

NUEVO PENSAMIENTO
JURÍDICO

La fuerza del derecho

Desde los trabajos clásicos de Max Weber, la racionalidad jurídica ha sido siempre uno de los temas centrales de la sociología del derecho y un punto de partida ineludible para el estudio del quehacer de los juristas. Los trabajos de Pierre Bourdieu y Gunther Teubner recogidos aquí cuestionan, desde perspectivas muy distintas, los presupuestos tradicionales de ese concepto de racionalidad. La especificidad de la racionalidad jurídica no se encuentra en un método propio de resolución de conflictos, necesario y universal, ni puede verse simplemente como una racionalidad residual que queda en manos de factores externos: la racionalidad del derecho está, siempre y a un mismo tiempo, en algún lugar más allá de lo jurídico y en la propia fuerza de la forma del derecho. A lo largo de estas páginas la sociología contemporánea del derecho busca superar la vieja división para captar en toda su complejidad la realidad del derecho de nuestros días.

ISBN 958-665-029-4



9 789586 650298 >

La fuerza del derecho

Pierre Bourdieu • Gunther Teubner

340.115
B769f
ej.2



LA FUERZA DEL DERECHO

PIERRE
BOURDIEU

GUNTHER
TEUBNER

Estudio Preliminar
Carlos Morales de Setién Ravina



Universidad de los Andes
EDICIONES UNIANDES

Pontificia Universidad Javeriana
Instituto Pensar

Siglo del Hombre Editores

La fuerza del derecho

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

Ciencias Sociales y Humanidades

NUEVO PENSAMIENTO JURÍDICO
Colección dirigida por Diego Eduardo López Medina

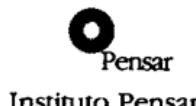
COMITÉ EDITORIAL.

Carlos Gaviria Díaz
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Carlos Morales de Setién Ravina
José Antonio Rivas Campo
Luis Carlos Sotelo Castro

La fuerza del derecho

Pierre Bourdieu
Gunther Teubner

Estudio preliminar
Carlos Morales de Setién Ravina



Bourdieu, Pierre

La fuerza del derecho/Pierre Bourdieu y Gunther Teubner; estudio preliminar y traducción Carlos Morales de Setién Ravina. —Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

p. 220; 19 cm. —(Nuevo Pensamiento Jurídico. Serie Temas)
ISBN 958-665-029-4

1. Filosofía del derecho 2. Derecho y sociedad. I. Teubner, Gunther, 1944- II. Morales de Setién Ravina, Carlos, tr. III. Tit. IV. Serie

340.1 cd 20 ed.
AGV1033

CEP-Biblioteca Luis-Ángel Arango

Pierre Bourdieu

Artículo original: *The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field*
©1987 by University of California, Hastings College of the Law
Reprinted from Hastings Law Journal - Vol.38, Nº 5 by permission

Gunther Teubner

Artículo original: *Substantive and Reflective Elements in Modern Law*
© 1983 by the Law and Society Association
Reprinted from Law & Society Review - Vol. 17:2 by permission

La presente edición, 2000

Primera reimpresión, 2002

Segunda reimpresión, 2005

© de la traducción, Carlos Morales de Setién Ravina
© Siglo del Hombre Editores

Cra. 32 Nº 25-46 Bogotá D.C. • PBX: 3377700 Fax: 3377665
www.siglodelhombre.com

© Ediciones Uniandes

Cra. 1 Nº 19-27 Edif. Aulas 6 Bogotá D.C. • Tels.: 2824066-2829211
Ext.: 2133-2155 Fax: 2158
infeduni@uniandes.edu.co

© Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Cra. 1 Nº 18^a-10 Bogotá D.C. • Tel.: 3520466 Ext.: 2382 Fax: 2812130
© Instituto de Estudios Sociales y Culturales-Pensar

Pontificia Universidad Javeriana

Cra. 7 Nº 39-08 Casa Navarro Bogotá D.C. • Tel. 3208320
Ext.: 5141-5143 Fax: 3400421

Diseño de colección y portada: Mauricio Melo González

ISBN: 958-665-029-4
(Colección) ISBN: 958-665-000-6

Panamericana Formas e Impresos
Calle 65 Nº 95-28 Bogotá D. C.
Impreso en Colombia - Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
<i>Diego Eduardo López Medina</i>	
LA RACIONALIDAD JURÍDICA EN CRISIS:	
PIERRE BOURDIEU Y GUNTHER TEUBNER	13
<i>Carlos Morales de Setién Ravina</i>	
Introducción	15
Gunther Teubner o el derecho reflexivo	
al interior de la teoría de sistemas	20
Pierre Bourdieu: la realidad no visible	
de la realidad formal	59
Gunther Teubner: bibliografía básica	77
Pierre Bourdieu: bibliografía básica	79
ELEMENTOS MATERIALES Y REFLEXIVOS	
EN EL DERECHO MODERNO	81
<i>Gunther Teubner</i>	
I. Teorías neoevolutivas sobre el derecho	83
II. Hacia el "derecho responsivo":	
dinámica interna del cambio legal	94
III. "Principios organizativos" y "complejidad	
social adecuada": covariación de las estructuras	
legales sociales	110
IV. "Derecho reflexivo":	
un nuevo proceduralismo	123
Bibliografía	144

ELEMENTOS PARA UNA SOCIOLOGÍA DEL CAMPO JURÍDICO	153
<i>Pierre Bourdieu</i>	
La división del trabajo jurídico	160
El establecimiento del monopolio	181
El poder de nombrar	196
La fuerza de la forma	202
Los efectos de la homología	216

PRESENTACIÓN

La colección Nuevo Pensamiento Jurídico se viene esforzando por traducir al español libros y artículos pertinentes de teoría jurídica que permitan jalonar la reflexión teórica sobre el derecho en los países hispano-hablantes. Junto con esta finalidad, la colección ha tratado también de ofrecer estudios introductorios que pongan en contexto el escrito que se traduce y que hagan las conexiones necesarias que permitan una asimilación inteligente y matizada en escenarios institucionales y problemáticas sociales que les son particulares al lector. La colección, pues, busca ofrecer elementos de análisis que den qué pensar, que activen la creatividad y la relevancia de la reflexión teórica en derecho y que la proyecten a los urgentes desafíos que enfrentan juristas situados *hic et nunc*.

El libro que aquí se presenta es una recopilación de dos artículos **seminales de teoría jurídica y sociología del derecho**, el uno escrito por Pierre Bourdieu y el otro por Gunther Teubner, esmeradamente traducidos por Carlos Morales de Setién Ravina, profesor de la Universidad de los Andes. El profesor Morales ha escrito también un estudio preliminar en el que ofrece al lector una introducción a conceptos fundamentales de la obra amplia de ambos autores y que son necesa-

rios para entender a cabalidad los dos ensayos que aquí se traducen al español. El lector encontrará esta introducción muy útil para luego emprender la lectura de los ensayos y, en general, como una primera aproximación a Bourdieu y Teubner para aquellos que se acercan a su producción intelectual por primera vez.

Este libro ocupa un lugar muy importante en la colección Nuevo Pensamiento Jurídico: en muchas de las vertientes contemporáneas del derecho se ha señalado que éste debe ser entendido de manera sistemática. La presentación del derecho como aplicación de normas singulares a casos concretos se ha visto definitivamente reemplazada por una visión sistemática donde el derecho opera en redes o subredes de normas, principios y estándares relevantes, con intensas relaciones inter-normativas y con la experiencia clara de poseer autonomía frente a otras redes de relación social que se perciben como diferentes. La definición sistemática del derecho aparece claramente ya, en nuestra tradición teórica, en lo que Kelsen denominara *nomodinámica* u *ordenamiento jurídico*. La discusión sobre la sistematicidad del derecho se ha ramificado desde entonces y los artículos publicados en este volumen expresan dos importantes esfuerzos por captar, en diferentes registros teóricos, el núcleo de esta problemática.

Los trabajos de Bourdieu, Teubner y Luhmann son todos esfuerzos dirigidos hacia el entendimiento sistemático del derecho. Es importante, sin embargo, conservar conciencia de las claras distinciones en estilo y propósito que estas posiciones tienen entre sí. La polifonía se acentuaría de forma radical si uno incluyera dentro de la problemática del derecho la perspectiva de "sistema-mundo" de Immanuel Wallerstein. Esta misma colección ha publicado el libro *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad* de Boaventura de Sousa Santos, donde se alcanza a explorar el significado de la obra de Wallerstein para una concepción sistemática del

derecho. Esta teoría sistémica de Wallerstein podría ser contrastada con los modelos aportados por Luhmann, Teubner o Bourdieu, por ejemplo, para obtener fructíferas discusiones sobre las implicaciones éticas y políticas del derecho.

Los artículos aquí publicados tienen, finalmente, otra fortaleza inestimable, en especial el de Gunther Teubner: muestran que el derecho privado también puede tener una discusión teórica tan viva e interesante como la que ha aceptado, con mayor facilidad, el derecho público. Este texto debería ser una cordial invitación, quizás una provocación, a que el derecho privado muestre también con mayor vigor de lo acostumbrado sus fundamentos y sus consecuencias políticas, sociales y epistemológicas. Las maneras prevalentes de enseñanza y práctica del derecho privado en el medio latinoamericano tendrían mucho que aprender de este tipo de indagación teórica.

Una palabra final de agradecimiento al profesor Carlos Morales por el trabajo que desplegó en la publicación de este libro de la colección. De igual forma quiero agradecer la colaboración de la profesora Junny Montoya, quien ayudó invaluablemente en la edición de los artículos. Un millón de gracias merecen también, por su aliento constante y trabajo decidido en favor de este esfuerzo editorial, Juanita Sanz, Bárbara Gómez, Emilia Franco, Ángel Nogueira, Manuel José Cepeda, Clara Elena Reales, Isabel Cristina Jaramillo, Alejandro Aponte, Carlos Gaviria, Guillermo Hoyos, Oscar Guardiola, Santiago Castro, Jairo Iván Peña y Carmen Millán de Benavides. A todos ellos, amigos y colegas, como siempre, mi más profunda gratitud.

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA

LA RACIONALIDAD JURÍDICA EN CRISIS: PIERRE BOURDIEU Y GUNTHER TEUBNER

Carlos Morales de Setién Ravina

INTRODUCCIÓN

La racionalidad del derecho ha sido uno de los temas centrales de la sociología del derecho desde los trabajos clásicos de Max Weber, cuyo análisis continúa siendo un punto de partida prácticamente ineludible en el estudio de la racionalidad jurídica del derecho moderno. Sin embargo, los abogados y los jueces pocas veces se preguntan por la racionalidad de su actividad y cuando lo hacen es para afirmar la racionalidad de esa actividad, sin explicar de dónde procede y para qué sirve, y mucho menos relacionan la forma de racionalidad que rige su actividad con la situación de crisis en la que vive lo que podríamos llamar la concepción occidental del derecho en nuestros días.¹ Pareciera como si no hubiera necesidad de hacerlo: la letra

1 La crisis del derecho puede contemplarse desde muchos puntos de vista: como crisis de legitimación cíclica, al estilo de Habermas (cf. Jürgen Habermas, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en: Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y éticidad*, Barcelona, Paidós, 1981, pp. 131 y ss., y *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998), como una crisis derivada de la intervención del Estado en la vida social (sobre los distintos tipos de intervención que pueden provocar esa

de la ley, orientada a la resolución de los conflictos en los que están involucrados los prácticos del derecho y que requieren una solución jurídica, y la pretendida naturaleza propia de esos conflictos determinan el transcurrir de su actividad: no hay necesidad de cuestionarse sobre su quehacer diario porque la racionalidad del derecho *es un presupuesto de su propia actividad*.

Los artículos de Gunther Teubner y Pierre Bourdieu que pueden leer en éste volumen de la colección Pensamiento Jurídico critican esas ideas comunes de los juristas.

Los trabajos de Gunther Teubner, desconocidos en nuestro país, son una referencia obligada en la sociología jurídica contemporánea. Su contribución al marco teórico de análisis del derecho, tomando como punto de partida la teoría de sistemas y los trabajos sociológicos de Niklas Luhmann, adaptándolos e incorporando una gran originalidad en esos análisis, lo convierten en uno de esos autores capaces de estimular la conciencia muchas veces dormi-

crisis, véase Gunther Teubner, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", en: Gunther Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, De Gruyter, 1987), o como una crisis del concepto occidental de derecho (Harold Berman, *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, especialmente las páginas 11-63). En cualquiera de los casos, la crisis pasa por una crisis de la racionalidad del derecho, bajo condiciones puramente objetivas —insuficiencia de la vieja forma de racionalidad frente a las necesidades de la sociedad moderna o falta de creencia en su capacidad de resolver conflictos— o como producto de una crítica fundada en la deconstrucción de la idea de racionalidad formal, que pone de manifiesto la ficción del concepto (por ejemplo, gran parte de la crítica al orden legal que efectúa el CLS. Véase como introducción a ese tipo de crítica en español Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 1999, especialmente las páginas 19-62).

da de los juristas. Su obra, escrita originalmente en alemán e inglés y traducida al francés y al italiano parcialmente, es todavía desconocida en su mayor parte por los autores hispanoamericanos. Esperamos que este volumen contribuya a presentar y estimular el estudio de su obra.²

Pierre Bourdieu es una de las figuras claves de la sociología contemporánea. Su obra ha sido traducida profusamente al español en los últimos años y aunque su atención al derecho ha sido marginal al interior de su muy extensa producción, el artículo que recogemos aquí es un ejemplo excepcional de cómo hacer un estudio del derecho en la sociedad tomando como punto central de ese estudio la propia estructura interna del derecho, algo que a menudo ha sido olvidado por la sociología. Pero, además, desde lo que sería una sociología de las profesiones jurídicas, establece una conexión ineludible entre la organización de esas profesiones y la estructura de la racionalidad formal que defienden, que explicaría en gran medida la resistencia al cambio y la insistencia en el carácter formal de la racionalidad del derecho.

La elección de "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", de Gunther Teubner, y de "Elementos para una sociología del campo jurídico",

2 Al final de esta introducción presentamos una bibliografía básica de ambos autores. El lector interesado en encontrar una bibliografía completa de ambos, puede acudir para el caso de Gunther Teubner a la bibliografía incluida en Gunther Teubner, *Droit et reflexivité. La auto-reference en droit et dans l'organisation*, Bruxelles, Kluwer, 1994. Una bibliografía bastante completa de la obra de Bourdieu hasta el año 88 (más de 25 libros y 250 artículos) puede verse en Yvette Delsaut, *Bibliographie des travaux de Pierre Bourdieu, 1958-1988*, Paris, Centre de Sociologie Européenne du Collège de France, 1988. Para una bibliografía parcial, pero que se extiende hasta al actualidad, en varios idiomas, véase la página web <http://www.massey.ac.nz:8081/~NZSRDA/bourdieu/bybourd.htm>.

de Pierre Bourdieu, se justifica no sólo desde la importancia indiscutible de los propios autores, sino también desde lo novedoso de sus propuestas, éstas sí discutibles, pero con una capacidad de agitar la conciencia de los lectores y de atacar convincentemente creencias fuertemente asentadas entre los juristas que esperamos sean capaces de impulsar la reflexión sobre estos temas en nuestro medio.

En "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno" el profesor Teubner presenta una tesis que conserva aún gran parte de su novedad a pesar del tiempo transcurrido: la crisis del derecho moderno está inextricablemente ligada a la insuficiencia del modelo de racionalidad empleado por el derecho, un modelo que corresponde a necesidades funcionales de una sociedad distinta de ésta en la que vive el hombre contemporáneo y que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos, como explicaremos en las páginas siguientes. No hay nada de universalmente válido en los presupuestos que utilizamos la mayoría de los juristas ni en los principios que rigen el sistema de solución de conflictos al interior del derecho: la forma de racionalidad que adopta nuestro derecho es sólo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan hoy en día las sociedades occidentales.

Somos conscientes de que el derecho debe cambiar para adaptarse a las distintas necesidades de la sociedad dinámica por la que adquiere su sentido y, sin embargo, a lo largo de la historia se han presentado momentos en los que la estructura interna del derecho ha permanecido inamovible frente a las demandas externas, por razones de índole diversa, y en los que ese inmovilismo sólo se ha quebrado mediante revoluciones o cambios políticos drásticos. La legitimación de las normas depende directamente de la capacidad para adaptarse a las demandas socia-

les.³ Una explicación sobre los problemas de legitimación *externos* de la racionalidad jurídica, que tiene su reflejo en la insuficiencia de la estructura interna del sistema jurídico nos exige una teoría que, junto con la creencia en una insuficiencia del derecho para atender las necesidades o las demandas de justicia al interior de una sociedad,⁴ nos explique también los factores que impiden el paso a un nuevo tipo de racionalidad: Pierre Bourdieu, mediante su teoría de los campos aplicada al mundo del derecho nos da una explicación, iluminadora dentro de su pesimismo, sobre las resistencias que presentan al cambio tanto las estructuras formales del derecho como la relación existente entre esas mismas estructuras y los profesionales del derecho —ya sean estudiantes del derecho o practicantes—.

La idea del derecho como un sistema esencialmente ordenado alrededor de una racionalidad formal, en el sentido weberiano, es un presupuesto común de ambos autores, al igual que lo es el papel central que ese formalismo juega en las insuficiencias que el derecho presenta en las sociedades contemporáneas. Son esas insuficiencias las que permiten al profesor Teubner, dentro de la tradición

3 Es interesante ver el trabajo del profesor Berman si se quiere profundizar sobre la necesidad del cambio en el derecho a lo largo de la historia y sobre la idea de continuidad del derecho occidental a través de los cambios (véase Harold Berman, *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, *op.cit.* pp. 11-63). El análisis tradicional de Weber en *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, se inclina más por resaltar las diferencias que las continuidades, al igual que los distintos análisis evolutivos que se presentan en el texto de Teubner que presentamos en este volumen.

4 Pensamos, junto con Berman, que la idea de crisis es siempre más una creencia que un hecho. Podemos decir que la generalización de esa creencia, la generalización de las observaciones parciales en una idea de crisis que se comparte por toda la sociedad, es la que permite hablar de una crisis en términos objetivos (véase Harold Berman, *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, *op.cit.*, pp. 11-12).

evolucionista seguida por Nonet y Selznick, y Luhmann o Habermas que estudia en su artículo, hablar junto con esos autores de una *crisis* del derecho contemporáneo. Bourdieu, por su parte, ve también esas insuficiencias del derecho desde un punto de vista externo, no tomando la función social del derecho como instrumento de análisis principal, origen a un mismo tiempo de las presiones de cambio y de las insuficiencias presentes del sistema jurídico, sino como un lugar desde el cual efectuar una demoleadora crítica de las razones que llevan a todos los participantes en el mundo del derecho a construirlo de manera impermeable a las necesidades y las exigencias políticas de una gran parte de la sociedad.

La intención de este estudio preliminar no puede ser, por su propia naturaleza, cubrir todos los ángulos del problema de la racionalidad en el derecho, siquiera brevemente, ni tampoco abordar en detalle el conjunto de las obras de Teubner y Bourdieu, cuya copiosa producción se extiende a lo largo de varias décadas y cubre temas muy diversos de nuestra realidad social, en el caso de Bourdieu, o de la realidad jurídica, en el caso de Teubner. Nuestra intención ha de ser más modesta por fuerza: nos limitaremos a explicar los principales puntos de la teoría de ambos autores en relación con los artículos que presentamos en esta obra con un doble propósito: dar una guía general de lectura de los textos y facilitar la comprensión de ciertos conceptos que aparecen en ellos y que, o no son explicados por presuponer su conocimiento por parte del lector, o lo son brevemente.

GUNTHER TEUBNER O EL DERECHO REFLEXIVO AL INTERIOR DE LA TEORÍA DE SISTEMAS

En “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, Gunther Teubner trata tres temas fundamentales que desarrollará en el resto de su obra:

1. La búsqueda de un modelo teórico que aúne las virtudes del estudio empírico del derecho junto con la visión interna del propio orden legal para poder explicar el funcionamiento del derecho contemporáneo.

2. La necesidad de abandonar los intentos de rematerialización del derecho como una solución a la crisis de la racionalidad formal del derecho en las sociedades occidentales contemporáneas, impulsando un nuevo tipo de racionalidad que ya se observa en nuestras sociedades: la racionalidad reflexiva.

3. El estudio de la autonomía del derecho desde una nueva perspectiva funcionalista que defiende a un mismo tiempo, de forma aparentemente paradójica, la apertura y la clausura del derecho, lo que podíamos llamar "autonomía para la dependencia".

En las páginas siguientes nos proponemos introducir cada uno de estos temas, con un doble objetivo: contextualizar el texto presentado al interior de una obra extensa y compleja y abrir la posibilidad a los lectores, especialmente aquellos no familiarizados con las implicaciones de los modelos teóricos en la creación de explicaciones empíricas de la realidad, para que por sí mismos busquen una mayor profundización en la obra de Teubner.

I. La búsqueda de nuevos modelos teóricos: una necesidad desde la praxis

Desde sus primeras publicaciones, Teubner ha intentado desarrollar modelos cada vez más complejos que permitan explicar de manera global el funcionamiento de instituciones jurídicas concretas como del derecho en su conjunto desde una óptica que se aleje del puro estudio de las normas, tendencia que debería estar ya sobrepasada y sin embargo tan común en nuestro medio, pero sin caer al mismo tiempo en el determinismo sociológico o en análisis puramente empíricos de la realidad social. Algunas de las obras de Teubner podrían ha-

cer pensar que nos encontramos con un teórico del derecho dentro de la tradición de la "gran teoría",⁵ pero si ciertamente obras como *Law as an Autopoietic System*⁶ o su muy conocido artículo *How the Law Thinks: Towards a Constructive Epistemology of Law*⁷ podrían hacernos pensar que nos encontramos ante un teórico "puro", sin relación con la práctica del derecho, sólo desde el desconocimiento de la globalidad de su trabajo podríamos pensar algo así. La obra de Teubner toma en su mayor parte problemas prácticos de la realidad social, mediante un modo de trabajo que podríamos llamar "concéntrico": partiendo de un problema concreto al interior de una institución específica, procede de manera sistemática en etapas de profundización sucesivas, con el fin de demostrar las insuficiencias de cada uno de los niveles superiores. Esta forma de trabajar es la que aplica en las obras que cubren el campo de la responsabilidad civil⁸ o las

5 La tradición de la gran teoría, en sociología del derecho, está representada por los modelos explicativos globales de los primeros años de la sociología jurídica, de los que Durkheim y Weber son los representantes por excelencia. La aparición de los métodos sociológicos empíricos desplazó esas grandes teorías a favor de teorías de rango medio con un alcance mucho más modesto. Sin duda, una gran parte de la sociología contemporánea es reacia a la tradición de la "gran teoría" en la que se encuentran los trabajos de sociólogos como Talcott Parsons, Jürgen Habermas o Niklas Luhmann. El profesor Gunther Teubner toma elementos de esa tradición, especialmente de la teoría de sistemas de Luhmann, adaptándolos al mundo del derecho. Gran parte de las críticas hacia su trabajo, y también gran parte de su esfuerzo en responderlas, se encuentra dirigido a defender el valor de esa "gran teoría" frente a la supuesta "cientificidad" de los métodos empíricos o de las teorías de "alcance medio".

6 Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993.

7 Gunther Teubner, "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law", en: *Law & Society Review* 23, (1989).

8 Gunther Teubner, "The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability", en: *Cardozo Law*

organizaciones privadas,⁹ sus principales campos de estudio sobre el derecho privado.

La necesidad de desarrollar nuevos modelos teóricos que sean capaces de unir la distancia entre construcciones teóricas e investigación empírica obedece para Teubner a lo que él llama el "hiato estructural" entre teoría y práctica que surge con la aparición de métodos empíricos. En los métodos clásicos de la sociología jurídica, el recurso a las "grandes teorías" de la sociología, fueran las de Marx, Durkheim o Weber, garantizaba la unidad entre la investigación empírica y las "grandes teorías" del derecho.¹⁰ La aparición de los nuevos métodos de análisis empírico, que según Luhmann desintegran la realidad en datos y los recombinan con la ayuda de nue-

Review 16, (1994); David Sugarman y Gunther Teubner (ed.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden-Baden, Nomos, 1990; Gunther Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", en: *The Modern Law Review* 61, (1998).

- 9 Gunther Teubner, "The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability", en: *ibid*; Gunther Teubner, "The 'State' of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany", en: *Brigham Young University Law Review*, (1993); Helmut Willke y Gunther Teubner, "Integration by Dissent: Towards a Socio-Legal Contingency Model of Voluntary Associations", conferencia pronunciada en: *The Impact of Sociology of Law on Government Action*, Saarbrücken, 1977; Gunther Teubner, "Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries", en: Klaus J. Hopf and Gunther Teubner (ed.), *Corporate Governance and Director's Liabilities*, Berlin, New York, de Gruyter, 1985.
- 10 Véase nota 1. Sobre la influencia de la "gran teoría" y su aparato conceptual en la sociología en general, y en la sociología jurídica en particular, y las dificultades que ello supone para el desarrollo de una nueva sociología véase Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, Milano, Franco Angeli, 1993, pp. 9-16. Puede verse también las consecuencias que tiene la crítica sociológica, en particular la crítica del realismo social, para esa "gran teoría" en Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 264 y ss.

vos métodos de análisis, destruyó el nivel de teorización de los clásicos sin proporcionar un sustituto adecuado.¹¹ En palabras de Gunther Teubner:

La investigación empírica del derecho y la sociedad ha desarrollado una metodología altamente elaborada que se basa, sin embargo, en una pobre teoría *ad-hoc*, mientras que teorizar acerca del derecho se ha hecho más y más filosófico y especulativo, usando, sin embargo, un soporte empírico pobre y *ad-hoc*.

El desarrollo de los nuevos modelos teóricos debe, por lo tanto, intentar superar esa separación.

¿De dónde procedería la dificultad para integrar este "hiato", esta grieta que se abre entre teoría jurídica y sociología empírica? Teubner identifica dos razones:

1. La dificultad de integrar los análisis en el nivel micro con el nivel macro, es decir, la falta de capacidad de la sociología empírica para tomar en cuenta la "complejidad organizada" que la teoría de calidad estima como un componente esencial para comprender el papel del derecho como un fenómeno social.

2. La diferencia que existe entre derecho como operación y derecho como observación.

Estas razones son de gran importancia para entender por qué los métodos empíricos no pueden por sí solos darnos una clave del funcionamiento del derecho y por qué el puro análisis teórico, no digamos si es un análisis puramente formal, centrado en las normas de códigos y leyes, es incapaz de proporcionarnos una imagen correcta de qué es el derecho. Por otro lado, es un tema central en la obra de Teubner desde sus inicios¹² e importante para com-

11 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1990, p. 410.

12 Gunther Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", en: *Law & Society Review* (1983); Gunther Teubner, "Auto-

prender los planteamientos teóricos que presentamos en "Elementos materiales" y reflexivos en el derecho moderno.

La insuficiencia de los modelos socio-empíricos y jurídico-formales

El análisis crítico de la posición socio-empírica del derecho puede verse en los artículos *How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law*,¹³ donde defiende la complejidad y el uso de los modelos teóricos contemporáneos más criticados por parte de muchos juristas tradicionales, que niegan su utilidad como medios de estudio del derecho, o en *Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold*,¹⁴ donde con un estilo brillante, tomando como punto de partida los sucesos del relato de García Márquez, hace una crítica profunda a los postulados de la sociología empírica, o en uno de sus más recientes artículos, escrito con John Patterson, *Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis*,¹⁵ donde intenta mostrar la utilidad de la teoría de sistemas como instrumento de análisis empírico.

La finalidad de todos estos artículos es doble: por un lado, la necesidad de elaborar teorías socio-jurídicas con un nivel de complejidad mayor que el de las teorías tradicionales; por otro, la defensa del

poiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", en: *Law & Society Review* 18 (1984); Helmut Willke y Gunther Teubner, "Integration by Dissent: Towards a Socio-Legal Contingency Model of Voluntary Associations", *op.cit.* Puede verse una argumentación más elaborada en el capítulo cuatro de Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993; y en las primeras páginas del artículo de John Paterson y Gunther Teubner, "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis", en: *Social & Legal Studies* 7 (1998).

13 Véase nota 7.

14 Gunther Teubner, "Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold", en: *Social & Legal Studies*, 1 (1992).

15 John Paterson y Gunther Teubner, "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis", *op.cit.*

carácter empírico de su propia teoría, un desarrollo teórico que se apoya en los conceptos de reflexividad y autorregulación que se presentan a lo largo de las páginas de “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, pero que ha evolucionado hacia un modelo más completo y complejo a un mismo tiempo, tomando elementos de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, como veremos en la tercera parte de esta sección.

Complejidad de las sociedades modernas y necesidad de modelos complejos

La idea de complejidad es un tema que se repite a lo largo de los trabajos de Gunther Teubner y constituye, sin lugar a dudas, uno de los conceptos centrales de las teorías evolucionistas, en las que se incluirían los planteamientos de Teubner. Básicamente estas ideas evolucionistas desarrollan modelos que permiten explicar el cambio de una sociedad a otra en los que el incremento de complejidad de la sociedad en su conjunto requiere una adaptación de la función que el derecho desempeña. Evolución, complejidad y función son términos inescindibles al interior de las teorías evolutivas. La complejidad es motor del cambio social, pero también funciona como un reactivo para la teoría jurídica, que necesita desarrollar esquemas conceptuales y métodos de análisis más complejos para ser capaz de explicar las nuevas situaciones. La complejidad al interior de los distintos sistemas de la sociedad (política, economía, derecho, religión) aparece como consecuencia de dos factores: de una parte, el funcionamiento no sujeto a la causalidad de las estructuras que regulan el funcionamiento de cada uno de los sistemas y, de otra, la necesidad de transformar un entorno cada vez más complejo al interior de cada uno de los sistemas, en una tensión constante entre crecimiento de la complejidad-reducción de la com-

plejidad que se da al interior de todos los sistemas sociales.¹⁶

La idea de la complejidad de las sociedades modernas no es aceptada unánimemente, calificando este concepto como una construcción que sirve de base autojustificativa de las teorías evolutivas. A lo largo de la historia y, en particular, después de la llegada de la modernidad habría un incremento de complejidad en ciertas áreas, pero una simplificación de la misma en otras, con lo que la idea de complejidad en sí no aportaría nada a la noción de evolución.¹⁷ Aunque el argumento pueda tener fuerza en ciertas áreas de la sociedad contemporánea, lo cierto es que intuitivamente percibimos esa complejidad en nuestras vidas y, puesto que la intuición como fuente de conocimiento no está demasiado considerada en nuestros días, en la observación de la realidad cotidiana podemos ver ese mayor incremento de complejidad: la dificultad para controlar el riesgo

16 La idea de complejidad utilizada por Teubner, procedente de la teoría de sistemas, que a su vez la toma de la biología y de la cibernetica, es bastante más compleja que lo que por razones de espacio y propósitos se presenta en estas páginas. Aconsejamos al lector referirse al tratamiento de la complejidad que se puede encontrar en Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, op.cit., pp. 40 y ss. por su valor didáctico, también en: "Niklas Luhmann. Hacia una teoría científica de la sociedad", en: *Revista Anthropos*, 173-174, pp. 47-51 (1997), y una explicación más precisa pero también más difícil que elabora Niklas Luhmann en: *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998 (aunque no debe perderse de vista el capítulo III sobre el concepto de doble contingencia). Sobre las consecuencias de esta complejidad para el derecho, aconsejamos la lectura de los capítulos I y II de Gunther Teubner, *Law as an Autopoetic System*, op.cit.

17 El profesor La Torre hace una exposición bastante crítica de las teorías evolucionistas y puede leerse como un resumen preciso de las principales posiciones contra el evolucionismo: Massimo La Torre, *Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma 'Evolución del derecho'*, Florence, Working Paper in Law, Instituto Universitario Europeo, 1993.

producido por la tecnología moderna,¹⁸ la movilidad del capital y la imposibilidad de controlar los flujos económicos en las sociedades contemporáneas,¹⁹ el fenómeno del pluralismo de valores reconocido en las sociedades occidentales que exigen su reconocimiento simultáneo a pesar del potencial de contradicción que entrañan,²⁰ etc., son sólo algunos ejemplos.

Para Teubner la complejidad de las teorías jurídicas modernas obedece a la dificultad de expresar las realidades sociales contemporáneas. Teubner, refiriéndose al postestructuralismo foucaultiano, a la teoría crítica habermasiana y a la teoría de la autopoiesis luhmanniana, que él adaptará al derecho, dice:²¹

-
- 18 Una buena aproximación preliminar al problema del riesgo en las sociedades contemporáneas se encuentra en Josexo Beriain, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, 1996, especialmente en el artículo de Niklas Luhmann, "El concepto de riesgo", pp.123 y ss.
 - 19 Sobre los problemas de la globalización de la economía en el derecho, véase Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997.
 - 20 Nos estamos refiriendo al fenómeno del reconocimiento del multiculturalismo en las sociedades occidentales contemporáneas, pero también a los distintos movimientos sociales de carácter más o menos informal como el feminismo, los "verdes", etc. Una opinión crítica a la inclusión de las peticiones de estos grupos por el derecho, en función de los riesgos que ello implica, puede verse en Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, op.cit., pp. 335-339, y Niklas Luhmann, *La ciencia de la sociedad*, Mexico, Universidad Iberoamericana, ITESO y Anthropos, 1990. Frente a esa posición, Boaventura de Santos opina que la pluralidad de valores en el derecho abre la posibilidad a un nuevo derecho, más tolerante y progresista (Cf. Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en las postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 1998, pp. 312-341).
 - 21 Véase la sección III de esta introducción. El análisis de los presupuestos epistemológicos de cada una de estas teorías y la defensa del derecho como un "sujeto epistémico" nuevo, puede verse en detalle a lo largo de todo el artículo: Gunther Teubner, "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law", op.cit.

El problema es saber si el lenguaje es lo suficientemente complejo para igualar la complejidad del sujeto. Las nuevas teorías del derecho pretenden construir realidades socio-jurídicas que el lenguaje ordinario no puede expresar adecuadamente. Para estas teorías, ceder a las solicitudes de facilidad de comprensión comprometería el contenido del mensaje.

El problema de comunicación mencionado [...] no se debe a la oscuridad del lenguaje, sino a la limitación de su capacidad para expresar la construcción de realidades sociales percibidas de una manera nueva. Al menos ese es el punto común de las nuevas teorías del derecho que contienen el postestructuralismo, la teoría crítica del derecho y la autopoesis.²²

Pero, ¿hacia qué apuntan todas estas teorías, en las que conceptos extraños entre aquellos no conocedores del debate teórico afloran como reflexividad, doble contingencia, racionalidad comunicativa y epistema? ¿Qué es lo que las aleja de la compresión "sencilla" del lenguaje de la ley y de los códigos civiles y lo que las aparta de las explicaciones dogmáticas tan caras a los profesores de universidad, especialmente de las de aquellos que se encargan de las materias "no dogmáticas" del derecho privado?

Los factores que convergen en estas teorías, y en la propia teoría de Teubner, para lo que aquí nos interesa, son su anti-realismo y su anti-individuallismo,²³ y son esos mismo factores los que las alejan de las formas de comprensión y de estudio tradicionales en el derecho.

El rechazo del anti-realismo no supone un retorno al idealismo sino que por el contrario, lo que intenta desplazar es la idea de realidades objetivas como tales sustituyendo el realismo por el construc-

22 *Ibid.*, p. 728 (traducción del autor).

23 *Ibid.*, p. 730.

tivismo epistemológico. La implicación del sujeto en el proceso de observación del objeto, la imposibilidad de mantener la ficción radical de la separación sujeto-objeto en la que se basa la elaboración de las teorías tradicionales de las ciencias sociales, no parecería dejar otra alternativa que el abandono del positivismo científico para las ciencias sociales.²⁴ De otra parte, el anti-individualismo se traduciría en el abandono de una metodología basada en las acciones de los individuos a favor de construcciones tales como el discurso, la autorreflexión social o la auto-organización.²⁵ Las consecuencias para el derecho serían, según Teubner, que:

1. Las percepciones jurídicas de la realidad no se apoyarían en una realidad social externa a las propias percepciones, sino que serían construcciones realizadas por el derecho como sujeto epistémico autónomo.
2. Los individuos no son los que producen el derecho como artefacto cultural, sino que muy al contrario, es el derecho como proceso comunicativo el que produce, mediante sus operaciones jurídicas, los actores humanos como artefactos semánticos.

24 Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, *op.cit.*, pp. 9-16. En palabra de los autores "El aislamiento del objeto implicaba no obstante que también se aislara el sujeto: como consecuencia las alternativas [de las teorías sociológicas clásicas] que se perfilaban podían sólo oscilar entre científicismo ingenuo y transcendalismo". Y aún más claramente en lo que se refiere a la teoría de sistemas autopoéticos: "La transformación más profunda, que constituye al mismo tiempo el presupuesto inevitable para la comprensión de todo lo que sigue, consiste en esto: que no hablamos más de *objetos* sino de *distinciones*. El rechazo al concepto de objeto nos permite no sólo resaltar la *distancia* respecto a las implicaciones conexas al uso de esquemas relacionados con este concepto, sino también evitar, negando desde el principio con ese fin cualquier tipo de espacio conceptual, aquellos presupuestos de tipo material en los cuales se ha apoyado el análisis sociológico, a pesar de su desarrollo en niveles altamente formales" (traducción del autor).

25 Gunther Teubner, "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law", *op.cit.*, p. 730.

3. El derecho oscilaría permanentemente entre posiciones de autonomía y de heteronomía, como consecuencia de su dependencia e independencia simultánea con relación a los otros discursos de la sociedad.²⁶

Veremos qué alcance tienen estos planteamientos para una teoría del derecho en la tercera parte de esta introducción, puesto que estos planteamientos están íntimamente ligados a la autonomía del derecho y a la relación que tiene frente a los demás sistemas sociales.

La distinción entre derecho como operación y derecho como observación

Junto a lo que sería la ingenuidad epistemológica de los modelos tradicionales del derecho, la segunda gran dificultad vendría de la distinción entre derecho como operación y derecho como observación.

La distinción entre derecho como operación y como observación es un intento por superar el problema de la distinción sujeto-objeto sobre la que se basa el conocimiento tradicional. Es una distinción en la que se identifica observación de primer grado con derecho como operación, y observación de segundo grado con derecho como observación. Expliquemos cuál es la diferencia de esa distinción entre observación de primer orden y de segundo orden.

26 *Ibid.* Las consecuencias epistemológicas que extrae Gunther Teubner corren paralelas a las que Niklas Luhmann observa para los sistemas sociales y que se traducen en un triple negación: la negación de que la sociedad esté compuesta por hombres concretos y relaciones entre hombres; la negación de que las sociedades sean unidades regionales; la negación de que las sociedades puedan observarse desde el exterior como grupos de hombres o como territorios. (Cf. Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, op.cit.) y Javier Tores Nefarnate, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, Mexico, Universidad Iberoamericana, ITESO y Anthropos, 1996.

La introducción de esa distinción intenta validar la posición epistemológica de una observación de segundo orden, el conocimiento *científico* que se produce desde esa forma de observación. Trascribamos un pasaje de la *Teoría de la sociedad* de Luhmann y de Giorgi que condensa en pocas líneas la implicación de la distinción:

¿[...] quién dice qué cosa es la causa y qué cosa es el efecto? O de manera más radical ¿qué cosa ocurre primero y qué cosa después, qué cosa dentro [del sistema] y qué cosa fuera? La instancia que formula un juicio sobre eso, hoy, se llama a menudo 'observador'. No se debe pensar aquí sólo en procesos de la conciencia, en procesos psíquicos. El concepto se utiliza de modo abstracto e independientemente del sustrato material, de la infraestructura o del modo específico de operar que hace posible efectuar las observaciones. Observar significa simplemente [...] distinguir e indicar [...]. Formulándolo en la terminología de la lógica tradicional, la distinción es el *tercero excluido*. De la misma manera, el observador, mientras efectúa la observación, es el *tercero excluido* [...] el *observador es el tercero excluido de su observar*. En el observar él no puede verse a sí mismo. El observador es lo no-observable.²⁷

El conocimiento científico se abre en la posibilidad de *observar aquello que observa*, de descubrir cuáles son las distinciones que permiten que el observador *construya* una determinada realidad, sea jurídica o económica, en hacer visible aquello que no está visible. El observador que mira por una ventana puede ver aquello que queda en su campo de visión y es consciente de que su elección de mirar por la ventana deja fuera un entorno al que no tiene

27 Raffaele de Giorgi y Niklas Luhmann, en: *Teoria della Società*, op.cit., pp. 23-24 (traducción del autor).

acceso, pero no puede contemplarse en ningún caso a sí mismo en el proceso de observar.²⁸

La sociología empírica del derecho tiende a realizar las que, siguiendo a von Förster, se conocen como observaciones de primer orden.²⁹ Una observación de primer orden implica considerar "las acciones legales como operaciones simples, como eventos socio-temporales que pueden ser correlacionados en modelos empíricos con otros eventos sociales".³⁰ Frente a esta forma de observación, las teorías sociológicas del derecho que intentan explicar la función del derecho en su conjunto realizan predominantemente observaciones de segundo orden, es decir, ven la acción jurídica en sí misma como observación, como una actividad a través de la cual "se construye un espacio particular de significado y un mundo autónomo de conocimiento".³¹ El enfrentamiento es radical: el análisis empírico conduce a modelos formalizadores con base lógica o matemática, o hacia intentos de explicación causal y predicción, mientras que las teorías sociolegales globalizadoras profundizan en la tradición hermenéutica, analizando de manera compleja la interpretación jurídica, lo que conduce a una ridiculización de los intentos de formalización, explicación causal y predicción.³²

28 Para un resumen claro, aunque algo simplificado, de la posición luhmanniana sobre la idea de observación, de la de distinción y de la de observaciones de primer y de segundo orden, véase Juan-Luis Pintos, "La nueva plausibilidad. (La observación de segundo orden en Niklas Luhmann)", en: *Revista Anthropos: "Niklas Luhmann-Hacia una teoría científica de la sociedad"*, *op.cit.* y Giancarlo Corsi, Elena Esparito y Claudia Bandeli, "Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann", México, Universidad Iberoamericana, ITESO y Anthropos, 1996.

