta puede vislumbrarse a medida que se abre paso la idea que la interpretación o aplicación del orden jurídico, lejos de ser "matemática" alguna, es una apertura a criterios informales de racionalidad subcultural, o de irracionalidad. Muestra también la preocupación por el incumplimiento de las normas, de todas las normas, entendidas como modelos de conducta.

La que fue llamada nueva izquierda rechaza la represión y la estigmatización, y supone que éstas pueden suprimirse en el futuro. Parten de una base clasista de todo derecho, y por lo tanto la sociedad igualitaria no será incriminatoria. La verificación de este supuesto es imposible: jamás ha sido practicado. Lo que se observa es que el orden jurídico es instrumento de control social, cuya efectividad depende de la coherencia con otros sistemas normativos, y del espacio que posea la base legitimante. Una sociedad en la que se pueda vivir no resulta ser una sociedad sin derecho, pues ésta tanto puede ser idealizada como temida: no es muy difícil pensar que se podría tratar de una sociedad sin disenso, un "mundo feliz" en el cual el derecho no es necesario, porque ya no hay personas que puedan alzarse contra lo "prescripto", hasta tal punto de quedar éste diluido como modelo. Si esa sociedad de autómatas descerebrados resulta mejor que otro modelo, en el cual el derecho existe, y tiene fundamento en sistemas de normas y conviciones, donde exista espacio para el disenso, pero también ciertos criterios que la mayoría esté dispuesta a hacer respetar, es cuestión de prefencias. Por mi parte, creo que no es difícil pensar en sociedades mejores, pero cuesta imaginar la ausencia de un contexto normativo que ponga límites a la aceptación de cualquier conducta divergente; y también pensar en que no haya quien se alce contra cualquier norma, ni contra cualquier derecho, pues, en definitiva, eso es la historia.

## 5. Las organizaciones.

El último tema que consideramos es el de las relaciones extrajurídicas en las organizaciones. Fue elegido no sólo por la trascendencia de su desarrollo sociológico independiente, sino por la pertinencia de su análisis para la sociología jurídica. Toda

organización es, por definición, formal. Pero, ¿cuál es la dimensión de la informalidad y qué peso tiene en la conducta de sus miembros?

Repasamos la obra de *Fayol, Taylor* y *Max Weber* para enfatizar los aspectos técnicos formales y legales de los modelos iniciales. Luego señalamos las primeras obras que por distintos motivos prestaron atención a los datos informales, subterráneos y a los intereses que dejan de lado la normatividad y los fines establecidos. *Michels* presenta la cuestión a través de los intereses propios de los miembros de la organización que llegaron a la cúspide, y *Mayo* como la superación del mecanismo fabril en favor de los sistemas de relaciones no estructuradas de las personas que trabajan en las organizaciones.

Los análisis de la personalidad burocrática muestran también que la presión formal sobre los ocupantes de las posiciones pueden tener efectos opuestos a los buscados: sea la superconformidad ritualista (*Merton*), sea el obstruccionismo para evitar el trabajo (*Crozier*). En ambos casos, el descubrimiento parte de observar las limitaciones de la presión legal y técnica sobre los cargos, y de valorar metas y normas informales y fines propios de los ocupantes.

A partir de estos antecedentes intentamos sistematizar algunas ideas sobre la realidad organizacional: la comparación entre fines estatutarios y los reales que buscan la organización o sus miembros conspicuos, el control del medio interno y externo necesario para definir la efectividad y la eficiencia. En suma, la organización entendida no como una serie de reglas técnicas, sino como un conjunto de posiciones sociales normadas por un complejo de modelos de conducta que sólo en parte son jurídicos. Presentamos varios ejemplos tendientes a demostrar de qué modo se amplía la comprensión del fenómeno cuando se advierte la diferencia sustancial entre lo escrito, la normativa informal que debe ser inducida de las conductas y los fines reales de unos u otros miembros o estamentos, que presionan y deforman las prescripciones para ajustarlas a ellos.

Un análisis del medio externo mostró rápidamente que ningún sistema organizacional puede explicarse como cerrado, salvo que se quiera perder el sentido de muchas conductas organizacionales condicionadas por sistemas de interacción y de referencia externos.

Otro tanto muestra el análisis del poder y del liderazgo, que constituye en líder eficaz al que puede operar a través de las normas existentes, cuando llega a conocerlas por debajo de los reglamentos que fijan su "competencia". También la comunicación puede ser estudiada del mismo modo y mostrar la distancia entre emisores, canales y mensajes escritos y formalizados frente a los orales e informales. Éstos pueden transmitir las expectativas realmente cumplidas en la organización, y los modos como

la comunicación se interrumpe, se distorsiona y sirve a intereses propios de los estamentos y no a los fines estatutarios.

De este modo puede abordarse el cambio social: cualquier intento de la misma organización, o de fuera de ella, para inducirlo a través de las variables legales y técnicas está condenado al fracaso: pretende "más de lo mismo" y el cambio *en* el sistema a que podría dar lugar, difícilmente definiría el cumplimiento de nuevas metas, o de las anteriores, de modo efectivo. El cambio en la organización es un cambio *de* la cultura organizacional, un cambio de segundo orden, que presta atención a nuevas expectativas definidas para todo el conjunto de posiciones. Pero este cambio puede ser inducido, mas no impuesto, y menos aún a través de normas jurídicas, si éstas no son experimentadas como adecuadas.

Así la organización se constituye en un laboratorio de sociología jurídica. Lo que no se logra en ella, a través del cambio de estatutos, organigramas y personas, menos se logrará en la sociedad, respecto de fines planificados a partir de una ingeniería social. La ley impuesta no tiene posibilidad de legitimarse. La organización es menos extensa (aunque no menos compleja) que una sociedad, y puede ser tan resistente como ella si se introducen modificaciones que desconocen el margen de aceptación del sistema, o si se ignora que algunas modificaciones, para ser viables, deben estar avaladas por un cambio cultural amplio que se esté gestando. Si en este caso se está ante un problema excesivamente complejo, cuya dimensión es necesario conocer antes de intentar reformas amplias, en el primero se encuentra el reformador con una simplificación del sistema que le permite operar (una visión simplificada genera una acción simple), pero que conduce a resultados erróneos.

La importancia de esta cuestión se entiende cuando, a pesar de la presión del medio externo que hace imposible la subsistencia de la organización tal como existe, ésta no puede adaptarse al cambio necesario, por falta no sólo de recursos económicos y humanos, sino de *recursos culturales*, medidos por la adaptabilidad y la supresión de impedimentos ajustados a una estructura que ya no es posible mantener.

El sistema jurídico deriva de la sociedad y de la cultura en un sentido: que su aplicación es obra de las personas ubicadas en sistemas concretos de interacción. Fuera de los tratados de derecho, carecen las leyes de vida propia. El esfuerzo sistemático por conocer estos aspectos de la vida social todavía es reducido. Las leyes en acción pueden mostrar mucho de la vida de una sociedad; pero el conocimiento de la cultura nos indica muchos aspectos de la aplicación del derecho, por anticipado. La discrepancia entre modelos legales y conductas reales interesa vivamente no por la definición de antijuridicidad que da el jurista, sino por el ajuste a muchos otros sistemas de normas que la

conducta antijurídica puede tener, precisamente, por ser contraria a la ley.

## 6. Conclusiones.

Podemos ahora retornar a las ideas expresadas en el capítulo primero de este libro, e intentar resumir nuestra interpretación sociológica del fenómeno jurídico.

Reivindicamos, en primer lugar, para la sociología del derecho, un papel limitado frente a las pretensiones de ingeniería social de los que abogan, a través de ella o de tipos conexos de conocimiento, por el establecimiento de otros sistemas sociales dotados de cuadros de valores alternativos. No dudamos de que el conocimiento de los resultados de trabajos que tratan de desmitificar la presunta independencia del orden jurídico tiende a la reducción del potencial encubridor de la ideología prevaleciente; pero ése no es el objetivo de esta forma de conocimiento, y la hemos separado desde el comienzo de la política, en cuanto no aboga por sistema alguno, sino que trata de explicar el funcionamiento de los existentes.

No fue necesario discutir internamente, para abordar nuestro trabajo, la definición técnica del orden jurídico suministrada por la ciencia del derecho, ni hemos pretendido que el derecho, por el contrario, fuera "hecho", o "hecho-valor y norma" simultáneamente. Si el orden jurídico nace con la pretensión de coactividad, la sociología puede aceptarlo y considerar que asimismo existen otros órdenes normativos coactivos, de todos los cuales deben determinarse las funciones correspondientes, las disfunciones y las relaciones que existen entre los conjuntos dotados de relativa autonomía.

Para esto es necesario elevar a un grado superior el análisis, de modo tal que considere los órdenes normativos (jurídico, moral, ético, de las costumbres, religioso) como subsistémicos, o si se quiere, al conjunto como un polisistema. Parte de esa determinación es especificar las unidades de los subsistemas que resultan en cada caso afectadas (instituciones jurídicas, contratos particulares, cuerpos de regulaciones que condicionan un conjunto de expectativas específicas, etc.).

Hemos sostenido a lo largo de esta obra la importancia que tiene, para explicar la génesis y la efectividad del derecho, una consideración sistémica de los órdenes normativos generales existentes en un repertorio cultural determinado. Nuestro punto de vista ha insistido en que el orden jurídico tiene como valla para su operabilidad otros órdenes normativos no jurídicos, pero siempre dotados de externidad y coactividad, tal como Durkheim caracterizaba al hecho social. De allí que nuestro criterio parta de

la *normatividad actualmente operante,* no de la posibilidad de que un discurso jurídico no dotado de *imperium* pueda llegar a tenerlo en el futuro, formal o informalmente (por ejemplo, integrando un cuerpo de nuevas concepciones que deban considerarse aplicables por reconocer valores de superior jerarquía a los admitidos por el legislador).

Desde el punto de vista sociológico, en el origen de una norma jurídica existen siempre otras normas, sean jurídicas o provenientes de repertorios no jurídicos. Descontado el caso de la norma jurídica que da origen a otra norma del mismo tipo, nuestro interés se centra en la génesis no jurídica del derecho, y en la evaluación de los condicionantes normativos no jurídicos de las leyes.

Un modelo sistémico debe englobar unidades del mismo nivel; por eso entendemos que desde el punto de vista de los modelos de conducta que condicionan acciones, sólo son comparables las normas jurídicas con otras normas (aunque no sean jurídicas), pero no con discursos carentes de imperatividad ni imaginarios jurídicos no coactivos. Las leyes se cumplen por la posibilidad de ejercer una coacción mayor de la que puede ejercer otra norma no jurídica con signo contrario, si todas coexisten en un único sistema normativo general. En este sentido, es obvio que todo sistema jurídico depende del orden sociocultural, y que no puede ser estudiado desvinculado de ese orden, salvo en cuanto a su coherencia interna.