29 Heinz von Förster, *Observing Systems*, Seaside, CA, Intersystems Publications, 1981.

30 John Paterson y Gunther Teubner, "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis", *op.cit.*, p. 453.

31 *Ibid.* (traducción del autor).

32 *Ibid.* Probablemente la crítica más radical, jurídicamente fundamentada, a los presupuestos de formalización y determina-

La complejidad de los sistemas sociales, su carácter de sistemas no triviales —sistemas cuyo resultado futuro se encuentra determinado por los resultados previos, de forma que no pueden existir leyes deterministas para su producción, porque la propia ley se encuentra en continua transformación—³³ hace inútil la aproximación causalista o anticipatoria de los métodos empíricos tradicionales. La posición de Teubner con respecto a lo que podríamos llamar la aproximación empírico-racionalista se resume en los siguientes puntos:

1. La investigación empírica no está más cercaña a la realidad del mundo exterior que la teoría. Los hechos incuestionables sobre el mundo exterior que pretende producir la investigación empírica son en realidad construcciones altamente artificiales, tan reales y ficticias como lo son las construcciones teóricas.
2. El valor de la investigación empírica no reside en la falsificación banal de las teorías, sino en el “valor sorpresa” estimulante de los datos que auto-producen. La investigación empírica tendría un valor de “estímulo”, tendría un “papel mayéutico” en el

-
- ción del derecho se puede encontrar entre los representantes de la escuela norteamericana del *Critical Legal Studies*. Una excelente introducción a este movimiento crítico y sus principales aspectos, junto con la traducción de un artículo clave en la crítica a la determinación jurídica, escrito por uno de sus representantes máximos, Duncan Kennedy, puede verse en esta misma colección Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, *op.cit.*, 1999.
- 33 El concepto de sistemas triviales y no triviales procede de los estudios de Von Förster sobre cibernetica: Heinz Von Förster, “Principles of Self-Organization in a Socio-Managerial Context”, en: H Prost Ulrich, G.J.B. (ed.), *Self-organization and Management of Social Systems*, Berlin, Springer, 1984. Para un ejemplo interesante de las consecuencias de este principio como crítica a la tradición racionalista, véase Jan Klabbers, “Self-steering in Social Systems”, en: R. in 't Veld, L. Shaapp, C. Termeer y M. van Twist (ed.), *Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering*, Dordrecht, Kluwer, 1991.

nacimiento de nuevas teorías inspiradas por el empiricismo.

3. La explicación causal y la predicción están sobreestimadas en el derecho y la sociedad, siendo tan sólo casos especiales de trabajo teórico que además son escasos y que no agotan el potencial para las explicaciones teóricas.

4. Los datos empíricos son usados por la teoría de sistemas —y por el propio Teubner— como instrumentos que permiten explicar *las transformaciones dinámicas de los procesos recursivos de significado* (destacado del autor).³⁴

En *Un ejemplo de derecho regulatorio: crónica de una muerte anunciada*, contestando un artículo del sociólogo del derecho Hubert Rottleuthner,³⁵ Teubner pone de manifiesto lo que son a su juicio las insuficiencias de los métodos socio-empíricos, estudiando en especial la incapacidad de las teorías empíricas para proporcionar modelos válidos de regulación en el campo del derecho económico. Las conclusiones se pueden extrapolar para cualquier sistema social que tenga un alto grado de autonomía:

1. El derecho se construye una imagen de los distintos sistemas sociales a partir de estados de hecho normativos, de teorías normativas y de finalidades de-

34 Véase John Paterson y Gunther Teubner, "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis", *op.cit.*, pp. 455-456.

35 Hubert Rottleuthner, "The Limits of Law: The Myth of a Regulatory Crisis", en: *International Journal of The Sociology of Law* 17, (1989). Rottleuthner es también crítico con el uso de las metáforas de la biología en las ciencias sociales, metáforas importantes en la teoría de sistemas autopoéticos que usa Gunther Teubner desde finales de los años 80. Véase Hubert Rottleuthner, "Biological Metaphors in Legal Thought", en: G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1988. Del mismo autor, puede también encontrarse una crítica al modelo sociológico de la teoría de sistemas en Hubert Rottleuthner, "A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System", en: *Law & Society Review* 23 (1989).

terminadas por la legislación. Esta imagen se usa para orientar las operaciones regulatorias del derecho, que intentan minimizar la diferencia entre la actividad regulada y la separación de esa actividad de lo regulado mediante la prohibición de la desviación y mediante sanciones administradas judicialmente.

2. La economía reconstruye el mismo proceso, pero lo hace desde los presupuestos propios de la economía, sometiendo las normas jurídicas al cálculo económico. La economía construye una imagen del derecho y condiciona su programa de autorregulación en función de esta imagen.

3. De manera general, hay un "fracaso regulatorio", puesto que los procesos de regulación, el del derecho y el de la economía, se basan en programas distintos que tienden hacia direcciones opuestas.

A la luz de estos presupuestos, es necesario considerar los datos empíricos de una nueva forma y de sujetarlos al análisis complejo de la teoría jurídica desarrollada por Gunther Teubner —cuyas líneas fundamentales pueden verse en la sección tercera de esta introducción— y puede consultarse en varios trabajos publicados hasta la fecha,³⁶ en los que el lector puede ver en funcionamiento las tesis aquí presentadas.

36 John Paterson y Gunther Teubner, "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis", *op.cit.*; Gunther Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", en: *The Modern Law Review* 61 (1998); Gunther Teubner, 'The "State" of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany", en: *Brigham Young University Law Review* (1993); Gunther Teubner, "The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability", en: *Cardozo Law Review* 16 (1994). Jans Kellerhoff, *Oil's Empire: Civil Liability in International Law for Accidental Oil Pollution*, Florencia, Ph.D. Thesis, EUI, 1997.

II. Rematerialización y crisis del derecho contemporáneo. El derecho reflexivo como base de un nuevo modelo teórico

En el apartado anterior vimos una tesis central de la teoría de Teubner que se presenta de manera incipiente en el artículo "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno": los distintos sistemas que forman la sociedad tienen una posibilidad de influencia mutua limitada; en concreto, la posibilidad de que el derecho produzca cambios en un sentido preciso en otros subsistemas sociales caracterizados por su autonomía operacional³⁷ con respecto al derecho. No es difícil ver que la rematerialización del derecho se presenta así como una alternativa muy limitada a los problemas de la crisis de la formalización del derecho.

Los ataques al formalismo jurídico se suceden desde finales del siglo pasado de una forma u otra, pero esos ataques no han llevado a una concepción política del derecho. Las características de un orden legal —determinación, formalismo, coherencia en su legitimación, eficacia social—³⁸ son, a pesar de las críticas iniciadas con la sociología del derecho durkheimiana y con el realismo social americano, características que persisten en la forma en la que tradicionalmente los juristas, y especialmente los practicantes del derecho, ven su propia actividad.³⁹ El formalismo jurídico, sin embargo, se revela inca-

37 Véase sección III de esta introducción, p. 52.

38 Las características están tomadas del interesante libro de Roberto Unger, *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*, New York, Free Press, 1976.

39 Un buen ejemplo de esa forma de concebir el derecho, a pesar de la consideración del intérprete del derecho al interior de la tradición hermenéutica, lo que parecería alejarnos del positivismo jurídico inicialmente, puede verse en Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, que expone perfectamente la forma en la que los juristas tradicionales siguen considerando su actividad y especialmente la bús-

paz de atender, por una parte, las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea y, por otra, como un mecanismo inadecuado de regulación de sistemas sociales altamente autónomos.

La pregunta que surge con respecto a la racionabilidad formal en cuanto a su legitimación la plantea con toda claridad Habermas⁴⁰: ¿son realmente los aspectos formales los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercida en forma de derecho?

La respuesta hoy en día es clara: la racionabilidad formal del derecho aparece como un instrumento esencialmente burgués, a través del cual los valores de libertad e igualdad se imponen en la sociedad capitalista favoreciendo el contrato como medio de organización de la sociedad,⁴¹ en la medida en que el contrato aparece como el marco natural para articular la autonomía de la voluntad en la que se traduce la libertad, razonablemente presupuesta igual en cada sujeto, y el respeto a la propiedad privada como una extensión de la propia individualidad del sujeto.⁴²

Un sistema jurídico que contempla como central la *seguridad jurídica* y que al mismo tiempo necesita garantizar la igualdad ante la ley, acaba generando un principio de justicia altamente formal: lo igual ha de tratarse de forma igual y lo des-

queda de determinación y de coherencia que, a pesar de las pruebas en contra, sigue siendo considerada como el ideal realizable de la práctica del derecho.

- 40 Texto de las lecciones sobre "Derecho y Moral" en las *Tanner Lectures*, 1986, recogidas en Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op.cit.*, p. 540.
- 41 La percepción del contrato como el instrumento organizador por excelencia de la nueva sociedad capitalista tiene una excelente expresión en la formulación del historiador del derecho Mayne (1822-1888): una sociedad que supone el paso *from status to contract*, "del estatus al contrato" (Henry Mayne. *Ancient Law*, New York, Dutton, 1977).
- 42 Véase Pietro Barcellona, *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 47-50.

igual de forma desigual. La función asignada al derecho al interior de una sociedad basada en el libre intercambio de bienes, condiciona las posibilidades de inclusión de criterios de justicia materiales distintos del ya enunciado. La metodología del derecho de Larenz, una descripción excelente de la perspectiva *interna* del jurista sobre su trabajo, insiste una y otra vez en ambos aspectos: la necesidad de tratar *lo igual como igual* y el constante control por parte del intérprete del derecho para dejar a un lado consideraciones propias de justicia material más allá de lo recogido en las normas. Este formalismo jurídico, la idea de que existe la posibilidad de un modo de razonamiento jurídico propio, neutro y universal que puede proporcionar soluciones regularmente consistentes entre sí, constituye uno de los puntos centrales en la práctica jurídica y en la formación educativa de los futuros abogados y jueces y, sin embargo, como ya hemos dicho, se revela como una ficción que sólo puede justificarse en términos de un proyecto de sistema jurídico fuertemente ideologizado.⁴³ Gunther Teubner lo expresa con claridad:

La justificación del derecho formal reside en sus contribuciones al individualismo y a la autonomía, con lo que depende de la validez continua de esos valores. La contribución se produce porque el derecho formal se limita a sí mismo a definir esferas abstractas de acción para facilitar la búsqueda autónoma de los intereses privados. Al hacer esto, garantiza un marco dentro del cual los juicios de valor materiales se realizan por actores privados. De esta manera, las 'formalidades' facilitan la creación de un orden privado. Dichas 'formalidades' toman como 'premisa la indiferencia del legislador ante la elección última de las partes entre un número de relaciones alternativas'. Los elementos co-

43 Véase la nota 23.

rolarios del derecho formal son: convencionalismo, legalismo y universalismo.⁴⁴

Por otra parte, pronto se hace visible que los niveles de justicia social demandados por la sociedad son imposibles de lograr mediante el derecho formal. Ya a principios de siglo Leon Duguit apreciaba cómo las normas formales nacían muertas, y cómo era necesario también rectificar las consecuencias de la rígida aplicación de las normas, desviándose de su tenor literal y de los principios que las inspiraban en aras de una adecuada correspondencia de las normas con su función social y con los imperativos de justicia.⁴⁵

La crisis de los años 30 abre la puerta con claridad a la intervención del Estado en los ámbitos de libertad que el derecho formal intentaba preservar. El fenómeno conocido como "materialización" del derecho, que para Weber era una tendencia marginal frente a la formalización imperante en el derecho moderno, comienza, sin embargo, a apoderarse de las esferas que hasta ese momento habían quedado en gran medida en manos de la autonomía privada.⁴⁶

La intervención creciente del Estado en el derecho, buscando la consecución de fines concretos mediante la intervención directa, produce una "desformalización" del derecho. Habermas identifica cuatro fenómenos al interior de las sociedades que conducen a esa desformalización:

1. *Derecho reflexivo*. Para Weber, la tensión existía entre derecho formal-derecho material. La consideración de formas de regulación reflexivas, en las

44 Gunther Teubner, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", incluido en el presente volumen, pp. 102-103.

45 Leon Duguit, "La propiedad función social", en: *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Francisco Beltrán, 1920.

46 Cf. Gunther Teubner, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", incluido en el presente volumen, pp. 83-85.

que los afectados por la propia regulación son los encargados de crear las normas reguladoras que controlen su actuación dentro del marco fijado por el legislador, como ocurre en los convenios colectivos laborales o en ciertas formas de regulación financiera, le era desconocido a Weber y se encuentra hoy presente, en distintos niveles, en nuestras sociedades.

2. *Marginalidad*. Existen campos de la realidad social donde el derecho tiene un efecto mínimo o marginal con respecto a las fuerzas actuantes en él.⁴⁷

3. *Imperativos funcionales*. La idea de intervención regulativa autónoma se revela como falsa en muchas ocasiones. Los legisladores actúan en muchas ocasiones “como meros agentes de un aparato estatal que se torna cada vez más complejo o bajo la presión de los imperativos sistémicos de una economía autonomizada y a la vez necesitada de estabilización”. El derecho aparece en estos casos como una función del sistema social en su conjunto, como una variable dependiente de su entorno y no como un instrumento capaz de intervenir autónomamente en la realidad social apoyándose en criterios de política particulares.

4. *Moralidad vs. positividad del derecho*. Las posibilidades de cambio que se abren al derecho moderno presionan, paradójicamente, para que el derecho se adapte continuamente a las demandas de justicia material procedentes de los más diversos agentes sociales.⁴⁸

El resultado de todas estas tendencias conduce a una “desformalización” del derecho. Pero, a diferencia de lo que piensa Habermas,⁴⁹ no todas las

47 El efecto marginal de las normas se produce incluso en campos que tradicionalmente se han visto como el paradigma del funcionamiento del derecho formal, como es el caso el derecho de contratos. Véase Jean Braucher, “The Afterlife of Contract”, en: *Northwestern University Law Review* 90 (1995).

48 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op.cit., pp. 545-547.

49 *Ibid.*, p. 547.

tendencias antiformalistas se plasman necesariamente en una intervención profusa del Estado en las distintas áreas de la sociedad, lo que se conoce como juridificación de la sociedad (algunas de esas tendencias, como el derecho reflexivo, no tienen por qué desembocar en una mayor producción legislativa, aunque algunos autores injustamente así lo vean).⁵⁰ La juridificación es un término con connotaciones negativas para hacer referencia a ese fenómeno, aunque qué tipo de intervención estatal es la que justifica el uso del término es algo sobre lo que no existe acuerdo, como veremos a continuación.⁵¹

La juridificación como hecho en las sociedades occidentales contemporáneas está estrechamente ligada, según Gunther Teubner, a la rematerialización del derecho formal. Sin embargo, antes de identificar el proceso de juridificación con la rematerialización del derecho formal, es importante para Teubner aclarar los distintos significados con los que aparece el término juridificación en la literatura jurídica.⁵² Como puede observarse, la juridificación del derecho no siempre se encuentra al interior de las tendencias "desformalizadoras" señaladas anteriormente y algunas concepciones de juridificación, incluso, tienen como presupuesto una formalización en el sentido clásico:

-
- 50 Véase Erhard Blankenburg, "The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law'", en: *Law & Society Review* 18 (1984). Teubner contesta a esas críticas sobre el derecho reflexivo en Gunther Teubner, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", en: *Law & Society Review* 18, (1984).
- 51 Sobre la juridificación como fenómeno de las sociedades contemporáneas, puede verse el excelente volumen Gunther Teubner (ed), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin, De Gruyter, 1987).
- 52 Gunther Teubner, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", en: Gunther Teubner (ed), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, op.cit., pp. 6-13.

1. *Explosión legal.* La juridificación es entendida primordialmente como una “explosión legal”, como un crecimiento incontrolado del número de normas y de la intención reguladora del legislador a la que suele atribuirse, de una parte, el efecto de la incoherencia de los sistemas legales que la padecen, y el incremento de la inseguridad jurídica asociada a la imposibilidad de conocer las normas al interior del orden legal, de otra. La juridificación como explosión legal resulta en opinión de Teubner un concepto demasiado estrecho, puesto que se refiere a un aspecto puramente cuantitativo y porque carece de especificidad socio-histórica.

2. *Expropiación del conflicto.* La juridificación conduciría a la sustracción a las partes del conflicto por medio de la legislación estatal. Los movimientos alternativos de resolución de conflictos o la justicia informal estarían solicitando una reapropiación del conflicto. La crítica aquí del profesor Teubner se apoya en dos ideas fundamentales: a) en que devolver la regulación del conflicto a los agentes sociales de manera total significaría, en las condiciones actuales, ceder la solución del conflicto a las distribuciones de poder que puedan existir en cada momento; y b) en que esta “reapropiación” del derecho destruiría la función de generalización congruente de las expectativas ante la posibilidad del conflicto que es necesaria en las sociedades funcionalmente diferenciadas,⁵³ como son las sociedades occidentales actuales. En definitiva, la juridificación en este sentido no sería un efecto evitable del derecho contemporáneo, y en cualquier caso sería un efecto menor frente a la instrumentalización política del derecho.

3. *Despolitización.* El Estado, mediante la intervención legislativa, neutralizaría las luchas políticas que previamente a la regulación se presen-

53 Véase la sección III de esta introducción, p. 52.

tan de forma espontánea, transformándolas en un problema mecanizado solucionable mediante la aplicación más o menos objetiva de normas por un órgano judicial o administrativo o, en el mejor de los casos, por una limitación de los medios de acción de los agentes participantes en el conflicto. El concepto sería sólo aplicable al campo del derecho del trabajo y se abstendría de explicaciones socio-estructurales.

4. *Materialización.* La juridificación, para Gunther Teubner, se caracterizaría por la materialización del derecho formal que se produciría en tres momentos consecutivos: la constitucionalización legal del sistema de derecho civil para incluirlo al interior de los principios rectores del Estado de derecho, la democratización mediante el derecho del poder del Estado y, el último y más importante impulso, la constitucionalización del sistema económico por parte del Estado social. Cada uno de estos impulsos conduce hacia mayores niveles de materialización del derecho, es decir, a una mayor intervención del Estado en la determinación específica de los fines que deben buscarse en la sociedad. Las consecuencias de este concepto de juridificación serían dos: la imposibilidad de situar el fenómeno de la juridificación fuera de un contexto social e histórico específico, y la íntima conexión entre los procesos de juridificación y la evolución de la sociedad en su conjunto que hace que la alternativa de la deslegalización sin más no sea posible.

La juridificación, entendida como un proceso de materialización progresiva del derecho formal, introduce disfuncionalidades en el sistema. La materialización para Teubner produciría cambios en la función del derecho, en su legitimación y en su estructura. El derecho no sería, como lo era en el derecho formal, sólo un instrumento para la solución de conflictos, sino un instrumento para la invención política del Estado social de derecho. Su legitimación para realizar esta nueva función a través

no de la autonomía del sistema, sino del cumplimiento de los objetivos recogidos en la regulación legal modificaría la estructura del derecho, en consecuencia la estructura de normas lógico-deductivas en favor a un mismo tiempo de principios más abstractos y de normas más concretas que permitan la realización de los fines fijados por el legislador, dando lugar a un nuevo tipo de derecho, el derecho regulatorio, cuyo fin sería “especificar coercitivamente conductas dirigidas a la consecución de fines materiales concretos.⁵⁴

Pero, ¿qué problemas concretos resultarian de este fenómeno de juridificación entendido como una materialización del derecho que afectaría a la función, legitimación y estructura del derecho?, ¿por qué el derecho reflexivo, la propuesta de Teubner, surge como una alternativa plausible a esa situación?

Los límites de la juridificación están fijados por la tensión existente entre la necesidad de que el derecho adopte mayores niveles de diferenciación funcional, esto es, alcance mayores niveles de autonomía que le permitan generalizar de manera autónoma las expectativas generales del resto de los sistemas en torno a la solución de los conflictos en la sociedad,⁵⁵ y la materialización que favorece esta misma formalización.⁵⁶ Esta idea, ciertamente novedosa y contraintuitiva, es explicada por Gunther Teubner de la siguiente forma:

54 Gunter Teubner, “Juridification: concepts, Aspects, Limits, Solutions”, *op. cit.*, p. 19. Gran parte del artículo que presentamos en este volumen trata directamente la evolución de los argumentos presentados brevemente en este párrafo, por lo que nos remitimos al mismo. Puede también verse una explicación similar, aunque con algunas matizaciones a la que se presenta en ese artículo, en el trabajo posterior de Teubner que venimos citando, *ibid.*, pp. 10-19.

55 El concepto es complejo para desarrollarlo en este punto. Su estudio queda para la sección III de esta introducción, p. 52.

56 *Ibid.*, pp. 19-20.

Por otro lado, la 'materialización del derecho' se incrementa y es causada de hecho por el incremento en la formalización. Cuanto más se especializa el sistema legal en su función de crear expectativas mediante la regulación de los conflictos, más desarrolla y refina normas y procedimientos que pueden usarse para el control del comportamiento orientado en el futuro. Esto puede sólo formularse en los siguientes términos paradójicos: *el derecho, al presentarse en la realidad como autónomo en cuanto a su función —formalismo—, se va haciendo cada vez más dependiente de las exigencias por conseguir resultados concretos provenientes de su entorno —materialidad—*. Lo que significa que en las condiciones de hoy en día, el derecho profesionalizado, altamente formalizado, positivo y autónomo queda expuesto, cuando se instrumentaliza para propósitos de control político, a las demandas específicas de la política, de un lado, y a las áreas reguladas de la vida, por otro.⁵⁷

Hay, pues, una constante tensión entre dependencia e independencia en el derecho moderno. Cada uno de los sistemas sociales, la economía, el derecho, la política, se harían tan autónomos que acabarían reaccionando sólo a sus propios estímulos y, al mismo tiempo, necesitarían estar en contacto permanente con aquellos sistemas que tienen la potencialidad de producir alteraciones en su funcionamiento. Sin embargo, no hay ningún tipo de relación de causalidad entre los distintos sistemas sociales: las demandas externas no se traducen directamente en cambios en el sistema que se supone debe recibirla, sino que son adaptadas a las necesidades del propio sistema, sin que exista relación de causalidad previsible entre el estímulo y el cambio, que puede incluso no producirse.⁵⁸

57 *Ibid.*, p. 20 (traducción del autor). (El destacado es nuestro).

58 *Ibid.*, p. 20. La forma en la que sistemas totalmente autónomos son capaces de estimularse mutuamente se conoce en teoría de

Es esa autonomía de los distintos sistemas que forman la sociedad la que produce, a juicio de Teubner, la necesidad de que la influencia externa en las áreas de la vida social se lleve a cabo respetando la forma y los límites de la autorreproducción —la producción por el propio sistema de los elementos que le permiten seguir cumpliendo con su función genérica en la sociedad— correspondiente a cada una de esas áreas:

Estos [límites para la influencia externa] son descritos mediante el trilema regulatorio: *cada intervención reguladora que va más allá de esos límites bien es irrelevante o bien produce efectos desintegrantes en el área de vida, o bien produce efectos desintegrantes en el propio derecho regulatorio.*⁵⁹

Pensemos, por ejemplo, que el Gobierno, presionado por grupos ambientalistas, aprueba una norma por la cual los hospitales tienen que someter sus desechos tóxicos a un procedimiento de reciclaje de residuos tóxicos adecuado desde el punto de vista medioambiental en términos técnicos y de seguridad, pero muy costoso. Supongamos que el tratamiento de los residuos tóxicos venía siendo realizado en todos los hospitales por empresas privadas, que ante la nueva normativa deciden que no es rentable el tratamiento de residuos al antiguo precio, y que los hospitales carecen de recursos para pagar los posibles nuevos costes por lo que las empresas dejan de prestar el servicio. Obviamente los hospitales carecen de los recursos y del conocimien-

sistemas como "acoplamiento estructural". Es una idea compleja que Teubner presenta en las páginas del artículo que venimos citando, pero cuya formulación original corresponde a la teoría de sistemas autopoieticos desarrollada por el biólogo Maturana y recogida por Luhmann y Teubner (cf. Raffaele de Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, *op.cit.*, pp. 30-40).

59 Gunther Teubner, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", *op.cit.*, p. 21 (traducción del autor).

to técnico para hacerlo por ellos mismos. La situación que se produciría superaría los límites de la propia actividad regulada y, según el trilema regulatorio, o bien la norma no se cumpliría y todo seguiría funcionando como antes, o se cumpliría a corto plazo si los hospitales pagasen el altísimo sobrecosto, produciendo a medio y largo plazo serias complicaciones en el funcionamiento ordinario de los hospital debido a la desviación de los recursos o encareciendo el coste de la prestación de servicios sanitarios, o el derecho acaba sirviendo propósitos ecológicos y destruyendo totalmente la función que le es propia a favor de consideraciones provenientes de un lugar de la sociedad.

Las situaciones que sobrepasan los límites del campo regulado producen, por lo tanto, lo que Teubner llama mutua indiferencia, desintegración social por efecto del derecho, o desintegración del derecho a través de la sociedad.⁶⁰

Esta situación, en la que el fenómeno de juridificación, con sus constantes demandas de regulación material procedentes de los distintos sistemas sociales y de los agentes sociales, a veces contradictorias, parece conducir a las sociedades contemporáneas a un problema de difícil solución. Frente a las soluciones que proponen una regulación más detallada —que básicamente sería inefectiva en la mayoría de los casos en la medida en que la complejidad de la realidad regulada sobrepasa la capacidad cognitiva de cualquier sistema regulador— o una desregulación de la vida social— que en el fondo acaba imponiendo la lógica de un solo sistema, el sistema económico, al resto de los sistemas sociales, con los riesgos de desintegración de la sociedad en su conjunto que ello supone—, Gunther Teubner propone el control de los distintos sistemas sociales

60 Puede verse un análisis detallado de estas hipótesis en *ibid.*, pp. 22-27.

por medio del estímulo de la autorregulación de esos sistemas bajo la guía de las condiciones impuestas por el sistema legal.⁶¹

El derecho reflexivo: la base de un nuevo modelo teórico del derecho

En el apartado anterior vimos cómo Gunther Teubner piensa que las cualidades del derecho formal paradójicamente se han convertido en un instrumento de la materialización del derecho y cómo ese mismo formalismo se alimenta del proceso de materialización. Al mismo tiempo hemos visto cómo la materialización, y no la sobreproducción de normas, es el fenómeno que mejor define para el profesor Teubner la juridificación de las esferas sociales, es decir, la intervención del derecho en los distintos campos de la vida humana. Esa juridificación, entendida como progresiva materialización del derecho con la ayuda de la organización formal del derecho, tiende a producir un fenómeno de ineficacia de las normas o de destrucción de la realidad social o jurídica. Frente a ese panorama, surge la alternativa del derecho reflexivo:

El derecho reflexivo incorporaría en su interior la racionalidad reflexiva que comienza a aparecer como un hecho al interior de las sociedades contemporáneas. El derecho reflexivo caracterizado [según Gunther Teubner] por transformarse en un sistema para la coordinación de la acción al interior de los subsistemas sociales semiautónomos y también entre estos, abandonando por igual el proyecto del derecho racional for-

61 La naturaleza introductoria de este artículo impide tratar con mayor detalle el interesante tema de las propuestas a los problemas de la juridificación en nuestros días. Puede encontrarse referencias interesantes en *ibid.*, pp.27-32 y en "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno" en el presente volumen. Es interesante consultar también los trabajos de Hayek en *Friedrich Hayek, Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge, 1973-1979.

mal de corte capitalista y la materialización del derecho que amenaza con bloquear el funcionamiento de la vida social. La racionalidad reflexiva, que podríamos observar en ciertas áreas del derecho, se apoya en lo que podríamos llamar una intervención mínima pero sustancial en las áreas reguladas, mediante normas procedimentales que regularían a su vez la forma de producción de las normas al interior de los distintos subsistemas sociales.⁶²

El derecho reflexivo sería el instrumento adecuado para crear un equilibrio entre los fines materiales de las sociedades contemporáneas y la autonomía de las áreas de la sociedad reguladas. Especialmente cuando el derecho intenta regular campos de la vida que poseen un alto nivel de autonomía y cuyo funcionamiento es esencial para el mantenimiento del equilibrio de la sociedad en su conjunto, las intervenciones legislativas tienden, bien a ser ineficaces, bien a destruir un elemento valioso de la vida social. El derecho reflexivo permitiría intervenir en esas esferas autónomas de la realidad con las que estaría en un diálogo permanente.

El derecho reflexivo confía, pues, en los mecanismos procedimentales y en una consideración específica de las áreas autónomas reguladas. Pero ¿no es cierto, como dice Blankenburg, que "la regulación mediante el proceso, y dejar que la creación de normas materiales sea producto del paso del tiempo haya sido siempre una técnica del legislador sabio cuando inicia su actividad en nuevos campos de regulación"?⁶³ ¿no es también cierto que el legislador, al menos el buen legislador, siempre ha tenido en cuen-

62 Véase en el presente volumen Gunther Teubner, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", pp. 104-106

63 Erhard Blankenburg, "The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law'", *op.cit.*, p. 285 (traducción del autor). Blankenburg es crítico con la idea de derecho reflexivo, que ve al mismo tiempo como un elemento que favo-

ta la realidad que intenta regular?, entonces ¿qué aporta el derecho reflexivo? Veamos la respuesta que Teubner da a estas objeciones:

Es trivial decir que el derecho proceduralmente orientado ha existido durante siglos o que el procedimiento es el corazón del derecho como tal. Sin embargo, no es trivial el intento por especificar qué clases de procedimiento desarrollará el derecho si desea ser capaz de tratar con un alto nivel de autonomía social o, en nuestros términos, con la clausura autorreferencial. Es igualmente trivial decir que el derecho siempre ha sido dependiente de las estructuras sociales con las que tiene que tratar. Pero no es trivial identificar los modelos internos de la realidad social y las formas de 'regulación' que el derecho desarrollará para tratar con los sistemas sociales que son, en principio, inaccesibles a la regulación. Es por todo ello que debo insistir en la tesis de que lo que tenemos no son diferentes 'racionalidades del derecho' en juego, sino el interrogante sobre qué tipo de racionalidad desarrollará el derecho bajo condiciones de alta diferenciación funcional.⁶⁴

El derecho reflexivo no es para Teubner un tipo de derecho que haya estado siempre presente, ni tampoco un derecho que favorece un tipo de racionalidad sobre otras de manera arbitraria. El derecho reflexivo aparece como la respuesta necesaria del derecho, respuesta hoy incipiente a los problemas de las sociedades contemporáneas caracterizadas por su alto nivel de complejidad, que se refleja en esa "alta diferenciación funcional" de la que hablaremos en la sección siguiente.

rece la sobreproducción normativa y que, según él, conduce hacia la apatía ante el cumplimiento de las normas cuando no a su incumplimiento directo.

64 Gunther Teubner, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", *op.cit.*, p. 299 (traducción del autor).

III. El derecho como sistema autopoético: ¿un sistema abierto y cerrado a un mismo tiempo?

En el artículo que presentamos en este volumen, Teubner no ha colocado aún el derecho reflexivo al interior de una teoría del derecho o de la sociedad. A partir de la doble observación de las insuficiencias de las alternativas al derecho formal y de la autonomía propia a los distintos sistemas de la sociedad, Teubner dará lo que será el paso hacia su producción más característica: la elaboración del derecho como un sistema autopoético.

Las teorías que contienen un alto nivel de abstracción producen en los practicantes del derecho, en la sociología empírica del derecho y en algunos teóricos aferrados aún a viejos esquemas de rancio sabor naturalista o de formalismo ingenuo, un rechazo inicial. Si además esa teoría viene envuelta en un lenguaje aparentemente hermético, el rechazo suele ser aún mayor. Como hemos visto, Gunther Teubner defiende la complejidad de la teoría a partir de la complejidad de la propia realidad que se intenta explicar.⁶⁵ El lenguaje jurídico de las teorías contemporáneas no es un "jabberwocky",⁶⁶ una cháchara sin sentido dirigida a sorprender y despistar a un mismo tiempo al lector: son teorías cuya dificultad es un reflejo por aprehender realidades que se resisten al uso del lenguaje ordinario. La teoría de sistemas autopoéticos,⁶⁷ que Teubner adoptará para ex-

65 Gunther Teubner, "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law", *op.cit.*

66 *Ibid.*, p. 727.

67 La teoría de la autopoiesis ha sido originalmente desarrollada en la teoría social por Luhmann. La obra de Luhmann, con más de cuarenta libros y más de trescientos artículos, es una obra encyclopédica en la que la teoría de los sistemas autopoéticos, adoptada a principios de los años 80, no es sino una evolución y no una ruptura en su pensamiento teórico. Luhmann intenta crear una teoría con pretensiones de universalidad, en la que el derecho es objeto de estudio en varias obras (entre

plicar la realidad del derecho moderno, no es un puro artificio semántico.

El derecho como sistema autopoético es, ante todo, el derecho como un sistema *completamente cerrado operacionalmente* en la sociedad. ¿Cómo? ¿La vieja idea del derecho como un sistema cerrado y autosuficiente? ¿Es que estos teóricos no han aprendido nada de la sociología empírica de los últimos años ni tienen la sensatez del hombre corriente?

Obviamente la clave aquí es entender qué significa esa *clausura operacional*. Y para ello debemos dar algunas explicaciones sobre cómo y qué es la teoría de la autopoiesis del sistema legal tal y como la entiende Gunther Teubner.⁶⁸

La teoría de los sistemas autopoéticos surge como un desarrollo extremo de las teorías sobre auto-

otras, véase Niklas Luhman, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983; *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssociologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, Surhrkamp, 1981; *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993; *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, 1985). Aconsejamos al lector que desee iniciar la exploración de la obra de Luhmann que lo haga por Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoría della Società*, op.cit., (traducción al español: *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara-Méjico, 1993), la única obra escrita, al menos que yo conozca, con intención pedagógica; o si desea primero conocer una síntesis de los principales conceptos de su teoría, leer el trabajo de Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, uno de los pocos trabajos que he podido encontrar en los que la simplificación del complejo pensamiento luhmanniano no lleva aparejada una distorsión o induce al error del lector.

68 Hay diferencias en el tratamiento que Luhmann y Teubner dan a la autopoiesis en el derecho, especialmente en cuanto a la génesis del derecho como sistema autopoético, una distinta valoración de la idea de autonomía y divergencias en cuanto al potencial del derecho reflexivo. El trabajo que nos ocupa es una introducción al pensamiento de Gunther Teubner y por razones tanto de espacio como de finalidad, aconsejamos al lector interesado en la concepción luhmanniana que lea el muy interesante artículo de Hugh Baxter, "Autopoiesis And The 'Relative Autonomy' Of Law", en: *Cardozo Law Review* 19 (1987).

organización. La concepción de los sistemas sociales como sistemas abiertos, que pretendía superar el modelo de sistemas cerrados mediante la elaboración de leyes causales que permitieran explicar el cambio al interior de los distintos sistemas de la sociedad, demostró en corto tiempo sus insuficiencias. Frente a los defensores de la concepción, que buscaban en el refinamiento de los métodos empíricos la posibilidad de encontrar los factores determinantes del cambio, surge un espectro de teorías que toman como centro del cambio los procesos al interior del propio sistema, lo que se conoce como autoorganización.⁶⁹

La idea de sistema que usa Gunther Teubner a lo largo de sus trabajos desde el año 1983 parte de los siguientes presupuestos:

1. La noción de autopoiesis aplicada a un sistema implica la existencia de un sistema que *produce él mismo no solo su estructura, sino también los elementos de los cuales se compone a partir de los propios elementos*. La consecuencia más importante de la definición es que un sistema autopoietico es un sistema cerrado, circular y autorreferencial, donde *no existen entradas ni salidas*.⁷⁰

2. Los elementos que toman los sistemas sociales, de los cuales el derecho forma parte, para construirse como sistemas autopoieticos, son las *comunicaciones*. Los sistemas sociales son *sistemas de significado*. Como tales, no están compuestos de individuos, ni de objetos físicos, ni de acciones, sino de la reproducción recursiva de las comunicaciones a su interior. El concepto de comunicación en la teoría de autopoiesis aparece como una unidad de la diferencia entre *información, acto de comunicación*.

69 Un relato sintético de las principales teorías sociológicas y el uso del concepto de sistemas puede verse en Niklas Luhmann, *Sistemas sociales-lineamientos para una teoría general*, op.cit., pp. 27-40.

70 Véase Raffaele de Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, op.cit., pp. 21-23.

car y comprensión.⁷¹ La comunicación queda definida de forma autorreferencial: las comunicaciones son producidas por comunicaciones, no por acciones.

3. La reproducción de un sistema autopoietico implica su *clausura operativa*. Todas las operaciones relativas al sistema se producen en su interior.

4. La distinción entorno/sistema aparece como constitutiva de la sociedad en su conjunto y como constitutiva de los distintos subsistemas sociales (economía, derecho, política) que se forman al interior. Los subsistemas sociales, a diferencia de lo que ocurre con el sistema social global, pueden comunicarse con su medio.⁷² En el sistema global, la sociedad puede comunicar sobre sí misma y sobre su ambiente, pero no puede hacerlo consigo misma ni con su ambiente.⁷³

5. Cada subsistema *construye* su entorno, compuesto por el resto de sistemas sociales y psíquicos. Los sistemas sociales y psíquicos distintos del sistema que observa existen, pero sólo pueden ser cono-

71 Soy consciente de que la idea de comunicación que se presenta aquí plantea dificultades para un lector que no sea conocedor del tema. Pero al igual que ocurre con la distinción entorno/sistema, la complejidad y las implicaciones que tienen ambos conceptos para la teoría de sistemas escapa la finalidad de estas páginas. Aconsejamos al lector que se remita a las páginas correspondientes de Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, *op.cit.*, especialmente a todo el capítulo I, pp. 9-60, o en su defecto a la concisa exposición en el capítulo I, pp. 27-76, de Niklas Luhmann, *Sistemas sociales-lineamientos para una teoría general*, *op.cit.* Avisar al lector que la noción de unidad de la diferencia tiene que ver con la idea ontológico-epistemológica de Luhmann, adaptando conceptos de Spencer Brown, mediante la cual el mundo del observador sólo puede constituirse y conocerse mediante la introducción de estas diferencias.

72 Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, *op.cit.*, pp. 116-118.

73 Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, *op.cit.*, p. 32.

cidos mediante la "traducción" que realiza el sistema que observa.⁷⁴

¿Cómo llega a constituirse el sistema jurídico como un sistema autopoético?, ¿qué diferencia (distinción) introduce el sistema jurídico que le permite crear comunicaciones propias?, ¿en qué momento se produce la *clausura operativa* que determina la existencia del derecho como sistema autopoético?

Una gran parte del trabajo de Teubner está dirigido a responder estas preguntas. Aquí sólo podemos responderlas de manera sucinta.

Para Teubner, la circularidad de la autopoiesis es obviamente una cuestión de todo o nada, pero la cuestión de la autonomía legal no lo es, es un concepto que se incrementa con el número de relaciones autorreferenciales al interior del sistema.⁷⁵

El derecho habría pasado por varios estadios en su camino hacia la clausura operativa:⁷⁶

1. El punto de partida es el conflicto social.
2. El derecho sólo puede surgir cuando se dan tres condiciones: a) el conflicto se define como una diferencia entre expectativas que requiere una solución, b) los conflictos se resuelven cuando una de las expectativas divergentes se considera "válida", c) por lo tanto, existe una forma de comportamiento que se declara "correcta". En este momento, sin embargo, el derecho se produce mediante procesos externos al derecho: procesos de poder vinculados a

74 *Ibid.*, pp. 32-33.

75 Gunther Teubner, "Evolution of Autopoietic Law", en: Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 1987, p. 222. Para Luhmann la autonomía es un juego de "todo o nada" (Niklas Luhmann, "Some Problems with 'Reflexive Law'", en: Alberto Febbrajo y Gunther Teubner (ed.), *State, Law, And Economy As Autopoietic Systems*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992).

76 Gunther Teubner, "Evolution of Autopoietic Law", *op.cit.*, pp. 222-223. Véase también con mayor detalle el capítulo 3 de Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System*, *op.cit.*, dedicado a la constitución del derecho como hiperciclo.

las expectativas de los que tienen el poder en sus manos, la moral que declara qué es lo "bueno" o las normas sociales que se generan como comunicaciones difusas.

3. Cuando el derecho se especializa temáticamente, es decir, cuando surge la distinción entre lo correcto o lo incorrecto en términos legales, se produce una cierta diferenciación funcional. No hay aún autorreferencia en el proceso de producción del derecho.

4. Según Teubner, "la autoreferencialidad sólo surge cuando el sistema legal constituye él mismo de la nada sus propios componentes".⁷⁷

5. La autopoiesis sólo surge en el derecho cuando esos elementos aparecen, cuando esos componentes que se construyen cínicamente lo hacen de manera congruente y se vinculan a un hiperciclo al interior del cual se produce un círculo autoreproductivo que tiene la forma acto-norma-acto.

La idea básica es que la evolución del derecho occidental está encaminada hacia la autoconstitución de las normas jurídicas, lo que ocurre cuando las normas —como comunicaciones al interior del sistema jurídico— se constituyen como normas que no se refieren a fuentes externas, sino a otros componentes del sistema legal. La creación del derecho depende de otras normas, sean precedentes u otras formas de creación de derecho. Las normas legales tienen su origen en actos legales y esas normas legales son, a su vez, origen de la producción de nuevos actos que pueden calificarse como legales.

Si el análisis de Teubner es cierto y el derecho se constituye de manera autorreferencial, no hay posibilidad de que mecanismos externos determinen el sentido del cambio al interior del derecho. El derecho autopoietico, a partir de este momento, se alejaría de los modelos evolucionarios que vinculan evolución del derecho a evolución de la sociedad y que

77 *Ibid.* p. 223 (traducción del autor).

Teubner toma como referencia en "Elementos materiales". Cuando el sistema legal se autorreproduce, el propio derecho contiene sus mecanismos evolutivos.⁷⁸

Por otro lado, las normas sociales no podrían ser adoptadas directamente por el derecho:

Los procesos fuera del derecho sólo podrían tener un efecto 'modulador' en la producción de variedad legal. Los conflictos sociales pondrían en marcha los procesos legales: estos modulan la formulación legal de los conflictos entre normas, que en última instancia son los responsables de las innovaciones legales, pero que tienen poco en común con las disputas entre las partes. De ahí la protesta contra 'la expropiación del conflicto'. De ahí el motivo para el movimiento idealístico de deslegalización y para las alternativas al derecho.⁷⁹

Los distintos subsistemas sociales coevolucionarían en la medida en que los cambios en un sistema *presionaran* también la dirección de cambio de otro sistema social, creándose procesos específicos de coordinación en los casos en que los requisitos internos de los distintos subsistemas sociales fueran potencialmente conflictivos entre sí. Dichos procesos pueden llegar a formalizarse en estructuras intersistémicas de negociación, en las que se coordinen de manera finalista los principios y las expectativas de cada uno de los subsistemas.⁸⁰

La formulación del derecho reflexivo aparece en la evolución del pensamiento de Gunther Teubner como una consecuencia última que se derivaría de la propia autonomía de los distintos subsistemas de

78 Gunther Teubner, "Evolution of Autopoietic Law", *op.cit.*, pp. 232-233.

79 *Ibid.*, p. 233. (Traducción del autor. Referencias originales eliminadas).

80 *Ibid.*, p. 237.

la sociedad: una racionalidad puramente formal sería incapaz de atender las necesidades de las sociedades complejas, puesto que estaría encerrada en su misma estructura. En las sociedades complejas los subsistemas ejercen cada vez una mayor presión para que se produzcan las expectativas sociales necesarias para el cumplimiento de su función. La materialización del derecho no sólo no es una solución ante esa presión, sino que pone en peligro partes valiosas de la sociedad, cuando no el propio derecho, puesto que cada conjunto de expectativas intenta imponerse sobre las otras sin atender al equilibrio necesario al interior de esos sistemas. La racionalidad reflexiva no es más tan solo una opción entre otras: es una necesidad para la propia supervivencia del derecho.

BOURDIEU: LA REALIDAD NO VISIBLE DE LA RACIONALIDAD FORMAL

La fuerza crítica de Bourdieu es impresionante y se extiende como un magma fluido y líquido a una multitud de sujetos de estudios.⁸¹ La misma fuerza crítica y la misma agudeza de análisis que le han convertido en uno de los sociólogos más importantes de la segunda mitad del siglo XX, y probablemente de todo el siglo, se encuentra presente en el

81 La obra de Bourdieu cubre campos tan diversos como la educación (daremos un ejemplo por campo tan sólo; en éste: *Homo Academicus*, Cambridge, Polity Press, 1988), arte (*Les règles de l'art*, Paris, Editions du Seuil, 1992), la sociología del deporte ("Program for a Sociology of Sport", en: *Sociology of Sport Journal* 5, 1988), el lenguaje (*Language and Symbolic Power*, Cambridge, Polity Press, 1991), estética ("The Historical Genesis of Pure Aesthetics", en: *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, número especial sobre "Analytic Aesthetics", 1987), la televisión (*Sur la télévision; suivi de l'emprise du journalisme*, Paris, Editions Liber, 1996), o la pura teoría sociológica en lo que es uno de sus trabajos más importantes: *Le sens pratique*, París, Les Editions de Minuit, 1980.

artículo que presentamos aquí, "Elementos para una sociología del campo jurídico". El derecho ocupa un lugar muy reducido en las preocupaciones sociológicas de Bourdieu y, sin embargo, basta leer el artículo que presentamos en este volumen para darnos cuenta del potencial crítico que encierra su trabajo y especialmente los conceptos que crea. La idea de crítica aquí no es baladí: para Bourdieu el intelectual ha de ser básicamente un contrapoder crítico:

Lo que defiendo fundamentalmente es la posibilidad y la necesidad del intelectual crítico, y crítico, en primer lugar, de la *dóxa* intelectual que segregan los dóxofos [en definición de Bourdieu, 'los técnicos de la opinión que se creen sabios']. No existe una auténtica democracia sin un auténtico contrapoder crítico. El intelectual forma parte de él en buena medida. Por eso considero que el trabajo de demolición del intelectual crítico, muerto o vivo [...] es tan peligroso como la demolición de la cosa pública y se inscribe en la misma empresa global de restauración.⁸²

Desde esa posición crítica escribe el artículo "Elementos para una sociología del campo jurídico", que presentamos en estas páginas. Bourdieu realiza una crítica que rechaza a un mismo tiempo la perspectiva puramente interna del derecho, objetivista, que ve el derecho como un conjunto de normas incorporadas en una estructura formal, y la perspectiva estructuralista externa que ve el derecho como un subproducto, como algo total o casi totalmente determinado por condiciones externas a él, condiciones de poder económico, élites o cualquier otro factor, que, niegan su autonomía *esencial*.

82 Pierre Bourdieu, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión liberal*, Barcelona, Anagrama, 1999, pp. 20-21.

El método de análisis social de Bourdieu niega tanto el formalismo como la determinación mediante la afirmación de la autonomía relativa del campo jurídico que se apoya en la autonomía real de las prácticas jurídicas.⁸³ Aplicando el complejo de conceptos de su teoría general, Bourdieu realiza una crítica de las posiciones corporativas en el campo, pone de manifiesto cómo la evolución del derecho está ligada no sólo a factores externos, sino a las propias reglas de competencia entre cuerpos profesionales que se dan al interior del derecho, y critica el formalismo jurídico, no desde su falsedad, sino desde su utilidad última: el mantenimiento de las estructuras que permiten la creación y acumulación de capital jurídico, como veremos en breve.

La complejidad y extensión de su teoría queda muy lejana de cualquier posibilidad de síntesis breve y también del propósito modesto que nos fijaremos aquí, que no es sino proporcionar las herramientas necesarias para la adecuada comprensión del texto. La precisión conceptual de Bourdieu juega en contra del no iniciado en su teoría, puesto que el autor redefine términos comunes del lenguaje de tal forma que la precomprensión del lector común de esos términos, más que facilitar, dificulta el entendimiento del texto. Lo que nos interesa es que se pueda captar el potencial crítico de las ideas de Bourdieu. Las nociones de campo, espacio social, hábito, efecto simbólico y desconocimiento, son los elementos claves que nos permiten captar todo el potencial crítico de Bourdieu y de "Elementos para una sociología del campo jurídico". Pasemos a ver esos conceptos en el marco general de la teoría de Bourdieu.

83 "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, pp. 155-157.

I. El campo como el lugar de inicio de una sociología

Bourdieu es un sociólogo que ha abandonado el término sociedad: en su lugar aparece la idea de campo y de espacio social.

En respuesta a la pregunta de qué diferencia un campo de otros conceptos, como el de sistema o aparato, responde:

En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas del juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito.⁸⁴

Los elementos que caracterizan a un campo serían:

1. Ser un espacio limitado.
2. Ser un espacio de lucha.
3. Ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas.
4. Presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan.
5. Ser un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual.

Definir una actividad social como un campo supone ser capaz, al menos, de identificar quiénes se encuentran enfrentados, cuáles son las reglas aceptadas para la participación en el juego, qué posibilidad tiene un sujeto que se encuentra fuera del espacio limitado del juego de atravesar sus límites para

84 Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, p. 102 (traducción del autor).

participar en él, cuál es la distribución *real* de fuerzas en el juego, y qué les otorga esa fuerza.

Si aplicamos estos elementos al campo jurídico descrito en el artículo de Bourdieu obtenemos que:

1. El campo jurídico es un espacio limitado por la idea de *competencia jurídica* (en el sentido de capacidad, obviamente),⁸⁵ que deja fuera a los profanos, a los que no tienen ni la autoridad ni la capacidad de poner en forma sus peticiones.⁸⁶

2. En el campo jurídico se enfrentan permanentemente concepciones sobre la forma de entender el derecho —praxis o teoría— y sobre cuáles deben ser los principios que deben regir el derecho en su conjunto, los del derecho privado, que se pretenden vinculados a la realidad social y a la economía, o los del derecho público, ordenados en una pretendida evolución de la sociedad hacia mayores niveles de justicia social.⁸⁷

3. En el campo jurídico operan reglas de conducta que determinan qué es lo que les está permitido hacer a los agentes e instituciones y qué no les está permitido hacer. Estas reglas tienen un doble efecto. Por un lado, aparecen como reglas neutras, necesarias para la administración de la justicia y, por tanto, neutras en ese sentido; por otro lado, contribuyen a que el espacio tienda a permanecer estable en cuanto a las distribuciones de poder en su interior, al menos en lo que se refiere a su estructura básica (relaciones entre jueces, abogados, clientes, fiscales).⁸⁸

4. Ciclicamente, especialmente cuando las reglas que distribuyen el poder al interior del campo jurídico son cuestionadas (necesidad de actuar por procuración, requisitos de fe pública notarial, admisión de la justicia informal), el conflicto se ramifica y

85 Pierre Bourdieu, "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, p. 186

86 *Ibid.*

87 *Ibid.* p. 216

88 *Ibid.* p. 165

afecta, no ya a los participantes en el juego, sino a las reglas por las cuales los participantes se regirán en el futuro al interior del campo.

5. Existe una fuerte correspondencia entre el poder al interior del campo jurídico y la posición de los agentes y de las instituciones en el espacio social, como veremos en detalle más adelante.

Como bien dice Wacquant

[...] un campo es simultáneamente un *espacio de conflicto y competición*, análogo a un campo de batalla, en el que los participantes pelean por establecer el monopolio sobre el tipo de capital efectivo dentro de él [...] y el poder para decretar la jerarquía y 'los tipos de cambio' entre todas las formas de autoridad en el campo del poder.⁸⁹

El campo jurídico, como insiste Bourdieu en "Elementos para una sociología del campo jurídico", es una parte del espacio social en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el derecho;⁹⁰ es el lugar donde, abogados, jueces, profesores, personas que ocupan una posición con respecto al campo general del poder y al interior de cuyas profesiones se reproduce también, se lucha, compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite, en última instancia, decir qué es derecho.⁹¹

89 Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, op.cit., pp. 17-18 (traducción y destacado del autor).

90 "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, p. 160.

91 El campo del poder no es un campo como el resto de los campos sociales, sino que por su forma de constitución engloba parcialmente a los demás. Bourdieu dice que "el campo del poder es un *campo de fuerzas* definido por la estructura del balance de fuerzas existentes entre formas de poder, o entre diferentes especies de capital. Es también de manera simultánea un "campo de luchas por el poder entre los distintos detenedores de diferentes formas de poder"(Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, op.cit.,

El campo jurídico viene definido por un interés específico, al igual que el resto de los campos. Ese interés específico, como se observa en las luchas que se dan al interior del campo jurídico o en la relación del campo jurídico con el campo del poder, no es la eficiencia jurídica o la justicia social. El interés aquí vendría vinculado con la creencia en una forma de racionamiento específico, en el formalismo del derecho o cuando menos, en la aceptación del mismo como forma necesaria para tomar parte en el juego. Ese interés es lo que Bourdieu llama la *illusio* específica del campo, el dar por asumido que jugar en el campo es valioso, *illusio* caracterizada por el reconocimiento tácito de los valores que se encuentran en disputa en el juego y el dominio de sus reglas.⁹²

Los campos, sin embargo, se encuentran al interior del *espacio social*. Bourdieu huye de las connotaciones objetivistas, subjetivistas o nominalistas⁹³ del término "sociedad". En el rechazo de la categoría objetivo/subjetivo que caracteriza a la sociología desde los clásicos⁹⁴ y en el intento de superar lo que llama "la oposición artificial que se ha establecido entre las estructuras y las representaciones",⁹⁵ intenta definir

No. 16, p. 76 (traducción del autor)). Las relaciones entre los distintos campos entre sí y la relación de los campos con el campo de poder son cuestiones complejas que quedan más allá del propósito de este estudio y que el propio Bourdieu, en el caso de las relaciones entre campos, se niega a abordar en ocasiones (cf. Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, op.cit., p. 109).

92 *Ibid.*, p. 117

93 Las posiciones objetivistas toman las relaciones que se dan en la sociedad como hechos, las subjetivistas tienen como base la idea de que la realidad social es construcción del sujeto y el nominalismo sería una versión extrema del constructivismo subjetivista: el acto de nombrar es el que crea la realidad social.

94 Para una explicación breve del origen y los problemas que causa esa división a la teoría sociológica, véase Raffaele De Giorgi y Niklas Luhmann, *Teoria della Società*, op.cit., pp. 9-12.

95 Pierre Bourdieu, "Espace social et pouvoir symbolique", en: Pierre Bourdieu (ed.), *Choses dites*, Paris, Les Editions de Minuit, 1987, p. 150.

el espacio social como un conjunto de relaciones entre agentes sociales cuya estructura viene determinada por la cantidad y la estructura de capital⁹⁶ que poseen esos agentes, y por los cambios que a lo largo del tiempo se produce en esta relación.⁹⁷

La idea de espacio social se puede traducir en la de espacio relacional. Espacio relacional en el que los agentes e instituciones *refuerzan* sus posiciones mediante lo que Bourdieu llama, siguiendo a Goffman, *sense of one's place*, "el saber dónde se encuentra uno", que tiene un fuerte componente conservador: en la medida en que uno sabe dónde tiene que estar y asume que ese es su lugar, las posiciones al interior del espacio social, ligadas muchas veces a la pertenencia a un campo concreto, tienden a estabilizar la posición relativa de cada uno de los individuos. Como dice Bourdieu, "las distancias sociales están inscritas en el cuerpo, o más exactamente, en las relaciones con el cuerpo, con el lenguaje y con el tiempo."⁹⁸

Pero, ¿cómo llega el sujeto a ocupar la posición que ocupa en el espacio social?, ¿cómo se define su pertenencia a un campo concreto al interior de ese espacio social? El concepto de hábito, tan central como el de campo en la obra de Bourdieu, nos ayuda en esa tarea.

II. El hábito o la acción estratégica de los actores

La idea de campo como un espacio de juego nos remite al mundo de la *formación* de esas reglas de jue-

96 Evidentemente, capital en el sentido de Bourdieu y no en sentido capitalista. Véase *infra*.

97 La definición contenida aquí es mía, tomando los elementos de Pierre Bourdieu, "Espace social et pouvoir symbolique", *op.cit.*, pp.147-155. Un análisis detallado analítico del concepto puede verse en Pierre Bourdieu, *La Distinction: critique sociale du jugement*, Paris, Les Editions de Minuit, 1979.

98 Pierre Bourdieu, "Espace social et pouvoir symbolique", *op.cit.*, p. 153.

go. Campo y hábito son conceptos que están relacionados y que se complementan: uno funciona gracias al otro y viceversa. La idea de hábito que se encuentra en el texto que aquí presentamos⁹⁹ es, tal vez, uno de los conceptos que mayor hermetismo produce en el contexto en el que se usa. Cuando Bourdieu habla de hábito, genera en el lector, especialmente en el lector jurídico, uno de esos malentendidos de los que nos habla en su propio texto y que llama: *discordancias posturales*.¹⁰⁰ La idea de hábito poco tiene que ver con la idea de costumbre, en el sentido jurídico, o con el sentido cotidiano de la palabra: hábitos, como dice el propio Bourdieu,

[...] son sistemas de *disposiciones* duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios de generación y estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente 'reguladas' y 'regulares', sin ser en ningún caso el producto de obediencia a reglas; pueden ser objetivamente adaptadas a sus fines sin presuponer una dirección consciente hacia ellos o sin poseer una maestría expresa de las operaciones necesarias para conseguirlos y, sumado todo esto, [los hábitos] pueden ser colectivamente orquestados sin ser el producto de la acción orquestante de un director.¹⁰¹

Los hábitos fomentarían la producción reflexiva de las estructuras objetivas (el lenguaje, la economía) del espacio social y de los campos en forma de disposiciones durables.¹⁰² Los hábitos se generarian de forma sólo parcialmente consciente por parte de

99 "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, p. 163.

100 *Ibid.*

101 Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, op.cit., p. 72 (traducción del autor).

102 *Ibid.*, p. 85.

los actores sociales, que los reproducirían también de la misma manera parcialmente consciente. El concepto de hábito, como nos dice Bourdieu, es imposible de comprender para aquellos que piensan la realidad en términos deterministas o de libertad. El hábito se autorreproduce, aparece como una parte constitutiva del espacio social, determina las acciones, los pensamientos, las percepciones, pero sólo al interior de las condiciones históricas de su producción, es decir, al interior de las acciones, pensamientos y percepciones ya existentes.¹⁰³ En palabras del autor, los hábitos "tienden a reproducir las estructuras objetivas de las cuales son el producto, son determinadas por las condiciones pasadas que han producido el principio de su producción."¹⁰⁴

Cuando en "Elementos para una sociología del campo jurídico" Bourdieu se está refiriendo a las categorías de pensamiento como estructuras estructuradas e históricamente construidas que *contribuyen* a producir el mundo pero dentro de los límites de su correspondencia con las estructuras preexistentes,¹⁰⁵ nos dice de forma clara cómo las categorías jurídicas que empleamos los abogados tienden, en primer lugar, a reproducirse a lo largo del tiempo y, en segundo lugar, cómo el potencial real de cambio al interior de un espacio social, en este caso el campo jurídico, se encuentra siempre limitado por las categorías que aplica. La conclusión de Bourdieu, como sociólogo, no está lejos de ese efecto de moderación que tiene la decisión judicial y de la que nos habla Duncan Kennedy como jurista: el sistema de decisión judicial rechazaría las posiciones extremas que no encajasen en la finalidad última de mantenimiento del *status quo* que busca el derecho legalista liberal. Las categorías de pensamiento de los juris-

103 *Ibid.*, p. 95.

104 *Ibid.*, p. 72 (traducción del autor).

105 "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, p. 198.

tas son el instrumento perfecto para mantener la distribución de poder del campo al interior del propio campo y, siguiendo a Kennedy, también entre el campo y el resto de la sociedad.¹⁰⁶

Los hábitos jurídicos, como afirma Bourdieu, son categorías de percepción y de apreciación que estructuran la forma de percibir y apreciar los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas.¹⁰⁷ Nuestras categorías están en la base de nuestro poder: son el instrumento mediante el cual conseguimos el efecto de apropiación del que habla Bourdieu.¹⁰⁸

Pero, ¿qué es lo que hay en el campo jurídico que lo hace valioso?, ¿por qué alguien desearía entrar en un campo, en este caso el campo jurídico? La explicación nos la proporcionan las ideas de capital social y cultural.

III. El capital social y cultural o la propiedad intangible. El capital simbólico

Este es el tercer concepto generador del trabajo de Bourdieu: el capital no existe ni funciona sino al interior de un campo.¹⁰⁹ El capital es la finalidad del juego, del que Bourdieu distingue tres formas propias: capital económico, capital social y capital cultural. Cualquiera de estas formas, como explicaremos, puede adquirir la forma de capital simbólico.¹¹⁰

El capital de los participantes en el campo jurídico es una mezcla de capital económico y de capital

106 Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, *op.cit.*, pp. 291-292.

107 "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, p. 187.

108 *Ibid.*, p. 165.

109 Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, *op.cit.*, p. 101.

110 Cf. *Ibid.*, p. 119.

social que toma formas de capital simbólico en ocasiones. Veamos por qué.

El capital cultural es capital informacional, es capital que tiene que ver con la posesión de un tipo de información valorada en el espacio social en general o en el campo jurídico concreto. El acceso a esta información se encuentra limitado, bien por las propias condiciones del objeto de conocimiento, o bien por las condiciones al interior del campo en el que se produce esta información. En sus formas de capital objetivizado, institucionalizado o incorporado¹¹¹ pensemos en el campo jurídico y en el conocimiento de los sociólogos del derecho, en los graduados del sistema educativo o en los presupuestos de ciertas personas de la administración de justicia respectivamente.

Junto a ese capital cultural, el capital social "es la suma de recursos, actuales o virtuales que acumula un individuo o un grupo al estar en posesión de una red, más o menos institucionalizada, de relaciones de mutuo conocimiento y reconocimiento".¹¹² El capital social es una red de generación de capital: las personas participantes en el campo jurídico, notarios, procuradores, abogados, poseen las conexiones con el campo político, con el educativo o con el científico para defender e incrementar las cantidades de capital jurídico que poseen. El capital jurídico aparece como una forma de capital cultural que puede tomar varias formas al interior del propio campo jurídico, como señala Bourdieu:

El capital jurídico se encuentra reforzado por el capital social que está en manos de los juristas por la posición relativa del campo jurídico al interior de la sociedad, pero también porque los participantes en

111 Pierre Bourdieu, "Les trois états du capital culturel", en: *Actes de la recherche sociologique* 30 (1979), pp. 3-6.

112 Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, op.cit., p. 119 (traducción del autor).

el campo jurídico tienen, en muchas ocasiones, capital social proveniente de la correspondencia entre sus posiciones en el campo jurídico y las posiciones que ocupan en el campo social. Ese capital jurídico toma la forma de capital simbólico en muchas ocasiones: el capital simbólico se crea cuando una forma de capital se reconoce mediante categorías de percepción que *reconocen su lógica específica* o, si se prefiere, como el *desconocimiento de su arbitrariedad* en su posesión o acumulación.¹¹³

Podemos entender ahora mejor a qué se refiere Bourdieu cuando habla de efecto de desconocimiento: hablamos del conjunto de mecanismos, de prácticas que se dan a un interior del campo y que *legitiman* la forma de capital jurídico que se posee de manera arbitraria. Los que trabajamos en teoría legal conocemos bien el rechazo que en muchos prácticos producen las teorías críticas del orden legal, especialmente las que atacan la idea de determinación o congruencia del ordenamiento jurídico. Esa fuerza de la forma de la que habla Bourdieu es la fuerza de la imposición de una forma de capital: negación, ocultación y dominación a un mismo tiempo.¹¹⁴

Pero, ¿por qué aceptamos los resultados del campo?, ¿qué mecanismos concretos favorecen la posesión del capital jurídico?

IV. El formalismo jurídico como estrategia de acumulación de capital simbólico

Una gran parte de "Elementos para una sociología del campo jurídico" está dedicada al formalismo jurídico. El formalismo jurídico aparece como la base sobre la cual los agentes e instituciones jurídicas

113 "Elementos para una sociología del campo jurídico", *op.cit.*, presente volumen, p. 191.

114 *Ibid.*, p. 218.

construyen el monopolio en el uso del derecho. Mediante el formalismo jurídico, el jurista puede defender la existencia de un método propio, *neutral*, capaz de dar una solución justa usando principios universales o universalizables, idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma.

El formalismo jurídico está en la base de los dos efectos que menciona Bourdieu en el texto: el fenómeno de apriorización, ligado al uso del lenguaje jurídico que se construye con la intención de crear un efecto de universalización, y un efecto de neutralización del lenguaje jurídico.¹¹⁵ El lenguaje jurídico queda vaciado de contenidos políticos o éticos aparentemente, apareciendo como una forma neutra y universalizable en primera instancia por la propia construcción del razonamiento. No sería posible que el lenguaje *per se* consiguiera mantener por largo tiempo la creencia mística en la neutralidad. Es necesario, junto al lenguaje, una estructura global que tenga a un mismo tiempo las características de ser racional y poder ser racionalizante para poder mantener la creencia en la neutralidad y validez del derecho —y por tanto, en la legitimidad de los que están encargados de crearlo y aplicarlo— sin el soporte de una creencia irracional en el propio formalismo de la ley.

El dominio cultural es siempre dominio de las formas de un campo determinado.¹¹⁶ Las formas de nuestro campo sólo se consolidan mediante la creación de una tradición y esa tradición está ligada a la existencia de un *corpus*, de un conjunto de normas fijadas y cognoscibles y, por ello, interpretables una y otra vez. El siguiente párrafo de “Elementos para una sociología del campo jurídico” es esencial para entender el papel que juega la codificación según Bourdieu:

115 *Ibid.*, pp. 165-166

116 Pierre Bourdieu, “Habitus, Code et Codification”, en: *Actes de la Recherche Sociologique* 64 (1986), p. 41.

La escritura juega un papel decisivo. Con la escritura aparece la posibilidad del comentario universalizante, que da comienzo a reglas y especialmente a principios 'universales', y aparece también la posibilidad de la transmisión objetiva —mediante un aprendizaje metódico— y generalizada más allá de las fronteras espaciales (entre territorios) y temporales (entre generaciones). En tanto que la tradición oral impide la elaboración científica, en la medida en la que la encadena a la experiencia singular de un lugar y de un medio, el derecho escrito favorece de manera progresiva la mayor autonomía del texto, que se comenta y se interpone entre los comentadores y la realidad. Desde ese momento se hace posible lo que la propia ideología legal describe como 'ciencia jurídica', es decir, una forma particular de conocimiento sabio, dotado de sus normas y de su lógica interna, y capaz de producir todos los signos exteriores de la coherencia racional, esa racionalidad 'formal' que Weber se ha preocupado siempre de distinguir de la racionalidad 'material' y que concierne a los fines mismos de la práctica ahora formalmente racionalizada.¹¹⁷

La codificación, como la entiende Bourdieu, significa *poner en forma y poner las formas*, para dar forma y formular, tal y como aparece en el texto que aquí presentamos.¹¹⁸ Este proceso permite alejar el campo de los peligros de un hábito sin formular. El hábito, por su propia naturaleza, se encuentra ligado parcialmente con lo vago y con el devenir.¹¹⁹ Que el hábito sea parcialmente indeterminado, móvil, dificulta la estabilización de la estructura del campo el monopolio del capital jurídico oculto en gran medida bajo la forma de capital simbólico. La codificación, la fijación de rituales, permite alejar las situaciones po-

117 "Elementos para una sociología del campo jurídico", *op.cit.*, presente volumen, pp. 206-207.

118 *Ibid.*, pp. 215-216.

119 Pierre Bourdieu, "Habitus, Code et Codification", *op.cit.*, p. 40.

tencialmente peligrosas para el campo jurídico, fijándolas y, a través de los mecanismos de negación del derecho, haciéndolas aparecer como necesarias.¹²⁰

Pero si la codificación surge como un mecanismo de estabilidad del sistema, en cuanto evita los riesgos de la indeterminación al interior del campo, es también el instrumento por esencia que permite al derecho presentarse como autónomo y como necesario en su construcción sistemática y neutra. Si los análisis weberianos presentan el derecho como una necesidad funcional de la sociedad, el análisis de Bourdieu pone el acento del cambio del derecho en la propia estructura del campo: son los participantes en el juego los primeros en asegurarse de que el campo pueda transformarse de manera que convenga a sus intereses.

La codificación tiene tres efectos mayores por lo tanto:¹²¹

1. Facilita la fijación del conocimiento, la maestría en el mismo, mediante la objetivación que produce.

2. Supone la oficialización del saber, permite que todo el mundo sea testigo y a la vez inquisidor de aquello que se hace, ratificándolo, homologándolo, mediante un esquema lingüístico.¹²²

3. Permite la formalización racional, no mágica, del conocimiento. Abre la puerta a la universalización de categorías que son propias y, en gran medi-

120 *Ibid.*, pp. 40-41. Esta negación de la finalidad última de las normas, de cuál es el beneficiado en última instancia de la existencia del proceso de solución de conflictos tal y como está configurado, con sus ritos, es la base de la crítica al proceso de decisión judicial que realiza Duncan Kennedy (véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, *op.cit.*, pp. 265 y ss., y también Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 1999).

121 Pierre Bourdieu, "Habitus, Code et Codification", *op.cit.*, pp. 42-43.

122 *Ibid.*, p. 42.

da, arbitrarias. Mediante la formalización, los rituales adquieren el valor de procedimientos legítimos, exponiendo a los afectados las normas que garantizan la solución no arbitraria —es decir, la solución decidida individual o colectivamente por agentes no creyentes en el código jurídico—, de los conflictos sociales.

El derecho aparece, para Bourdieu, como la forma de la violencia simbólica por excelencia: el derecho da forma a prácticas que a partir de ese momento se reconocen como convenientes, legítimas, necesarias.¹²³

De este panorama emerge un derecho que tiene un componente esencial que no tiene conexión con las normas: la actividad de las personas encargadas de crearlo, interpretarlo, racionalizarlo y aplicarlo, no siempre coincidentes. La parte no jurídica que determina la actividad de los agentes e instituciones al interior del campo no está ligada a la actividad propiamente jurídica exclusivamente, sino que en muchos casos, especialmente al interior de la administración burocrática del derecho, sigue estrategias que están ligadas a la competencia con otros agentes e instituciones, o que persiguen finalidades ligadas al propio reconocimiento profesional.¹²⁴ La aplicación del derecho viviría así en el campo de la constante hipocresía, de presentación falsa de valores y programas queridos por todos, pero cuya realización queda supeditada a la no afectación o a la colaboración que la realización de esos programas representa para sus intereses propios.¹²⁵

123 *Ibid.*, p. 43; "Elementos para una sociología del campo jurídico", presente volumen, pp. 219-220.

124 Pierre Bourdieu, "Droit et passe-droit. Le champs des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des règlements", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 81/82 (1990), pp. 86-96.

125 Pierre Bourdieu, "Les juristes, gardien de l'hypocrisie collective", en: Francois Chazel y Jean Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 95-99.

Dejamos aquí nuestra presentación de los trabajos de Teubner y Bourdieu para que el lector reciba directamente de ellos la fusión entre teoría y práctica que ambos pretenden. Las palabras de Bourdieu reflejan bien lo que creo que es el espíritu común de los dos autores:

Aquellos que rechazan mis análisis [por lo peculiar de los resultados] no pueden ver que lo que realmente importa en ellos no son tanto los resultados sustantivos en sí mismos como el proceso mediante el que se obtienen. Las 'teorías' son programas de investigación que no van dirigidas al 'debate teórico', sino a una utilización práctica que las rechaza o las generaliza o, aún mejor, específica y diferencia su pretensión de universalidad.¹²⁶

126 Loïc J.D. Wacquant y Pierre Bourdieu, *An Invitation to Reflexive Sociology*, *op.cit.*, p. 77 (traducción del autor).

Libros

- (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997.
- Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993.
- (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1988.
- (ed.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, De Gruyter, 1987.
- (ed.), *Dilemmas of the Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter, 1987.
- FEBBRAJO, Alberto; Gunther Teubner (eds.), *State, Law, And Economy As Autopoietic Systems*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.
- SUGRAMAN, David y Gunther Teubner (eds.), "Regulating Corporate Groups in Europa", Baden-Baden, Nomos, 1990.

Artículos

- "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis", en: *Social & Legal Studies* 7 (1998).
- "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", en: *The Modern Law Review* 61 (1998).
- "The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability", en: *Cardozo Law Review* 16 (1994).
- "The 'State' of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany", en: *Brigham Young University Law Review*, (1993).
- "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law", en: *Law & Society Review* 23 (1989).
- "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", en: Gunther Teubner (ed.), *Juridification of Social*

Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law, Berlin, De Gruyter, 1987.

"Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries", en: Klaus J. Hopt and Gunther Teubner (ed.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, Berlin, De Gruyter, 1985.

"Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", en: *Law & Society Review* (1983).

WILLKE, Helmut y Gunther Teubner, "Integration by Dissent: Towards a Socio-Legal Contingency Model of Voluntary Associations", conferencia pronunciada en: *The Impact of Sociology of Law on Government Action*, Saarbrücken, 1977.

Libros

- Méditations pascalines*, Paris, Editions du Seuil, 1997. Traducido al español: *Meditaciones Pasca-lianás*, Barcelona, Anagrama.
- Les règles de l'art*, Paris, Editions du Seuil, 1992. Traducido al español: *Las reglas del arte*, Anagrama.
- La misère du monde*, Paris, Editions du Seuil, 1993.
- L'ontologie politique de Martin Heidegger*, Paris, Les Editions de Minuit, 1988. Traducido al español: *La ontología política de Martin Heidegger*, Barcelona, Paidos.
- Choses dites*, Paris, Les Editions de Minuit, 1987. Traducido al español: *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa.
- Homo academicus*, Paris, Les Editions de Minuit, 1984.
- Leçon sur la leçon*, Paris, Les Editions de Minuit, 1982.
- Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.
- Le sens pratique*, Paris, Les Editions de Minuit, 1980. Traducido al español: *El sentido práctico*, Madrid, Taurus.
- Questions de sociologie*, Paris, Les Editions de Minuit, 1980.
- La Distinction: critique sociale du jugement*, Paris, Les Editions de Minuit, 1979. Traducción al español: *La distinción: criterio y bases sociales del gusto*, Madrid, Taurus.
- BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Löic J.D., *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, Chicago University Press, 1992.

Articulos jurídicos

- “Les juristes, gardien de l'hypocrisie collective”, en: Francois Chazel y Jean Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.
- “La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche sociologique* 64 (1986).
- “Habitus, code et codification”, *Actes de la recherche sociologique*, 64 (1986).
- “Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en oeuvre des règlements”, *Actes de la recherche sociologique*, 81-2 (1990).

Articulos generales

- “La domination masculine”, en: *Actes de la recherche sociologique*, 84 (1990).
- “Espace social et genese des 'classes'", en: *Actes de la recherche sociologique*, 52-53 (1984).
- “Les trois états du capital culturel”, en: *Actes de la recherche sociologique*, 30 (1979).

**ELEMENTOS MATERIALES Y
REFLEXIVOS EN EL DERECHO
MODERNO***

Gunther Teubner

I. TEORÍAS NEOEVOLUTIVAS SOBRE EL DERECHO

Vivimos en tiempos de un desencanto cada vez mayor con los fines, las estructuras y el funcionamiento del Estado intervencionista. El debate político sobre la "deslegalización" (e.g. Breyer, 1982; Mitnick, 1980; Wilson, 1980) no es sino una de las manifestaciones de una más amplia reevaluación de los sistemas de derecho y de la organización pública. Las recientes discusiones en la sociología legal reflejan la más am-

-
- Este artículo casi se ha transformado de un trabajo puramente personal en una empresa transatlántica. Comenzó en el Centro para el Estudio del Derecho y la Sociedad, en Berkeley, donde dicté un seminario en teoría legal comparativa. En esta atmósfera desafiante, debido especialmente a la presencia de Philippe Nonet y Philip Selznick, escribí el primer borrador, que pasó entonces al examen crítico de muchos colegas, entre ellos Richard Buxbaum, Johannes Feest, Wolfgang Fikentscher, Wolf von Heydebrand, James Nickel y Rainer Walz. Tengo que agradecer al Deutsche Forschungsgemeinschaft por el apoyo financiero. Al otro lado del Atlántico el artículo fue extensamente comentado. Mis colegas en Bremen, y también en otros lugares, me ayudaron con sus comentarios críticos. Quiero mencionar a Gert Brüggemeiner, Peter Derieder, Dieter Hart, Christian Joerges, Karl-Heinz Ladeur, Elke Schmidt, Klaus Sievking.

plia preocupación sobre los efectos de la intervención legislativa que tiene lugar en el Estado social. Debido a ello, los investigadores han explorado las causas y los efectos de la "legalización" en varias esferas de la vida social (Voigt, 1980) al mismo tiempo que las fuentes y las consecuencias de los movimientos defensores de la deslegalización (Galanter, 1980) y de la justicia informal (Abel, 1980; 1982). Se ha prestado también atención a los sistemas que podrían reemplazar la adjudicación formal por diferentes tipos de mediación y conciliación (Blankenburg *et al.*, 1980).

En este momento, la sociedad parece estar reafirmando su compromiso hacia un derecho *finalista* y hacia las estructuras legales y burocráticas que se asocian con él. Los modelos clásicos de la ley y del Estado que heredamos del siglo XIX resaltan lo que Max Weber llamó "racionalidad formal" (Rheinstein, 1954: 61, 39). Un sistema de derecho racional formal crea y aplica un conjunto de normas universales. El derecho formal racional se apoya, además, en un cuerpo de profesionales del derecho que usan peculiarmente el razonamiento legal para resolver conflictos concretos. Con la llegada del Estado social e intervencionista, se ha puesto un mayor énfasis en el derecho racional material, i.e., en el derecho usado como un instrumento para intervenir en

Helmut Willke y Gerd Winter. Posteriormente, el artículo visitó los agradables alrededores de Florencia. Estoy agradecido a los participantes del seminario "Nuevos conceptos en la teoría legal", y especialmente a Werner Maihofer y Joseph Weiler, y también he recibido valiosas sugerencias de Marc Galanter y Niklas Luhmann. La presentación del artículo a una audiencia americana produjo la necesidad urgente de "des-germanizarlo". David Trubek y Richard Lempert hicieron comentarios extremadamente valiosos a la versión final. De hecho, su cooperación fue tan intensa y sus contribuciones sobrepasaron tanto las actividades de edición normales que no puedo hablar de un artículo individual sino de un esfuerzo colectivo. Sin duda, esto no quiere decir que haya responsabilidad colectiva, porque ahí seguimos la noción bastante más tradicional de responsabilidad individual.

la sociedad de una manera *finalista*, orientado hacia la consecución de fines concretos (Rheinstein, 1954: 63, 303). Puesto que el derecho racional material se elabora para la consecución de fines específicos en situaciones concretas, tiende a ser más general y abierto, y al mismo tiempo más particularista, que el derecho formal clásico.

Los estudiosos europeos han llamado a esta tendencia a apartarse del formalismo "rematerialización" del derecho. La ven tanto como una parte inherente del programa del Estado social intervencionista como un desarrollo que conduce a la disolución de la racionalidad formal. Algunos ven en la nueva "rematerialización" del derecho una amenaza a valores sociales importantes (Voigt, 1980). Esta tendencia puede también amenazar al individuo al debilitar la protección que el derecho formal (al menos en teoría) proporciona frente a la acción arbitraria del Estado y, al mismo tiempo, levantar las barreras que se le habían puesto a la intervención burocrática en áreas de la interacción humana que hasta este momento se encontraban localizadas en manos de la esfera privada (familia, vecindad, escuela).

La sociología legal en Europa y en los Estados Unidos ha proporcionado algunas narraciones fenomenológicas útiles de las tendencias enfrentadas y contradictorias en la presente situación. Pero mientras hemos adquirido conciencia de que hay movimientos que se acercan y se alejan de la legalización y de que existe un cambio de formas de pensar legales formales a otras materiales, no sabemos por qué ocurre, ni tenemos suficientes conocimientos como para predecir el resultado probable de las tendencias actuales. Los críticos, que nos dicen que la legalización no es capaz de tratar con la complejidad y la especificidad de los conflictos modernos, defienden "alternativas" al derecho (ver Blankenburg *et al.*, 1980). Pero frente a esta crítica se sitúan los que hacen notar que la deslegalización y el no formalismo pueden, en las condiciones sociales actuales, reforzar más que ero-

sionar las relaciones de poder asimétricas (Abel, 1980). Observadores de esta "rematerialización del derecho" señalan los perniciosos efectos de este proceso pero son incapaces de responder críticas como las de Kennedy (1976), que enfatizan la imposibilidad de realizar el programa del derecho formal.

Muchos ven la situación actual como una "crisis", pero, ¿qué es lo que nos trae esa crisis?, ¿la discusión sobre legalización y deslegalización y la tensión que se percibe entre forma y sustancia son la prueba de oscilaciones cíclicas entre principios de organización legal y social arbitrarios, pero a pesar de todo antagonistas?, ¿o la crisis actual es el reflejo de fuerzas más básicas y subyacentes cuyo funcionamiento puede llegar a comprenderse y cuya dirección anticiparse? Los análisis más recientes no nos dan respuesta a estas preguntas, porque carecen de fundamentos macrosociales o evolucionistas.

El propósito de este artículo es presentar una aproximación al problema del cambio en el derecho y la sociedad que nos permita ver la situación actual como una "crisis" de la evolución social y legal, y de esta forma situar las narrativas fenomenológicas sobre legalización/deslegalización y forma/sustancia dentro de una teoría social más comprensiva. La teoría se situará dentro de la tradición evolucionista, ya que los conceptos "neoevolutivos" nos proporcionan una manera de ver la situación presente en contexto. La tradición evolucionista es una de las más antiguas dentro de la sociología del derecho. Floreció en los primeros años de la disciplina y luego cayó en desgracia (Friedman, 1975). Hoy en día existe un interés renovado en los enfoques evolucionistas para explicar los cambios en el derecho y en la sociedad, tanto en los Estados Unidos como en Europa (Brüggemeier, 1980; Buss, 1982; Eder, 1978; Eder *et al.*, 1978; Habermas, 1976c; Luhmann, 1970a; Nonet y Selznick, 1978; Schluchter, 1981; Tugendhat, 1980; Turner, 1974; Unger, 1976; Wiethölter, 1982; Willke, 1981; Zielke, 1980).

El método que seguiré consiste en analizar las dos teorías principales neoevolucionistas en Alemania y contrastarlas con el trabajo más reciente del pensamiento legal neoevolucionista en los Estados Unidos. Desde esta yuxtaposición de distintos pero concurrentes enfoques, desarrollaré una nueva perspectiva del proceso de cambio legal y social al que llamo "derecho reflexivo". La situación actual, en la que el derecho se convierte en un sistema para la coordinación de la acción al interior de los subsistemas sociales semiautónomos y también entre estos, puede contemplarse como una posibilidad naciente pero aún no percibida, y puede también estudiarse el proceso de transición hacia un derecho verdaderamente "reflexivo".