El derecho no es un "hecho social verificable", y por ello es correcto sostener la irreductibilidad a unidades comparables del ser y del deber ser jurídico. La sociología no estudia hechos aislados, sino que, a partir de éstos, infiere las normas que los rigen. Hemos sostenido en varias oportunidades que el estudio de hechos anormativos no es propio de esta ciencia, porque sólo entiende e interpreta los hechos a partir de las normas que condicionan expectativas de conducta. La idea de status es normativa, y la única extensión a partir de su interés específico que realiza la sociología jurídica es discernir la combinación existente del sistema de expectativas que resulta de todas las normas que confluyen sobre cada status social; las normas definen modelos de conducta, sean coherentes o incoherentes, compatibles en sus exigencias a los ocupantes, o incompatibles, reforzadas en cuanto a la motivación de la conducta o gestoras de conflicto interno de los que deben tratar de lograr un ajuste, combinando, eligiendo, tomando, o sufriendo pasivamente sin poder elegir las que puedan incorporar a su personalidad como modelo de acción. Si cada participante en el sistema social no logra un equilibrio, si no puede optar por ningún repertorio normativo, cae en estado de anomia, situación que difiere de la desviación, que es la opción por un conjunto de normas disponible y actual (subcultura).

En este punto rescatamos la idea de Max Weber, que entendió la importancia del respaldo de todos los órdenes normativos para la efectividad del sistema legal. La racionalidad del derecho como instrumento de control y de integración sólo se logra cuando, como subsistema dentro del orden normativo total, es compatible básicamente con las otras normas principales de los restantes sistemas, es decir, cuando la razón jurídica tiene una coherencia suficiente como para aglutinar los modelos generales de todos los subsistemas normativos. Sólo de este modo puede regir las conductas de los miembros de "la sociedad", sin fraccionamientos.

Es así que la afirmación de que el sociólogo del derecho va del hecho a la norma, y no de la norma al hecho, la hemos reformulado en el sentido de que se dirige desde los hechos que observa al conjunto de normas que pueden regir la acción, identificándolas, cuando de normas informales se trata, a partir de la reiteración de las conductas y de la definición por los participantes del sistema de su carácter obligatorio. La evidencia de que este carácter puede ser manifiesto o latente es sólo una dificultad adicional al ya complejo trabajo propuesto. Se tratará, en otros términos, de reconstruir la norma informal (oculta por su ausencia de formulación) tras la multiplicidad de hechos concomitantes y coincidentes, de conductas reiteradas que muestran la especificidad de las expectativas reales de las posiciones sociales desde las que se interactúa. Como resultado de esa labor se obtendrá el modelo normativo que explica la acción observada. De este modo, la sociología jurídica no es la ciencia de "los hechos del derecho", sino que parte de los hechos para reconstruir las normas operantes.

El mundo moderno está signado por la pluralidad normativa, agravada desde la pérdida de posición de las normas básicas reguladoras del conjunto social. Sin embargo, parece necesario aceptar que sólo cuando en una sociedad existe un acuerdo sobre ciertos intereses a respetar y defender, puede existir el tan ansiado equilibrio que el orden jurídico garantizaría para la composición de los conflictos. Mientras los grupos sociales se encuentren enfrentados (situación posible en todo tiempo y lugar), mientras se asuma el "derecho" del otro como la privación propia, no existirá ningún código que funde, en la aceptación de reglas comunes, la base para la función reguladora de las leyes, salvo entre los miembros de cada grupo que han tomado sólo una parte del sistema de expectativas. Aquellos que no lo acepten no tendrán simplemente un discurso jurídico contrario, sino normas de otro tipo en que fundar su oposición.

La sociología jurídica, como la sociología general, no puede postular equilibrio alguno, ni presuponer que el derecho es integrativo o conflictivo en general, como sostienen las visiones funcionalistas y marxistas. El orden jurídico es una técnica social específica, y su especificidad no tiene vinculación con la efecti-

vidad, sino con el modo en que exige el cumplimiento de sus mandatos. Que esto se realice o que no se cumpla, no es cuestión de hecho, de acuerdo con nuestra óptica, sino cuestión indirectamente normativa, ya que de la observación de los hechos de incumplimiento podrá inferirse la contranorma actuante en el caso, su peso normativo y fuerza social para condicionar conductas como modelo positivo.

Por último, el sistema resultante de la coordinación o el conflicto de los sistemas normativos, y de la coherencia interna de cada uno, puede resultar racional para el cumplimiento de los intereses individuales y grupales, o irracional si no conduce a los intereses buscados, pero en todo caso, la labor del sociólogo jurídico no es más ni menos racional como tarea científica. Por mostrar a la luz la irracionalidad de los sistemas normativos, el que lo descubre no queda implicado en la misma irracionalidad, ni la está propugnando.

La tarea a realizar es compleja, el territorio virgen en su mayor parte, y sus senderos, no exentos de cuestionamientos internos y externos, atraen pocas simpatías. Confiamos en que la anterior presentación de su temática, sin voluntad de ocultar los difíciles problemas teóricos que existen, haya podido mostrar también la utilidad de una formulación sistemática que toma en cuenta la normatividad como complejo único para conocer e interpretar los condicionamientos de la efectividad del orden jurídico.

# BIBLIOGRAFÍA CITADA


ABEL, Richard L., *1989*: *American Lawyers*, Oxford University Press, New York, E.U.A.

AFTALIÓN, Enrique, *1951*: *Crítica al saber de los juristas*, Univ. de La Plata.

— *1963*: *El juez Marshall, la historia del Derecho argentino y la creación judicial del Derecho*, "Publicaciones del Movimiento Humanista de Derecho", nº 8, Buenos Aires.

— *1966*: *Abogados y jueces en la evolución del Derecho argentino*, "Revista Jurídica La Ley", Buenos Aires, t. 123, p. 1027.