Este análisis es aproximado y preliminar. Mis propósitos son exponer cómo se puede crear una teoría que evite las carencias de los modelos evolucionistas previos y demostrar la utilidad de ese enfoque para conseguir una valoración preliminar de nuestra situación actual. Pero la teoría social que elaboro está todavía incompleta y mis esfuerzos por aplicarla a la situación legal de hoy en día son en el mejor de los casos parciales y aproximados.

Los esfuerzos más completos para desarrollar un nuevo enfoque evolucionista del derecho se encuentran en los trabajos de Philippe Nonet y Philip Selznick (1987), en los Estados Unidos, y en los de Jürgen Habermas (1981) y Niklas Luhmann (1970), en Alemania. Estos tres relatos neoevolucionistas buscan identificar distintos "tipos" de derecho, mostrar el cambio de un tipo a otro y explicar los procesos de transición. Aunque hay diferencias sustanciales entre ellas, estas teorías se ocupan de un problema común: la crisis de la racionalidad formal. Tratan la racionalidad formal como la característica dominante del derecho moderno (al menos hasta tiempos recientes) y afirman que fenómenos como la "rematerialización del derecho" son la manifestación de una crisis, y pretenden explicar esa situación.

En mayor o menor grado, cada uno de estos enfoques regresa a la formulación que Max Weber hizo de estos temas. Weber, cuyos escritos tienen ya más de cincuenta años, describió el sistema de racionabilidad formal y sugirió al mismo tiempo la posibilidad de una "rematerialización del derecho". Weber creó una tipología en la que se incluían tanto la racionalidad formal como la racionalidad material (Rheinstein, 1954: 61, 301; Schluchter, 1981: 87; Trubek, 1972: 720). Buscó los determinantes sociológicos que producían el cambio de atributos esencialmente materiales de la acción legal (éticamente determinados, eudeimonísticos o utilitaristas) a atributos esencialmente formales (conceptualmente abstractos, precisamente definidos y procedimentales). En su narración, la racionalidad formal se sostiene mediante un conjunto de reglas metodológicas (silogismo legal, reglas de interpretación legal) que garantizan la uniformidad y la continuidad del sistema legal.¹

Max Weber también señala algunas de las tendencias antiformalistas del desarrollo legal moderno (Rheinstein, 1954: 303). En el derecho de contratos, por ejemplo, estas tendencias se manifiestan en una "creciente particularización" del derecho y en un control legislativo y judicial cada vez mayor del contenido material de los acuerdos. Weber interpretó esto como una inyección renovada en el derecho de "imperativos éticos, utilitaristas y otras reglas sintéticas y máximas políticas" (Rheinstein, 1954: 63). "En cualquier caso, la precisión jurídica de las decisiones judiciales se encontraría seriamente afectada si argumentos sociológicos, económicos o éticos tomasen el lugar de los conceptos legales" (Rheinstein, 1954: 320).

1 Una reformulación interesante de la racionalidad formal en el contexto de la teoría moderna de la argumentación puede verse en Eder, *et al.* (1978:11).

Weber pensó que estas tendencias eran marginales si se comparaban con el proceso predominante de racionalización formal, pero las teorías evolucionistas contemporáneas parecen atribuir una gran importancia a la "materialización del derecho formal" (ver, e.g., Assmann, *et al.*, 1980; Eder, 1978; Trubek, 1972; Unger, 1976; Wieacker, 1967; Wietthölter, 1982). Las teorías en las que me centraré buscan modelos de procesos que expliquen la disolución de la racionalidad formal en cuanto a transformación, direccionalidad y potencial evolutivo y cada una de estas teorías presenta un nuevo tipo de racionalidad hacia la cual puede estar dirigiéndose el derecho postmoderno.

Mientras que las teorías de Habermas, Luhmann y Nonet y Selznick comparten una problemática común y, hasta cierto grado, un punto de partida común, las perspectivas que toman y las bases de sus teorías son muy diversas.

Nonet y Selznick (1978) presentan un modelo de desarrollo con tres estados evolutivos: derecho represivo, derecho autónomo y derecho responsivo.² Derecho responsivo, en esta descripción, es el resultado de una crisis del formalismo legal, de la que emerge una nueva forma de derecho en la que se combinan finalismo y participación (1978: 78, 95). En la explicación de la transición hacia el derecho responsivo, Nonet y Selznick destacan los desarrollos internos del derecho autónomo que erosionan las tendencias formales del derecho.

Luhmann y Habermas, por otra parte, basan su análisis en teorías que tratan la evolución de las es-

2 He preferido acuñar el término "responsivo" que buscar una traducción aproximada al concepto de Nonet y Selznick. *Responsive* podría traducirse como "receptivo", pero la palabra inglesa conlleva también una reacción positiva al estímulo recibido, en tanto que el término español puede tener una connotación más neutral que he preferido evitar. (Nota del traductor).

tructuras sociales y los procesos de covariación³ legal y social. Luhmann, que sigue la tradición de Parsons y Durkheim, y es el principal y máximo exponente de la "teoría de sistemas", emplea un esquema evolucionista de tres etapas en el que distingue entre sociedades: a) segmentadas, b) estratificadas y, c) funcionalmente diferenciadas (1982). Para cada uno de los tipos de organización social establece un tipo paralelo de orden legal. Siguiendo este análisis, Luhmann argumenta que la crisis actual del derecho es producto de la transición de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada. Dicha transición "exige" una transición paralela en el orden legal. Desde este punto de vista, la crisis actual del derecho es resultado de la inadecuación de los sistemas de derecho positivo que hemos recibido, teniendo en cuenta las complejidades de una sociedad funcionalmente diferenciada. Para Luhmann, lo que se necesita no es la mayor intencionalidad y participación sugeridas por Nonet y Selznick, sino una mayor abstracción, pensamiento funcionalista y autorreflexión del sistema legal.

Jurgen Habermas aborda el mismo tema desde un punto de vista distinto. Habermas, el portavoz más destacado de la "teoría crítica", ha intentado una "reconstrucción del materialismo histórico" a través de líneas neoevolucionistas (1976). Al igual que Luhmann, Habermas identifica etapas evolutivas en la sociedad y analiza las relaciones entre estas etapas y el desarrollo moral-legal. El modelo de Habermas establece etapas en las que "principios organizativos sociales" surgen de la interacción en-

3 La covariación supone una interrelación entre los mecanismos evolutivos de dos sistemas, mediante la creación de estructuras al interior de cada uno de los sistemas que los hacen receptivos a los estímulos recibidos por el otro sistema. La noción de "acoplamiento estructural" (*structural coupling*) hace referencia en teoría de sistemas al mecanismo que permite la covariación entre distintos subsistemas sociales. (Nota del traductor).

tre estructuras de trabajo social y la interacción comunicativa.⁴ En su modelo, el derecho se presenta como la institucionalización de una secuencia histórica de "estructuras racionales": preconvencionales, convencionales y postconvencionales.⁵ En el esquema de Habermas, el derecho formal representa una estructura racional convencional: la presente situación trae consigo una transición hacia una forma muy distinta de racionalidad legal y social.

Dada la naturaleza enfrentada de estos modelos, ¿pueden deducirse características plausibles de una emergente racionalidad legal postmoderna? En lugar de intentar elegir entre modelos competidores sobre la base de su "corrección" teórica, intentaré identificar acuerdos implícitos y convergencias tácitas. El fin es trascender las controversias entre funcionalismo y teoría crítica y transformar aparentes puntos de vista irreconciliables en perspectivas complementarias. Intentaré construir un modelo integrado de evolución legal mediante la descomposición de los modelos existentes en sus elementos y reestructurándolos de una manera diferente. Desde esta perspectiva, en realidad los tres modelos no chocan entre sí sino que, por el contrario, hablan de diferentes aspectos de un mismo problema.

Nonet y Selznick, con el objeto de explicar el cambio legal, se apoyan fuertemente en variables "internas" del sistema legal, mientras que Habermas, al

4 Habermas busca una "perspectiva de las posibilidades estructurales que no han sido aún —y tal vez nunca lo sean— institucionalizadas". Este pareciera ser el fin último de todos estos modelos evolucionistas. Observan el derecho moderno, más que desde una perspectiva puramente analítica, desde una perspectiva dirigida a la solución de problemas: pretenden ayudar en el diagnóstico y la curación de los problemas que tienen su origen en la crisis de la racionalidad formal: cf. Habermas (1976a).

5 Es convencional la moral que se justifica mediante la tradición y postconvencional la que tiene su justificación en los intereses de todos los participantes, véase Habermas (1976c: 260; 1979a: 95).

igual que Luhmann, tiende a resaltar interrelaciones "externas" entre las estructuras sociales y legales. Nuestra estrategia será combinar variables "externas" e "internas" en un modelo de covariación. Nos ocuparemos tanto de la potencialidad de desarrollo inherente al sistema legal actual (Nonet y Selznick) como de los límites y las necesidades de una sociedad postmoderna incipiente (Habermas y Luhmann). En particular, deseo explicar cómo la dinámica interna del desarrollo legal descrita por Nonet y Selznick es probable que se dé por sí misma en el entorno de la transformación social que forma la base de las teorías desarrolladas por Habermas y Luhmann. Puedo hacer esto con la ayuda de un concepto de derecho que es similar al de derecho responsivo de Nonet y Selznick, pero que difiere de él en aspectos importantes. Llamo a este concepto, que identifica una clase naciente de estructura legal, "derecho reflexivo".

El argumento se desarrollará como sigue. En la sección II observaremos más de cerca lo que Nonet y Selznick llaman "derecho responsivo". El derecho responsivo, tal y como veremos, implica dos dimensiones separadas y potencialmente contradictorias. Nonet y Selznick ven el crecimiento del "derecho responsivo" como un movimiento unidimensional hacia un sistema más participatorio y finalista, pero su análisis confunde dos tendencias relacionadas pero distintas en el derecho postmoderno, a saber, el movimiento hacia una mayor racionalidad material y la aparición de una racionalidad reflexiva. Puesto que el derecho responsivo incluye elementos materiales junto con elementos reflexivos resulta ser, en un análisis más detenido, una amalgama de dos tipos distintos de racionalidad legal. Este descubrimiento conduce a la cuestión de si la estructura legal que Nonet y Selznick llaman "derecho responsivo" es una "etapa" estable y plausible de la evolución legal o meramente un momento en una situación transitoria.

Esta cuestión es central para este artículo. Pero no puede responderse en el marco de la teoría evolutiva que Nonet y Selznick usan porque el único elemento dinámico de su modelo evolucionista es el cambio *interno* del derecho. Para poder dar una respuesta se deben desarrollar modelos más complejos de evolución legal y social en los cuales los cambios en el sistema legal se expliquen en términos que abarquen tanto la dinámica interna del orden legal como el impacto de las estructuras sociales cambiantes. Me ocuparé de ello en la sección III, en la que uso ideas de Habermas y Luhmann para desarrollar principios básicos de covariación evolutiva sociolegal. Este análisis preliminar sugiere la importancia de dos conceptos: "complejidad social adecuada" y "principios organizativos de la sociedad". Los principios organizativos, según Habermas, surgen del juego de los procesos evolutivos de la moral y de la esfera social de la sociedad. Las normas legales fundamentales incorporan estos principios organizativos de la sociedad y de esa manera definen el *niveau* (nivel) de aprendizaje en una sociedad dada. El principio de complejidad social adecuada, tomado de Luhmann, establece que el orden legal en las sociedades postmodernas debe tener mecanismos que le permitan operar en un entorno complejo de subsistemas semiautónomos funcionalmente diferenciados. Los dos principios, aplicados a las sociedades postmodernas, nos llevan a la conclusión de que un orden legal postmoderno debe estar orientado hacia procesos autorreflexivos en subsistemas sociales diferenciados.

En la sección IV uso estos principios para abordar la pregunta de si la combinación de racionalidad reflexiva y material que contiene la teoría del derecho responsivo de Nonet y Selznick es una etapa estable o meramente transitoria. Este análisis me lleva a la conclusión de que los dos componentes de esa amalgáma tienen distintas posibilidades de realización en las condiciones de la sociedad postmoderna. Se puede demostrar que la dimensión

reflexiva del derecho responsivo tiene más probabilidades de responder a las exigencias de los principios de complejidad socialmente adecuada que lo que puedan hacerlo los aspectos finalistas o materiales del derecho responsivo. Por lo tanto, incluso en el caso de que el derecho responsivo describa adecuadamente la situación actual del derecho, la amalgama de la que se compone es improbable que pueda mantener su unidad. Lo que es más, el derecho reflexivo, que en este momento es sólo un elemento más de una complicada mezcla de orientaciones legales, puede emerger como la forma dominante del derecho postmoderno.

II. HACIA EL “DERECHO RESPONSIVO”: DINÁMICA INTERNA DEL CAMBIO LEGAL

Para Nonet y Selznick, el “derecho responsivo”, que combina la orientación finalista con un énfasis en la participación de los procesos de creación del derecho, es un avance evolutivo con respecto al “derecho autónomo”, etapa a la que Weber se refiere como de racionalidad formal. Mediante la identificación de este nuevo tipo de derecho y la explicación de su aparición, Nonet y Selznick hacen una contribución importante a la reconstrucción de la teoría de la evolución legal. Para entender la naturaleza —y los límites— de esta contribución, debemos ver cómo estos autores analizan el proceso de evolución legal. La clave se encuentra en lo que Nonet y Selznick llaman estrategia de “ciencia social” y en la manera en que este enfoque difiere de los enfoques jurisprudenciales y sociológicos del derecho tradicionales.

A. Autonomía del desarrollo legal

Nonet y Selznick consideran una amplia gama de cuestiones jurisprudenciales desde el punto de vista

de la ciencia social moderna (1978: 8; Selznick, 1969: 3; 1968: 50). Su enfoque del derecho es más empírico que analítico; definen el derecho como multidimensional más que unidimensional; utilizan las dimensiones institucionales, políticas y sociales del derecho como variables que dependen del contexto social, y conciben estas dimensiones como aspectos de un sistema de elementos interrelacionados que pueden solamente adquirir un número limitado de configuraciones evolutivas. La teoría del derecho responsivo que resulta va más allá de la teoría del derecho tradicional. El desarrollo legal no se identifica exclusivamente con la aparición sucesiva de normas, principios y conceptos básicos de derecho. Más bien se determina por el juego dinámico de las fuerzas sociales, las limitaciones institucionales, las estructuras organizativas y, por último pero no menos importante, el potencial conceptual.

Este tipo de estrategia de ciencia social evita las falacias del reduccionismo sociológico (ver Luhmann, 1972a; Schelsky, 1980: 77). El derecho para Nonet y Selznick no es ni un epifenómeno que esconde contradicciones económicas más esenciales (ver, e.g. Wagner, 1976) ni se puede reducir, como en algunos de los enfoques positivistas, a un conjunto de decisiones determinado por las relaciones de poder, las estructuras organizativas, los roles profesionales y similares. En lugar de ello, el derecho es una institución social autónoma, cuyos avances dependen de su propia dinámica interna. En pocas palabras, Nonet y Selznick nos ofrecen una teoría de respuestas y limitaciones institucionales dentro del sistema legal cuyo "punto principal es que se puede encontrar una determinada disposición al cambio al observarse que las fuerzas sistemáticas que se ponen en movimiento en una etapa son las fuerzas que producen resultados característicos en otra" (Nonet y Selznick, 1978: 20). Por ejemplo, en la primera de sus tres etapas, el derecho represivo sirve para legitimar el poder, pero esta misma función genera pre-

siones al interior del sistema legal represivo que socavan sus estructuras específicas y conducen a la aparición de un nuevo tipo de derecho, el derecho autónomo. De manera similar, el derecho autónomo desarrolla modos internos de razonamiento y conceptos de participación que rompen con las fronteras del pensamiento formal y generan presiones para la transformación hacia un tipo de derecho más responsivo (1978:51, 71).

Este concepto de una "lógica institucional" del orden legal, central en el enfoque neoevolucionista de Nonet y Selznick, es fuertemente apoyado por sus homólogos europeos. Habermas transforma las versiones "economicistas" de la tesis de base/superestructura en relaciones más abstractas entre "trabajo" e "interacción" social y construye una "lógica del desarrollo" autónoma de las estructuras normativas.⁶ En la teoría de Habermas, la evolución de la conciencia moral y legal sigue su propio modelo autónomo y no puede reducirse a un mero reflejo de la "dinámica del desarrollo" de las estructuras sociales y económicas básicas (1979:130). Una de las principales tesis de Habermas es que la racionalización del "mundo de la vida" en el que el desarrollo legal y moral tiene lugar, no es reductible a aquellos procesos que tienden hacia una creciente complejidad de los "sistemas" económico y político.

Luhmann mantiene la autonomía de la evolución legal al definirla como la interacción al interior del sistema legal entre mecanismos evolutivos distintos. Las estructuras normativas del derecho aportan lo necesario para su variación; sus instituciones procedimentales cumplen con la función de selección; sus abstracciones conceptuales representan los me-

6 Las "estructuras normativas", cuando se habla de Habermas, se refieren no al mundo de las reglas jurídicas, sino al campo de lo que él llama "racionalidad normativa" y que como sabemos tiene que ver con la esfera de legitimación del sistema legal. (Nota del traductor).

canismos de estabilización (1970a). De esta manera, a pesar de las diferencias sustanciales en los modelos presentados por Nonet y Selznick, y Habermas y Luhmann, encontramos una convergencia sorprendente en su visión de la autonomía de la evolución legal.

¿Qué significa formular una teoría del cambio legal desde el punto de vista de la evolución autónoma? ¿Es el desarrollo de la idea de "lógica institucional" dentro del sistema legal, que forma parte central de los tres enfoques que estamos estudiando, un paso adelante en la teoría? Se puede argumentar que poner énfasis en la autonomía del derecho es abandonar una clave interna de la sociología legal como es la dependencia del derecho de factores sociales, y recrear la división tradicional entre teoría legal y ciencia social. Pero este peligro existe sólo si el sistema legal se conceptualiza como un sistema "cerrado", autosuficiente e independiente de los cambios en un entorno social más amplio. En los trabajos que estamos estudiando no lo es. Para el neoevolucionismo, la autonomía legal significa que el derecho cambia reaccionando sólo a sus propios impulsos, porque el orden legal —normas, doctrinas, instituciones, organizaciones— se reproduce a sí mismo.⁷ Pero al hacer eso, el sistema legal no se aisla de su entorno. La idea clave, central en las teorías neoevolucionarias, es la "autorreferencia de las estructuras legales". Esto significa que los cambios externos no son ni ignorados ni directamente reflejados en función de un "esquema de estímulo-respuesta", sino que son selectivamente filtrados por las estructuras legales y adaptados siguiendo una lógica de desarrollo normativo. Incluso las presiones sociales más extremas tienen influencia en el sistema.

7 El concepto de autorreferencia se emplea en biología al igual que en las ciencias sociales con el objeto de identificar un sistema que produce y reproduce por sí mismo todos los elementos que lo constituyen, véase Hejl (1982: 189).

ma legal sólo en la medida en que se configuran primero como "construcciones legales de la realidad social". De esta manera, desarrollos sociales más amplios sirven para "modular" el cambio legal, que obedece a su propia lógica de desarrollo.

El concepto de autorreferencia del sistema legal es un aspecto vital del pensamiento neoevolucionista. Presenta el sistema legal como un sistema "abierto" y "cerrado" a un mismo tiempo. De esta forma, el pensamiento neoevolucionista evita las falacias de las teorías que ven el cambio legal como puramente interno e independiente o exclusivamente como el resultado de acontecimientos externos. Los cambios sociales y legales son, para los neoevolucionistas, procesos relacionados pero distintos. El cambio legal refleja una dinámica interna que es influida, sin embargo, por estímulos externos y a su vez influye en su entorno.

El concepto de estructuras legales autorreferenciales nos permite tomar en cuenta el carácter "diferenciadamente legal" de fenómenos normativos específicos, sin perder al mismo tiempo la perspectiva más amplia de la ciencia social (Trubek, 1977: 540). Sociológicamente, podemos reconocer y analizar las diferencias entre las doctrinas legales y las teorías científicas, entre las construcciones legales de la realidad y las construcciones de la ciencia social, entre las investigaciones de la doctrina legal y las investigaciones empíricas sociológicas, y entre un tipo jurídico específico de racionalidad y la racionalidad de otros subsistemas sociales.

Pero aún más importante es que el concepto de desarrollo legal autoreferencial proporciona las bases para una perspectiva sobre la coevolución legal y social que nos permite entender de forma más completa la crisis actual. Centrándonos en este aspecto, podemos adquirir una nueva percepción de las cuestiones presentadas en el debate sobre la "rematerialización del derecho" y ver cómo una nueva forma de racionalidad puede estar naciendo. Pero para

hacer esto debemos ir más allá del análisis ofrecido por Nonet y Selznick. Debemos ver primero de qué manera su concepto de "derecho responsivo" incorpora de hecho dos tipos distintos de racionalidad legal. Luego tenemos que superar su narrativa puramente interna de la dinámica de la evolución legal.

B. Dos dimensiones del derecho responsivo: racionalidad material versus reflexiva

La descripción del nacimiento del derecho material que hacen Nonet y Selznick es en muchos aspectos similar a las ideas europeas sobre "rematerialización del derecho formal". Sin embargo, han desarrollado un modelo más coherente y sistemático de cambio legal autónomo para mostrar las consecuencias de esa transición. Nonet y Selznick afirman que el formalismo legal está sufriendo una crisis de la que emerge una nueva orientación hacia lo material, es decir, hacia una soberanía de la finalidad. El ascenso de la finalidad transforma estructuras normativas fundamentalmente rígidas en estándares "abiertos" y reglas "orientadas hacia el resultado". La nueva orientación finalista influye sobre los conceptos doctrinales básicos ("obligación y urbanidad"), al igual que las construcciones legales de la realidad social ("paradigma político") (1978: 78, 84, 87, 93). Desde esta aproximación, los métodos clásicos de investigación jurídica necesitan transformarse en métodos de "análisis de política social" que se correspondan a los cambios con las formas de participación jurídica ("pluralismo legal") (1978: 84, 96, 106). Sin embargo, la materialización del derecho responde a cambios en las estructuras institucionales y organizativas totalmente nuevos: exige una "regulación, no adjudicación" que sea llevada a cabo por "organizaciones postburocráticas" no jerárquicas. Las fronteras de estas organizaciones que se encuentran fuera del sistema legal necesitan ser redefinidas con respecto a su entorno social y político. La racionalidad mate-

rial requiere una “integración de los juicios morales y legales y de la participación política y legal” (1978: 104, 108, 110).

Gran parte de lo que Nonet y Selznick nos dicen sobre la transición del derecho autónomo al derecho responsivo se basa en su opinión —compartida por muchos europeos— de que el orden legal ha virado de modos de racionalidad formal a modos de racionalidad materiales (finalistas). Pero hay diferencias fundamentales entre Nonet y Selznick y otros autores que han discutido la “materialización” del derecho, ya que la idea de derecho responsivo de Nonet y Selznick no sólo incluye elementos de racionalidad material, sino que también quedan incluidos en aquella categoría de derecho elementos que parecen estar basados en principios muy diferentes. Al menos dos de los elementos del derecho responsivo, el “diseño institucional” y la “politización del derecho”, obedecen a una forma de racionalidad distinta de otros aspectos del concepto. Aunque los autores subsumen estos elementos bajo el principio de “justicia material”, como concepto opuesto al de “justicia procedural” que reina en el derecho autónomo y al de *“raison d'état”* que domina el de derecho represivo (1978: 16), lo cierto es que en un análisis más detallado podemos percibir una orientación sustancialmente distinta. De hecho, el lugar que el diseño institucional y la politización ocupan en la teoría del derecho responsivo sugieren el nacimiento del germen de un nuevo tipo de racionalidad legal.

Consideremos en primer lugar “el diseño y la diagnosis institucionales” (1978: 111). Aquí la atención legal se centra en crear, conformar, corregir y rediseñar las instituciones sociales que funcionan como sistemas autorregulatorios. Las normas legales deberían producir una “compatibilidad armoniosa” entre estructuras institucionales y estructuras sociales mas que influir las propias estructuras sociales. En lugar de guiar materialmente el comportamiento, estas normas se dirigen hacia la organización, el proce-

dimiento y la competencia. En lugar de asumir la responsabilidad de resultados sociales concretos, el derecho se limita a estructurar mecanismos para la autorregulación, como son la negociación, la descentralización, la planificación y el conflicto organizado. Mientras que la racionalidad material requiere legislar en detalle, el "diseño institucional" se dirige hacia la "concesión de poderes y la facilitación" (1978: 111).

Lo mismo puede decirse acerca de las otras características del derecho responsivo. La politización del derecho, por ejemplo, tal y como sugieren los nuevos modelos de participación política (asistencia letrada gratuita, acciones de clase, representación de intereses colectivos, etc.) (1978: 95), introduce un conjunto diferente de conflictos sociales e integra intereses diferentes dentro del proceso legal. Aun así, lo hace sin imponer resultados concretos, lo que sí requería una racionalidad material.

Lo que todo esto sugiere es que la descripción de Nonet y Selznick de la transformación del derecho autónomo (formalismo legal) incorpora un movimiento de la racionalidad formal hacia dos tipos diferentes de racionalidad legal: la racionalidad "material" de los resultados, por un lado, y la racionalidad "reflexiva" de la estructuración de las instituciones y de la organización de la participación orientadas proceduralmente, por otro. Pero ¿qué representa hablar de estos tres "tipos" de racionalidad (formal, material, reflexiva)?

C. Un modelo neoevolucionista de racionalidad legal

La racionalidad legal es un concepto compacto. Con el fin de definir las racionalidades específicas del derecho formal, material y reflexivo, debemos romper el concepto de racionalidad en dimensiones distintas. Podemos hacerlo usando las dimensiones que Habermas (1976:2) emplea para analizar el derecho

formal moderno y aplicarlas después al derecho material y al derecho reflexivo. Las categorías de Habermas amplian los conceptos weberianos originales, que identifican la racionalidad legal con características internas, como ocurre en el caso de la construcción de categorías conceptuales generales y la sistematización de la doctrina. Para Habermas estas características señalan solamente una dimensión de la racionalidad legal. La racionalidad legal depende de otras dos dimensiones: la racionalidad sistemática y la racionalidad normativa. La racionalidad sistemática hace referencia a las funciones sociales externas del derecho. Designa la capacidad del orden legal de responder a los problemas de control de la sociedad en su conjunto. La racionalidad normativa, en contraste, hace referencia a los principios fundamentales que justifican la forma específica en que las normas legales deberían gobernar las acciones humanas. Por el momento, ignoraremos las conexiones sistemáticas entre estas dimensiones y consideraremos solamente cómo puede usarse este esquema para describir los distintos tipos de derecho moderno y postmoderno. Aplicando este modelo formal a nuestro análisis encontramos las siguientes tres dimensiones:

1. Justificación de la norma ("racionalidad normativa");
2. Funciones externas del derecho ("racionalidad sistemática"); y
3. Estructura interna del derecho ("racionalidad interna").

La *racionalidad formal* del derecho moderno se define por una configuración históricamente específica de estas dimensiones:

1. La justificación del derecho formal reside en sus contribuciones al individualismo y a la autonomía, con lo que depende de la validez continua de esos valores (Kennedy, 1976). La contribución se produce porque el derecho formal se limita a sí mismo a definir esferas abstractas de acción para facili-

tar la búsqueda autónoma de los intereses privados. Al hacer esto, garantiza un marco dentro del cual los juicios de valor materiales se realizan por actores privados. De esta manera, las "formalidades" facilitan la creación de un orden privado. Dichas "formalidades" toman como "premisa la indiferencia del legislador ante la elección última de las partes entre un número de relaciones alternativas" (Kennedy, 1.976: 1.685; cf. Heller, 1979: 187). Los elementos corolarios del derecho formal son: convencionalismo, legalismo y universalismo (Habermas, 1976: cf. Unger, 1976: 204).

2. Mediante esta orientación, el derecho formal cumple funciones sociales externas específicas. El derecho formal desarrolla su propia racionalidad sistemática en la medida en que establece esferas de actividad autónoma y establece límites para la acción de los actores privados. De esta manera contribuye a la movilización y distribución de los recursos naturales, lo que es un elemento consustancial necesario a una economía de mercado desarrollada (Habermas, 1976: 264; 1981: 352).⁸ En otras palabras, la "semántica de la descentralización" que surge de la sistematización de los derechos subjetivos es la forma legal adecuada para la diferenciación funcional de un sistema económico autónomo (Luhmann, 1981a: 80). Al mismo tiempo el derecho formal cumple con funciones legitimadoras: "Un orden legal lógicamente formal parece ser una fuente autónoma y neutral de orientación normativa y esa misma neutralidad y autonomía del derecho constituye una de las bases que utilizan los sistemas políticos en las sociedades capitalistas para legitimar la autoridad" (Trubek, 1977: 540).

3. Es mediante la interacción de estos dos elementos que podemos explicar la estructura interna del de-

8 Este es el núcleo del concepto weberiano de racionalidad formal, cf. Rheinstein (1954: 61).

recho formal. Internamente el derecho es formalmente racional en la medida en que está estructurado de acuerdo con criterios de conceptualidad analítica, rigurosidad deductiva y razonamiento orientado a lo normativo (Habermas, 1976: 263; 1981: 348). Una orientación hacia lo normativo altamente desarrollada tiene como resultado normas cuyas consecuencias legales dependen de definiciones precisas de situaciones fácticas. La profesionalización es otro elemento adicional: los expertos legales son los amos de un cuerpo de conocimiento esotérico y se les ha enseñado a aplicarlo de una forma universalista (Friedman, 1973: 14; Trubek: 1972).

La tricotomía de norma, función externa y estructura interna puede ser aplicada también a la racionalidad material y reflexiva. La *racionalidad material* emerge durante el desarrollo de una legislación estatal cada vez más abundante. Está comúnmente asociada con el crecimiento del Estado de bienestar y con la intervención estatal en las estructuras de los mercados (Assman, *et al.*, 1980; Eder, 1978; Heydebrand, 1982, Voigt, 1980). Durante esta evolución el derecho pierde sus características formales en las tres dimensiones:

1. En su “racionalidad normativa”, el derecho material cambia su orientación de la autonomía a la regulación. La justificación del derecho material se encuentra en la necesidad sentida de una regulación colectiva de las actividades sociales y económicas para compensar la inadecuación del mercado. En lugar de delimitar esferas para la acción autónoma privada, el derecho regula directamente el comportamiento social mediante la definición de preceptos materiales. Al hacerlo, el derecho se orienta cada vez más hacia roles y posiciones sociales (Rehbinder, 1967).

2. Los cambios en la “racionalidad” normativa se ven acompañados de un cambio en las funciones que cumple el derecho. El derecho material demuestra su “racionalidad sistémica” mediante la contri-

bución que presta a la intervención política del Estado de bienestar intervencionista. Según el sistema político va asumiendo responsabilidad por la definición de fines, seleccionando instrumentos normativos, prescribiendo acciones concretas y poniendo en práctica programas, el derecho material adquiere una importancia creciente. Es el instrumento principal por medio del cual el Estado modifica los modelos de comportamiento definidos por el mercado y las estructuras de comportamiento.

3. En tanto el derecho material asume esta nueva función y desarrolla una justificación para la intervención legislativa, sus estructuras internas cambian de manera que la orientación hacia la norma, dominante en el derecho formal, se complementa con una orientación finalista creciente. El derecho material se ejecuta mediante programas finalistas y es puesto en práctica mediante legislación, estándares y principios. Esta tendencia hacia el derecho finalista tiene graves consecuencias para la construcción conceptual de sistemas legales doctrinales. Hoy en día hay una importante discusión sobre en qué medida la teoría legal y la práctica legal son capaces de tratar con las consecuencias cognitivas del consecuencialismo.⁹

La *racionalidad reflexiva* surge tan sólo recientemente al producirse la crisis del Estado de bienestar. Es todavía una alternativa poco desarrollada y no totalmente definida a las tendencias regresivas de reformalización del derecho material. Comparte con el derecho material la noción de que la intervención concreta en los procesos sociales está dentro del dominio del derecho, pero renuncia a asumir plena responsabilidad por los resultados materiales:

1. La justificación del derecho reflexivo no se en-

9 Para un análisis profundo de las implicaciones del consecuencialismo para el derecho finalista, véase Luhmann (1976: 31).

cuenta ni en la perfección de la autonomía ni en la regulación colectiva del comportamiento. En lugar de ello, se justifica por lo aconsejable de coordinar recursivamente formas determinadas de cooperación social. En esta "racionalidad normativa", el derecho reflexivo se asemeja a los conceptos liberales y neoliberales sobre el papel del derecho. En la medida en la que apoya la autonomía social, confía en los mecanismos de la mano invisible. Pero el derecho reflexivo no se limita solamente a adaptarse o apoyar los "órdenes sociales naturales". Muy al contrario, busca una "autonomía regulada". Busca diseñar sistemas sociales que se autorregulen a través de normas de organización y procedimiento. El derecho reflexivo, a diferencia del derecho formal, no acepta derechos subjetivos "naturales". En lugar de ello, intenta guiar la acción del hombre rediseñando y redistribuyendo los derechos de propiedad.

2. Las funciones sociales externas del derecho reflexivo son diferentes de las del derecho material. El papel del derecho reflexivo es estructurar y reestructurar los sistemas sociales semiautónomos (Galanter, 1980: 21), modelando tanto sus procedimientos de discurso interno como sus métodos de coordinación con otros sistemas sociales. De esta manera, el derecho reflexivo nos muestra elementos de "racionalidad sistémica" en tanto que nos facilita procesos integradores dentro de una sociedad funcionalmente diferenciada (Willke, 1981). Lo que es importante es que facilitar los procesos integradores no significa, para el derecho reflexivo, prescribir autoritariamente formas y medios de integración social. Significa crear las premisas estructurales para una integración descentralizada de la sociedad al promover mecanismos integradores al interior de subsistemas sociales autónomos.

3. La "racionalidad interna" del derecho reflexivo no está representada ni por un sistema de reglas formales definido con precisión ni por la inyección de una orientación finalista a través de estándares

materiales. En lugar de ello, el derecho reflexivo tiene a confiar en normas procedimentales que regulan los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias. Las nuevas características de orientación procedural que tiene el derecho reflexivo pueden ser observadas en distintos campos legales como una alternativa incipiente tanto a la racionalidad formal como a la material.¹⁰ Bajo un régimen de derecho reflexivo, el control legal de la acción social es indirecto y abstracto, porque el sistema legal sólo determina la organización y las premisas procedimentales de la acción futura (Luhmann, 1970a: 92, 72).

La tabla 1 (pág. 108), resume las características básicas del derecho formal, material y reflexivo que he delineado más arriba. Para apreciar mejor lo que estas características significan, consideremos un caso concreto. Tomemos el derecho de contratos, por ejemplo. Cuando se discute la existencia o no de una obligación contractual, el derecho formal comprueba exclusivamente si ciertas condiciones formales, generales y objetivas se cumplen; por ejemplo, si hubo o no "acuerdo de voluntades". El derecho formal es indiferente a los efectos sociales que las partes contratantes puedan crear. El derecho material, por otro lado, se preocupa por los resultados y se caracteriza por una intervención directa de los legisladores y de los tribunales a la hora de fijar y alterar los términos de un contrato. El derecho reflexivo se aproxima a la relación contractual de una manera muy distinta.

10 Para el derecho de sociedades y del trabajo alemán, ver el análisis de Wiethölter (1982), en el que distingue tres fases en el cambio legal moderno: formalización, materialización, procedimentalización; cf. también Brüggemeier (1980: 60), Ladeur (1982: 74); Winter (1982: 9). Para ejemplos de procesos paralelos en el derecho de contratos, cf. Schmidt (1980: 153, 155) y en el derecho de los consumidores, Joerges (1981). Para una interpretación similar del derecho constitucional americano, cf. Ely (1980).

Tabla 1. Tipos y dimensiones de la racionalidad legal moderna

TIPOS			
DIMENSIONES	FORMAL	MATERIAL	REFLEXIVO
Justificación del Derecho	La perfección del individualismo y la autonomía: establecimiento de esferas para la actividad de los actores privados.	La regulación colectiva de la actividad social y económica y la compensación de las insuficiencias del mercado.	Controla la autoregulación: la coordinación de formas determinadas recursivamente de cooperación social.
Funciones externas del Derecho	Premisas estructurales para la movilización y distribución de recursos en una sociedad de mercado desarrollada y para la legitimación del sistema político.	La modificación instrumental de modelos determinados por el mercado y de las estructuras de comportamiento.	Estructura y reestructura los sistemas en su discurso interno y su coordinación externa.
Estructuras internas del Derecho	Orientación normativa: reglas construidas conceptualmente aplicadas a través de lógica deductiva.	Orientación finalista: programas finalistas de acción llevados a cabo a través de legislación, estándares y principios.	Orientación procedural: estructuras orientadas relationalmente y procesos de decisión.

Busca estructurar las relaciones de intercambio de manera que se iguale el poder de negociación e intenta sujetar a las partes contratantes a mecanismos de "responsabilidad pública" que están concebidos para asegurar que los procesos de negociación tomarán en cuenta los distintos factores externos. Sin embargo, dentro de los límites en los que el campo ha sido estructurado de esa manera, las partes son libres para concluir cualquier tipo de intercambio como deseen. El derecho reflexivo tiene influencia en la calidad de los resultados sin determinar los acuerdos que se puedan alcanzar. A diferencia del derecho formal, no toma las distribuciones existentes como dadas. A diferencia del derecho material, no mantiene que ciertos resultados contractuales sean deseables.¹¹

11 Otro ejemplo de "solución" de derecho reflexivo a la inadecuación del derecho formal y del derecho material es la idea de "descentralización externa" que aparece en los trabajos europeos como una alternativa a las "soluciones" neoconservadoras de deslegalización, reformalización y privatización (Gothold, 1982;

Como ya he señalado, el concepto de Nonet y Selznick de derecho responsivo incluye elementos de racionalidad material y reflexiva a un mismo tiempo. No distingue, sin embargo, suficientemente entre ellos. La distinción entre los dos elementos es importante porque la racionalidad legal reflexiva requiere estructuras legales institucionales, modelos cognitivos de la realidad y características normativas muy diferentes de su contraparte material. Aún más, sólo distinguiendo entre los dos elementos podemos valorar en qué medida el potencial del derecho responsivo puede llevarse a cabo. Ello es porque la atención central que prestan Nonet y Selznick a la evolución legal interna, que es el mayor avance teórico de su estrategia concreta de ciencia social, puede distraer la atención de la interacción sistemática entre los procesos evolutivos sociales y legales. Sin embargo, los cambios sociales fuera del sistema legal limitan drásticamente el potencial del derecho material mientras que favorecen sistemáticamente el tipo reflexivo de racionalidad legal. Trasladando esta tesis al marco conceptual de Selznick: es la racionalidad reflexiva más que la material la que representa la "buena disposición conceptual" del derecho responsivo para aprovecharse de las "estructuras de oportunidad" que emergen en la sociedad postmoderna (Selznick, 1968: 50, 55, 57; 1969: 243).

Lehner, 1979: 1978). La descentralización externa induce a la delegación de "tareas públicas" a instituciones privadas o semipúblicas con ciertas condiciones que aseguren que la responsabilidad política prevalece. El derecho, por ejemplo, al autorizar una asociación local cuya finalidad es la realización de una determinada tarea, puede obligar a que se respeten ciertos derechos de participación o procedimientos decisarios. El Estado también vigila el comportamiento de esas organizaciones y está preparado para intervenir siguiendo acuerdos institucionales, en el caso de que no se alcance el grado deseado de responsabilidad social por parte de las instituciones.

III. "PRINCIPIOS ORGANIZATIVOS" Y "COMPLEJIDAD SOCIAL ADECUADA": COVARIACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS LEGALES Y SOCIALES

A. ¿Derecho sin sociedad?

Nos centraremos ahora en la relación entre las estructuras sociales y legales en el proceso evolutivo. Nuestro objetivo es entender las relaciones entre los cambios en el derecho y los cambios en la sociedad. Una teoría "evolucionista" o "desarrollista" no puede meramente afirmar que ciertos tipos de derecho covarien con las características de la organización social, económica y política. Debe también tener en cuenta las relaciones entre estructuras legales y sociales y ayudarnos a entender cómo ocurren las transformaciones.

Comencemos por el modelo desarrollado por Nonet y Selznick. Su análisis del proceso de cambio legal asigna un papel central a la "dinámica interna" del sistema legal. Los cambios que ocurren *dentro* del derecho ponen en movimiento fuerzas que, por ellas mismas, alteran las configuraciones características del derecho (1978: 20). Por ejemplo, el universalismo en el pensamiento legal —una característica fundamental del derecho autónomo— nos conduce inevitablemente a modos de razonamiento finalista. Esta evolución, a su vez, nos trae cambios en la naturaleza de la obligación legal y en los modos de defensa legal (1978: 78).

El modelo de Nonet y Selznick, sin embargo, no pasa totalmente por alto el papel de las fuerzas sociales externas. Expresamente reconocen que estos factores representan un papel en el desarrollo legal (1978: 21, 23, 16), pero el lugar que su teoría evolucionista les otorga es marginal. El entorno se ve no como algo que *produce* cambios en el derecho, sino como algo que *bloquea* o facilita la realización de aquellos potenciales de desarrollo generados por la dinámica interna del derecho. Estructuras sociales

más amplias promueven o impiden la "actualización" del potencial legal, determinando la estabilidad de una etapa en la evolución y la probabilidad del progreso y la regresión (1978: 18, 23, 116). Pero es desde su dinámica interna que el sistema legal obtiene su potencial de desarrollo que se define exclusivamente por el modelo que el sistema tiene de crecimiento y decadencia. A este respecto parecería que tuviéramos un derecho sin sociedad.

El papel limitado que Nonet y Selznick asignan a los factores sociales externos es, en mi opinión, inadecuado. Para combinar su noción de autonomía legal con una explicación satisfactoria de las interrelaciones entre la evolución legal autónoma y un más amplio desarrollo social, se requiere un modelo en el que el derecho y la sociedad sean tratados como aspectos separados y al mismo tiempo interdependientes de un sistema global. Debemos, en otras palabras, construir un modelo de covariación legal y social.

Adicionalmente, un modelo adecuado debe contener una teoría sobre las "crisis" en la evolución, puesto que las nociones de "crisis de la evolución" son centrales en la teoría evolucionista. De nuevo aquí Nonet y Selznick nos proporcionan un principio prometedor, pero su modelo requiere elaboración adicional. Cuando señalan la existencia de crisis internas específicas en el derecho represivo y en el derecho autónomo, parecen presentar dos ideas bastante diferentes. Por un lado, hay una idea de que las crisis del derecho derivan de la incapacidad del derecho para responder a la necesidad de "integración sistémica" en el sentido de que la estructura legal no proporciona los recursos conceptuales y prácticos necesarios para el mantenimiento del sistema social global (Habermas, 1975: 1). El énfasis de los autores en "la mayor capacidad para solucionar problemas", en "la economía de poder" y en la "precariedad del derecho responsivo" (Nonet y Selznick, 1978: 24, 22, 115) encaja bien en semejante perspectiva funcionalista de

la teoría de sistemas. Por otro lado, encontramos la idea de que los problemas del derecho represivo y el derecho autónomo pueden diagnosticarse como crisis de legitimación. Los problemas aquí conciernen a los conceptos de "integración social", identidad social y la disolución de las normas sociales (Habermas, 1975). Tal vez Nonet y Selznick estén negándose deliberadamente a realizar una separación tajante entre integración social e integración sistémica. Su concepto de crisis contiene elementos compatibles con ambos. Pero puesto que no podemos hacer equivalentes la integración social con la integración sistémica, necesitamos aclarar la relación entre las *crisis de racionalidad*, que conciernen a la capacidad del derecho para la "ingeniería social", y las *crisis de legitimación*, que involucran identidad social y normas sociales.

Reconsideremos la crisis de la racionalidad legal formal: ¿surge de una deficiencia de los mecanismos de control abstractos, generales y formales o de la incapacidad del formalismo legal para tomar en cuenta cuestiones de justicia material (Habermas, 1979: 184)? La forma en la que se conteste esta pregunta tiene consecuencias importantes para el concepto de derecho responsivo. Los retos a los que el derecho responsivo se enfrenta pueden analizarse en función de una crisis de legitimación "interna", una crisis de racionalidad "externa" o una combinación de las dos.

He intentado hasta aquí destacar lo prometedor del enfoque de Nonet y Selznick y mostrar las áreas específicas en las que su modelo es deficiente. Mi tesis básica es que cambiando el punto central del relato de una teoría de crecimiento legal interno a una teoría de covariación sociolegal (e.g., Tugendhat, 1980), puede ser posible perseguir los fines clásicos de un análisis sociolegal comprensivo sin sacrificar la perspectiva adquirida sobre la "dinámica interna" de la evolución legal que Nonet y Selznick nos han dado.

Un buen lugar para comenzar nuestra discusión sobre la covariación de las estructuras sociales y legales son los trabajos de Habermas y Luhmann.

Tanto Habermas como Luhmann reconocen la naturaleza autónoma del desarrollo de las normas y examinan sistemáticamente las relaciones entre el derecho y su contexto social.

B. Habermas: "principios organizativos" de la sociedad

Habermas defiende que las teorías post-darwinianas de la evolución social que confían en la interrelación de mecanismos evolutivos (variación, selección, estabilización) no pueden explicar las características de las etapas sociales de la evolución ni el potencial de aprendizaje de la experiencia histórica, que pueden sólo analizarse desde el punto de vista de la "conciencia social" (Habermas, 1976a: 226). Con el objeto de identificar la "lógica evolutiva" autónoma de las estructuras normativas (conciencia social y moral), Habermas toma modelos del desarrollo moral individual dentro de la tradición de Piaget-Kohlberg. Los "principios organizativos sociales" resultantes forman secuencias lógicas de "totalidades estructuradas" caracterizadas mediante los rasgos comunes de irreversibilidad, jerarquía estructurada y direccionalidad (Habermas, 1979: 98).

En la teoría evolutiva de Habermas, estos principios organizativos sociales, muy abstractos y que incluyen las instituciones legales (Habermas, 1976c: 266), designan el "nivel de aprendizaje" (*niveau*) de una determinada sociedad (Habermas, 1971: 270, 1979: 130). El nivel de aprendizaje impone límites a la variación de lo que es posible con respecto a los tipos de integración social (identidad social, consenso acerca de valores) y también con respecto al sistema de integración (la capacidad de control de una sociedad).

Aparecen principios organizativos como el resultado de un proceso de aprendizaje doble que puede explicarse, según Habermas, mediante la combina-

ción de dos modelos. Estos principios son formas de regularidades sociales que permiten a una sociedad manejar sus problemas característicos. Como tales, su capacidad para tratar con los problemas sociales se puede medir en términos funcionales. Pero en situaciones de crisis se necesita otro modelo de análisis que Habermas llama de "reconstrucción racional". Las crisis ocurren, según Habermas, cuando los desarrollos en la esfera social hacen que los principios organizativos que gobiernan la sociedad sean inadecuados para satisfacer las necesidades sistémicas. En semejantes situaciones, nuevas formas de aprendizaje social emergen en la esfera cultural a través de procesos internos que *no* obedecen a la lógica funcional. Estos desarrollos conducen a una evolución normativa que obedece a su propia "lógica evolutiva" específica, análogamente a la lógica de la evolución moral que identifican Piaget y Kohlberg. Esta lógica evolutiva sólo puede interpretarse mediante la "reconstrucción racional" (Habermas 1979a: 98):

Estas regularidades estructurales dibujan una *lógica evolutiva* inherente a las tradiciones culturales y al cambio institucional. Dicha lógica no nos dice nada sobre los *mecanismos* del desarrollo. Lo único sobre lo que nos habla es sobre el rango de variaciones dentro de las cuales los valores culturales, las representaciones morales, las normas y similares —en un cierto nivel de organización social— pueden ser cambiadas y pueden encontrar distintas expresiones históricas. En su *dinámica* evolutiva, el cambio de las estructuras normativas es dependiente, por una parte, de los retos evolutivos que plantean los problemas no resueltos y económicamente condicionados y, de otra, de los procesos de aprendizaje que son la respuesta a los mismos.

La interacción entre la lógica y la dinámica del desarrollo de las normas puede verse en la siguiente explicación secuencial:

Estado inicial: el principio organizativo de un periodo histórico dado tiene la capacidad necesaria para solucionar los problemas de integración social y sistemática. Por ejemplo: las estructuras políticas de clase de la sociedad feudal medieval fueron por lo general adecuadas para la producción agraria y el artesanado urbano.

Retos evolutivos: los cambios en las estructuras sociales crean problemas sistemáticos que sobrepasan las capacidades de aprendizaje y cognitivas de la sociedad en la medida en que ésta se encuentre aún limitada por los principios organizativos existentes. Ejemplo: aparecen problemas económicos (economía monetarista y comercio internacional) que no pueden tratarse dentro del marco de los principios organizativos alrededor de los cuales se estructuraba la política en la Edad Media.

Experimentación: el potencial cognitivo que se ha desarrollado autónomamente en la esfera cultural de acuerdo con su lógica interna se usa por la organización social de una manera experimental. De esta forma, conceptos normativos son institucionalizados como modelos para una acción estratégica. Ejemplo: las ideas sobre el mercado y la organización burocrática racional aparecen y se ponen en práctica provisionalmente.

Estabilización: si tiene éxito, el nuevo principio organizativo se institucionaliza en toda la sociedad y se incorpora a las estructuras legales fundamentales. Ejemplo: surge una relación entre la economía, el poder impositivo del Estado y la administración moderna y se crean sistemas complementarios de contratos, propiedad, impuestos y de derecho administrativo.

Lo que hace útil para nuestros propósitos este concepto de "principio organizativo" es que se centra en la relación entre estructuras legales y sociales. Las estructuras legales fundamentales, que se piensa que incorporan principios organizativos a un nivel institucional, se analizan en función de una

interacción entre estructuras normativas y estructuras sociales más amplias. Este modelo es consistente con la noción de Nonet y Selznick de desarrollo legal autónomo, puesto que asume que las estructuras normativas se desarrollan de conformidad con una lógica evolutiva autónoma que puede ser analizada mediante una reconstrucción racional. Añade a la teoría de estos la idea de un modelo de entorno/sistema que puede mostrarnos la influencia de la dinámica de la evolución social. El resultado es un modelo más general de covariación sociolegal que nos explica "que en la evolución social sólo se pueden establecer niveles más altos de integración en la medida en la que surjan instituciones legales en las que una conciencia moral de los, [niveles evolutivos más altos] quede incorporada" (Habermas, 1981: 261). A este respecto Habermas ha encontrado una solución al problema que consideramos no resuelto en la teoría de Nonet y Selznick. La combinación de dos modelos analíticos distintos le permite estudiar el desarrollo legal tanto en cuanto a la autonomía legal como a la dependencia social.

Gracias a esta combinación podemos obtener el concepto tridimensional de racionalidad legal que hemos usado en nuestra definición preliminar de derecho reflexivo (ver sección II). Ahora somos capaces de entender de una manera más completa las bases para la distinción entre las dimensiones normativa, social y cognitiva de la racionalidad legal que hemos presentado aquí. La idea de Habermas de "reconstrucción racional" lleva a un concepto de "racionalidad normativa" el cual determina las normas y los valores posibles dentro de un concreto orden legal y moral. Su "modelo sistema/entorno" o modelo funcionalista complementa esta perspectiva interna con un concepto de "racionalidad sistémica" por el que se determina la capacidad del orden legal para responder a los problemas de control social. Finalmente, la racionalidad de la norma junto con la ra-

cionalidad del sistema determinan las limitaciones en las estructuras organizativas, procedimentales y conceptuales del sistema legal, definiendo de esta manera la "racionalidad interna" de los conceptos legales.

C. Luhmann: "complejidad social adecuada"

La pregunta de cómo principios organizativos sociales se "traducen" en estructuras legales queda más o menos abierta en la teoría de Habermas. Habermas nos dice que esperemos encontrar covariación entre principios organizativos legales y sociales, pero no nos dice cómo se produce este paralelismo. El concepto de Luhmann de "complejidad social adecuada" del sistema legal puede ser de ayuda en este punto.

Al rechazar los conceptos claves del evolucionismo clásico, en particular los conceptos de unilinealidad, necesidad y progreso, Luhmann (1970a, 1972a:1, 132; 1975a:150; 1980; 1982) desarrolla una versión minimalista del modelo evolucionista. La dinámica de la evolución deriva inicialmente de una diferencia fundamental en complejidad entre sistema y entorno (Luhmann, 1972a: 136):

La evolución presupone [...] una sobreproducción de posibilidades a la luz de las cuales los sistemas pueden ser mantenidos selectivamente mediante estructuras y hace probables, con estas premisas, los que serían improbables sistemas de orden de otra forma. El impulso y la regulación de la evolución es la diferencia de complejidad entre el sistema y el entorno.

La diferencia de complejidad entre un sistema social y su entorno produce cambios en el sistema social. La adaptación de un sistema social requiere el desarrollo de mecanismos evolutivos específicos para la variación, selección y estabilización (Luhmann, 1975a:150). En el caso de un sistema legal (Luhmann, 1972a: 140) dice:

La principal fuente de sobreproducción de posibilidades es la normativa, i.e., la dimensión temporal. El mecanismo de institucionalización sirve como un factor de selección que elige entre las nuevas expectativas aquellas cuyo consenso por terceras partes puede presumirse. La estabilización se alcanza mediante la definición lingüística de un significado transferible que puede elaborarse y preservarse dentro de la estructura conceptual del derecho.

La evolución sociolegal, en el relato de Luhmann, se caracteriza por la interacción entre los mecanismos evolutivos "endógenos" del sistema legal y la evolución "exógena" de la sociedad en su conjunto (Luhmann, 1972a: 132; 1970a: 7). El derecho, siguiendo su lógica evolutiva interna, tiene que adaptarse a niveles específicos de diferenciación social.

Luhmann identifica tres principios organizativos que han dominado la sociedad en períodos históricos diferentes: la segmentación, la estratificación y la diferenciación funcional. Cada uno de ellos crea configuraciones particulares del sistema legal y cada uno de ellos puede conducir a "cuellos de botella" específicos en la evolución legal (Luhmann, 1970a: 16).

En las sociedades segmentadas, que se caracterizan por la "pobreza de alternativas", el "derecho arcaico" se enfrenta al problema de proporcionar la variedad adecuada de estructuras normativas. Las sociedades estratificadas, organizadas sobre una base jerárquica, han solucionado este problema produciendo una gran variedad de normas, el resultado de una elevada cultura premoderna. Pero los procedimientos a través de los cuales se producen las decisiones siguen siendo problemáticos. Finalmente, en las sociedades funcionalmente diferenciadas hay una sobreproducción masiva de normas, y el correspondiente "derecho positivo" se caracteriza por mecanismos de selección complejos (entre los cuales la legislación es preeminente), pero los mecanismos de estabilización del derecho se encuentran

aún vinculados a conceptos doctrinales tradicionales. Debido a la situación de la doctrina legal, que se mantiene subdesarrollada en sociedades funcionalmente diferenciadas, surge una crisis del derecho positivo (Luhmann, 1973: 130, 142; 1974: 49). El carácter normativo rígido del derecho positivo moderno dificulta la aparición de un derecho "que pueda aprender" y que sea adecuado socialmente. Lo que falta, según Luhmann, es un "sistema conceptual orientado hacia la política social que permita comparar las consecuencias de diferentes soluciones a los mismos problemas, acumular experiencia crítica, comparar experiencias de distintos campos, en una palabra: aprender" (Luhmann, 1970a: 19).

D. Reinterpretación de las etapas de la evolución legal

Ahora, habiendo descrito brevemente lo que Habermas entiende por "congruencia de los principios organizativos" y lo que Luhmann entiende por "complejidad social adecuada", debemos integrar estos conceptos con el de "dinámica interna" de los sistemas legales, elaborado por Nonet y Selznick, y determinar las consecuencias para cada etapa evolutiva del derecho. Ya que nuestra preocupación principal es la racionalidad legal moderna, trataremos el derecho "represivo" y el "autónomo" sólo brevemente.

En la teoría de Nonet y Selznick, el estado inicial de la evolución legal es el "derecho represivo": un orden legal cuya función principal es proporcionar legitimación al orden político naciente (1978: 29). Tanto para Habermas como para Luhmann, "el derecho represivo" representaría un tipo considerablemente moderno de orden legal, reflejando los principios organizativos sociales de una "sociedad política" avanzada (Habermas, 1979d: 161; Luhmann, 1972a: 166). Lo que nos sugiere que la tipología de Nonet y Selznick debe ser ampliada mediante la introducción de un

tipo premoderno de orden legal, el "derecho arcaico" (Luhmann, 1972a: 166), cuyas características no pueden ser subsumidas en el derecho represivo, autónomo o responsivo. El derecho arcaico, a diferencia del derecho represivo, refleja los principios organizativos de las sociedades segmentadas. Estas sociedades se caracterizan por el predominio de relaciones de clan y no tienen estructuras estatales como tales (Luhmann, 1972a: 145; cf. Habermas, 1976b: 97). La venganza y la reciprocidad son los principios fundamentales del derecho arcaico, que desarrolla principalmente normas concretas y rígidas a través de formas de derecho sagrado, usa formas rituales de procedimiento y pone énfasis en las funciones expresivas más que en las instrumentales (Luhmann, 1972a: 154). El derecho arcaico puede ser transformado en "derecho represivo" sólo si aparecen problemas en el sistema que sobrepasan la capacidad de control de los principios organizativos del clan y conducen al desarrollo de una organización política o estado distinguibles (Habermas, 1979d: 162).

Con la aparición de un nuevo principio organizativo social (Luhmann: "estratificación", 1982: 229; Habermas: "dominación de clase política", 1979d) aparece la necesidad de que la estructura legal cambie su carácter. Nonet y Selznick analizan en detalle las conexiones íntimas entre la construcción de sistemas de poder político y la aparición del "derecho represivo" (1978:29). Su visión corresponde a la visión de Luhmann de "derecho altamente cultural", cuya estructura refleja la supremacía del orden político en sociedades estratificadas y la correspondiente forma jerárquica de dominación (1972a: 166). En esta transición, la complejidad legal adecuada, según el análisis de Luhmann, se alcanza mediante la institucionalización de procedimientos judiciales que puedan ser capaces de gestionar el nivel mucho mayor de conflicto social que se da en las sociedades estratificadas (1972a: 171). El análisis de Habermas del principio orga-

nizativo de las sociedades estratificadas se centra en el tipo específico de integración social que se hace posible bajo la "dominación política de clase". A través de la institucionalización de procedimientos judiciales, una moralidad convencional que se basa en la idea de que el comportamiento debe seguir normas preexistentes puede reemplazar a su predecesora preconvencional (1979d: 161):

Nos encontramos en ese caso cuando el juez, en lugar de estar vinculado como un mero árbitro a las constelaciones contingentes de poder de las partes involucradas, puede juzgar de acuerdo con normas legales reconocidas intersubjetivamente y consagradas por la tradición, o cuando el juez toma en cuenta la intención del agente y también las consecuencias concretas de la acción, y también cuando ya no se guía más por las ideas de retribución del daño causado y la restauración del *status quo* anterior, sino que castiga la violación culpable por una de las partes de una regla.

El derecho que aparece en sociedades estratificadas, el que Nonet y Selznick llaman derecho represivo, experimentará a medida que cambian la sociedad y el derecho tanto una "crisis de legitimación" interna (Nonet y Selznick, 1978: 51) como una "crisis sistémica" externa (Habermas, 1976a: 242; Luhmann, 1972a: 190), cada una de las cuales contribuye al desarrollo de un tipo más "autónomo" de derecho.

El "derecho autónomo", como Nonet y Selznick lo definen, reúne los requisitos weberianos de la racionalidad legal formal: la separación del derecho de la política, la profesionalización del derecho, la orientación estrictamente normativa, la universalidad y precisión, el "razonamiento artificial" y la justicia procedural (1978: 53; Rheinstein, 1954: 61, 301; Schluchter, 1981: 89). "El derecho autónomo" también parece obedecer a una "racionalidad sistémica" y también a una "racionalidad normativa" específicas (Habermas, 1976a: 262). Su contractualismo,

legalismo y formalismo le permiten contribuir a la movilización y localización de los recursos naturales, un imperativo normativo en una sociedad de mercado desarrollada. Al mismo tiempo, en sus elementos universalistas, el derecho comienza a institucionalizar una racionalidad normativa postconvencional. Las normas deben justificarse razonalmente mediante principios universales.¹² Para explicar la crisis de este tipo moderno de derecho, se necesita relacionar su dinámica interna, que produce presión para lograr una mayor adecuación del derecho a las exigencias sociales (Nonet y Selznick, 1978: 70), con la inadecuación de la complejidad legal (Luhmann, 1972a: 190) y también con la aparición de la crisis del principio organizativo dominante (Habermas, 1976a: 242).

Esta reformulación aproximada que hemos intentado del derecho "represivo" y "autónomo" introduce el valor explicativo de la síntesis que proponemos. Para combinar la "congruencia de los principios organizativos" y la "complejidad social adecuada" con la teoría del "derecho y la sociedad en transición", se requiere una modificación considerable de este último modelo. Además de añadir el "derecho arcaico", necesitamos revisar las ideas de derecho "represivo" y "autónomo" en cuanto a sus funciones externas y a su estructura interna así como en sus tendencias inherentes de crisis. La riqueza aumentada del modelo resultante debería ser obvia, pero tenemos aún que mostrar cómo esta síntesis mejora nuestra comprensión del "derecho responsivo".

12 Desde la perspectiva de Luhmann, pareciera que el "derecho autónomo" desarrollase la complejidad adecuada en relación con el principio de diferenciación funcional debido en gran parte al fenómeno de "positividad" y a la separación de los procedimientos legislativos y judiciales (Luhmann, 1970b: 176; 1972a: 190).

IV. "DERECHO REFLEXIVO": UN NUEVO PROCEDIMENTALISMO

Con el objeto de mostrar cómo esta síntesis mejora nuestra comprensión del derecho responsivo, debemos en primer lugar enfrentarnos al problema de cómo puede darse la integración normativa en la sociedad moderna, dada la ubicuidad de los conflictos desintegradores de las diferentes rationalidades de subsistemas sociales altamente diferenciados (cf. Habermas, 1975; Luhmann, 1982). Los esfuerzos de Habermas y Luhmann para tratar este problema en el contexto de la evolución legal pueden ser interpretados de manera que se complementen el uno con el otro. Por una parte, la descripción de Habermas de la tendencia del capitalismo organizado hacia la crisis encaja en el marco general de la teoría de sistemas que describe los conflictos inherentes entre las distintas rationalidades de los subsistemas político, económico y cultural. Por otra parte, se puede considerar que los mecanismos integradores que propone Luhmann para las sociedades altamente diferenciadas representan un papel en la teoría de Habermas: encarnan los mecanismos de integración sistemática que, según la descripción de Habermas, necesitan ser completados mediante mecanismos de integración social (Habermas, 1975: 113). De esta forma, el análisis de Habermas y de Luhmann sugiere que las ideas extraídas tanto de la teoría crítica como del neofuncionalismo, pueden ser usadas para comprobar las posibilidades de realización del derecho responsivo.

A. Racionalidad legal material y la crisis del Estado intervencionista

Habermas (1975) ha desarrollado una teoría de los problemas de legitimación dentro del capitalismo organizado que puede ser sistemáticamente ligada al concepto de derecho responsivo. La teoría defiende

que el capitalismo organizado se caracteriza por una serie de crisis sucesivas que afectan alternativamente a los diferentes subsistemas sociales. Aquellas que tienen un origen económico son resueltas parcialmente mediante la intervención estatal, pero esto conduce a una crisis dentro del sistema político. Los problemas de legitimación política que surgen conducen, a su vez, a una politización de los sistemas culturales con la consecuente crisis cultural que sólo puede resolverse mediante cambios fundamentales en las estructuras normativas (Habermas, 1975: 33). Dentro de este marco, la crisis de la racionalidad legal formal se encuentra íntimamente conectada con un fenómeno externo: la aparición del intervencionismo estatal moderno. La racionalidad sistémica del "derecho autónomo" de Nonet y Selznick, un resultado de la interacción entre la economía de mercado, un sistema legal privado y formal, la tributación al Estado y la administración burocrática, se ve socavada a medida que el sistema político asume cada vez más las responsabilidades de corregir las deficiencias del mercado, la política económica global y las políticas sociales compensatorias (Habermas, 1975: 33). La "rematerialización" del derecho formal es la culminación de esa evolución en la esfera legal. El derecho desarrolla una racionalidad material caracterizada por el particularismo, la orientación hacia los resultados, un enfoque de política social instrumentalista y una legalización en aumento en lo que anteriormente eran procesos sociales autónomos (Brüggermeier, 1980: 32, 71; Eder, 1978; Unger, 1976: 192; Voigt: 1980).

El análisis de Habermas acerca del cambio de papel del Estado en el capitalismo nos ayuda a entender las fuerzas que hacen surgir la "rematerialización del derecho" y que contribuyen al ascenso de la racionalidad material en el derecho. Sin embargo, la tendencia hacia un derecho material no es necesariamente estable, ni hay seguridad en que el programa de la racionalidad legal material puede llevarse a cabo. Y ello porque, según Habermas, la tendencia hacia el

derecho material encuentra límites importantes que hacen poco probable que el derecho llegue a ser totalmente finalista. Estos límites aparecen como consecuencia de tres crisis interrelacionadas que limitan drásticamente el potencial de la racionalidad material político-legal (1975: 50).

En primer lugar, el programa de intervencionismo estatal encuentra lo que Habermas llama una "crisis de racionalidad" que tiene como causas la complejidad de los procesos socioeconómicos, los imperativos contradictorios de la administración de las crisis económicas y los límites cognitivos de nuestros mecanismos de control político-legal. Los procesos sociales y los acuerdos económicos son simplemente demasiado densos, complejos y potencialmente contradictorios para poder ser tenidos en cuenta de manera adecuada al interior de los distintos mecanismos de control intervencionistas que se han creado. Las estructuras burocráticas y legales no pueden incorporar modelos de realidad social que sean lo suficientemente ricos para permitirles administrar eficazmente las crisis de la gestión económica y retos similares. Esta "crisis de racionalidad", que en última instancia supone una amenaza al sistema de integración y puede poner en peligro la integración social, limita las posibilidades de la racionalidad material en el derecho y la política.¹³

En relación con lo anterior observamos la aparición de una crisis de "legitimación" en el capitalismo organizado. Debido al crecimiento del monopolio del poder y al papel creciente del Estado en la administración de la economía, el mecanismo del mercado pierde su poder como instrumento que legitima los resultados distributivos que una vez eran descritos

13 Es importante advertir que en el relato de Habermas la racionalidad y la legitimación sólo identifican tendencias hacia la crisis, mientras que el tercer tipo de crisis, la crisis de motivación, saca a la luz un conflicto necesario entre los sistemas políticos y culturales.

como justificados "de manera natural". En la medida en que el intervencionismo estatal asume responsabilidad política por la sustitución del mercado y la compensación del mercado, el sistema político se hace cada vez más dependiente de la lealtad de las masas para sus decisiones político-económicas. Sin embargo, la producción política de las ideologías legitimadoras está limitada, según Habermas, por la resistencia de las estructuras normativas (1975: 75).

En opinión de Habermas, sólo la racionalidad "discursiva" que emerge en los procesos evolutivos autónomos del campo normativo puede resolver finalmente los problemas de legitimación del derecho moderno (1975: 95). Esta opinión se basa en una teoría de la legitimación política que afirma que desarrollos irreversibles en el campo normativo indican que los principios modernos de legitimación deben ser procedimentales (Habermas, 1976b: 184):

Puesto que los fundamentos últimos no pueden ya hacerse plausibles, las *condiciones formales de justificación en sí mismas adquieren fuerza legitimadora*. Los procedimientos y las presuposiciones de los acuerdos racionales llegan a ser en sí mismos principios.

La cuestión subsecuente de la institucionalización, i.e., la cuestión sobre cuáles estructuras organizativas y cuáles mecanismos de decisión y discusión pueden producir proceduralmente resultados legítimos, depende de las "condiciones políticas y sociales concretas, de la disponibilidad de recursos, de información y similares" (Habermas, 1979b: 196). Las propuestas del mismo Habermas para institucionalizar la legitimación procedural incluyen la noción de "democracia organizativa" en los sindicatos de trabajadores, asociaciones públicas y élites funcionales, mecanismos participatorios en varios subsistemas sociales, principalmente en el sector educativo y cultural, y una "modelo de diálogo pragmatístico" para una cooperación ins-

titucionalizada entre ciencia, política y el público (Habermas, 1962: 228, 269; 1969: 202; 1970: 62; 1973: 9).

Este programa de “democratización de los subsistemas sociales” tiene afinidades sustanciales con el concepto de derecho responsivo de Nonet y Selznick. El derecho responsivo, nos dicen estos autores, requiere una participación política amplia y un rediseño institucional que asegure la representación adecuada de los distintos intereses que se encuentran en el corazón de la sociedad (Nonet y Selznick, 1978: 95; Selznick, 1989: Cap. 7). Sin embargo, las afinidades entre Habermas, y Nonet y Selznick existen sólo en relación con aquellos elementos del derecho responsivo que participan de lo que he llamado *racionalidad reflexiva*. Si aceptamos el análisis de Habermas, la capacidad del derecho responsivo de tratar con los problemas de legitimación del derecho en la sociedad postmoderna varían según las circunstancias.

En la medida en que el derecho responsivo se basa en la expansión de la *racionalidad material*, encontrará los límites fijados por las crisis de *racionalidad, legitimidad y motivación*. Esto hace improbable que la dimensión finalista o material de la amalgama del derecho responsivo se realice alguna vez.

El componente de *racionalidad reflexiva* es el punto fuerte del derecho responsivo. Como hemos apuntado, la *racionalidad reflexiva* en el derecho obedece a una lógica de legitimación procedural. Esta orientación, como sugiere Habermas, refleja el nuevo principio organizativo de las sociedades postmodernas. En una publicación reciente Habermas (1981) hace una distinción importante entre derecho como “medio” y derecho como “institución”. Como “medio”, el derecho es un proceso de decisión socio-tecnológico independiente que reemplaza las estructuras comunicativas que existen dentro del “mundo de la vida” de los subsistemas sociales y de esa manera distribuye los bienes de acuerdo con sus crite-

rios propios. El derecho como "institución" funciona meramente como una "constitución externa" para las esferas de socialización, integración social y reproducción cultural. Cuando funciona como "institución", el derecho facilita más que poner en peligro, los procesos autorregulatorios de comunicación y aprendizaje. Puesto que este papel facilitador es congruente con las formas que surgen de racionalidad discursiva, el derecho reflexivo, con su orientación procedural, parece bastante adecuado para solucionar los problemas de legitimación de la sociedad postmoderna.

B. Racionalidad legal reflexiva en sociedades diferenciadas funcionalmente

Hasta ahora hemos examinado el concepto de derecho responsivo en el contexto de la "teoría crítica". Si traducimos nuestro problema al lenguaje de la teoría de sistemas neofuncionalista que Luhmann ha desarrollado dentro de la tradición durkheimiana-parsoniana, encontraremos que aparece el mismo conjunto de problemas, aunque desde una perspectiva más abstracta y global si cabe. Las "tendencias hacia la crisis del capitalismo organizado" se interpretan ahora como casos particulares de un fenómeno más general. La diferenciación funcional de la sociedad, como nos dice Luhmann (1972a: 190; 1982), estimula a los subsistemas altamente especializados a desarrollar su propia racionalidad específica en tal grado que conflictos sistémicos radicales son inevitables. "La crisis de motivación" —en términos de Habermas, la contemporánea *Grunwiderspruch* (contradicción básica) entre la lógica del intervencionismo estatal y la lógica del desarrollo cultural — aparece ahora como marginal entre una variedad de conflictos igualmente básicos e incluso más fundamentales. Estos choques incluyen aquellos entre estructuras sociales universales (economía, ciencia) y las estructuras legales y polí-

ticas confinadas territorialmente, entre la planificación científica y el control de la producción económica, y entre los requisitos temporales de las interdependencias sociales y los procesos de lento desarrollo de la educación y la institucionalización (Luhmann, 1971: 374). Finalmente, la búsqueda por el derecho responsivo, que surge de una crisis de la racionalidad legal formal, se ve ahora en el contexto de un problema más general: ¿cómo participa y cómo reacciona el sistema legal frente a los procesos seculares de diferenciación funcional? (Luhmann, 1970a; 1972a: 190).

Desde esta perspectiva, la descripción de Max Weber del derecho moderno como "racional formal" parece confundirnos, puesto que los conceptos de forma y sustancia son casi intercambiables en la comparación entre el derecho moderno y el derecho tradicional (Luhmann, 1972a: 17). En lugar de ello, la noción de "derecho autónomo", en el sentido de Nonet y Selznick, apunta hacia cambios cruciales en la diferenciación funcional: la autonomía cada vez mayor del sistema legal, su separación de las estructuras científicas y morales, y su relativa independencia de los procesos políticos (Trubek, 1977: 540). Es en estos desarrollos donde aparecen las características del formalismo legal: orientación normativa estricta, razonamiento profesional (artificial) y preeminencia del procedimiento (Buss, 1982: 114; Luhmann, 1972b: 207). La "crisis" del derecho autónomo se genera porque el derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se ha adaptado aún a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada. La doctrina legal se encuentra aún ligada al modelo clásico de derecho como un conjunto de reglas ejecutables mediante la adjudicación. El orden legal carece de un aparato conceptual adecuado para las demandas de planeación y de política social que surgen en las interrelaciones entre subsistemas sociales especializados (Luhmann, 1972b: 325).

“La racionalidad legal material”, según el sentido que le da al término Max Weber, se supone que soluciona la crisis mediante una remoralización y repolitización del derecho, pero desde esta perspectiva parece como una tendencia claramente regresiva. Una fusión renovada del derecho con la esfera política, moral y política destruiría la racionalidad jurídica específica sin reemplazarla por una nueva (Luhmann, 1974: 31). En el relato de Luhmann, como en el de Habermas, una “rematerialización” profunda del derecho conduciría inevitablemente a una crisis de racionalidad del sistema político-legal, ya que los distintos subsistemas sociales en una sociedad diferenciada funcionalmente han desarrollado tal nivel de complejidad externa que ninguno de ellos — sea la política, la ciencia, la economía, la moral, el derecho, considerándose en solitario o en combinación — puede desarrollar la capacidad de control necesaria. De esta manera, si la dimensión material del derecho responsivo se convirtiese en la característica dominante del orden legal moderno, el resultado sería una diferenciación regresiva de la sociedad, en vez de su reintegración.

Para conseguir la integración bajo condiciones de diferenciación funcional extrema, los diferentes subsistemas sociales deben, según Luhmann, apoyarse mutuamente: “Tienen no sólo que cumplir adecuadamente su función, sino también mantenerse en una relación significativa de compatibilidad con las funciones y con los logros estructurales de otros sistemas de los que son su entorno” (Luhmann, 1974: 88). La diferenciación funcional requiere un desplazamiento de los mecanismos integradores desde el nivel de la sociedad hasta el nivel de los subsistemas (Luhmann, 1982: 229). La integración social centralizada está descartada hoy en día y no puede lograrse mediante mecanismos legales, económicos, morales o científicos. Una forma de integración descentralizada es inevitable porque maximizar la racionalidad de un subsistema es crear

problemas irresolubles en otros sistemas funcionales. Para evitar esto, "deben construirse las correspondientes restricciones en la estructura reflexiva de cada subsistema funcional en la medida en que estas no se produzcan directamente en las relaciones existentes con su entorno" (Luhmann, 1977: 245). De esta forma, las estructuras "reflexivas" son la clave para determinar cómo el derecho responsivo puede desempeñar una función en las sociedades diferenciadas. Esta cuestión necesita una explicación adicional.

En la teoría de Luhmann, cada subsistema tiene a su disposición tres orientaciones diferentes: 1) hacia el sistema social en su conjunto en cuanto a su *función*, 2) hacia otros subsistemas sociales en lo que se refiere a la *operación* de entrada y salida, y 3) hacia sí mismo desde el punto de vista de la *reflexividad* (Luhmann, 1982: 229). La incompatibilidad entre estas orientaciones es crucial. No pueden, nos dice Luhmann, ser subsumidas en una finalidad común. En el sistema político, por ejemplo, hay una tensión inherente entre función social (la formulación y la ejecución de decisiones vinculantes) y operación (la conservación de los recursos de poder y la promoción de la legitimación) que puede reconciliarse internamente sólo mediante procesos de reflexividad política (centrándose en qué trata la política e imponiendo límites a lo que puede hacerse en nombre de la toma de decisiones y la conservación del poder) (Luhmann, 1982: 229).

La tarea de las estructuras reflexivas de cualquier subsistema social es resolver los conflictos entre función y operación mediante la imposición de restricciones internas en subsistemas dados de forma que estos subsistemas sean adecuados como componentes del entorno de otros subsistemas (Luhmann, 1977: 245): "La reflexividad debe mediar entre operación y función, puesto que para el subsistema la sociedad representa el sistema global tanto como el entorno social" (Luhmann, 1979: 176). Reconcilian-

do las tensiones entre función y operación, las estructuras reflexivas dentro de los subsistemas sociales se convierten en los principales mecanismos de integración en sociedades funcionalmente diferenciadas. Desde esta perspectiva teórica, el derecho responsivo necesita desarrollar "dimensiones reflexivas" si desea trabajar como un mecanismo integrador (Assmann, 1980: 122).

C. El punto de convergencia: la reflexividad interna y la democracia discursiva en los subsistemas sociales

Las aproximaciones teóricas que nos han ocupado hasta el momento convergen en la dimensión "reflexiva" del derecho responsivo. Nuestra traducción del derecho responsivo al lenguaje del neofuncionalismo y la teoría crítica nos han llevado a comprobar escépticamente la viabilidad de la racionalidad legal material en las condiciones de la modernidad. Al mismo tiempo, nuestra interpretación de la teoría de Nonet y Selznick nos permite identificar una conexión importante entre el concepto procedural de legitimación de Habermas y la teoría de Luhmann de la reflexividad sistémica interna. Poniendo los distintos elementos que hemos discutidos juntos, nuestras tesis son que: 1) la reflexividad dentro de los sistemas sociales es posible sólo en la medida en que los procesos de democratización crean estructuras discursivas dentro de los subsistemas sociales, y 2) la función primaria de la democratización de los subsistemas sociales no reside ni en la participación individual creciente ni en la neutralización de las estructuras de poder sino en la reflexividad interna de la identidad social.

Antes de abordar el papel que el derecho reflexivo tiene que jugar en comparación con otros subsistemas, consideremos el papel de la reflexividad y los límites que impone al sistema legal. Esto puede verse con más facilidad considerando cómo la

tipología tripartita de función, operación y reflexividad se aplica al sistema legal. La función del derecho puede definirse como su capacidad para proporcionar generalizaciones congruentes de las expectativas para la sociedad en su conjunto (Luhmann, 1972a: 94). Su operación es resolver los conflictos que se producen en otros subsistemas sociales y que no pueden ser resueltos por ellos mismos (Bohannon, 1967). Estas orientaciones se contradicen y se superponen a un mismo tiempo. La producción de generalizaciones normativas congruentes puede que no baste para proporcionarnos reglas que sean adecuadas para resolver conflictos concretos, y el sistema legal, mediante los procesos de resolución de conflictos, puede producir normas que no podrían ser generalizadas de manera congruente. El papel de la reflexividad legal sería reconciliar las tensiones inherentes entre función y operación mediante la imposición de restricciones internas a la capacidad del sistema legal.

Nuestra tesis es que el derecho puede cumplir mejor su función a través de la imposición de restricciones en la dimensión de la operación legal. En lugar de la regulación general y profunda de la racionalidad legal material, el derecho reflexivo limita la operación legal a formas más indirectas, más abstractas de control social.

Lo que es crucial es la correspondencia estructural entre las normas legales y las estructuras de oportunidad dentro de los subsistemas sociales. La racionalidad legal material no toma suficientemente en consideración esta correspondencia necesaria. Intenta regular las estructuras sociales mediante normas legales, aunque estas estructuras no siempre se dobleguen a la regulación legal o no lo hagan fácilmente.

Aspectos de los sistemas de protección social y educativos modernos nos dan ejemplos sorprendentes (Vogt, 1980). En estos campos, la crítica actual de la legalización ha mostrado una y otra vez que los

programas legales materiales obedecen a una lógica funcional y siguen criterios de racionalidad y modelos de organización que se adecuan pobremente a la estructura social de las esferas reguladas de la vida. En consecuencia, el derecho como un medio del Estado social de bienestar, o bien resulta ser ineficaz, o bien funciona de manera efectiva, pero al precio de destruir los modelos tradicionales de vida social (Habermas, 1981: 542).

Una orientación reflexiva no se pregunta si hay problemas sociales a los que el derecho debe ser receptivo y dar respuesta. En lugar de eso busca identificar las estructuras de oportunidad que permitan a la regulación legal tratar los problemas sociales sin que se destruyan de manera irreversible formas valiosas de vida social.

Esto nos lleva a la pregunta de cómo la reflexividad autónoma impone límites en el alcance de la legalidad y define el papel del derecho frente a otros subsistemas sociales. Una posibilidad de moda hoy en día es la política de deslegalización o reformalización del derecho material. Otra es la política de proceduralización bajo la cual el sistema legal se encarga de proporcionarnos las premisas estructurales para la autorregulación al interior de otros subsistemas sociales (cf. Moore, 1973: 720; Galanter, 1980: 21). Lo que está en juego no es sólo la garantía de autonomía de otros subsistemas sociales, sino también el concepto de Habermas de "democratización de los subsistemas sociales" el cual, poniendo el acento en la legitimación procedural, nos muestra la dirección en la que el derecho reflexivo puede desarrollarse.

Recordemos la distinción que hace Habermas entre derecho como "medio" y derecho como "institución". Aunque el derecho como medio de dirección social pone en peligro las estructuras legalmente reguladas de las esferas legalizadas de la vida social, el derecho como "institución" enraizada en el corazón de la moralidad de una sociedad determinada

puede facilitar los procesos comunicativos al garantizar la “constitución externa” de la esfera social estructurada comunicativamente. El derecho como “constitución externa” puede promover “procesos de decisión discursivos y procedimientos de negociación y decisión orientados hacia el consenso” (Habermas, 1981: 544). Lo hace dando normas sobre procedimientos, organización y competencia que ayudan a otros sistemas sociales a conseguir la autoorganización democrática y la autorregulación que, según Habermas, están en el corazón de la legitimidad procedural. El derecho reflexivo, en otras palabras, no determinará autoritariamente las funciones sociales de otros subsistemas sociales ni regulará sus operaciones internas y externas, pero promoverá mecanismos que sistemáticamente llevarán más lejos el desarrollo de las estructuras reflexivas dentro de otros subsistemas sociales.