AFTALIÓN, GARCÍA OLANO, VILANOVA, *1960*: *Introducción al Derecho*, El Ateneo, Buenos Aires.

AGULLA, Juan C., *1990*: *El profesor de derecho. Entre la vocación y la profesión*, con la colaboración de Ana E. Kunz, Cristal, Buenos Aires.

ALBERDI, Juan Bautista, *1942*: *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, Ed. Fac. de Derecho y Cs. Sociales, Inst. de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires.

— *1957*: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Librería Editorial Castellví, Santa Fe, Argentina.

ARGYRIS, Chris, *1975*: *A integração individuo-organização*, Ed. Atlas S.A., São Paulo.

ARNAUD, André-Jean, *1981*: *Critique de la raison juridique*, 1, *¿Où va la Sociologie du droit?*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

ARON, Raymond, *1976*: *Las etapas del pensamiento sociológico*, Siglo XX, Buenos Aires.

AUBERT, Vilhelm (comp.), *1971*: *Sociología del derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela.

BACQUÉ, Norberto, y otros, *1976*: *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio Gioja*, Astrea, Buenos Aires.

BARATTA, Alessandro, *1986*: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, Buenos Aires.

BARTHES, Roland, y otros, *1970*: *La semiología*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires.

BECKER, Howard, *1971*: *Los extraños. Sociología de la desviación*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires.

— (Comp.), *1966*: *Los "otros" entre nosotros. Perspectivas sobre la aberración*, Sagitario S.A. de Ediciones, Barcelona.

BENDIX, Renhard, *1966*: *Trabajo y autoridad en la industria*, Eudeba, Buenos Aires.

BENEDICT, Ruth, *1944*: *El hombre y la cultura*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

BENNIS, Warren, y NANUS, Burt, *1985*: *Líderes. Las cuatro claves del liderazgo eficaz*, Ed. Norma, Bogotá, Colombia.

BENTHAM, Jeremías, *1847*: *Tratado de las pruebas judiciales* (extractado por E. Dumont), R. Rodríguez de Rivera Editor, Madrid.

BERGALLI, Roberto, *1982*: *Crítica a la criminología,* Temis, Bogotá, Colombia.

BERGALLI, Roberto, y otros, *1983*: *El pensamiento criminológico. Un análisis crítico,* Península, Barcelona, España.

BERIZONCE, Roberto, *1985*: *Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia,* El Derecho, Buenos Aires, t. 114-860.

BERLO, David K., *1980*: *El proceso de comunicación,* Ed. El Ateneo, Buenos Aires.

BLAU, Peter, *1967*: *La burocracia en la sociedad moderna,* Paidós, Buenos Aires.

BLAU, Peter, y SCOTT, W., *1977: Organizações formais,* Atlas S.A., São Paulo.

BLUM, Milton, y NAYLOR, James, *1968*: *Industrial Psychology,* Harper International Edition, Tokio, Japan.

BOBBIO, Norberto, *1980*: *Contribución a la teoría del derecho,* Fernando Torres Editor S.A., Valencia, España.

BRANDEIS, Louis, *1956*: *The Brandeis reader. The life and contributions of Mr. Justice Louis D. Brandeis,* Oceana Publications, New York City, EE.UU.

BREDEMEIER, Harry, *1971*: *El derecho como mecanismo de integración,* en Aubert, V., *Sociología del derecho,* T. Nuevo, Caracas.

BROWN, J. A. C., *1963*: *La psicología social en la industria,* F.C.E., México.

CALAMANDREI, Piero, *1921*: *Troppi Avvocati,* Quaderni della Voce, nº 46, serie quarta, Firenze, Italia.

— *1943*: *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil (Dos diálogos),* Depalma, Buenos Aires.

— *1960*: *Proceso y democracia,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

CAPPELLETTI, Mauro, y BRYANT, Garth, *1983*: *El acceso a la justicia,* Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata.

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

— *1977: Sociología jurídica,* Editorial Tecnos, Madrid.

CARDOZO, Benjamín Nathan, *1947*: *Selected Writings,* Fallon Publications, New York, EE. UU.

CARRIÓ, Genaro, *1979*: *Notas sobre derecho y lenguaje,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CERRONI, Umberto, *1965*: *Marx y el derecho moderno,* Jorge Álvarez Editor, Buenos Aires.

COHEN, Albert, *1956* (edit.): *The Suterland Papers,* Alfred Lindesmith & Karl Schuesseler, Bloomington, Indiana University Press.

— *1961*: *Delinquent Subcultures,* en "Estudios de Sociología", Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

COMTE, Augusto, *1864*: *Cours de philosophie positive,* J. B. Bailliere et Fils, Paris.

— *1851*: *Systeme de Politique Positive, o Traité de Sociologie...,* Librairie de L. Mathias, Paris.

COMTE, Carlos, *1836*: *Tratado de Lejislación o Esposicion de las Leyes Jenerales con arreglo a las cuales prosperan, decaen o se estancan los pueblos,* Imprenta de D. A. Bergnes, Barcelona.

COSER, Louis, *1961*: *Las funciones del conflicto social,* F.C.E. México.