Sin embargo, a la luz de la diferenciación funcional, no puede esperarse que aparezcan estructuras de legitimación universales, o una moral del discurso aplicable de manera general, o un procedimiento común de reflexividad. Los requisitos legales para los procesos de reflexividad en la economía o en la política, por ejemplo, difieren en gran medida de los que exige el sistema educativo. De esta forma, el derecho debe actuar al nivel del subsistema específico para instaurar, corregir y redefinir mecanismos autorregulatorios democráticos. El papel del derecho es decidir sobre decisiones, regular regulaciones y establecer premisas estructurales para decisiones futuras en cuanto a organización, procedimiento y competencias. Los resultados específicos en otros subsistemas sociales estarán influenciados por el papel del derecho a la hora de establecer los parámetros del procedimiento de decisión, pero no serán mandatos legales, porque el derecho no habrá determinado taxativamente esas decisiones. Esta visión del orden legal puede resumirse en una frase: *el derecho*

realiza su propia orientación reflexiva en tanto que proporciona las premisas estructurales para los procesos reflexivos en otros subsistemas sociales. Esa es la función integradora del derecho responsivo contemporáneo.

D. Una nueva autolimitación legal: las oportunidades evolutivas en el derecho privado moderno

No hay duda de que la naturaleza del "resultado" que hemos alcanzado es meramente hipotética. Que el derecho responsivo desarrolla un potencial para la racionalidad material y reflexiva y que este potencial es actualizado de manera diferenciada bajo las distintas condiciones de las sociedades postmodernas, no es más que una hipótesis derivada de las teorías de la evolución sociolegal. Tomando prestadas variables "internas" de la teoría del derecho responsivo y variables "externas" de los conceptos de la sociedad postmoderna de la teoría crítica y del neofuncionalismo, hemos delineado un modelo de interrelación sociolegal y hemos presentado la propuesta de que el derecho responsivo puede dar respuesta a los retos de la sociedad postmoderna sólo si tiene éxito en desarrollar una racionalidad legal "reflexiva". Esta hipótesis se apoya en algunas presunciones teóricas altamente especulativas (y discutibles). Debe someterse a una comprobación empírica profunda antes de poder exigir cualquier grado de "validez". Sin embargo, podemos dar un cierto apoyo empírico a nuestra tesis señalando algunas tendencias recientes en las que podemos reconocer líneas generales de estructuras legales "reflexivas" aunque tenemos que reconocer que la "falacia de la confirmación fuera de lugar" es casi inevitable.

Consideremos de nuevo el desarrollo del derecho de contratos. Una tendencia hacia la racionalidad legal material es evidente en las definiciones legislativas de condiciones mínimas y en la preocupación

judicial sobre el contenido sustancial de los acuerdos (Friedman, 1959). Aun así, si esta tendencia implica algo más que la corrección marginal de la aproximación formal, se encontrará con condiciones que impondrán límites en la capacidad del sistema legal, algunos de los cuales son ya visibles hoy.¹⁴ En contraste, el derecho del trabajo está, con respecto a la negociación colectiva, caracterizado hasta un cierto punto por una técnica de control más abstracta en la que podemos reconocer un potencial "reflexivo". La regulación legal de la negociación colectiva opera principalmente dando forma a la organización de la negociación colectiva, definiendo sus normas procedimentales, y limitando o expandiendo las competencias de los actores colectivos. El derecho intenta equilibrar el poder de negociación, pero así controla sólo indirectamente los resultados específicos.

Esfuerzos paralelos en la construcción de sistemas con poderes equilibrados en su interior en otras esferas, particularmente en el derecho de los consumidores, no han sido tan afortunadas (Hart y Joerges, 1980: 83). Sin embargo, los paralelismos funcionales pueden encontrarse en la creación "artificial" de instituciones semipúblicas autónomas (e.g. en Alemania la *Stiftung-Warentest* o *Verbraucherzentrale*) que proporcionan información a los consumidores y representación política a intereses sociales no organizados (Hart y Joerges, 1980). El papel del derecho estatal es, de nuevo, no la regulación material sino la estructuración organizativa y procedural de los procesos sociales "autónomos". Se fomentan las organizaciones para que los consumidores tengan voz. Parafraseando a Joerges (1981:23): el derecho no decide de manera autoritaria qué constituye el interés del consumidor, sino

14 Esto se reconoce incluso por autores que han defendido enfáticamente una deformalización del derecho de contratos moderno; cf. Wiethölter (1982: 5).

que se limita él mismo a definir las competencias para la articulación de los intereses de los consumidores y a asegurar su representación. La tarea del sistema legal no es ni desarrollar su propio programa finalista ni decidir los conflictos entre objetivos de políticas competidoras. Es garantizar los procesos de coordinación y obligar al acuerdo. A estas observaciones se puede añadir el hecho de que el derecho puede resolver conflictos intersistémicos arbitrando las quejas entre los sectores y decidiendo sobre los problemas de extensión de los límites de cada sistema. Tal vez el derecho de los consumidores nos proporciona un ejemplo débil de derecho reflexivo en funcionamiento porque es un ejemplo de los límites de la estrategia que hemos llamado de "descentralización externa". Esta estrategia falla necesariamente si las asimetrías sociales de poder e información pueden resistir los intentos institucionales de compensación.

Una solución para el derecho es desarrollar dentro de sí mismo estructuras reflexivas que puedan compensar el desequilibrio de poder e información y de esta manera complementar la operación de los sistemas descentralizados mediante modos de lógica legal compensatoria. Es posible interpretar los desarrollos de ciertas "cláusulas generales" o estándares como evidencia de una lógica reflexiva en la doctrina. Por ejemplo, incluso estándares como "buena fe" o "política pública", que están usualmente considerados como instrumentos del intervencionismo judicial material, pueden ser vistos como medios de "socialización del contrato" de manera bastante distinta a lo que se considera tradicionalmente como intervención estatal (Teubner, 1981). Usar estándares, como buena fe y política pública, para compensar las desigualdades irreductibles en el nivel de interacción concreta entre las partes de un contrato o en lo que concierne al mercado y las organizaciones, por ejemplo, y también para la sociedad, donde hay una interacción entre política, economía, cultura y derecho, es "reflexivo"

en la medida en que el sistema legal en sí mismo "estimula" procesos de autorregulación social. Esto significa que, en el caso de "deficiencias en la interacción" entre las partes contratantes, el derecho define autoritariamente finalidades objetivas y deberes que en el caso de "deficiencias de mercado", las costumbres mercantiles se reemplazan por la definición judicial de reglas de comportamiento del mercado; que en el caso de "deficiencias políticas", el proceso judicial define estándares de política pública. Común a todos estos ejemplos está una lógica de simulación interna. Se presume una deficiencia real en los mecanismos de autorregulación del subsistema y las cláusulas generales de "buena fe" o "política pública" se interpretan como órdenes para simular dentro del sistema legal los procesos autorregulatorios internos de subsistemas no legales, tal y como podrían existir en ellos. Obviamente, semejante simulación tiene sus propios defectos. Puede pervertirse fácilmente en una gigantesca exhortación moralista y su idoneidad cognitiva y procedural no es clara.

El derecho de las organizaciones privadas nos proporciona otro ejemplo más. Aquí de nuevo encontramos tendencias a "materializar" el derecho formal clásico liberal que se limitaba a proporcionar formas políticamente neutras para las organizaciones privadas. Hoy en día, el control judicial y la regulación del estado del comportamiento asociativo parecen alcanzar los límites de su capacidad de control. Nuestra perspectiva sugiere una estrategia bien diferente para tratar con las deficiencias del sistema actual, en concreto la creación de estructuras legales que refuercen sistemáticamente los "mecanismos reflexivos" dentro de la organización. La "constitucionalización" de la asociación puede hacer que la "conciencia de la organización comience a funcionar si efectivamente se fuerza a la organización a 'internalizar' conflictos externos en sus propias estructuras de decisión" (ver Stone, 1975). En este contexto, el significado tradicional de la "democratiza-

ción de las instituciones sociales" se transforma. El objetivo fundamental no es ni la igualación del poder ni el incremento de la participación individual en el sentido enfático de "democracia participativa". Más bien consiste en el diseño de estructuras organizativas que hagan las instituciones—sociedades, asociaciones semipúblicas, medios de comunicación, instituciones educativas— sensibles a los efectos exteriores de sus intentos por maximizar la racionalidad interna. Su función principal es sustituir el control intervencionista externo por una estructura de control interno efectiva (Teubner, 1978b).

E. Algunas implicaciones para la "jurisprudencia sociológica": construcciones legales de la realidad social

Estos ejemplos pretenden ilustrar lo que significa para el derecho orientar su estructura hacia una racionalidad reflexiva. Surgen otras cuestiones relativas a las "competencias cognitivas" de un sistema legal reflexivo, un tema de importancia, y a la teoría de "el derecho expansivo" (Nonet y Selznick, 1978: 78, 104, 112). Este es un campo en el que se necesita más investigación en el futuro. Aquí sólo es posible dibujar rápidamente las líneas generales del tema que necesitarían ser desarrolladas con profundidad. Es cierto que los procesos reflexivos legales contribuyen a la integración social en la medida en que median entre eficacia y función dentro del sistema, siendo especialmente importantes las condiciones estructurales de la autorreflexividad legal. Entre estas condiciones, los modelos internos de la realidad tienen un papel central. La relevancia de tales modelos —que contienen elementos tanto descriptivos como normativos— en los procesos de orientación de las decisiones es reconocida cada vez más en la teoría de la decisión y en la teoría legal (Assman, 1980; Collins, 1976; Galanter, 1980: 12; Reale, 1970; Stachowiak, 1973; Teubner, 1978a). Dworkin, por

ejemplo, ha desarrollado la tesis de que en la interacción de normas y principios el juez utiliza—implícita o explicitamente—“teorías políticas” con el fin de justificar la decisión en los “casos difíciles” (Dworkin, 1977: 81,90). De forma más general, se pueden reconstruir “teorías” de la realidad social a partir de las normas legales, de las decisiones de los tribunales y de consideraciones doctrinales, lo que a su vez sirve como una clase de información orientativa, o usando una frase de la hermenéutica, como “precomprensión” (*Vorverständis*). Por ejemplo, los conceptos legales de contrato, de asociación o de las relaciones sociedad-Estado tienen un gran arraigo en percepciones típicamente legales de la realidad social. Estas percepciones son significativas en nuestra comprensión diaria de estos fenómenos y también en las teorías económicas o sociológicas. El sistema legal desarrolla algunas “construcciones sociales de la realidad” específicas (Berger y Luhmann, 1966) con el objeto de decidir conflictos sociales bajo el control de normas legales. Al crear su propia realidad desde la perspectiva que impone la resolución de conflictos, el sistema legal crea de manera abstracta modelos de mundo altamente selectivos descuidando de esa forma muchos elementos relevantes política, económica y socialmente.

Obviamente estos modelos cambian su carácter en el curso de la evolución legal, y habrá covariación entre la construcción del modelo legal y los tipos de racionalidad legal. Siendo así, queda la pregunta de cómo la “rematerialización” ha forzado al derecho formal a cambiar sus percepciones de la realidad social y debemos también identificar la clase de forma de construcción de modelos legales exigida por la racionalidad legal reflexiva.

La “jurisprudencia sociológica” y los movimientos de teoría legal relacionados con ella (*Freirechtschule*, *Interessenjurisprudenz*) deberían interpretarse como corolarios metodológicos de la rematerialización del derecho formal (Heck, 1968; Pound, 1910/11: 591;

1911/12: 140,489; 1943/44: 1). Atacan el formalismo legal no meramente por su conceptualidad, como una lectura de su crítica a la "jurisprudencia mecanicista" podría sugerir, sino por la construcción de la realidad social que hace el formalismo. La racionalidad legal formal y la jurisprudencia sociológica eran *fundamentalmente* incompatibles porque la primera consideraba los actores legales como desligados del mundo, permitiendo de esta forma la afirmación de que tomar en cuenta los aspectos sociales, económicos y políticos no era una tarea "para un abogado como tal" (Winshedid, 1904: 101).

La racionalidad legal material ha requerido una "recientificización" de las percepciones legales de la realidad, precisamente en el mismo sentido en el que constituía la principal preocupación metodológica de la jurisprudencia sociológica. Este tipo de jurisprudencia sociológica, sin embargo, está ligado a la crisis de la racionalidad legal material que hemos analizado en el marco del neofuncionalismo y de la teoría crítica. Si la consideramos seriamente, semejante jurisprudencia sociológica requiere modelos paralelos de la realidad que tienen que integrar teorías de la ciencia social en un nivel que permita al derecho asumir la responsabilidad por los procesos de planificación generales. El análisis legal tiende entonces a transformarse en un análisis omnicomprensivo de política social, lo que requiere a su vez una descripción adecuada de la situación real, la percepción de los problemas, la definición de objetivos, la selección de normas legales y la puesta en vigor de las normas en la realidad social (cf. Lindblom y Cohen, 1979: 30). Obviamente, la complejidad de los modelos subyacentes que el derecho requeriría para realizar estos fines sobrepasaría rápidamente la competencia cognitiva de cualquier sistema legal existente, incluso uno que se basase en un análisis interdisciplinario profundo (Luhmann, 1974: 31).

Parece que la jurisprudencia sociológica como la teoría de la decisión necesita desarrollar un con-

cepto de "racionalidad limitada" con el objeto de re construir modelos de la realidad operativos que tengan un uso práctico en los procesos de decisión legal (March y Simon, 1966; Simon, 1976). Tal vez un papel adicional de los procesos reflexivos en el sistema legal sea definir la autolimitación legal en el contexto de la construcción de modelos de la realidad social.

La racionalidad legal reflexiva requiere que el sistema legal se vea a sí mismo como un sistema en un entorno (Assman, 1980: 333; Luhmann, 1979: 161) y que tome en cuenta los límites de su propia capacidad en el intento de regular las funciones y las operaciones de otros subsistemas sociales. Así, su relación con el conocimiento de la ciencia social no se caracteriza ni por la "recepción" ni por la "separación". En lugar de ello, la relación implica la "traducción" de conocimiento social desde un contexto social a otro según ciertas reglas de traducción, i.e., criterios legales específicos de selección (cf. Teubner, 1978a; Walz, 1980). Si es cierto que el derecho cumple con su función integrativa promoviendo procesos reflexivos en otros subsistemas sociales, el conocimiento social requerido por el sistema legal es muy específico y la necesidad de construir modelos mucho más limitada de lo que sería en un derecho de planeación "comprehensiva". El derecho reflexivo necesita utilizar y desarrollar sólo el conocimiento necesario para el control de los procesos autorregulatorios en diferentes contextos. De esta forma, los modelos de política social correspondientes podrían sustituirse por modelos dirigidos a la solución de problemas sociales que mostrasen cómo combinar la perspectiva del análisis sociolegal con la dinámica de los procesos de interacción. Si el análisis realizado en este artículo es correcto, la producción de esos modelos es el siguiente paso importante en el desarrollo evolutivo del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Richard L. (1980) "Delegalization: A Critical Review of Its Ideology', Manifestations and Social Consequences," in: E. Blankenburg, E. Klaus and H. Rottleuthner (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- (1982), *The Politics of Informal Justice*, New York: Academic Press.
- ASSMANN, Heinz-Dieter (1980), *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy. Auf der Suche nach einem Sozialmodell für das Wirtschaftsrecht*, Frankfurt: Athenäum.
- ASSMANN, Heinz-Dieter, BRÜGGEMEIER, Gert, HART, Dieter and JOERGES, Christian (1980), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein: Athenäum.
- BERGER, Peter and LUCKMANN Thomas (1966), *The Social Construction of Reality*, Garden City: Doubleday.
- BLANKENBURG, Erhard, KLAUSA Ekkehard and ROTTLEUTHNER Hubert (eds.) (1980), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- BOHANNON, Paul (1967), "The Differing Realms of Law," in: P. Bohannon (ed.), *Law and Warfare*, Garden City: The Natural History Press.
- BREYER, Stephen (1982), *Regulation and its Reform*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- BRÜGGEMEIER, Gert (1980), "Probleme einer Theorie des Wirtschaftspechts," in: H.-D. Assmann, G. Brüggemeier, D. Hart and C. Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein: Athenäum.
- (1982), "Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft," in: V. Gessner and G. Winter (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag 60.

- BÜSS, Eugen (1982), "Das Rechtssystem in komplexen Gesellschaften," 13 *Rechtstheorie* 114.
- CAIN, Maureen (1980), "The Limits of Idealism: Max Weber and the Sociology of Law," 3 *Research in Law and Sociology* 53.
- COLLINS, Lyndhurst (ed.) (1976), *The Use of Models in Social Sciences*, Boulder, Westview Press.
- DURKHEIM, Emile (1933), *The Division of Labor in Society*, New York: Free Press.
- DWORKIN, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- EDER, Klaus (1978), "Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts," 29 *Soziale Welt* 247.
- EDER, Klaus, FRANKENBERG, Günther, RODEL, Ulrich and TUGENDHAT, Ernst (1978), *Die Entwicklung von Gerechtigkeitsvorstellungen im modernen Recht als soziologisches Problem*, Starnberg: Typescript.
- ELY, John Hart (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.
- ERD, Rainer (1978), *Verrechtlichung industrieller Konflikte. Normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung*, Frankfurt: Campus.
- ESSER, Josef (1970), *Vorverständnis und Methodenwahl*, Frankfurt: Athenäum.
- FRIEDMAN, Lawrence (1973), *A History of American Law*, New York: Simon and Schuster.
- ____ (1975), *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Simon and Schuster.
- FRIEDMAN, Wolfgang (1959), *Law in a Changing Society*, Berkeley: University of California Press.
- GALANTER, Marc (1980), "Legality and Its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization," in: E. Blankenburg, E. Klaus and H. Rottleuthner (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag.

- GOTTHOLD, Jürgen (1982), "Privatisierung oder Entbürokratisierung kommunaler Sozialpolitik," in: R. Voigt, *Entrechtlichung*, Königstein: Athenäum.
- GROSER, Manfred (1979), "Stabilität und Wandel im System der Arbeitsbeziehungen," 20 *Politische Vierteljahresschrift* 258.
- HABERMAS, Jürgen (1962), *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied: Luchterhand.
- ____ (1969), "Für ein neues Konzept der Hochschulverfassung," in: J. Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1970), "The Scientization of Politics and Public Opinion," in: J. Habermas, *Toward a Rational Society*, Boston: Beacon.
- ____ (1971), "Luhmanns Beitrag zu einer Theorie der gesellschaftlichen Evolution," in: J. Habermas and N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1973), "Zum Begriff der politischen Beteiligung" (1958), in: J. Habermas, *Kultur und Kritik*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1975), *Legitimation Crisis*, Boston: Beacon.
- ____ (1976a), "Geschichte und Evolution," in: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1976b), "Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?," in: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1976c), "Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts," in: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1976d), "Zum Theorienvergleich in der Soziologie: am Beispiel der Theorie der sozialen Evolutionstheorie," in: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt: Suhrkamp.

- ____ (1976e), "Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus," in: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1979a), "Historical Materialism and the Development of Normative Structures," in: J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston: Beacon.
- ____ (1979b), "Legitimation Problems in the Modern State," in: J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston: Beacon.
- ____ (1979c), "Moral Development and Ego Identity," in: J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston: Beacon.
- ____ (1979d), "Toward a Reconstruction of Historical Materialism," in: J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston: Beacon.
- ____ (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen and LUHMANN, Niklas (1971), *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie—Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt: Suhrkamp.

HART, Dieter and JOERGES, Christian (1980), "Verbraucherrecht und Marktökonomie: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzung der Verbraucherpolitik," in: H-D. Assman, G. Brügge-meier, D. Hart and C. Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein: Athenäum.

HECK, Philipp (1968), *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg: Gehlen.

HEJL, Peter M. (1982), *Sozialwissenschaft als Theorie Selbstreferenteller Systeme*, Frankfurt: Campus.

HELLER, Thomas (1979), "Is the Charitable Exemption from Property Taxation an Easy Case? General Concerns About Legal Economics and Jurisprudence," in: D. Rubinfeld (ed.), *Essays on*

the Law and Economics of Local Governments,
Washington D.C.: Urban Institute.

HEYDEBRAND, Wolf von (1982), "Die Technokraüsierung des Rechts und der Justizverwaltung," in: V. Gessner and G. Winter (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag 93.

JOERGES, Christian (1981), *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg Recht und Wirtschaft.

KALBERG, Stephen (1980), "Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History," 85 *American Journal of Sociology* 1145.

KENNEDY, Duncan (1973), "Legal Formality." 2 *Journal of Legal Studies* 351.

— (1976), "Form and Substance in Private Law Adjudication," 89 *Harvard Law Review* 1685.

LADEUR, Karl-Heinz (1982), "Verrechtlichung der Ökonomie-Ökonomisierung des Rechts?", in: V. Gessner and G. Winter (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag 74.

LEHNER, Franz (1979), *Grenzen des Regierens*, Königstein: Athenäum.

LINDBLOM, Charles E. and COHEN, David K. (1979), *Usable Knowledge: Social Science and Social Problem Solving*, New Haven: Yale.

LUHMANN, Niklas (1970a), "Evolution des Rechts," 3 *Rechtstheorie* 1.

— (1970b), "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft," 1 *Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie* 176.

— (1970c), "Reflexive Mechanismen," in: N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung* 1, Opladen: Westdeutscher Verlag.

— (1971), "Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas," in: J. Habermas and N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt: Suhrkamp.

- ____ (1972a), *Rechtssoziologie 1*, Reinbfc: Rowohlt.
- ____ (1972b), *Rechtssoziologie 2*, Reinbfc: Rowohlt.
- ____ (1973), "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft," 4 *Rechtstheorie* 130.
- ____ (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer.
- ____ (1975a), "Evolution und Geschichte," in: N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- ____ (1975b), "Die Weltgesellschaft," in: N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- ____ (1977), *Funktion der Religion*, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1979), "Selbstreflexion des Rechtssystems," 10 *Rechtstheorie* 176.
- ____ (1980), *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Vol. 1, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1981a), *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Vol. 2, Frankfurt: Suhrkamp.
- ____ (1981b), *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München: Olzog.
- ____ (1982), *The Differentiation of Society*, New York: Columbia University.
- MARCH, James G. and SIMON, Herbert (1966), *Organizations*, New York: Wiley.
- MAYNTZ, Renate (1979), "Regulative Politik in der Krise," in: Joachim Matthes (ed.), *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt: Campus.
- MITNICK, Barry (1980), *The Political Economy of Regulation*, New York: Columbia University Press.
- MOORE, Sally F. (1973), "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study," 7 *Law & Society Review* 719.
- NEUMANN, Franz (1967), "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht des bürgerlichen Gesellschaft," in: F. Neumann, *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt.

- NONET, Philippe and SELZNICK, Philip (1978), *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, New York: Harper.
- PATEMAN, Carol (1970), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- POUND, Roscoe (1910/11), "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," 24 *Harvard Law Review* 591.
- ____ (1911/12), "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," 25 *Harvard Law Review* 140, 489.
- ____ (1943/44), "A Survey of Social Interests," 57 *Harvard Law Review* 1.
- RADBACH, Gustav (1965), *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen: Vandenhoeck.
- REALE, Miguel (1970), "Pour une théorie des modèles juridiques," 5 *Acts of IV International Congress or Philosophy* 144.
- REHBINDER, Manfred (1967), "Status-Kontrakt-Rolle," in: *Festschrift für Ernst E. Hirsch*, Berlin: Duncker.
- RHEINSTEIN, Max (1954), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge: Harvard University Press.
- ROTTLEUTHNER, Hubert (1973), *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt: Fischer.
- SELZNICK, Philip (1968), "Law: The Sociology of Law," 9 *International Encyclopedia of the Social Sciences* 50.
- ____ (1969), *Law, Society and Industrial Justice*, New York: Russell Sage.
- SCHELSKY, Helmut (1980), "Die Soziologen und das Recht," in: H. Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- SCHLUCHTER, Wolfgang (1981), *The Rise of Western Rationalism: Max Weber's Developmental History*, Berkeley: University of California Press.
- SCHMIDT, Eike (1980), "Von der Privat-zur Sozialautonomie," 35 *Juristenzeitung* 153.

- SIMON, Herbert (1976), *Administrative Behavior*, New Haven: Yale.
- STACHOWIAK, Herbert (1973), *Allgemeine Modelltheorie*, New York: Springer.
- STONE, Christopher (1975), *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*, New York: Harper.
- STREECK, Wolfgang (1979), "Gewerkschaftsorganisation und industrielle Beziehungen," in: J. Matthes (ed.), *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt: Campus.
- STREECK, Wolfgang, SEGLOW, P. and BAYLEY, P. (1978), *Railway Unions in Britain and West Germany: Structural Sources of Crossnational Differences and Similarities*, Berlin: Wissenschaftszentrum.
- TEUBNER, Gunther (1978a), "Generalklauseln als sozio-normative Modelle," in: Lüderssen (ed.), *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden: Nomos.
- _____(1978b), *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände*, Tübingen: Mohr.
- _____(1981), "Die Generalklausel von Treu und Glauben," *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, Neuwied: Luchterhand.
- TRUBEK, David M. (1972), "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," [1972], *Wisconsin Law Review* 720.
- _____(1977), "Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought About Law," 11 *Law & Society Review* 529.
- TUGENDHAT, Ernst (1980), "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im Recht," 14 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft. Wiesbaden: Steiner.
- TURNER, Jonathan H. (1974), "A Cybernetic Model of Legal Development," 5 *Western Sociological Review* 3.

- UNGER, Roberto M. (1976), *Law in Modern Society*, New York: Free Press.
- VOIGT, Rüdiger (1980), *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein: Athenäum.
- WAELDE, Thomas (1979), *Juristische Folgenorientierung*, Königstein: Athenäum.
- WAGNER, Heinz (1976), *Recht als Widerspiegelung und Handlungsinstrument*, Köln: Paul-Rugenstein.
- WALZ, Rainer (1980), *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*, Hamburg: Decker.
- WIEACKER, Franz (1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- WIETHÖLTER, Rudolf (1982), "Entwicklung des Rechtsbegriffs," in: V. Gessner and G. Winter (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag 38.
- WILLKE, Helmut (1978), "Zum Problem der Integration komplexer Sozialsysteme," 30 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 228.
- (1981), *Zur Steuerungsfunktion des Staates in hochkomplexen Gesellschaften*, Köln: Typoscript.
- WILSON, James Q. (ed.) (1980), *The Politics of Regulation*, New York: Basic Books.
- WINDSCHEID, Bernhard (1904), "Die Aufgaben der Rechtswissenschaft," in B. Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig: Duncker.
- WINTER, Gerd (1982), "Literaturbericht zum Thema," in V. Gessner and G. Winter (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung zwischen Staat und Wirtschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag 9.
- ZIELKE, Andreas (1980), "Zur Rationalität des modernen Rechts," 11 *Rechtstheorie* 85.

ELEMENTOS PARA UNA SOCIOLOGÍA DEL CAMPO¹ JURÍDICO

Pierre Bourdieu

*Da mihi factum, dabo tibi jus*²

Una ciencia del derecho en sentido riguroso se distingue de la que comúnmente se conoce como "ciencia jurídica" donde ésta constituye el objeto de aquella. Al hacer esto se separa desde el inicio de la alternativa que domina la discusión científica sobre el derecho, la alternativa entre el formalismo, que afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica con relación al mundo social, y la del instrumentalismo, que comprende el derecho como un reflejo o un instrumento al servicio de los dominadores.

La "ciencia jurídica", tal y como la conciben los juristas y especialmente los historiadores del dere-

1 El término "campo" define el instrumento fundamental y probablemente la parte más innovadora de la teoría sociológica de Pierre Bourdieu. Término recurrente en todas sus obras, la idea de campo suele estar presente como un presupuesto en ellas, por lo que el lector encuentra dificultades de comprensión en ocasiones. Aquí, como en el resto de sus trabajos, "campo" tiene un significado técnico: sería el espacio de actividad social determinado por las actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo. Es así como debe entenderse a lo largo del presente artículo (para un mayor detalle sobre la teoría de campos, véase la Introducción al presente artículo). (N.T.).

2 "Dadme los hechos y yo os daré el derecho."

cho —que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y métodos—, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente a través de su “dinámica interna”.³ La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se ve afirmada con la elaboración en una teoría de lo que es un modo de pensar específico; teoría que se pretende totalmente libre del peso de lo social. El intento de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” no es sino la ultra-consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales, que encuentre en sí mismo su propio fundamento.⁴

Cuando se critica esta clase de ideología profesional del conjunto de juristas, que se ha consolidado en un cuerpo de “doctrina”, se hace normalmente desde una posición que ve en el derecho y en la jurisprudencia un *reflejo directo* de las relaciones de fuerza existentes, es decir, un reflejo de los determinantes económicos, en particular de los intereses de los dominadores, o en otras palabras, un instrumento de dominación,⁵

3 Cf. por ejemplo, J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 a l'heure présente, les variations et les traits essentiels*, vol. 2, Bordeaux, Delmas, 1933.

4 El movimiento de Kelsen, fundado en el postulado de la autolimitación de la investigación al sólo enunciado de las normas jurídicas, con exclusión de toda referencia histórica, psicológica o social y de toda referencia a las funciones sociales que pueden asegurar la puesta en práctica de estas normas, es en todo parecido a aquél de Saussure por el que éste funda su teoría pura del lenguaje en la distinción entre la lingüística interna y la lingüística externa, es decir, en la exclusión de toda referencia a las condiciones históricas, geográficas o sociológicas de funcionamiento de la lengua o de sus transformaciones.

5 Se encontrará un panorama general de los trabajos marxistas en materia de sociología del derecho y una excelente bibliografía en S. Spitzer, “Marxist Perspectives in the Sociology of Law”, en *Annual Review of Sociology* 9, 1983, pp. 103-124.

como bien expresa el lenguaje del *aparato*, revivido por Louis Althusser.⁶ Los marxistas conocidos como estructuralistas,⁷ víctimas de una tradición que cree haber terminado con las “ideologías”, cuyas funciones ha indicado (“el opio del pueblo”), han ignorado paradigmáticamente la *estructura* de los sistemas simbólicos y la forma específica del discurso jurídico, en lo que se refiere a nuestro caso concreto. Y ello porque, a pesar de reiterar la afirmación ritual de que las “ideologías” gozan de autonomía relativa, han omitido preguntarse sobre los fundamentos sociales de esa autonomía. Siendo más precisos, han olvidado la pregunta sobre qué condiciones históricas debían cumplirse para que pudiera surgir, con la ayuda de las luchas que se dan en el seno del campo del poder, un universo social autónomo, capaz de producir y de reproducir un cuerpo jurídico relativamente independiente de imposiciones

6 Bourdieu se está refiriendo a la discusión de Althusser sobre ideología y derecho en “*Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Toward an Investigation)*”, en: *Lenin and Philosophy* 127, pp.135-136. El concepto de “autonomía relativa” se desarrolla en algunas versiones de la teoría marxista para indicar que, aunque la economía sigue determinando la existencia social en “última instancia”, algunos aspectos de la vida social se encuentran relativamente libres de ser determinados por la base económica, que sólo intervendría en casos de conflicto abierto entre la economía y los otros niveles. Serían precisamente las superestructuras —el derecho, la política y la ideología— las que gozarían de esa autonomía relativa. (Nota del traductor).

7 El estructuralismo pretende estudiar los fenómenos culturales a partir de sistemas de significación que considera propios a cada uno de ellos, pero sin referencia a ningún elemento fuera del sistema, como si el mismo sistema fuese capaz de proporcionar todas las claves para aprehender los significados. Bourdieu ha manifestado su rechazo a la postura ética del estructuralismo en numerosas ocasiones (véanse sus comentarios sobre el estructuralismo de Althusser o sobre la teoría estructuralista en las entrevistas contenidas en *Choses dites*, Paris, Les Editions de Minuit, 1987), pero al mismo tiempo es innegable que en su análisis crítico rescata lo que considera necesario de ese proyecto (cf. “*Structuralism and Theory of Sociological Knowledge*”, 1968. (Nota del Traductor).

externas, gracias a la lógica de su funcionamiento específico. Por ese camino se impedía determinar cuál era la contribución específica que el derecho, en virtud misma de su forma, pudiera aportar al cumplimiento de sus supuestas funciones. Y la metáfora arquitectónica de la infraestructura y la superestructura, que constituye el sostén de los usos corrientes de la noción de autonomía relativa, continúa guiando a los que creen romper con el economicismo.⁸ Estos críticos, para restituir al derecho su eficacia histórica, se contentan con afirmar que se encuentra "profundamente imbricado en la base misma de las relaciones productivas", tal y como hace, por ejemplo, Edward P. Thompson.⁹ Una vez más, la preocupación por situar el derecho en el lugar profundo de las fuerzas históricas, impide percibir dentro de su especificidad el universo social concreto en el cual se produce y se ejerce el derecho.

Para romper con la ideología que defiende la independencia del derecho y del cuerpo de juristas sin caer en la visión opuesta, es necesario tener en cuenta lo que las dos visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común: la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima.¹⁰

8 El economicismo vendría a ser la manifestación extrema del determinismo económico y representaría la posición de la teoría marxista que tiende a considerar irrelevante cualquier modo de producción social que no sea el económico. (Nota del traductor).

9 E.P. Thompson. *Whigs and Hunters, The Origin of the Black Act*, New York, Panthéon, 1975, p. 261. Thompson es un conocido historiador inglés de inspiración marxista, autor del libro ya clásico *Making of the English Working Class*, 1963, y autor también de un importante ataque a la teoría de Althusser en *The Poverty of Theory and Other Essays* 1978. (Nota del traductor).

10 Para Bourdieu, la violencia legítima se ejerce mediante la imposición de representaciones simbólicas, como el lenguaje, los conceptos, las descripciones, las divisiones categóricas, etc. sobre receptores que poco pueden hacer para rechazarlas. (Nota del traductor).

cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física. Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo¹¹ cuya lógica específica está doblemente determinada: en primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él; en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas.

Sería necesario examinar en este momento todo aquello que separa la noción de campo jurídico como espacio social de la noción de sistema tal y como se desarrolla, por ejemplo, en la obra de Luhmann. Luhmann, en nombre de la negación totalmente legítima del reduccionismo, propone en su teoría de sistemas "la autorreferencia" de las "estructuras legales", un concepto que confunde las estructuras propiamente simbólicas (el derecho propiamente dicho) y las instituciones sociales que las producen. Se comprende el porqué la teoría de sistemas proporciona hoy en día un marco ideal para la representación formal y abstracta del sistema jurídico,¹² en la medida en que presenta bajo un nuevo nombre la vieja teoría del sistema jurídico que se transforma

11 Sobre la teoría de funcionamiento del campo, véase la Introducción.

12 Niklas Luhmann, *Soziale System, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984; "Die Einheit des Rechtssystem", in: *Rechtsteorie*, 14, 1983, pp. 129-154. La teoría de Luhmann, que en su última evolución se conoce como teoría de los sistemas autopoéticos (sistemas que se reproducen a través de la producción de sus propios elementos) tiene un carácter constructivista y la sociedad no estaría formada por individuos, sino por comunicaciones, que irían conformando distintos subsistemas sociales con la función de reducir la creciente complejidad social. Véase el artículo previo de Gunther Teubner para una primera aproximación a la extensa y complicada teoría de Niklas Luhmann. (Nota del traductor).

según sus propias leyes. Al no poder percibir el orden propiamente simbólico de las normas y las doctrinas (es decir, la esfera de las tomas de posición o el espacio de lo posible) que encierra un potencial objetivo de desarrollo, o dicho de otra forma, de direcciones de cambio, como sugieren Nonet y Selznick, pero que no contiene en sí mismo su propia dinámica, y al no poder percibir tampoco el orden de las relaciones objetivas entre los agentes y las instituciones en competencia por el monopolio del derecho al decir qué es derecho, la teoría de sistemas no puede comprender que el campo jurídico encuentra su principio de transformación en sí mismo, en las luchas ligadas a los intereses asociados a las distintas posiciones, a pesar de que tome del espacio de todas las perspectivas el *lenguaje* en el que se expresan esos conflictos.

LA DIVISIÓN DEL TRABAJO JURÍDICO

I

En el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (*nomos*) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de *interpretar* (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social. Es sólo a condición de reconocer esto que se puede ser consciente de la autonomía relativa del derecho y del efecto propiamente simbólico de desconocimiento que resulta de la ilusión de su autonomía absoluta con relación a las presiones externas.

La rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados del pasado contribuye a

hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las intuiciones ingenuas de la equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema de normas jurídicas aparezca a aquellos que las imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen, como *totalmente independiente* de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra.

Como nos muestra la historia del derecho social de manera clara y especialmente adecuada,¹³ el derecho registra en cada momento un estado de relación de fuerzas y ratifica con ello las conquistas de los dominadores, que quedan convertidas de esa forma en acervo reconocido (lo cual tiene el efecto de inscribir en su estructura misma una ambigüedad que contribuye sin duda a su eficacia simbólica). Por ejemplo, se ha mostrado cómo los sindicatos estadounidenses, a medida que ganaron poder, vieron evolucionar su posición al interior del sistema legal. Mientras que a principios del siglo XIX la acción colectiva de los asalariados se condenaba como "conspiración criminal" en nombre de la protección del libre mercado, con el paso del tiempo los sindicatos accedieron poco a poco al reconocimiento legal.¹⁴

Observamos que al interior del propio campo jurídico existe una división del trabajo que se determina mediante la rivalidad estructuralmente reglada entre los agentes y las instituciones comprometidos en ese campo, fuera de toda concertación consciente, que constituye paradójicamente la verdadera base

13 La idea de derecho social en Francia sirve para hacer referencia a todo el derecho relativo a la política social del Estado social contemporáneo. (Nota del Traductor).

14 Cf. A.W. Blumrosen, "Legal Process and Labor Law", in: W.M. Evan (ed.), *Law and Sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1962, pp.185-225.

de un sistema de normas y de prácticas que parecen fundadas *a priori* en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de su aplicación y que, al aparecer así como participante a la vez de la lógica positiva de la ciencia y de la lógica normativa de la moral, se entiende que es por ello capaz de imponer universalmente su reconocimiento mediante una necesidad inseparablemente lógica y ética.

II

A diferencia de la hermenéutica literaria o filosófica, la práctica teórica de interpretación de textos jurídicos no es un fin en sí mismo. Al estar directamente orientada hacia finalidades prácticas y estar configurada para producir efectos prácticos, paga su efectividad con la restricción de su autonomía. Así, las divergencias entre los "intérpretes autorizados" están necesariamente limitadas y la coexistencia de una pluralidad de normas jurídicas en competencia se excluye por definición del orden jurídico.¹⁵ Como el texto religioso, filosófico o literario, el texto jurídico es un entramado de luchas por el hecho de que la lectura es una forma de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada allí en estado potencial. Sin embargo, por más que los juristas puedan enfrentarse entre sí debido a textos cuyo sentido no se impone jamás de manera absolutamente imperativa, se encuentran incluidos dentro de un cuerpo fuertemente integrado de instancias jerarquizadas que está en condiciones de resolver los conflictos entre los intérpretes y las interpretaciones. Y la rivalidad entre

15 A. J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, pp. 28-29 y J.-M. Scholz, "La raison juridique à l'œuvre: les krausistes espagnols", *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, hrgs. Von Erk Volkmar Heyen, Frankfurt am Main, Klosterman, 1986, pp. 37-77.

los intérpretes encuentra su límite en el hecho de que las decisiones judiciales pueden distinguirse de puros golpes de fuerza políticos sólo en la medida en que se presenten como el resultado necesario de una interpretación reglada de textos unánimemente reconocidos. Al igual que la Iglesia y también la Escuela, la Justicia organiza no sólo las instancias judiciales y sus poderes según una estricta jerarquía, y por tanto también las decisiones y las interpretaciones que se autorizan mediante ellas, sino también las normas y las fuentes que otorgan autoridad a esas decisiones.¹⁶

El campo jurídico tiende, pues, a funcionar como un "aparato", al menos durante períodos de equilibrio, en la medida en que la cohesión de los hábitos¹⁷ de los intérpretes, orquestados espontáneamente, se encuentra redoblada por la disciplina de un cuerpo jerarquizado que utiliza procedimientos codificados de resolución de conflictos entre los profesionales dedicados a la resolución reglada de conflictos. El cuerpo de juristas tiene aún menos reparo en convencerse de que el derecho encuentra su fundamento en sí mismo, en una norma fundamental como *norma normarum* —por ejemplo, la Constitución— de donde se deducen todas las normas de rango inferior, puesto que la *communis opinio doctorum*,¹⁸ enraizada en la cohesión social del cuerpo de intérpretes, tiende a conferir la apariencia

16 La maestría se reconocía entre otras cosas, por el arte de respetar el orden reconocido como legítimo en la enumeración de autoridades (cf. J.-M. Scholz, *op. cit.*).

17 Una nueva noción técnica en Bourdieu, para referirse en este caso a la formación de maneras de comprensión, de juicio y de actuación que surgen de la pertenencia de los sujetos a distintos campos sociales. Las diferentes condiciones sociales de existencia darian lugar a hábitos distintos de los individuos, que contribuirían a reforzar su pertinencia a un determinado grupo y a diferenciarlos de otros grupos en los que los hábitos son diferentes. (Nota del Traductor).

18 Durante la época de formación del derecho occidental, hasta la aparición del derecho natural racional y una legitimación legal

de un fundamento trascendental tanto a las formas históricas de la razón jurídica como a la creencia en la visión del orden social que ellas producen.¹⁹

La tendencia a interpretar como experiencia universal de un sujeto trascendente la visión compartida de una comunidad histórica, se observa dentro de todos los campos de producción cultural²⁰ que se muestran así como el lugar de actualización de una razón universal que no debería nada a las condiciones sociales dentro de las cuales se manifiesta. Pero, en el caso de las "disciplinas superiores", como la teología, el derecho o la medicina, que como observa Kant en *El conflicto de las facultades*, están claramente investidas de una función social, hace falta una crisis relativamente grave de este contrato de delegación para que la cuestión de su fundamento tome la forma de un problema real de la práctica social, como parece ser el caso hoy en día. Ciertos autores, como Kelsen, han transferido al derecho esta cuestión tradicional de la filosofía, pero de manera totalmente teórica.²¹

separada de la idea de un derecho natural divino, la *communis opinio doctorum* —no de todos los *doctores* obviamente— tenía fuerza de interpretación recta de los textos jurídicos: constituía la verdadera autoridad del texto. (Nota del traductor).

- 19 Según Andrew Fraser, la moralidad cívica del cuerpo judicial no reposaba en absoluto en un código de reglas expresas sino en un "sentido del honor tradicional", en un sistema de disposiciones para el que, en la adquisición de las virtudes asociadas al ejercicio de la profesión, lo esencial de lo que importa *se sabe sin necesidad de mencionarlo*: A. Fraser, *Telos* 60, Summer 1984, pp. 15-52.
- 20 La estrategia de universalización aparece así íntimamente ligada a las estrategias del campo de producción cultural para la creación de capital. Mediante la universalización atemporal, el campo es capaz de crear la ficción de la necesidad de su producción. Aconsejamos referirse a las páginas 59 y ss. de la Introducción del presente libro para tener una visión panorámica de los campos y de la producción al interior de los mismos.
- 21 Por el contrario, en la realidad misma de la existencia social la cuestión sobre el fundamento del conocimiento científico se

El efecto de apriorización que se inscribe en la lógica de funcionamiento del campo jurídico se revela con toda claridad en el lenguaje jurídico que, combinando elementos directamente tomados del lenguaje común y elementos extraños a su sistema, impregna todas sus manifestaciones de una retórica de impersonalidad y de neutralidad. La mayoría de los procesos lingüísticos característicos del lenguaje jurídico contribuyen para producir dos efectos mayores en la práctica. Uno, el efecto de neutralización, que se obtiene mediante un conjunto de rasgos sintácticos en los que hay una predominancia de las construcciones pasivas y giros impersonales, adecuados para resaltar la impersonalidad de la enunciación normativa y para constituir al enunciante en sujeto universal, a la vez imparcial y objetivo. Otro, el efecto de universalización, que se obtiene mediante diferentes procedimientos convergentes, como el recurso sistemático al modo indicativo para enunciar las normas;²² el empleo de verbos constatativos en tercera persona del singular del presente o del pa-

presenta desde el momento donde la "disciplina inferior" (filosofía, matemáticas, historia, etc.) se constituye como tal, sin otro apoyo que "la razón de los sabios". Es esta negativa a aceptar (como Wittgenstein o Bachelard, por ejemplo) que la constitución de los "sabios", es decir, que la estructura histórica del campo científico constituye el único fundamento posible de la razón científica, lo que condena a tantos filósofos a estrategias autofundadoras dignas del Barón de Münchhausen o a las dudas nihilistas de la ciencia, inspiradas aún en una nostalgia propiamente metafísica del "fundamento", principio no deconstruido de la "deconstrucción". (Nota del Traductor).

22 Desde hace mucho tiempo, los filósofos del derecho de tendencia iusnaturalista se han apoyado en este rasgo para pretender que los textos jurídicos no enuncian normas, sino que son constataciones, y que el legislador es alguien que enuncia el ser, no el deber ser, que dice lo que es justo o la justa proporción inscrita en las cosas mismas como propiedad objetiva: "El legislador prefiere describir las instituciones jurídicas que dar directamente las reglas" (G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, París, LGDJ, 1964, p.55).

sado compuesto que expresan un modo perfecto ("acepta", "confiesa", "se compromete", "ha declarado", etc.), adecuado para la retórica del dictado oficial y del proceso verbal; el uso del indefinido ("todo condenado...") y del presente intemporal (o del futuro jurídico), adecuados para expresar la generalidad y la omni-temporalidad de la norma jurídica; la referencia a valores trans-subjetivos que presuponen la existencia de un consenso ético (por ejemplo, "con la diligencia de un buen padre de familia");²³ y el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas, que dejan poco lugar a las variaciones individuales.²⁴

Lejos de ser un simple disfraz ideológico, esta retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad, que puede ser la base de una autonomía real de pensamientos y de prácticas, es la expresión misma de todo el funcionamiento del campo jurídico y, en particular, del trabajo de racionalización, en el doble sentido de Freud y de Weber,²⁵ al cual el sistema de normas jurídicas se encuentra constantemente sometido a pesar de los siglos transcurridos. En efecto, lo que se llama "espíritu jurídico

23 Cf. J.-L. Souriau y P. Lerat, *Le langage du droit*, Paris, PUF, 1975.

24 Bourdieu está hablando aquí de técnicas conocidas desde los tiempos del derecho romano, revitalizadas por la escolástica medieval y rescatadas en el siglo XX especialmente por aquellas teorías que sitúan el derecho en el campo de la retórica, como la tópica jurídica de Viehweg o la teoría de la argumentación de Perelman (véase para una breve historia de los planteamientos de la retórica y de su importancia histórica en el derecho las obras de Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, pp. 93-130. Las ideas de forma fija y fórmula lapidaria, paradójicamente, se encuentran vacías de contenido determinado en muchos casos, pero, pueden constituir puntos desde los que iniciar una argumentación jurídica, pueden ser usados como tópicos, como lugares comunes difícilmente eludibles por los participantes en el campo jurídico.

25 Véase la reflexión sobre el papel de Weber en el estudio de la racionalidad jurídica en el artículo previo, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", G. Teubner, 1983. (Nota del Traductor).

co" o "sentido jurídico", que constituye el verdadero derecho de entrada en el campo —junto con un dominio mínimo, obviamente, de los recursos jurídicos acumulados por generaciones sucesivas, es decir, del cuerpo de textos canónicos y del modo de pensar, de expresión y de acción en los cuales el canon se reproduce y que a su vez lo reproduce —consiste precisamente en esta *actitud universalizante*. La pretensión fundamental de una forma específica de juicio, irreductible a las intuiciones a menudo inconstantes del sentido de equidad, por ser la deducción consecuente tomada a partir de un cuerpo de normas sostenido por su coherencia interna, es uno de los fundamentos de la complicidad, productora de convergencia y acumulación, que une el conjunto de los agentes que se ganan la vida mediante la producción y la venta de bienes y servicios jurídicos, a pesar de ser un conjunto fuertemente diferenciado en su interior y de que los agentes compitan por los mismos objetivos profesionales.

IV

La elaboración de un cuerpo de reglas y de procedimientos con pretensión universal es el producto de la división del trabajo que resulta de la lógica espontánea que se produce por la rivalidad entre diferentes formas de competencia profesional, a la vez antagonistas y complementarias, que funcionan a su vez como formas de capital específico²⁶ y se encuentran también asociadas a posiciones diferen-

26 De nuevo aquí la idea de capital tiene un significado concreto al interior de la teoría social de Bourdieu. El capital del que se habla aquí es capital simbólico, social, que viene referido a una forma de riqueza que no tiene que ver con medios de producción físicos o dinero, sino con la acumulación de conocimiento, prestigio, reputación, títulos académicos, favores o autoridad. A lo largo de este texto, la noción de capital social juega un papel fundamental a la hora de explicar el mantenimiento del orden del campo jurídico. (Nota del traductor).

tes en el campo. Sin duda, la historia comparada del derecho permite observar que, según las tradiciones jurídicas y según los momentos al interior de una misma tradición, las jerarquías varian entre las grandes clases de agentes jurídicos y al interior de las propias clases, según las épocas y las tradiciones nacionales, y también según la especialidad —derecho público o derecho privado—, por ejemplo.

Debe observarse también el antagonismo estructural que, en los sistemas más diversos, opone las posiciones de los "teóricos" dedicados a la pura construcción doctrinal, a las posiciones de los "prácticos" preocupados exclusivamente por la aplicación. Es este antagonismo el que se encuentra también en los orígenes de una lucha simbólica permanente en la que se enfrentan definiciones diferentes del trabajo jurídico como interpretaciones autorizadas de los textos canónicos. Las diferentes categorías de intérpretes autorizados tienden siempre a distribuirse en dos polos extremos. De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores que tienen a su cargo la enseñanza, bajo una forma normalizada y formalizada, de las reglas en vigor. Por otro, la interpretación que mira hacia la valoración práctica de casos particulares, privilegio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y que pueden así, al menos en algunos casos, contribuir también a la construcción jurídica. De hecho, los productores de leyes, normas y reglamentos deben también contar con las reacciones, y algunas veces las resistencias, de todo el cuerpo de profesionales jurídicos y especialmente de los expertos judiciales (abogados, notarios, etc.) que, como se observa bien, por ejemplo, en el caso del derecho de sucesiones, pueden poner toda su competencia jurídica al servicio de intereses de ciertas categorías de su clientela y organizar las innumerables estrategias gracias a las cuales las familias o las empresas pueden anular los efectos de la ley. La signifi-

cación práctica de la ley no se determina realmente sino dentro de la confrontación entre los diferentes cuerpos (magistrados, abogados, notarios, etc.) animados por intereses específicos divergentes. Estos cuerpos se encuentran a su vez divididos en grupos animados por intereses desiguales y muchas veces opuestos, en función especialmente de la posición que ocupan dentro de la jerarquía interna del cuerpo y que corresponde siempre de manera bastante estrecha a la posición de su clientela dentro de la jerarquía social.

Se deduce de todo ello que una *historia social comparada de la producción jurídica* y del discurso jurídico sobre esta producción debería trabajar poniendo metódicamente en relación las distintas posiciones al interior de esa lucha simbólica con las posiciones dentro de la división del trabajo jurídico. Todo permite suponer que la tendencia a colocar el acento sobre la sintaxis del derecho es más bien un hecho de los teóricos y profesores, mientras que la atención a la praxis es, por el contrario, más probable dentro de los jueces. Esta historia debería considerar también la relación entre, por un lado, los cambios en la fuerza relativa de las posiciones a favor de una u otra orientación del trabajo jurídico, según el lugar y el momento, y, por otro, las variaciones de la fuerza relativa de las dos corrientes dentro de las relaciones de poder constitutivas de la estructura del campo.

La forma misma del cuerpo jurídico, especialmente su grado de formalización y de normalización, depende sin duda muy estrechamente de la fuerza relativa de los "teóricos" y de los "prácticos", de profesores y de jueces, de exégetas y de expertos, dentro de las relaciones de fuerza características de un estado del campo (en un momento dado dentro de una tradición determinada) y de su respectiva capacidad para imponer su visión del derecho y su interpretación. Se puede comprender de esta manera las diferencias sistemáticas que separan las gran-

des tradiciones nacionales y especialmente la gran división entre la tradición conocida como romano-germánica y la tradición angloamericana. En la tradición alemana y francesa, el derecho (sobre todo el privado), verdaderamente un "derecho de profesores" (*Professorenrecht*), se encuentra ligado a la superioridad de la *Wissenschaft*, de la doctrina, sobre el derecho procesal y en general sobre todo aquello que concierne a la prueba o a la ejecución de la decisión. Este derecho reproduce y refuerza la dominación de la alta magistratura, estrechamente vinculada al profesorado de la universidad, sobre los jueces, que por haber pasado por la universidad están más inclinados a reconocer la legitimidad de las construcciones de la alta magistratura que los *lawyers*,²⁷ formados de alguna manera en la práctica. En la tradición angloamericana, en contraste, el derecho es un derecho jurisprudencial (*case-law*),²⁸ fundado casi exclusivamente en las decisiones de los tribunales y en la regla del precedente y que se encuentra débilmente codificado. Es un derecho que da primacía a los procedimientos, que deben ser justos (*fair trial*), y en el que el dominio de la profesión

27 En inglés en el original. Los *lawyers*, a diferencia de los juristas continentales, se formaban en la práctica del derecho y no en las universidades. El acceso a la profesión no venía regulado por la posesión de un título académico y en el Reino Unido aún hoy en día es posible, aunque infrecuente, conseguir la admisión al ejercicio de la profesión sin necesidad de pasar por un entrenamiento académico en las facultades de derecho. Por otra parte, en la tradición del realismo jurídico americano, el *lawyer* es un profesional capaz de evaluar las posibilidades de éxito de su cliente en un conflicto, más que un experto en el conocimiento formal y abstracto de las normas. (Nota del traductor).

28 El "método del caso" consiste en el descubrimiento por parte del alumno de los principios que regulan una determinada área del derecho, tomando como base casos extraídos de la práctica judicial. Los estudiantes de derecho estadounidenses, a diferencia de los continentales, no acumulan libros de doctrina, sino estos libros de *case law* que constituyen el verdadero libro de texto para ellos. (Nota del traductor).

se adquiere sobre todo por la práctica o mediante técnicas pedagógicas dirigidas a acercarse al máximo a la práctica profesional, como el "método del caso", por ejemplo, que se emplea dentro de esas verdaderas escuelas profesionales que son las escuelas de derecho anglosajonas.²⁹ Por otra parte, el concepto de norma de derecho, que no se pretende fundado en una teoría moral o en una ciencia racional, puesto que se encuentra dirigido solamente a dar solución a un litigio, se sitúa deliberadamente al nivel de la casuística de las aplicaciones particulares, lo cual se comprende cuando se sabe que el gran jurista, en el derecho anglosajón, es el juez salido de entre las filas de los practicantes.

V

De hecho, el poder relativo de los diferentes tipos de capital jurídico dentro de las diferentes tradiciones debe ser puesto en relación con la posición general que ocupa el campo jurídico dentro del campo del poder. Es el campo del poder el que mediante el peso relativo concedido al "gobierno de la ley" (*the rule of law*) o a la reglamentación burocrática, asigna sus límites estructurales a la eficacia de la acción propiamente jurídica. En el caso de Francia, la acción jurídica se encuentra hoy limitada por el influjo que el Estado y los tecnócratas salidos de la Escuela

29 Las escuelas de derecho anglosajonas han peleado desde su nacimiento por adquirir el carácter de "verdaderas escuelas profesionales" de las que habla Bourdieu. Entendida la profesión jurídica como eminentemente práctica y en principio alejada del estudio teórico en instituciones académicas, la historia de las escuelas de derecho anglosajonas es la historia de su lucha por imponerse como centros de estudio de la práctica. Puede verse una historia de este proceso en el libro de Robert Stevens, *Law School: Legal Education in America From the 1850s to the 1980s, is the Closest Thing to a History of Modern American Legal Education yet to Appear* Chape Hill, Raleigh University of North Carolina Press, 1983.

Nacional de Administración³⁰ ejercen sobre vastos sectores de la administración pública y privada. En los EE.UU., al contrario, los *lawyers* salidos de las grandes escuelas de derecho (Harvard, Yale, Chicago, Standford) pueden ocupar posiciones fuera de los límites del campo jurídico propiamente dicho, como son la política, la administración, las finanzas o la industria. Ello produce diferencias sistemáticas, a menudo evocadas después de Tocqueville, en los usos sociales del derecho y, más concretamente, en el lugar concedido a los recursos jurídicos en el universo de las acciones posibles, especialmente en materia de luchas reivindicatorias.

El antagonismo entre los detentadores³¹ de los diferentes tipos de capital jurídico, que usan intereses y visiones muy diferentes en su trabajo específico de interpretación, no excluye la complementariedad de sus funciones y de hecho sirve como base de una forma sutil de *división del trabajo de dominación simbólica* en la cual los adversarios, objetivamente cómplices, se ayudan mutuamente. El canon jurídico es como una reserva de autoridad que garantiza, de forma similar a un banco central, la autoridad de los actos jurídicos singulares. Ello explica la débil inclinación de los hábitos jurídicos a las poses y a las posturas proféticas y, al contrario, la propensión, especialmente visible en los jueces al papel de *lectores* que se refugian cuando menos detrás de la apariencia de una simple aplicación de la ley y que cuando

30 La Escuela Nacional de Administración es uno de los centros más prestigiosos del sistema educativo francés y al igual que ocurre en los EE.UU. con las grandes escuelas de derecho, la mera admisión en la Escuela imprime el sello al estudiante de pertenecer a la élite profesional de la sociedad. (Nota del traductor).

31 En español la palabra detentador significa "aquel que retiene algo contra derecho". Aunque el término en el lenguaje ordinario ha llegado a equivaler en la mayoría de los casos a "poseedor", el uso de la palabra en el texto conserva toda su carga negativa. (Nota de traductor).

se encuentran en el acto de la creación jurídica tienden a disimularlo.³² Pensemos, por ejemplo, que el economista más directamente involucrado en los problemas prácticos de la gestión se mantiene unido, como en una "gran cadena del Ser" a la *Lovejoy*, al teórico puro de la economía, que produce algunos teoremas matemáticos poco más o menos desprovistos de referente en el mundo económico real, pero que se distingue al mismo tiempo de un matemático puro por el reconocimiento que los economistas más impuros han decidido conceder a sus construcciones. De la misma forma el juez de primera instancia (o, por ir a los últimos eslabones, el policía o el guardia de prisiones) está ligado al teórico del derecho puro y al especialista de derecho constitucional por una *cadena de legitimidad* que elimina de sus actos la característica de violencia arbitraria.³³

En efecto, es difícil no ver el principio de una complementariedad funcional dinámica en el conflicto permanente entre las pretensiones competitadoras por el monopolio del ejercicio legítimo de la competencia jurídica. Los profesores y los otros teóricos del derecho tienden a usar el derecho en el sentido de la teoría pura, es decir, ordenado en un sistema autónomo y autosuficiente y purificado de todas las incertidumbres o las lagunas ligadas a su génesis práctica, gracias a una reflexión basada en consideraciones de justicia y coherencia. Los jueces ordinarios, y otros practicantes, más preocupados por las aplicaciones que puedan hacerse a los casos concretos, orientan el sistema jurídico hacia una especie de casuística de las

32 Cf. *Travaux de l' Association Henri Capitant*, Tomo V, année 1949, pp. 74-76. Citado por R. David, *Les grands courants du droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1973 (5^a ed.), pp. 124-132.

33 Se encontraría una cadena del mismo tipo entre los teóricos y los "hombres sobre el terreno" en las estructuras políticas o al menos entre aquellos que por tradición reclaman una teórica económica o política.

situaciones concretas y oponen a los tratados teóricos de derecho puro instrumentos adaptados a las exigencias y a la *urgencia* de la práctica, como son los repertorios de jurisprudencia, los formularios de actos jurídicos o los diccionarios jurídicos (y en el mañana serán las bases de datos).³⁴ Es claro que los magistrados, mediante una práctica que los enfrenta directamente a la gestión de conflictos y a una demanda jurídica renovada sin cesar, tienden a asegurar la función de adaptación a lo real en un sistema que se arriesgaría a enfermar dentro de la rigidez de un rigorismo racional si fuera dejado en manos de los profesores. Los magistrados, por medio de la libertad más o menos grande de apreciación que se les deja en la aplicación de las normas, introducen cambios e innovaciones indispensables para la supervivencia del sistema, que posteriormente los teóricos deberán incorporar al mismo. Por su parte, los juristas, mediante el trabajo de racionalización y de formalización al que someten el cuerpo de normas, representan la función de asimilación, adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y la constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas irreductibles a la serie a veces contradictoria, compleja y, a la larga, imposible de conocer con detalle, de los actos de jurisprudencia sucesivos. Al mismo tiempo ofrecen a los jueces, siempre inclinados en razón de su posición y de su disposición a fiarse de su sólo sentido jurídico, el instrumento para suprimir de sus de-

34 Buen ejemplo del trabajo de codificación que produce lo jurídico a partir de lo judicial es la edición de sentencias de la Corte de casación y los procesos de selección, de normalización y de difusión que, a partir de un conjunto de sentencias seleccionadas por los presidentes de sala por su "interés jurídico", producen un cuerpo de reglas racionalizadas y normalizadas (cf. E. Severin, "Une production communautaire de la jurisprudence: l'édition juridique des arrêts", *Annales de Vauresson* 23, 2e sem, 1985, pp. 73-89).

cisiones la arbitrariedad demasiado visible de una *Kadijustiz*³⁵. Pertenecen a los estudiosos del derecho, al menos dentro de la tradición conocida como romano-germánica, no describir las prácticas existentes o las condiciones para la aplicación de las reglas declaradas conformes, sino *dar forma* a los principios y a las reglas usadas en estas prácticas, elaborando un cuerpo sistemático de normas fundadas en principios racionales y destinadas a recibir una aplicación universal. Al participar a un mismo tiempo del modo de pensar teológico, en la medida en que buscan la revelación de lo justo en la escritura de la ley, y del modo de pensar lógico, al pretender poner en práctica el método deductivo para aplicar la ley al caso concreto, pretenden fundar una “ciencia nomológica” que enunciaría los modos del deber ser científicamente. Como si quisieran reunir los dos sentidos separados de la idea de “ley natural”, practican una exégesis que tiene por fin racionalizar el derecho para asegurar la coherencia del cuerpo jurídico y también para deducir de los textos y de sus combinaciones las consecuencias no previstas y llenar así las famosas “lagunas” del derecho.

35 El kadi es un magistrado local en los países de derecho islámico. Para Weber, el derecho del kadi es un derecho racional material, es decir, es un derecho orientado fundamentalmente hacia fines conocidos y fijados por normas éticas, políticas o religiosas. La orientación necesaria hacia determinados fines no permite una fijación estricta de resultados a partir de normas formales, como pueden ser las normas procedimentales. En el derecho islámico, el Corán y la sunna— la aprobación de ciertas conductas tácitas o explícitas por el profeta, transmitidas de generación en generación— son verdades no discutibles y cualquier conducta o resultado de una conducta puede ser medido directamente con esos preceptos. Weber identifica la racionalidad material del derecho religioso islámico como opuesta a la racionalidad formal del derecho occidental, donde se presupone que el contenido material de los acuerdos se determina por las partes al interior de un proceso fijado por el legislador (véase Max Weber, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. —603 y ss.).

Si por una parte es necesario no subestimar la eficacia histórica de este trabajo de codificación que, incorporándose a su objeto, se convierte en uno de los factores principales de su transformación, por otra parte tampoco debemos dejarnos llevar, sin embargo, por la representación exaltada de la actividad jurídica que proponen sus propios teóricos. Un ejemplo del último caso sería Motulsky, que busca mostrar cómo la "ciencia jurídica" se define por un método deductivo propio y adecuado del tratamiento de datos, el "silogismo jurídico", que permite subsumir el caso particular dentro de una regla general.³⁶ Para quien no participa de la adhesión inmediata a las presuposiciones inscritas en el fundamento mismo del funcionamiento del campo —la adhesión que implica en última instancia la pertenencia al campo (*illusio*)— es difícil creer que las más puras construcciones de los profesores de derecho, y mucho menos los actos de la jurisprudencia del juez ordinario, obedezcan a la lógica deductivista que es la "cuestión de honor espiritual" del jurista profesional. Tal como los "realistas" han mostrado bien, es perfectamente vano pretender desarrollar una metodología jurídica perfectamente racional: en la práctica, la pretendida aplicación necesaria de una regla de derecho a un caso particular es en realidad una confrontación entre derechos antagonistas entre los cuales el tribunal debe escoger. La "regla" obtenida de un caso precedente no puede jamás ser pura y simplemente aplicada a un

36 H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjetifs*, Thèse, Paris, Sirey, 1948, especialmente las pp. 47-48. De la misma manera que los especialistas en epistemología que dan para la práctica real del investigador una reconstrucción *ex post* de la actividad científica tal como debiera ser, Motulsky reconstruye lo que sería (o debería ser) el "método de realización" conveniente para el derecho, distinguiendo una fase de investigación de la "regla posible", un tipo de exploración metódica del universo de las reglas del derecho y una fase de aplicación con el paso de la regla directamente aplicada al caso considerado.

nuevo caso, porque no hay jamás dos casos perfectamente idénticos y porque el juez debe determinar si la regla aplicada al primer caso puede o no puede ser extendida de manera que incluya el nuevo caso.³⁷ En pocas palabras, lejos de que el juez sea siempre un mero ejecutor que deduciría de la ley las conclusiones directamente aplicables al caso particular, éste dispone de una autonomía parcial que constituye ciertamente la mejor medida de su posición dentro de la estructura de la distribución del capital específico de autoridad jurídica.³⁸ Sus decisiones, que se inspiran en una lógica y en valores muy próximos a aquellos contenidos en los textos sometidos a su interpretación, tienen una verdadera función de invención. Si la

37 F. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 808-819.

38 La libertad que se permite en la interpretación varía considerablemente cuando nos movemos de la Corte de casación (que puede anular la "fuerza de la ley", por ejemplo, proponiendo una intervención estricta, como fue el caso con la Ley del 5 de abril de 1910 sobre "las jubilaciones de los obreros y campesinos") a los jueces de los tribunales de instancia, cuya formación escolar y cuya "desformación" profesional les inclinan a abdicar la libertad de interpretación de la que disponen teóricamente y a aplicar a las situaciones codificadas interpretaciones codificadas (exposiciones de motivos de las leyes, doctrina y comentarios de juristas, profesores o jueces sabios, y sentencias de la Corte de casación). Se puede tomar prestado de las observaciones de Remi Lenoir el ejemplo de ese tribunal de un barrio popular de París donde, todos los viernes por la mañana, la sesión está especialmente dedicada a un contencioso, siempre el mismo, concerniente a la ruptura de un contrato de venta o de alquiler, que se designa por el nombre de una empresa de alquiler y venta a plazos de aparatos del hogar y de televisión: los juicios, completamente predeterminados, son muy rápidos, los abogados, cuando los hay (cosa rara), ni siquiera toman la palabra (si la presencia de un abogado se revela útil, probando mediante ella que existe, incluso a éste nivel, un poder de interpretación, es sin duda porque se percibe como una manifestación de respeto hacia al juez y a la institución que, por ser quienes son, merecen alguna consideración —la ley no se aplica en todo su rigor—; es por ello que su presencia se constituye también como una indicación sobre la importancia de la sentencia y los riesgos de apelación).

existencia de reglas escritas tiende indudablemente a reducir la variedad de comportamientos, queda como alternativa que las conductas de los agentes jurídicos pueden referirse y someterse más o menos estrictamente a las exigencias de la ley y que siempre hay parte de arbitrariedad dentro de las decisiones judiciales, atribuible a las variables organizativas —como la composición del grupo decisional—, a los atributos de los justiciables o al conjunto de actos que las preceden y determinan —como las decisiones de la policía concernientes al arresto—.

VI

La interpretación causa una *historización de la norma*,³⁹ al adaptar las fuentes a las circunstancias nuevas, descubriendo en ellas las posibilidades inéditas y dejando a un lado aquello que está sobrepasado o caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que llega incluso a la completa indeterminación⁴⁰ o ambigüedad, la operación hermenéutica de *declaratio* dispone de una considerable libertad. No es extraño que el derecho, instrumento dócil, adaptable,

39 La historización como producto de la interpretación de las normas es un fenómeno destacado por todas las corrientes modernas de la interpretación. La historización no sólo es el producto de esa interpretación *sing* que toda interpretación posterior es también a su vez producto del fenómeno de historización previa. En términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido. Incluso autores neopositivistas como Karl Larenz, aceptan, sin reparos y no siempre de forma congruente con los postulados positivistas que abrazan, esta concepción del lenguaje.

40 La indeterminación del derecho es una característica esencial que se han encargado de destacar las teorías jurídicas que surgen bajo la influencia del giro lingüístico de los años cincuenta, es decir, de la separación entre ciencias del lenguaje y ciencias de la naturaleza y del convencimiento de que en las ciencias del lenguaje no es posible la determinación de reglas esta-

ágil, polimorfo, sea en la práctica dirigido para que contribuya a racionalizar *ex post* decisiones en las que no tuvo parte alguna. Los profesores de derecho y los jueces disponen todos, aunque en grados muy distintos, del poder de explotar la polisemia o la anfibología de las fórmulas jurídicas recurriendo sea a la *restrictio*, proceso necesario para no aplicar una ley que, entendida literalmente, debería ser aplicada, sea a la *extensio*, procedimiento que permite aplicar una ley que, entendida literalmente, debería no serlo, o también porque todavía recurren a todas las técnicas que, como la analogía, como la distinción entre la letra y el espíritu, etc., tienden a extraer el partido máximo de la elasticidad de la ley e incluso de sus contradicciones, sus ambigüedades y sus lagunas.⁴¹

De hecho, la interpretación de la ley no es nunca el acto solitario de un magistrado ocupado en fun-

bles que permitan elaborar una ciencia positiva en el sentido del siglo XIX. La indeterminación del lenguaje sería uno de los factores importantes en la propia indeterminación del derecho, a la que contribuyen otra serie de factores que no es oportuno mencionar aquí. Esa indeterminación del derecho ha sido objeto de una gran atención por parte del movimiento Critical Legal Studies y puede verse un muy interesante artículo que se apoya en esta noción de indeterminación en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

41 Mario Sbriccioli propone un inventario de procesos codificados que permitan a los juristas (abogados, magistrados, expertos, consejeros políticos, etc.) de las pequeñas comunidades de la Edad Media, "manipular" el cuerpo jurídico: por ejemplo, la *declaratio* puede apoyarse en la rúbrica, la materia de la norma, el uso y la significación corriente de los términos o su etimología, instrumentos que a su vez se subdividen pudiéndose darse contradicciones entre la rúbrica y el texto, cuando se parte de uno para comprender el otro y a la inversa (cf. M. Sbriccioli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, A. Giuffrè, 1969 y "Politique et interprétation juridiques dans les villes italiennes du Moyen-âge", *Archives de philosophie du droit*, XVII, 1972, pp. 99-113).

dar en la razón jurídica una decisión más o menos extraña a la razón y al derecho, al menos en su génesis, ni es el acto de un individuo que actuara como un hermeneuta preocupado por producir una aplicación fiel de la regla, como lo cree Gadamer, o como un sujeto lógico sometido al rigor deductivo del "método de ejecución" (ejecución), como lo querría Motulsky. En realidad, el contenido práctico de la ley que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales; por ello, son desigualmente capaces de poner en marcha los recursos jurídicos disponibles mediante la exploración y la explotación de "reglas posibles" e igualmente desiguales a la hora de utilizar esos recursos eficazmente, es decir, como armas simbólicas, para hacer triunfar su causa. El efecto jurídico de las reglas, su *significación* real, se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales, que puede pensarse que tiende a reflejar la relación de fuerza entre los justiciables correspondientes, asumiendo por descontado que el valor en pura equidad de las causas concernientes sea el mismo.

Al conceder la naturaleza de *sentencia* a una decisión judicial que debe efectivamente más a las actitudes éticas de los partipantes que a las normas puras del derecho, el trabajo de racionalización confiere a la decisión la *eficacia simbólica* que ejerce toda acción cuando se reconoce como legítima y se ignora su arbitrariedad. El fundamento de esta eficacia reside, al menos en parte, en el hecho de que la sensación de necesidad lógica sugerida por la forma tiende a contaminar el contenido, salvo que exista una vigilancia especial. El formalismo racional o racionalizante del derecho racional, que se suele oponer, siguiendo a Weber, al formalismo mágico de los rituales y de los procedimientos arcaicos de adjudicación (como el sermón individual o colectivo), participa de la eficacia simbólica del

derecho más racional.⁴² Y el ritual destinado a exaltar la autoridad del acto de interpretación —lecturas de textos, análisis y proclamación de conclusiones, etc.—, el cual, desde Pascal, ha atraído siempre la atención de los analistas, no hace sino reforzar todo el trabajo colectivo de sublimación destinado a testimoniar que la decisión expresa no la voluntad y la visión del mundo del juez sino la *voluntas legis* (o *legislatoris*).

EL ESTABLECIMIENTO DEL MONOPOLIO

I

En realidad, el establecimiento de un “espacio judicial” implica la creación de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidos, culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental —y en particular de toda la posición lingüística— que supone la entrada en este espacio social. La constitución de una competencia propiamente jurídica, dominio técnico de un conocimiento sabio a menudo antinómico de las simples recomendaciones del sentido común, entraña la descalificación del sentido de equidad de los no especialistas y la revocación de su construcción espontánea de los hechos, de su “visión del asunto”. La separación entre la visión vulgar del que va a ser *justiciable*, es decir, de un cliente, y la visión sabia del experto, juez, abogado, consejero jurídico, etc., no tiene nada de accidental: es constitutiva de una relación de poder que funda dos sistemas diferentes de presupuestos, de

42 Cf. P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, sobre el efecto de la formalización, pp. 20-21; y sobre el efecto de la institución, pp. 125 y ss.

intenciones expresivas, en pocas palabras, de dos visiones del mundo. Esta separación, que es el fundamento de una desposesión, resulta del hecho de que, a través de la estructura misma del campo, y del sistema de principios de visión y de división⁴³ que se inscribe en su ley fundamental, de su constitución, se impone un sistema de exigencias cuyo núcleo es la adopción de una posición comprehensiva, patente especialmente en materia de lenguaje.

Si se está de acuerdo con la observación de que, como todo lenguaje sabio (el lenguaje filosófico, por ejemplo), el lenguaje jurídico consiste en un uso particular del lenguaje ordinario, los analistas tienen muchas dificultades en descubrir el verdadero principio de esta "combinación de dependencia e independencia".⁴⁴ Ciertamente, no nos podemos contentar con invocar el efecto del contexto o de "red" en el sentido de Wittgenstein, que extrae las palabras y las locuciones ordinarias de su sentido ordinario. La transmutación que afecta a la totalidad de rasgos lingüísticos se encuentra ligada a la adopción de una actitud general, que no es otra cosa que la forma incorporada de un sistema de principios de visión y de división que constituyen un campo caracterizado en sí mismo por la independencia en y para la dependencia. Austin se sorprendía de que no nos preguntásemos nunca seriamente por qué "nombramos cosas distintas por el mismo nombre" y por qué, podría uno añadir, no hay gran inconveniente en

43 Bourdieu se está refiriendo a la manera en la que el campo construye la forma de tratar la realidad social mediante la construcción en términos adecuados a las necesidades del campo de esa realidad (principio de visión) y a la creación de las categorías que permiten de alguna manera la moralización de esas construcciones. No en vano Bourdieu define su teoría como un "estructuralismo constructivista" (aunque aquí estructuralismo tiene un sentido distinto al de la corriente de Levi-Strauss, véase *Choses dites*). (Nota del traductor).

44 Th. Vennet Hooft, "La philosophie du langage ordinaire et le droit", *Archives de philosophie du droit*, XVII, 1972, pp. 261-284.

que lo hagamos. Si el lenguaje jurídico puede permitirse emplear una palabra para nombrar cosas totalmente diferentes de las que designa en el lenguaje ordinario, es que los dos usos están asociados a posiciones lingüísticas tan radicalmente excluyentes como lo son, según la fenomenología, la conciencia perceptiva y la conciencia imaginaria. De manera que la "colisión homonímica" (o el malentendido) resultante del encuentro de dos significantes sería extremadamente improbable. El principio de la separación entre los dos significantes, que se busca ordinariamente dentro del efecto del contexto, no es otra cosa que la dualidad de los espacios mentales, solidarios con los espacios sociales diferentes que los sostienen. Esta *discordancia posicional* es el fundamento *estructural* de todos los malentendidos que se puedan producir entre los usuarios de un código sabio (médicos, jueces, etc.) y los simples profanos, tanto en el nivel sintáctico como en el nivel lexicológico, siendo los más significativos los que surgen cuando las palabras del lenguaje ordinario, vaciadas de su sentido común por el uso sabio, funcionan para el profano como "falsos sinónimos".⁴⁵

II

El espacio judicial funciona como un *espacio neutral*, que opera una verdadera *neutralización* de lo que está en juego a través de la abstracción de la realidad y el distanciamiento que se producen al transformarse el enfrentamiento directo de intereses en un diálogo entre mediadores. En cuanto que terceros no involucrados directamente en la disputa, que permanecen indiferentes a lo que directamente se encuentra en juego (lo que no quiere decir desinteresados) y que están

45 Es el caso, por ejemplo, de la palabra "causa" que no tiene en absoluto, dentro del lenguaje común, el sentido que se le da en el derecho (cf. Ph. Vissert Hooft, *op. cit.*).

preparados para aferrar las realidades calientes del presente mediante la referencia a textos antiguos y precedentes confirmados, los agentes especializados del derecho introducen una distancia neutralizante sin quererlo ni saberlo en ocasiones. En el caso de los magistrados pareciera cuando menos casi que un imperativo de su función y se encontraría en lo más profundo de las costumbres jurídicas. Las disposiciones que incorporan la ejecución del deber de abstención, a la vez ascéticas y aristocráticas, son constantemente invocadas y reforzadas por el grupo de pares, siempre raudo a condenar y a censurar a aquellos que se comprometen demasiado abiertamente en los asuntos de dinero o en las cuestiones políticas. En pocas palabras, la transformación de conflictos irreconciliables de intereses en intercambios reglados de argumentos racionales entre sujetos iguales se encuentra inscrita en la existencia misma de un personal especializado encargado de organizar la *manifestación pública* de los conflictos sociales, según formas codificadas, y de aportarles soluciones socialmente reconocidas como imparciales porque están definidas según las reglas formales y lógicamente coherentes de una doctrina percibida como independiente de los antagonismos inmediatos.⁴⁶ Este personal especializado es independiente de los grupos sociales en conflicto. En este sentido, la representación propia del derecho que describe el tribunal como un espacio separado y delimitado, donde el conflicto se convierte en diálogo de expertos y el proceso aparece como un progreso dirigido hacia la verdad,⁴⁷ es una buena evocación de una de las dimensiones del efecto simbólico.

46 El recurso al derecho implica, en muchos casos, el reconocimiento de una definición de las formas de reivindicación o de lucha que privilegia las luchas individuales (y legales) en detrimento de otras formas de lucha

47 "Así el derecho nace del proceso, del diálogo reglado, cuyo método es la dialéctica" (M. Villey. *Philosophie du droit*, II, Paris, Dalloz, 1979, p.53).

co del acto jurídico como aplicación libre y racional de una norma universal y científicamente fundada.⁴⁸ La decisión judicial condensa toda la ambigüedad del campo jurídico, es un compromiso político entre exigencias irreconciliables que, sin embargo, se presenta finalmente como una síntesis lógica entre tesis antagónicas. Debe su eficacia específica al hecho de que participa a la vez de la lógica del campo político, que se caracteriza por la oposición entre los amigos (o aliados) y los enemigos, y tiende a excluir la intervención arbitral de un tercero, y de la lógica del campo científico que, cuando alcanza un alto grado de autonomía, tiende a conferir primacía práctica a la oposición entre verdadero y falso, concediendo un poder arbitral de hecho al acuerdo entre pares.⁴⁹

III

El campo judicial es el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes. Estos profesionales tienen en común conocer y reconocer la regla del juego jurídico, es de-

48 Todo en las representaciones de la práctica jurídica (concebida como una decisión racional o como una aplicación deductiva de una regla del derecho) y en la doctrina jurídica misma, que tiende a concebir el mundo social como un simple agregado de acciones llevadas a cabo por los *sujetos de derecho* racionales, iguales y libres, predisponía a los juristas en tiempos de fascinación por Kant o Gadamer a buscar en la Rational Action Theory los instrumentos de un aggiornamento de las justificaciones tradicionales del derecho (eterna renovación de las técnicas de eternización...).

49 La tradición filosófica (y especialmente Aristóteles en la *Tópica*) evoca de manera casi explícita la constitución del campo social que es el principio de la constitución del intercambio verbal como *discusión heurística* explícitamente orientada, por oposición al debate erístico, hacia la *investigación* de las proposiciones variables para un *auditorio universal*.

cir, las reglas escritas y no escritas del campo, aquellas reglas que es necesario conocer para triunfar contra la letra de la ley (en Kafka, el abogado es tan inquietante como el juez). Desde los tiempos de Aristóteles hasta Kojéve, en la definición que ha sido presentada a menudo del jurista como "tercero mediador", lo esencial es la idea de *mediación* (y no de arbitraje) y lo que ésta implica, en términos de perdida de la relación de apropiación directa e inmediata de la propia causa: ante los litigantes se yergue un poder trascendental, irreducible al enfrentamiento de visiones del mundo privadas, que no es otra cosa que la estructura y el funcionamiento del espacio socialmente instituido de este enfrentamiento.

El hecho de que la entrada en el universo jurídico implique la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, de la tautología constitutiva que quiere que los conflictos no puedan ser reglados sino jurídicamente, lo que equivale a hacerlo mediante las reglas y las convenciones del campo jurídico, determina que la entrada en el universo jurídico se acompañe de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que está en juego en el litigio. La constitución del campo jurídico es un principio de constitución de la realidad (lo cual es cierto para todo campo). Entrar en el juego, aceptar jugar el juego, ponerse en manos del derecho para reglar el conflicto, es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión que implica la renuncia a la violencia física y a las formas elementales de la violencia simbólica, como la injuria. Es también, sobre todo, reconocer las exigencias específicas de la construcción jurídica del objeto: si se asume que los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica (y no a la inversa), es necesaria una verdadera retraducción de todos los aspectos del "asunto" para, de una parte, *ponere causam*, como decían los romanos, o en otras palabras, para constituir el obje-

to de controversia en tanto que *causa*, es decir, en tanto que problema jurídico adecuado para ser el objeto de debates jurídicamente reglados; y para, por otra parte, retener todo lo que merece ser presentado desde el punto de vista del principio de pertinencia jurídica y tan sólo eso: lo que pueda valer como hecho, como argumento favorable o desfavorable, etc.

IV

Entre las exigencias que están implícitamente inscritas en el contrato que define la entrada dentro del campo jurídico se pueden, siguiendo a Austin, mencionar tres. La primera, el hecho de que se debe llegar a una decisión y a una decisión "relativamente blanca o negra, culpable o no culpable, para el demandante o el demandado". La segunda, el hecho de que la acusación y las demandas deben colocarse dentro de una de las categorías reconocidas de procedimiento que se han establecido en el curso de la historia y que, a pesar de su número, son muy limitadas y muy estereotipadas con relación a las acusaciones y a las defensas posibles en la vida cotidiana (lo que hace que existan conflictos y argumentos de todo tipo que no son tratados por la ley, por triviales en exceso, o que quedan fuera de la ley, por ser exclusivamente morales). La última exigencia sería el hecho de que uno debe referirse y conformarse a los precedentes, lo que puede llevar a la distorsión de las creencias y de las expresiones ordinarias.⁵⁰

50 De este conjunto de **exigencias constitutivas** de la visión del mundo jurídico se desprende, según Austin, el hecho de que los juristas no den a las **expresiones ordinarias** su sentido ordinario y de que, más allá de inventar términos técnicos o sentidos técnicos para los **términos ordinarios**, tengan una relación especial con el **lenguaje que les lleva a realizar extensiones y restricciones insólitas** (cf. J.-L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p.136).