— *1970*: *Nuevos aportes a la teoria del conflicto social,* Amorrortu, Buenos Aires.
COSSIO, Carlos, *1933: El plan de estudios de abogacía en la Facultad de Derecho de Buenos Aires,* Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires.
— *1945*: *La función social de las escuelas de abogacía,* Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires.
COTTERRELL, Roger, *1991*: *Introducción a la Sociología del Derecho,* Ariel, Barcelona.
CROZIER, Michel, *1974*: *El fenómeno burocrático,* Amorrortu, Buenos Aires.
CRUET, Jean, *1914*: *La vie du droit et l'impuissance des lois,* Ernest Flammarion Editeur, Paris.
CUETO RÚA, Julio, *1957*: *El Common Law,* Editorial La Ley, Buenos Aires.
— *1965*: *Fuentes del derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
— *1987*: *El juez de primera instancia y el secretario de juzgado,* "Revista Jurídica La Ley", 1987-E-615.
— *1988 a*: *El abogado como auxiliar de la justicia,* "Revista Jurídica La Ley", 1988-A-717.
— *1988 b*: *Sanción de normas procesales por la Corte Suprema de Justicia nacional,* "Revista Jurídica La Ley", 1988-B-1040.
— *1988 c*: *El juez como testigo del testigo,* "Revista Jurídica La Ley", 1988-D-1979.
— *1988 d*: *Sobre la administración de recursos del Poder Judicial en la Argentina,* "Revista Jurídica La Ley", 1988-E-731.
— *1989 a*: *La administración de justicia como administración,* "Revista Jurídica La Ley", 1989-B-813.
— *1989 b*: *Derecho y realidad,* "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1989-II-III.
— *1989 c*: *El buen profesor de derecho,* "Revista Jurídica La Ley", 1989-E-1275.
— *1991*: *Lógica y experiencia en el derecho (A propósito de Zepeda v. Zepeda),* "La Ley", 19/8/1991.
CUVILLIER, Armand, *1970*: *Manual de Sociología,* Editorial El Ateneo, Buenos Aires.
DAVID, Pedro, *1979*: *Criminología y sociedad,* Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires.
DÍAZ, Elías, *1984*: *Sociología y filosofía del derecho,* Taurus, Madrid.
DI IORIO, Alfredo, *1984*: *Una propuesta práctica para lograr la celeridad procesal,* "Revista Jurídica La Ley", 1984-B-986.
DUGUIT, Léon, *1908*: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat,* conferences faites a l'Ecole des Hautes Etudes Sociales, Félix Alcan Editeur, Paris.
DURKHEIM, Emilio, *1966*: *Lecciones de Sociología. Física de las costumbres y del derecho,* Schapire Editor, Buenos Aires.
— *1967*: *De la división del trabajo social,* Schapire Editor, Buenos Aires.
DUVERGER, Maurice, *1972*: *Sociología política,* Ariel, Barcelona.
ECO, Umberto, *1986*: *Sociología contra psicoanálisis,* Ed. Planeta, De Agostini, Barcelona.
EHRLICH, Eugen, *1936*: *Fundamental Principles of The Sociology of Law,* Harvard University Press, Massachusetts, EE. UU.
ENGELS, Federico, *1970*: *Las guerras campesinas en Alemania,* Ed. Andes, Buenos Aires.
— *1975*: *El Anti Dühring,* Cartago, Buenos Aires.

— *1979*: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Editorial Progreso, Moscú.
ESCALANTE, Wenceslao, *1895*: *Lecciones de filosofía del derecho*, Imprenta europea, Buenos Aires.
ETZIONI, Amitai, *1973* (comp.): *Organizações complexas*, Atlas S.A., São Paulo.
— *1975*: *Organizaciones modernas*, U.T.E.H.A., Buenos Aires.
— *1980*: *La sociedad activa*, Aguilar, Madrid.
EVAN, William (comp.), *1962*: *Law & Sociology. Exploratory Essays*, The Free Press, Glencoe, Illinois, EE. UU.
— (comp.), *1980*: *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*, The Free Press, New York, EE. UU.
FARÍA, José Eduardo, *1983*: *Retórica política e ideológica democrática. A legitimação do discurso jurídico liberal*, Ediçoes Graal., Rio de Janeiro, Brasil.
— *1988* (org.): *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Editora Universidade de Brasilia, Brasil.
— *1988* a: *Eficácia jurídica e violencia simbólica. O Direito como instrumento de transformação social*, Editora Universidade de São Paulo, Brasil.
— *1989* (org.): *Direito e Justiça. A função social do judiciario*, Editora Ática, São Paulo, Brasil.
— *1991*: *Justiça e conflito. Os juíces em face dos novos movimentos sociais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil.
FARÍA, José E., y FERNÁNDEZ CAMPILONGO, Celso, *1991*: *A sociología jurídica no Brasil*, S.A. Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil.
FAYOL, Henry, *1969*: *Administración industrial y general*, El Ateneo, Buenos Aires.
FEBBRAJO, Alberto, *1984*: *Storia e sociologia del diritto*, en "Quaderni Fiorentini", nº 13, 1994, Giuffrè Editore, Milano, Italia.
FERRARI, Vincenzo, *1987*: *Funzioni del diritto. Saggio critico reconstruttivo*, Laterza & Figli, Bari, Italia.
FOUCAULT, Michel, *1990*: *Historia de la locura en la época clásica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
— *1991*: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires.
FRANK, Jerome, *1935*: *Courts on Trial*, Princeton Univ. Press, N. Jersey, EE.UU.
— *1957*: *La influencia del derecho europeo continental en el Common Law*, Bosch, Barcelona, España.
FREUND, Julien, *1968: Sociología de Max Weber*, Península, Barcelona, España.
FRIEDMAN, Lawrence, *1975*: *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, EE.UU.
FRIEDMANN, W., *1947*: *Legal Theory*, Stevens & Sons, London, England.
FUCITO, Felipe, *1981*: *Autoridad y liderazgo en las organizaciones*, Lerner, Buenos Aires.
— *1982*: *La organización y el funcionamiento de la administración de justicia: sus aspectos sociológicos*, "Rev. Jurídica La Ley", 1982-D-896.
— *1988*: *Las dimensiones de la teoría social*, Ed. Norte, Buenos Aires.
— *1989*: *La transformación del servicio judicial: aspectos sociológicos*, Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Asuntos Legislativos, Buenos Aires.
— *1990*: *Servicio de Justicia: ¿Reforma o revolución?* "Revista de Jurisprudencia Argentina", 1990-IV-743, Buenos Aires.

— *1990 b*: *La enseñanza de la sociología en las Facultades de Derecho: Antecedentes y perspectivas*, "Revista de Sociología del Derecho", nº 5, La Plata, Argentina.
— *1991 a*: *Reflexiones sobre la efectividad de gestión de la Corte Suprema de Justicia y del sistema judicial en su conjunto*, "Revista Jurídica La Ley", 1991-B-780.
— *1991 b*: El magistrado, el abogado y el profesor de derecho. ¿Roles segmentarios?, ponencia ante el III Congreso de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1991, actas.
— *1992 a*: *La justicia según sus jueces*, "La Ley", 26 y 28/5/1992.
GARCÍA, Juan Agustín, *1938*: *Introducción al estudio de las Ciencias Sociales argentinas*, Ed. Claridad, Buenos Aires.
— *1955*: *La Ciudad Indiana*, Antonio Zamora Editor, Buenos Aires.
GARGAGLIONE, Elvira, *1987*: *Autoritarismo y derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
— *1988*: *Estudio sobre autoritarismo en relación a diferentes ocupaciones*, "Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales", Fac. de Derecho, Universidad de Buenos Aires, nº 6, Buenos Aires.
GÉNY, François, *1919*: *Méthode d'Interpretation et sources en Droit Privé Positif. Essai Critique*, Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, France.
GIERKE, Otto, *1908*: Discurso pronunciado en la Universidad de Berlín el 3/8/1903, en *La escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, España.
GOFFMAN, Erving, *1970 a*: *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
— *1970 b*: *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires.
GOLDSCHMIDT, Werner, *1976*: *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires.
GORBACHOV, Mijail, *1987*: *Perestroika. Nuevas ideas para nuestro país y el mundo*, Emecé Editores, Buenos Aires.
GOULDNER, Alvin, *1954*: *Patterns of Industrial Bureaucracy*, The Free Press, New York, EE.UU.
— *1973*: *La crisis de la sociología occidental*, Amorrortu.
GROSMAN, Cecilia, *1985*: *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, "Revista Jurídica La Ley", 1985-D-926, Buenos Aires.
GROSMAN, Cecilia, y ot., *1989*: *Violencia en la familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires.
GROSS, Hans (*s/f*): *Manual del juez*, La España Moderna, Madrid.
GUASTINI, Riccardo, *1982*: *L'ambigua utopia. Marx criticato da Kelsen*, "Rivista Sociologia del Diritto", IX-1982-2, Franco Angeli, Milano.
GUIBOURG, Ricardo, y otros, *1984*: *Introducción al conocimiento jurídico*, Astrea, Buenos Aires.
GURVITCH, Georges, *1932*: *L'Idee du droit social*, Recueil Sirez, Paris.
— *1945*: *Sociología del derecho*, Ed. Rosario, Santa Fe.
— *1965*: *La sociología del siglo XX*, El Ateneo, Barcelona.
HAURIOU, Maurice, *1968*: *Teoría de la institución y de la fundación*, Abeledo-Perrot.
HERRERA FIGUEROA, Miguel, *1968*: *Sociología del derecho*, Depalma, Buenos Aires.
HERSEY, P., y BLANCHARD, K., *1974*: *Management of Organizational Behavoir*, Prentice Hall of India Private Ltd., New Delhi.

HOLMES, Oliver W., *1975*: *La senda del derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
HOMANS, George, *1977*: *El grupo humano,* Eudeba.
IHERING, Rudolph von, *1933*: *Jurisprudencia en broma y en serio,* Ed. Revista de derecho privado, Madrid, España.
— *1877*: *El fin en el derecho,* B. Rodríguez Jerra, Madrid.
— *1957*: *La lucha por el derecho,* Cajica, México.
KANTOROWICZ, Hermann, *1908*: *La lucha por la ciencia del derecho,* Remo Sandron Editor, Milano, Italia.
KATZ, D., y KAHN, R., *1977*: *Psicología social de las organizaciones,* Trillas, México.
KELLE, V., y KOVALZON, M., *1974*: *Sociología marxista. Ensayo sobre la teoría marxista de la sociedad,* Cartago, Buenos Aires.
KELSEN, Hans, *1957*: *Teoría comunista del derecho y del Estado,* Emecé Editores, Buenos Aires.
— *1958*: *Teoría general del derecho y del Estado,* Universidad Nacional Autónoma de México.
KERR, Clark, y otros, *1963*: *El industrialismo y el hombre industrial,* Eudeba, Buenos Aires.
KUDRIAVTZEV, Vladimir (editor), *1990*: *Soviet Criminology,* Update United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, United Nations Publications, Rome.
KUNZ, Ana, *1989*: *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (1930-1983), Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires.
LAUTMANN, Rüdiger, *1974*: *Sociología y jurisprudencia,* Sur, Buenos Aires.
LENIN, *1985*: *El Estado y la revolución,* Anteo, Buenos Aires.
LEVAGGI, Abelardo, *1988*: *Dos estudios sobre Vélez Sarsfield,* "Cuadernos de Investigación", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires, nº 5.
LEVY-BRUHL, Henri, *1955*: *Aspects sociologyques du droit,* Librairie Marcel Rivière et C., Paris.
LIPSET, S. M., y BENDIX, R., *1963*: *Movilidad social en la sociedad industrial,* Eudeba, Buenos Aires.
LUHMANN, Niklas, *1977*: *Sociologia del diritto,* Ed. Laterza, Bari, Italia.
— *1983*: *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
MACKINSON, Gladys J., *1987*: *Sociología del Poder Judicial,* Ediciones Sociología del Derecho, Buenos Aires.
MACKINSON, G., y GOLDSTEIN, M., *1987*: *La magistratura de Buenos Aires,* Ediciones Literaria Jurídica, Buenos Aires.
MADILE, Juan A., *1989*: *Sociología jurídica,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
MAINE, Henry Sumner (*s/f*) (1): *El antiguo derecho y la costumbre primitiva,* La España moderna, Madrid.
— (*s/f*) (2): *Historia del derecho,* La España moderna, Madrid.
MARCH, J., y SIMON, H., *1969*: *Teoría de la organización,* Ariel, Barcelona.
MARGULIS, Mario, *1968*: *Migración y marginalidad en la sociedad argentina,* Paidós, Buenos Aires.
MARTINDALE, Don, *1971*: *La teoría sociológica,* Aguilar, Madrid.
MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *1924*: *Una concepción unitaria del Estado,* en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", 4º trimestre 1924.

MARX, Karl, *1973*: *Crítica al programa de Gotha*, Anteo, Buenos Aires.
— *1975*: *Contribución a la crítica de la economía política*, Ediciones Estudio, Buenos Aires.
— *1982*: *El Capital*, Editorial F.C.E., México.
MARX-ENGELS, *1958*: *La sagrada familia*, Grijalbo, México.
— *1985*: *La ideología alemana*, Ediciones Pueblos Unidos, Buenos Aires.
MASLOW, A. H., *1954*: *Motivation & Personality*, Harper & Bros., N. York.
MAURINO, Alberto, *1983*: *Audiencia de saneamiento: remedio eficaz contra la inmoralidad y el abuso de la actividad procesal*, "Revista Jurídica La Ley", 1983-B-1018.
MAYNTZ, Renate, *1977*: *Sociología de la organización*, Alianza Editorial, Madrid,
MAYO, Elton, *1959*: *Problemas humanos de una civilización industrial*, Nueva Visión, Buenos Aires.
MC GREGOR, Douglas, *1969*: *El aspecto humano de las empresas*, Editorial Diana, México.
— *1970*: *El administrador profesional*, Diana, México.
MENGER, Anton, *1905*: *Lo Stato Socialista*, Fratelli Bocca, Torino.
MERTON, Robert, *1964*: *Teoría y estructura sociales*, Editorial F.C.E., México.
MICHELS, Roberto, *1969*: *Los partidos políticos*, Amorrortu, Buenos Aires.
MILLER, D., y FORM, W., (*s/f*): *Industrial Sociology*, Harper International Edition, Singapore.
MONTESQUIEU (*s/f*): *De l'Esprit des Lois*, Garnier Frères Libraires Editeurs, Paris.
MORELLO, Augusto M., *1983*: *La justicia entre dos épocas*, Librería Editorial Platense, La Plata.
— *1986*: *Un nuevo modelo de justicia*, "Revista Jurídica La Ley", 1986-C-800, Buenos Aires.
— *1991*: *La reforma de la justicia*, Librería Editorial Platense, La Plata.
MOUZELIS, Nicos, *1973*: *Organización y burocracia*, Península, Barcelona.
NARDI GRECO, Carlos, *1907*: *Sociología jurídica*, La España Moderna, Madrid.
ODERIGO, Mario, *1983*: *Ideas sin experimento*, "Revista Jurídica La Ley", 1983-C-908, Buenos Aires.
OLIVECRONA, Karl, *1956*: *El derecho como hecho*, en Cabral de Moncada y otros; *El hecho del derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires.
OLLERO, Andrés, *1973*: *Derecho y sociedad*, Editora Nacional, Madrid.
ORGAZ, Raúl, *1950*: *Sociología argentina*, Assandri, Córdoba, Argentina.
PALACIOS, Alfredo, *1935*: *La fatiga y sus proyecciones sociales*, Facultad de Ciencias Económicas, Univ. de Buenos Aires.
PARETO, Vilfredo, *1916*: *Trattato di Sociologia Generale*, G. Barber Editor, Firenze, Italia.
PARSONS, Talcott, *1966*: *El sistema social*, "Revista de Occidente", Madrid.
— *1967*: *Ensayos sobre teoría sociológica*, Paidós, Buenos Aires.
PÉREZ CORTÉS, Osvaldo, *1982*: *Los auxiliares directos del juez*..., "Revista Jurídica La Ley", 1982-C-729, Buenos Aires.
PERROW, Charles, *1973*: *Analise organizacional: um enfoque sociológico*, Atlas S.A., São Paulo.
PITCH, Tamar, *1980*: *Teoría de la desviación social*, Editorial Nueva Imagen, México.
POPESCU, Oreste, *1969*: *Estudio preliminar a Fayol. Administración Industrial y General*, *El Ateneo*, Buenos Aires.

POUND, Roscoe, *1950*: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.
— *1965*: *Sociología y Jurisprudencia*, en Gurvitch, 1965.
POVIÑA, Alfredo, *1950*: *Cursos de Sociología*, Assandri, Córdoba, Argentina.
QUESADA, Ernesto, *1924*: *La evolución sociológica del derecho según la doctrina spengleriana*, Alfredo Pereyra Editor, Córdoba, Argentina.
QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *1986*: *Cibernética y política*, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza.
RÉBORA, Juan C., *1926*: *La familia (boceto sociológico y jurídico)*, Libreros Editores Juan Roldán, Buenos Aires.
— *1938*: *La familia chilena y la familia argentina*, Univ. de La Plata, Argentina.
RECASENS SICHES, Luis, *1956*: *Tratado General de Sociología*, Editorial Porrúa, México.
RONCHI, Luciano, *1976*: *Organização, métodos e mecanização*, Atlas, S. A., São Paulo.
ROSS, Alf, *1961*: *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica al dualismo del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
— *1963*: *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
ROSSATI, Horacio, *1987*: *Fisiología de la ley*, Univ. Nac. del Litoral, "Cuadernos de extensión universitaria", nº 18.
SAINT-SIMON, Henri, *1925*: *Textes choisis*, Librairie Félix Alcan, Paris.
SAUSSURE, Ferdinand de, *1978*: *Curso de lingüística general*, Ed. Losada, Buenos Aires.
SAVIGNY, Federico C., *1908*: *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*, Librería Gral. de Victoriano Suárez, Madrid.
— *(s/f)*: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, La España moderna, Madrid.
SCOTT, William, y MITCHELL, Terence, *1978*: *Sociología de la organización*, El Ateneo, Buenos Aires.
SIMON, Herbert, *1962*: *El comportamiento administrativo*, Aguilar, Madrid.
SOLER, Sebastián, *1956*: *Fe en el derecho y otros ensayos*, T.E.A., Buenos Aires.
SOMELLERA, Pedro, *1939*: *Principios de derecho civil. Discurso preliminar*, reedición facsimilar, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Fac. Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
SOROKIN, Pitirim, *1973*: *Sociedad, cultura y personalidad*, Aguilar, Madrid.
SOUSA SANTOS, Boaventura de, *1988*: *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociología da retórica jurídica*, Sergio A. Fabris Editor, Porto Alegre.
SPENCER, Herbert, *1947*: *Abreviatura de principios de Sociología*, Ed. Revista de Occidente, Madrid.
STONE, Julius, *1973*: *El derecho y las ciencias sociales en la segunda mitad del siglo*, Ed. F.C.E., México.
STUCKA, P. I., *1969*: *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, Península, Barcelona.
SUMNER, William Graham, *1948*: *Los pueblos y sus costumbres (Folkways)*, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires.
SYKES, Gresham, *1961*: *El crimen y la sociedad*, Paidós, Buenos Aires.
TANNEMBAUM, Robert, y otros, *1971*: *Liderazgo y organización*, Troquel, Buenos Aires.

TARDE, Gabriel, *1890*: *La criminalité comparé,* Félix Alcan Editeur, Paris.
— *1900*: *Les lois de l'Imitation,* Félix Alcan Editeur, Paris.
— *1947*: *Las transformaciones del derecho,* Atalaya, Buenos Aires.
TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *1977: Las ideas jurídicas en Argentina,* Ed. Perrot.
TAYLOR, Frederick, *1969*: *Principios de la administración científica,* El Ateneo, Buenos Aires.
TAYLOR, Ian, y otros, *1977*: *La nueva criminología,* Amorrortu, Buenos Aires.
— *1981*: *Criminología crítica,* Ed. Siglo XXI, México.
TOHARIA, José Juan, *1975*: *El juez español, un análisis sociológico,* Editorial Tecnos, Madrid.
— *1989*: *El juez español, quince años después,* "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", nº 3, mayo-agosto 1989, Madrid.
TOMEO, Vincenzo, *1981*: *Il diritto come struttura del conflitto,* Franco Algeri Editora, Milano.
TÖNNIES, Ferdinand, *1947*: *Comunidad y sociedad,* Ed. Losada, Buenos Aires.
TORRE REVELLO, José, *1970*: *La sociedad colonial,* Panedille, Buenos Aires.
TREVES, Renato, *1977*: *Introducción a la sociología del derecho,* Ed. Taurus, Madrid.
— *1987 a*: *Sociologia del diritto,* Ed. Einaudi, Torino, Italia.
— *1987 b*: *En la búsqueda de una definición de la sociología del Derecho,* Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Asoc. Arg. de Filosofía del Derecho, Comunicaciones I, La Plata.
TRUBEK, *1986*: *Max Weber's tragic modernism and the study of Law and Society,* en "Law & Society Review", vol. 20, nº 4, p. 573.
VERNENGO, Roberto, *1976*: *Curso de Teoría General del Derecho,* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
VERNENGO PRACK, Rómulo, *1981*: *Sobre las proyectadas reformas al Código de Procedimientos Civiles,* "Revista El Derecho", 92-951, Buenos Aires.
VES LOSADA, Alfredo E., *1960*: *El derecho como experiencia,* Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
— *1975*: *Sociología del derecho,* Ed. Ábaco, Buenos Aires.
— *1990*: *Current Sociology of Law in Argentina,* en Developing Sociology of Law. A World Wide Documentary Enquiry, edited by Vincenzo Ferrari, A. Giuffrè Editore, Milano.
VIERA HERNÁNDEZ, Margarita, *1987*: *Criminología,* Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba.
WARAT, Luis Alberto, *1976*: *El derecho y su lenguaje,* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
WATZLAWICK, Paul, y otros, *1977*: *Mudança. Principios de formação y resolução de problemas,* Editora Cultrix, São Paulo.
WEBER, Max, *1974*: *Economía y Sociedad,* Editorial F.C.E., México.
WRIGHT MILLS, Ch., *1957*: *Las clases medias en Norteamérica,* Ed. Aguilar S.A., Madrid.
— *1969*: *La imaginación sociológica,* Editorial F.C.E., México.

# ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES

(Los números se refieren a las páginas)

# ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

(Los números se refieren a las páginas)