La regla que impone sujetarse a las decisiones jurídicas anteriores para decidir jurídicamente, o *stare decisis*,⁵¹ es al pensamiento jurídico lo que el precepto durkheimiano "explicar lo social por lo social" es al pensamiento sociológico: no es sino otra manera de afirmar la autonomía y la especificidad del razonamiento y de las decisiones jurídicas. La referencia a un cuerpo de precedentes reconocidos, que funcionan como un espacio de posibilidades, al interior del cual puede encontrarse la solución, es lo que constituye el fundamento racional de la decisión jurídica, haciéndola aparecer como el producto de una aplicación neutra y objetiva de una competencia específicamente jurídica, una decisión que en realidad puede estar inspirada en otros principios totalmente. Pero del hecho, entre otras cosas, de que los precedentes son al menos tan utilizados como instrumentos de racionalización que como razones determinantes y que el mismo precedente, construido de maneras distintas, puede ser invocado para justificar tesis opuestas, y también de que la tradición jurídica ofrece una gran diversidad de precedentes y de interpretaciones entre las que se puede elegir la que mejor se adapte a nuestras pretensiones,⁵² es necesario tener cuidado en cuanto hacer del *stare decisis* una especie de postulado racional adecuado para garantizar la constancia, la previsibilidad y también la objetividad de las decisiones judiciales (en definitiva, de pensarla como una limi-

51 Como bien sabe cualquier abogado practicante al interior de la tradición romano-francesa, técnicamente la regla del *stare decisis* no opera en esos sistemas legales, donde la jurisprudencia tiene el valor de informar las interpretaciones futuras (aunque cualquier practicante sabe también que un buen camino para iniciar el estudio de la estrategia legal es conocer la jurisprudencia de los tribunales superiores). La regla del *stare decisis* como tal sólo operaría en los sistemas de *common law*. (Nota del traductor).

52 Cf. D. Kayris, "Legal Reasoning", in: D. Kayris (ed.), *The Politics of Law*, New York, Pantheon Books, 1982, pp. 11-17.

tación que se establece a la arbitrariedad de las decisiones subjetivas). La previsibilidad y la calculabilidad que Weber otorga al "derecho racional" reposan ante todo en la constancia y la homogeneidad de los hábitos jurídicos: las disposiciones comunes, modeladas sobre la base de experiencias comunes familiares a todos, a través de los estudios del derecho y de la práctica de las profesiones jurídicas, funcionan como categorías de percepción y de apreciación que estructuran la percepción y la apreciación de los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas.⁵³

V

Sin aceptar todos sus presupuestos, nos podemos apoyar en la tradición conocida como *dispute theory* para hacer una descripción del trabajo colectivo de "categorización" que tiende a transformar una queja percibida, o incluso desapercibida, en una queja explícitamente adjudicada —transformada en última instancia en una declaración de responsabilidad— y a transformar una simple disputa en un proceso. Nada es menos natural que la "necesidad jurídica" o el sentimiento de la injusticia que puede llevar a recurrir a los servicios de un profesional: se sabe, en efecto, que la sensibilidad hacia la injusticia o la capacidad de percibir una experiencia como injusta no está uniformemente repartida y depende estrechamente de la posición que se ocupa en el espacio social. Es decir, que el paso de la queja desapercibida a la queja percibida y nombrada y especialmente adjudicada supone un trabajo de cons-

53 Algunos *legal realists*, negando a la regla toda eficacia específica, han llegado incluso a reducir el derecho a la simple regularidad estadística, garante de la previsibilidad del funcionamiento de las instancias jurídicas.

trucción de la realidad social que incumbe, en gran parte, a los profesionales. El descubrimiento de la injusticia como tal reposa en el sentimiento de tener derechos (*entitlement*), y el poder específico de los profesionales consiste en la capacidad de *revelar* los derechos y al mismo tiempo las injusticias o, al contrario, de censurar el sentimiento de injusticia fundado sobre el sólo sentido de la equidad y, por ese medio, disuadir la defensa judicial de derechos subjetivos. Los profesionales tienen, en definitiva, el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros.⁵⁴ Es así también que los profesionales crean la necesidad de sus propios servicios al constituir en problemas jurídicos los problemas expresados en el lenguaje ordinario, por el hecho de que los traducen al lenguaje del derecho, y también al proponer una evaluación anticipada de las posibilidades de éxito y de las consecuencias de las diferentes estrategias. No cabe duda, además, de que son guiados en su trabajo de construcción de las *disputes* por sus intereses financieros, pero también por sus tendencias éticas o políticas, origen de afinidades socialmente fundadas con sus clientes (se sabe, por ejemplo, que numerosos abogados desaniman las reivindicaciones legítimas de clientes contra las grandes empresas, en materia de consumo especialmente); finalmente, y sobre todo, son guiados por sus intereses

54 De hecho, uno de los poderes más significativos de los *lawyers* está constituido por el trabajo de expansión, de amplificación, de las *disputes*. Este trabajo propiamente político consiste en transformar las definiciones admitidas transformando las palabras o las etiquetas atribuidas a las personas o a las cosas. Usualmente, equivale a recurrir a las categorías del lenguaje legal, para hacer entrar a la persona, a la acción, a la relación implicada en una clase de categorías más amplia. Sobre este trabajo de expansión, véase L. Mather y B. Yngvesson, "Language, Audience and the Transformation of Disputes", *Law and Society Review*, vol. 15, 3-4, 1980-1981, pp. 776-821.

más específicos, los que se definirían en sus relaciones objetivas con los otros especialistas, y que se actualizan, por ejemplo, en el círculo mismo del tribunal (al dar lugar a negociaciones explícitas o implícitas). El efecto del campo se manifiesta en el hecho de que las instituciones judiciales tienden a producir verdaderas tradiciones específicas y, en particular, categorías de percepción y de apreciación totalmente irreducibles a las de los no especialistas, que engendran sus problemas y sus soluciones según una lógica totalmente hermética e inaccesible a los profanos.⁵⁵

El cambio del espacio mental, que está práctica y lógicamente asociado al cambio de espacio social, asegura el *dominio de la situación* a los poseedores de la competencia jurídica, los únicos capaces de adoptar la actitud que permite construir esta situación de acuerdo con la ley fundamental del campo. El campo jurídico reduce al estado de clientes de los profesionales a aquellos que aceptando entrar renuncian tácitamente a administrar ellos mismos el conflicto (mediante el recurso a la fuerza o a un árbitro no oficial o por la búsqueda directa de un acuerdo amistoso). El campo convierte los intereses prejurídicos de los agentes en causas judiciales y transforma en capital la competencia que asegura el control de los recursos jurídicos exigidos por la lógica del campo.

VI

La constitución del campo jurídico es inseparable de la instauración del monopolio de los profesionales

55 Cf. sobre todos estos puntos, W.L. F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", en: *Law and Society Review*, vol. 15, 3-4, 1980-81, pp. 631-654; D. Coates, S. Penrod, "Social Psychology and the Emergence of Disputes", *ibid.*, pp. 654-680; L. Mather, B. Yngesson, *op. cit.*

sobre la producción y la comercialización de esta categoría particular de productos que son los servicios jurídicos. La competencia jurídica es un poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ya que puede determinar qué conflictos merecen entrar en él y la forma específica que deben revestir para constituirse en debates propiamente jurídicos. Solamente ella puede proporcionar los recursos necesarios para realizar el trabajo de construcción que permite reducir la realidad a su definición jurídica, a una ficción eficaz, al precio de una selección de las propiedades pertinentes. El cuerpo de profesionales se define por el monopolio de los instrumentos necesarios para la construcción jurídica que es, en sí misma, apropiación. La importancia de los beneficios que asegura a cada uno de sus miembros el monopolio del mercado de los servicios jurídicos depende del grado de control que puedan ejercer, de una parte, sobre la producción de los productores, es decir, de la formación y sobre todo de la consagración por la institución educativa de agentes jurídicamente autorizados a vender servicios jurídicos y, por otra parte, ligado a lo anterior, del control sobre la oferta de servicios jurídicos.

La mejor prueba de estas afirmaciones se puede observar por los efectos que ha producido, tanto en Europa como en los EE.UU., la crisis del modo de acceso tradicional a las profesiones jurídicas (así como a los cuerpos de médicos, de arquitectos y otros poseedores de diferentes clases de capital cultural). Por ejemplo, los esfuerzos por limitar la oferta o por reducir los efectos negativos de la intensificación de la competencia (como la disminución de los ingresos) mediante medidas dirigidas a elevar las barreras de entrada a la profesión (*numerus clausus*). O los esfuerzos por incrementar la demanda, por las vías más diversas, que van desde la publicidad, sobre todo en EE.UU., hasta las empresas militantes que tienen por efecto (lo que no quiere decir por fin) abrir los servicios jurí-

dicos a nuevos mercados, promoviendo los derechos de las minorías desfavorecidas o animando a las minorías a hacer valer sus derechos o, más generalmente, intentando conseguir que los poderes públicos contribuyan de manera directa o indirecta a sostener la demanda jurídica.⁵⁶

La evolución reciente del campo jurídico nos da ocasión de observar directamente el proceso de construcción de la apropiación, acompañado de la desposesión correlativa de los simples profanos, mediante la creación de una demanda que hace entrar en el orden jurídico un dominio de la práctica abandonado hasta ese momento a formas prejurídicas de solución de conflictos. La justicia mediadora *prud'hommal*,⁵⁷ que ofrecía tradicionalmente acogida a una especie de arbitraje fundado sobre la equidad y ejercido por hombres de experiencia, según procedimientos simples, ha sido el objeto de un semejante proceso de anexión.⁵⁸ Por efecto de una complicidad objetiva entre los representantes sindicales mejor formados culturalmente y ciertos juristas que, aprovechándose de una pre-

56 Sobre los efectos del crecimiento de la población de *lawyers* en EE.UU., véase R.L. Abel, "Toward a Political Economy of Lawyers", en: *Wisconsin Law Review* 5, 1981, pp. 1117-1187.

57 He preferido mantener la palabra francesa *prud'homme* y su adjetivo *prud'hommal*, por la peculiaridad de la institución y la especificidad del término en el derecho francés. El *prud'homme* es un componedor amigable, un "hombre bueno", que en el derecho del trabajo francés tiene una función conciliadora obligatoria en todo tipo de conflictos entre trabajadores de empresas privadas y empleadores. La figura, creada en pleno imperio napoleónico, ha sobrevivido sin interrupción hasta nuestros días y su eficacia la ha convertido en un paso previo obligatorio en muchos casos antes de acudir a la jurisdicción ordinaria y la ha convertido en producto de transplante jurídico en varias legislaciones europeas.

58 Cf. P. Cam, "Juges rouges et droit du travail", *Actes de la recherche en sciences sociales* 19, janvier 1978, pp. 2-27, et *Les prud'hommes, juges ou arbitres*, Paris, FNSP, 1981; y sobre todo, J.-P. Bonafé-Schmitt, "Pour une sociologie du juge prud'hommal", *Annales de Vauresson* 23, 2e sem., 1985, pp. 27-50.

ocupación generosa por los intereses de los más indefensos, extienden el mercado ofrecido a sus servicios, ese islote de autoconsumición jurídica se ha encontrado poco a poco integrado dentro del mercado controlado por los profesionales. Sus consejeros se encuentran cada vez más constreñidos a hacer apelación al derecho para producir y para justificar sus decisiones, especialmente porque los demandantes y los demandados tienden cada vez más a colocarse en el terreno jurídico y a recurrir a los servicios de los abogados, y también porque la multiplicación de esas solicitudes fuerza a los *prud'hommes* a referirse a decisiones de la Corte Suprema, efecto del que se aprovechan las revistas de jurisprudencia y los profesionales que son cada vez más y más a menudo consultados por los patronos o los sindicatos.⁵⁹ En pocas palabras, a medida que un campo (aquí un subcampo) se constituye, un proceso de *refuerzo circular* se pone en movimiento: cada progreso en el sentido de la "juridificación" de una dimensión de la práctica engendra nuevas "necesidades jurídicas" y, por consiguiente, nuevos intereses jurídicos en aquellos que, estando en posesión de la competencia específicamente exigida (el derecho del trabajo en el caso que nos ocupa), encuentran un nuevo mercado. Estos nuevos participantes conocedores del campo determinan una elevación del formalismo jurídico de los procedimientos mediante su intervención y contribuyen así a reforzar la necesidad de sus propios servicios y de sus propios productos, determinando la exclusión de hecho de los simples profanos, que ahora se ven obligados a recurrir al consejo de los profesionales, que poco a poco van ocupando el lugar de los demandantes y de

59 Cf. Y. Delezay, "De la médiation au droit pur: pratiques et représentations savantes dans le champ du droit". *Annales de Vaucresson* 21, octubre 1984, pp. 118-148.

los defensores, convertidos así en simples justificables⁶⁰ (clientes).

Dentro de la misma lógica, se puede mostrar cómo la vulgarización militante del derecho del trabajo, que asegura a un número importante de no profesionales un buen conocimiento de las reglas y de los procedimientos jurídicos, no tiene por efecto asegurar una reapropiación del derecho por sus utilizadores en detrimento del monopolio de los profesionales, sino más bien determinar un desplazamiento de la frontera entre los profanos y los profesionales que, empujados por la lógica de la competencia al interior del campo, deben redoblar la especificidad para conservar el monopolio de la interpretación legítima y escapar a la desvalorización asociada a una disciplina que ocupa una posición inferior dentro del campo jurídico.⁶¹ Otra manifestación de esta tensión entre la búsqueda de la extensión del mercado mediante la conquista de un sector abandonado al autoconsumo jurídico (búsqueda que puede ser tanto más eficaz, como en el caso de los *prud'hommes*, cuando es inconsciente o inocente) y el refuerzo de la autonomía, es decir, de la separación entre los profesionales y los profanos se observa a menudo en el marco, por ejemplo, del funcionamiento de las jurisdicciones disciplinarias dentro de las empresas privadas. En estas organizaciones la preocupa-

60 Se tiene aquí un ejemplo típico de uno de esos procesos que, cuando no son descritos en el lenguaje ingenuo de la "recuperación", predisponen adecuadamente al funcionalismo de la peor clase, incitando a pensar que toda forma de oposición a los intereses dominantes cumple una función útil para la perpetuación del orden constitutivo del campo; que la herejía tiende a reforzar el orden mismo que, al mismo tiempo que la combate, la acoge y la absorbe, y sale fortalecido de este enfrentamiento.

61 Cf. R. Dhoquois, "La vulgarisation du droit du travail. Reappropriation par les intérêts ou développement d'un nouveau marché pour les professionnels", *Annales de Vauresson* 23, 2e sem. 1985, pp. 15-26.

ción por mantener con relación a los profanos la distancia que define la pertenencia al campo, y que se echa a perder con una defensa demasiado directa de los intereses de los representados, lleva a los mediadores semiprofesionales a acrecentar el nivel técnico de sus intervenciones para marcar mejor la separación con aquellos cuyos intereses defienden, y dar así una mayor autoridad y una mayor neutralidad a su defensa, pero a riesgo de desmentir de esa forma las intenciones que crean la lógica misma de la situación de negociación en términos amistosos.⁶²

EL PODER DE NOMBRAR

I

El proceso representa una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social, es una confrontación de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y valorativos, que concluye abruptamente mediante la sentencia solemne enunciada por una "autoridad" social representante de los intereses sociales. En esta lucha —en la que se enfrentan visiones del mundo diferentes, en ocasiones antagonistas, que pretenden imponer su reconocimiento en la medida de su autoridad y consecuentemente hacerse realidad— está en juego el monopolio del poder para imponer el principio universalmente reconocido del conocimiento del mundo social, el *nomos* como principio universal de visión y de división (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), por consiguiente, como principio de *distri-*

62 Cf. Y. Dezelay, "Des affaires disciplinaires au droit disciplinaire: la jurisdictionnalisation des affaires disciplinaires comme enjeu social et professionnel", *Annales de Vauresson* 23, 2e sem. 1985, pp. 51-71.

bución legítima.⁶³ En esta lucha, el poder judicial, a través de sentencias dotadas de sanciones que pueden consistir en actos de coacción física como la privación de la vida, de la libertad o de la propiedad, manifiesta el punto de vista que transciende a las perspectivas particulares y que es la visión soberana del Estado, detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima.

A diferencia del insulto proferido por un simple particular que, en tanto que discurso privado, *idios logos*, no compromete sino a su autor y no tiene apenas eficacia simbólica, la sentencia del juez, que termina los conflictos o las negociaciones a propósito de las cosas o de las personas proclamando públicamente en última instancia lo que ellas son verdaderamente, pertenece a la clase de *actos de nominación* o de *instauración* y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública, oficial que se enuncia en nombre de todos y en frente de todos. En cuanto son juicios de atribución formulados públicamente por agentes que actúan como mandatarios autorizados por una colectividad y constituidos así en modelo de todos los actos de categorización (*katégoreshai*, como sabemos, significa acusar públicamente), estos enunciados performativos son actos mágicos que tienen éxito porque tienen la capacidad de hacerse reconocer universalmente, por lo tanto de obtener que nada pueda negar o ignorar el punto de vista, la visión, que imponen.

El derecho consagra el orden establecido al consagrarse una visión de este orden que es una visión de Estado, garantizada por el Estado. Asigna a los actores una identidad garantizada, un estado civil y,

63 El rex arcaico retiene el poder de marcar los límites (*regere fines*), de fijar las reglas, de determinar, en sentido propio, lo que es "derecho" (E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, Ed. De Minuit, 1969, p.15).

sobre todo, un conjunto de poderes (o competencias) socialmente reconocido, luego productivo, a través de la distribución de derechos para usar estos poderes, títulos (escolares, profesionales, etc.), certificados (de aptitud, de enfermedad, de invalidez, etc.). También sanciona todos los procesos ligados a la adquisición, al aumento, a la transferencia o a la retirada de estos poderes.

Las decisiones judiciales, mediante las cuales se distribuyen diferentes volúmenes de diferentes clases de capital a los diferentes agentes (o instituciones), ponen término o al menos fijan un límite a la lucha, al intercambio o a la negociación sobre las cualidades de las personas o de los grupos; sobre la pertenencia de las personas a los grupos, por lo tanto sobre la justa atribución de títulos o de nombres, tanto propios como comunes; sobre la unión o la separación matrimonial, en definitiva, sobre todo el trabajo práctico de *worldmaking*, matrimonios, divorcios, asociaciones, sociedades, disoluciones, etc., que está en el origen de la constitución de los grupos sociales. El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales, la forma que confiere a estas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas, igual a la que tienen los objetos.

El derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos. No es exagerado decir que *hace* el mundo social, pero a condición de no olvidar que está hecho por él. No importa, en efecto, preguntarse sobre las condiciones sociales o los límites de esta eficacia casi mágica, bajo pena de caer en el nominalismo radical (que sugieren ciertos análisis de Michel Foucault), ni plantearse que nosotros producimos las categorías según las cuales construimos el mundo social y que estas categorías producen este mundo. De he-

cho, los esquemas de percepción y de apreciación que están en el principio de nuestra construcción del mundo social son producidos por un trabajo histórico colectivo pero a partir de las estructuras mismas de este mundo: estructuras estructuradas, históricamente construidas, nuestras categorías de pensamiento *contribuyen* a producir el mundo, pero dentro de los límites de su correspondencia con las estructuras preexistentes. Los actos simbólicos de nominación tienen toda su eficacia de enunciación creadora en la medida y sólo en la medida en que proponen principios de visión y de división objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes, de las que son el producto; eficacia que al consagrarse todo aquello que enuncia, lo lleva a un nivel superior plenamente realizado, el de la institución instituida. Dicho de otra forma, el efecto característico, propiamente simbólico, de las representaciones engendradas es consagrarse el orden establecido, según esquemas acordes a las estructuras del mundo en las que son producidas: la representación recta sanciona y santifica la visión dóxica de las divisiones del mundo al manifestarla dentro de la objetividad de una ortodoxia, mediante un verdadero acto de creación que, al proclamarla enfrente de todos y en nombre de todos, confiere a esa representación la universalidad práctica de lo oficial.

II

El imperativo del ajuste realista a las estructuras objetivas no se impone menos al poder simbólico en su forma profética, herética, anti-institucional, subversiva. Si el poder creador de la representación no se manifiesta nunca tan claramente, ya sea en la ciencia, en el arte o en la política, como en los períodos de crisis revolucionarios, resta que la voluntad de transformar el mundo transformando las palabras para nombrarlo, mediante la producción de nuevas categorías de percepción y de apreciación e imponiendo una nueva

visión de las divisiones y de las distribuciones, no tiene oportunidad de triunfar sino cuando las profecías, las evocaciones creadoras, son también previsiones bien fundadas, descripciones anticipadas, al menos en parte. No hacen avenir aquello que anuncian, nuevas prácticas, nuevas costumbres y sobre todo nuevos grupos sociales, sino porque anuncian aquello que está en vías de avenir, lo que ya se está anunciando: son menos los artífices que los funcionarios del estado civil de la historia. Al acordar a las realidades o a la virtualidad histórica el pleno reconocimiento que encierra la proclamación profética, se les ofrece la posibilidad real de acceder a la existencia plena, por el efecto de la legitimación, o si se quiere de consagración, asociado a la publicación y a la oficialización, es decir, a la existencia conocida y reconocida, oficial (por oposición a la vergonzosa, bastarda, oficiosa). Así, solo un nominalismo realista (o fundado en la realidad) permite rendir cuentas del efecto mágico de la nominación, golpe de fuerza simbólico que no triunfa sino porque está bien fundado en la realidad. La eficacia de todos los actos de magia social, de los que la sanción jurídica representa la forma canónica, no puede operar sino en la medida en que la fuerza propiamente simbólica de la legitimación, o mejor, de naturalización (lo natural siendo lo que no presenta cuestión acerca de su legitimidad) recubre y redobla la fuerza histórica inmanente que la autoridad y la autorización de esos actos refuerza o libera.

Estos análisis, que pueden parecer muy alejados de la realidad de la práctica jurídica, son indispensables para comprender justamente el principio de este poder simbólico. Si es parte de la vocación misma de la sociología el recordar que, según las palabras de Montesquieu, no se transforma la sociedad por decreto, tampoco debemos olvidar el que ser consciente de las condiciones sociales que determinan la eficacia de los actos jurídicos no debe conducirnos a ignorar o a negar la eficacia propia de la regla, del reglamento o de la ley. La justa reacción contra el

legalismo,⁶⁴ reacción consistente en restituir su lugar, en la explicación de las prácticas, a las disposiciones constitutivas de las costumbres, no implica en absoluto que se ponga entre paréntesis el efecto propio de la regla explicitamente enunciada, sobre todo cuando, como en el caso de la regla jurídica, está asociada a sanciones. E inversamente, si no cabe dudar que el derecho ejerce una eficacia específica, atribuible especialmente al trabajo de la *codificación*, para dar forma y formular, para neutralizar y sistematizar, que realizan todos los profesionales del trabajo simbólico, según las leyes propias de sus universos, queda siempre que esta eficacia, que se define por oposición a la inaplicación pura y simple o a la aplicación fundada sobre la coerción pura, se ejercita en la medida y solamente dentro de la medida en la que el derecho es socialmente reconocido y encuentra acuerdo, aunque sea tácito y parcial, porque responde a necesidades e intereses reales, al menos en apariencia.⁶⁵

64 El movimiento contra la legalización tiene sus raíces hundidas en la *sociología* clásica durkheimiana y en tiempos más recientes en el movimiento de "Derecho y Sociedad". Esencialmente, es un intento por ver el derecho en acción, en una expresión gráfica de uso extendido, una forma de integrar el derecho como manifestación cultural con otras manifestaciones culturales (véase Felice J. Levine, " 'His' and 'Her' Story: The Life and Future of the Law and Society Movement", en: *Florida State University Law Review* 18, pp. 69 y ss.).

65 La relación de los hábitos con la regla o con la doctrina es la misma en el caso de la religión, en donde es tan falso imputar las prácticas al efecto de la liturgia o del dogma (por una sobrevaloración de la eficacia de la acción religiosa que es el equivalente del legalismo) como ignorar este efecto imputándolas completamente al efecto de las disposiciones, ignorando al mismo tiempo la eficacia propia de la acción del cuerpo de clérigos.

Como la práctica religiosa, la práctica jurídica se define por la relación entre el campo jurídico, origen de la oferta jurídica que se genera por la rivalidad entre los profesionales del derecho, y la demanda de los profanos, que está siempre parcialmente determinada por el efecto de la oferta. Hay una confrontación constante entre las normas jurídicas ofrecidas, que se presentan como universales, al menos en su forma, y la demanda social, necesariamente diversa, conflictiva y contradictoria, que está objetivamente inscrita en las prácticas mismas ya sea en estado actual o en estado potencial (en este último caso bajo la forma de transgresión o de innovación de la vanguardia ética o política). La legitimidad que se encuentra en la práctica conferida al derecho y a los actores jurídicos por la rutina de los usos que se establecen en su interior, no puede comprenderse como el efecto del reconocimiento universalmente acordado por los justiciables a una jurisdicción que, como lo quiere la ideología profesional del cuerpo de juristas, sería el enunciado de valores universales y eternos, por lo tanto trascendentales a los intereses de los particulares. Tampoco puede pensarse lo contrario, que la legitimidad es el efecto de la adhesión inevitablemente obtenida por lo que no sería más que una constatación del estado de las costumbres, de las relaciones de fuerza o, con mayor precisión, de los intereses de los dominadores.⁶⁶ Si cesamos de preguntarnos si el poder viene de arriba o de abajo, si la elaboración del derecho y su transformación son el

66 La propensión a tomar sistemas de relaciones complejas de manera unilateral (al estilo de los *lingüistas* que buscan en tal o cual sector del espacio social el principio de cambio lingüístico) conduce algunas veces a invertir pura y simplemente, en nombre de la sociología, el viejo modelo idealista de la creación jurídica pura (que ha podido ser simultáneamente o sucesivamente

producto de un “movimiento” de costumbres hacia la regla, de prácticas colectivas hacia las codificaciones jurídicas o, a la inversa, de formas y de formulas jurídicas hacia las prácticas que ellas informan, entonces hace falta tener en cuenta el *conjunto de relaciones objetivas* entre el campo jurídico, ligado a relaciones complejas y que obedecen a una lógica relativamente autónoma, y el campo del poder, y, a través de él, con el campo social en su conjunto. Es al interior de este universo de relaciones que se definen los medios, los fines y los efectos específicos que le son asignados a la acción jurídica.

II

Para constatar qué es el derecho, tanto en su estructura como en sus efectos sociales, es necesario comprender, por tanto, la lógica propia del trabajo jurídico en lo que tiene de más específico, es decir, en la actividad de *formalización*, y comprender los intereses sociales de los agentes formalizadores que se definen, en primer lugar, mediante la competencia al interior del campo jurídico y, en segundo lugar, mediante la relación entre el campo jurídico y el campo del poder en su conjunto⁶⁷. Debemos

situado, al hilo de las luchas en el seno del cuerpo, en la acción de los legisladores o de los juristas o, con los publicistas y los civilistas, en las sentencias de la jurisprudencia): “El centro de gravedad del desarrollo del derecho, en nuestra época [...] como en todo tiempo, no debe ser buscado ni en la legislación, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma” (Eugene Ehrlich, citado por J. Carbonnier, *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 5e ed., 1983, p. 21).

67 Max Weber, que veía en las propiedades de la lógica *formal* del derecho racional el verdadero fundamento de su *eficacia* (a través especialmente de su capacidad de generalización, fundamento de su aplicabilidad universal), ligaba al desarrollo de las burocracias y de las relaciones *impersonales* que estas favorecen, el desarrollo de un cuerpo de *especialistas* del derecho y de una investigación jurídica adecuada para hacer del derecho un discurso abstracto y lógicamente coherente.

ir más allá del estado de la demanda social, actual y potencial, y de las condiciones sociales de posibilidad —esencialmente negativas— que la demanda social ofrece a la “creación jurídica”.

Es cierto que la práctica de los agentes encargados de producir el derecho o de aplicarlo debe bastante a las afinidades que unen a los detentadores de la forma por excelencia del poder simbólico con los detentadores del poder temporal, político o económico, y esto a pesar de los conflictos de competencia que pudieran oponerlos.⁶⁸ La proximidad de los intereses y especialmente la afinidad de los hábitos, ligados a formaciones familiares y escolares similares, favorecen el parentesco de las visiones del mundo. Se deduce de ello que la elección que el cuerpo jurídico tiene que realizar en cada momento entre intereses, valores y visiones del mundo diferentes o antagonistas tiene pocas posibilidades de desfavorecer a los dominadores, en tanto que el *ethos* de los agentes jurídicos, que está en el origen de esas visiones, y la lógica inmanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlos tanto como para inspirarlos, están de acuerdo con los intereses, los valores y la visión del mundo dominantes.

La pertenencia de los magistrados a la clase dominante está comprobada en todos los lugares. Así, Mario Sbriccoli muestra que en las pequeñas comunidades de la Italia de la Edad Media, la posesión de esta clase particularmente rara de capital cultural que es el capital jurídico era suficiente para asegurar posiciones de poder. Igualmente, en Francia, bajo el Antiguo Régimen, la nobleza de toga,

68 Estas afinidades no han hecho sin duda sino reforzarse, en el caso de Francia, con la creación del ENA, que asegura un mínimo de formación jurídica a los altos funcionarios y a una buena parte de los dirigentes de las empresas públicas o privadas, discurso abstracto y lógicamente coherente.

aunque menos prestigiosa que la nobleza de espada, pertenecía a la aristocracia, a menudo por nacimiento. Otro ejemplo más: la investigación de Sauvegeot sobre el origen social de los magistrados que entraron en el cuerpo con anterioridad a 1959 establece que estos procedían en una muy grande proporción de las profesiones judiciales y, de manera más general, de la burguesía. Como muestra bien Jean-Pierre Mounier (*La definition judiciare de la politique*, tesis, Paris I, 1975), el hecho de que, al menos hasta tiempos recientes, la fortuna asegurada por un origen rico haya sido vista como la condición para la independencia económica e incluso también como la condición para el *ethos* ascético que constituyen lo que podemos considerar como los atributos necesarios de una profesión dedicada al servicio del Estado, contribuye a explicar el hecho de que la neutralidad proclamada y la repulsión altamente profesada hacia la política no excluya la adhesión al orden establecido, antes al contrario. Todo ello sin olvidar los efectos propios que tiene la formación profesional.⁶⁹ Pero, sin duda, no se mide nunca mejor la amplitud y los efectos de esta unanimidad en la complicidad tácita que cuando, con ocasión de una crisis económica y social del cuerpo, ligada a una redefinición del mundo de reproducción de las posiciones dominantes, esta complicidad se rompe. Las luchas desencadenadas por aquellos de entre los recién llegados que, ni por posición ni por disposición, están inclinados a aceptar los presupuestos de la definición tradicional del puesto que ocupan, hacen surgir a la luz una parte

69 Se puede ver un buen índice de los valores del cuerpo profesional en el hecho de que los magistrados, aunque poco inclinados a intervenir en asuntos políticos, han sido, de todas las profesiones jurídicas, los más numerosos relativamente en la firma de peticiones contra la ley liberal del aborto, especialmente comparando con los abogados.

del fundamento reprimido del cuerpo, es decir, del pacto de no agresión que unía el cuerpo de profesionales a los dominadores. La diferenciación interna que lleva a un cuerpo profesional, hasta ese momento integrado en y por una jerarquización unánimemente aceptada y un consenso total sobre su misión, a funcionar como campo de luchas, conduce a algunos a denunciar ese pacto peleándose más o menos abiertamente con aquellos que continúan teniéndolo por la norma absoluta de la práctica.⁷⁰

III

Pero la eficacia del derecho tiene de particular que se ejerce más allá del círculo de aquellos que están convertidos de antemano, por el hecho de la afinidad práctica que une los intereses y los valores inscritos en los textos jurídicos y en las disposiciones éticas y políticas a aquellos que están a cargo de aplicarlas. Y no hay duda de que la pretensión de la doctrina jurídica y del procedimiento jurídico a la universalidad que se lleva a cabo mediante el trabajo de formalización contribuye a fundar su "universalidad" práctica. Lo propio de la eficacia simbólica, se sabe, es no poder ejercerse sino con la complicidad, tanto más segura cuanto más inconsciente, o lo que es lo mismo, más sutilmente extorsionada, de aquellos que la padecen. El derecho, forma por excelencia del discurso legítimo, no puede ejercer su

70 El resultado de las elecciones profesionales (realizadas por correspondencia del 12 al 21 de mayo de 1986) muestra una polarización política muy marcada del cuerpo de magistrados que, hasta la aparición del Sindicato de la Magistratura, en 1968, estaban todos reunidos (al menos estaban sindicados) en una sola asociación, la Unión Federal de Magistrados, ancestro de la USM. La Unión Sindical de Magistrados, moderada, baja fuertemente, mientras que el Sindicato de la Magistratura, más bien de izquierda, progresu, y la Asociación Profesional de Magistrados, más bien de derecha, reafirma su existencia (obteniendo más de un 10% de los votos).

eficacia específica sino en la medida en la que obtiene reconocimiento, en la medida en la que se desconoce la parte más o menos grande de arbitrariedad que está en el origen de su funcionamiento. La *creencia* en el orden jurídico, tácitamente convenida, debe ser reproducida sin cesar y es una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas la de contribuir a fundar la adhesión de los profanos a los fundamentos mismos de la ideología profesional del cuerpo de juristas, es decir, a la creencia en la neutralidad y en la autonomía del derecho y de los juristas.⁷¹ "La emergencia del derecho —escribe Jacques Ellul— se sitúa en el punto donde el imperativo formulado por uno de los grupos que compone la sociedad global tiende a tomar un valor universal por su formalización jurídica".⁷² Hace falta, en efecto, unir en el mismo lugar universalización, formalización y formulación.

Si la regla del derecho supone la conjunción de, por un lado, la adhesión a valores comunes (marcada, en el caso de la costumbre, por la presencia de sanciones espontáneas y colectivas como la reprobación moral) y, por otro lado, de la existencia de reglas y de sanciones explícitas y de procedimientos regularizados, es cierto que este último factor, que es inseparable de la escritura, juega un papel decisivo. Con la escritura aparece la posibilidad del comentario universalizante, que da comienzo a reglas

71 Alain Bancaud y Yves Dezelay muestran bien cómo los más heréticos de los juristas críticos, que recurren a la sociología o al marxismo para sacar a la luz los derechos de los detentadores de las formas dominadas de la competencia jurídica, como el derecho social, continúan reivindicando el monopolio de la "ciencia jurídica" (cf. A. Bancaud y Y. Dezelay, *L'économie du droit, Imperialisme des économistes et résurgence du juridisme*, Communication au Colloque sur le modèle économique dans les sciences, diciembre 1980, p. 19).

72 J. Ellul, "Le problème de l'émersion du droit", *Annales de Bordeaux* I, 1976, pp. 6-15.

y especialmente a principios “universales”, y aparece también la posibilidad de la transmisión objetiva —mediante un aprendizaje metódico— y generalizada más allá de las fronteras espaciales (entre territorios) y temporales (entre generaciones).⁷³ En tanto que la tradición oral impide la elaboración científica, en la medida en la que la encadena a la experiencia singular de un lugar y de un medio, el derecho escrito favorece de manera progresiva la mayor autonomía del texto, que se comenta y se interpone entre los comentadores y la realidad. Desde ese momento se hace posible lo que la propia ideología legal describe como “ciencia jurídica”, es decir, una forma particular de conocimiento sabio dotado de sus normas y de su lógica interna, y capaz de producir todos los signos exteriores de la coherencia racional, esa racionalidad “formal” que Weber se ha preocupado siempre de distinguir de la racionalidad “material” y que concierne a los fines mismos de la práctica ahora formalmente racionalizada.

IV

El trabajo jurídico tiene efectos múltiples. La codificación liga continuamente el presente al pasado al arrancar las normas a la contingencia de la ocasión particular, al fijarlas en una decisión ejemplar (una sentencia, por ejemplo), y hacerlo en una forma destinada a servir de modelo ella misma a decisiones ulteriores y que autoriza y favorece al mismo tiempo la lógica del precedente, fundamento del modo de pensar y de la acción propiamente jurídica. La codificación garantiza también que, salvo una revolución capaz de cuestionar los fundamentos mismos del orden jurídico, el futuro será la imagen del pasado, que las transformaciones y las adaptaciones inevitables se-

73 Cf. J. Ellul, “Deux problèmes préalables”, *Annales de Bordeaux* 1, 2, 1978, pp. 61-70.

rán pensadas y habladas en el lenguaje de la conformidad con el pasado. El trabajo jurídico, así inscrito en una lógica de la conservación, es uno de los mayores fundamentos del mantenimiento del orden simbólico mediante otro rasgo de su funcionamiento:⁷⁴ a través de la sistematización y la racionalización que impone a las decisiones jurídicas y a las reglas invocadas para fundarlas o justificarlas, otorga *el sello de la universalidad*, factor por excelencia de la eficacia simbólica, a un punto de vista sobre el mundo social que se ha visto que no se opone en nada al punto de vista de los dominadores. Y, a partir de ahí, puede conducir a una *universalización práctica*, es decir, a la generalización de las prácticas de un modo de acción y de expresión que hasta ese momento eran propios de una región del espacio geográfico o del espacio social. Es cierto que, como lo indica Jacques Ellul, "las leyes, al inicio extranjeras, y aplicadas desde el exterior, pueden poco a poco ser reconocidas como útiles y, con el uso y a la larga, formar parte del patrimonio de la colectividad, que ha sido formado progresivamente por el derecho; esas leyes no se han convertido verdaderamente en "derecho" sino cuando la sociedad ha aceptado dejarse formar por ellas (...). Incluso un conjunto de reglas aplicadas por coerción durante un cierto tiempo no deja nunca el cuerpo social intacto, se crean un cierto número de hábitos, jurídicos o morales."⁷⁵

Se entiende por ello que, en una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica o, si se prefiere, la imposición de la legitimidad de

74 Se comprende así que el vínculo entre la pertenencia a las facultades de derecho y la orientación política hacia la derecha que se puede constatar empíricamente no tiene nada de accidental (cf. P. Bourdieu, *Homo Academicus*, Paris, Ed. De Minuit, 1984, pp. 93-96).

75 J. Ellul, "Le problème de l'émersion du droit", *op. cit.*

un orden social. Cuando consagra, bajo la forma de un conjunto fuertemente coherente de reglas oficiales y, por definición sociales y "universales", los principios prácticos del estilo de vida simbólicamente dominante, la norma jurídica tiende a *informar* realmente las prácticas del conjunto de agentes jurídicos, más allá de las diferencias de condiciones y de estilo de vida. El efecto de universalización, que podríamos llamar también *efecto de normalización*, viene a redoblar el efecto de autoridad social que ejercen ya la cultura legítima y sus poseedores para dar toda su eficacia práctica a la coerción jurídica.⁷⁶ Median-

76 Entre los efectos propiamente simbólicos del derecho, es necesario reservar un lugar particular al efecto de oficialización, que como reconocimiento público de normalidad hace decible, pensable, confesable, una conducta hasta ese momento tabú (es el caso, por ejemplo, de las medidas concernientes a la homosexualidad). Y también al efecto de imposición simbólica que la regla explicitamente emitida y las posibilidades que designa, puede ejercer al abrir el espacio de los posibles (o, más sencillamente, "dando ideas"). Es de esta manera que, dentro de la larga resistencia que han opuesto al Código Civil, los campesinos que reverencian el derecho de primogenitura han adquirido el conocimiento de los procedimientos, violentamente rechazados, que la imaginación jurídica les ofrecía. Y si numerosas de estas medidas (a menudo registradas en los actos notariales sobre los cuales los historiadores del derecho han podido reconstruir la "costumbre") están totalmente desprovistas de realidad, como la restitución de dote en caso de divorcio, cuando el divorcio está de hecho excluido, no quita que la oferta jurídica ejerza efectos reales sobre las representaciones y, en este universo como en otros (en materia de derecho del trabajo por ejemplo), las representaciones constitutivas de lo que se podría llamar el "derecho vivido" deben mucho al efecto, más o menos deformado, del derecho codificado: el universo de los posibles que este hace existir, en el trabajo incluso que es necesario para neutralizarlos, tiende, según toda apariencia, a preparar los espíritus a los cambios aparentemente brutales que surgirán cuando sean dadas las condiciones de realización de estos posibles teóricos (se puede suponer que hay ahí un efecto muy general de la imaginación jurídica que, previendo todos los casos de transgresión a la regla, por una especie de pesimismo metódico, contribuye a hacerlos existir, dentro de una fracción más o menos grande del espacio social).

te la promoción ontológica que opera el efecto de universalización, al transmutar la regularidad (aquel que se hace regularmente) en regla (lo que es regla del hacer), la normalidad de hecho en normalidad de derecho, la simple *fides* familiar, que se asienta sobre todo un trabajo de mantenimiento del reconocimiento y del sentimiento, en derecho de la familia, armado de todo un arsenal de instituciones y de restricciones, seguridad social, prestaciones familiares, etc., las instituciones jurídicas contribuyen *universalmente*, sin duda, a imponer una representación de la normalidad en relación con la cual todas las prácticas *diferentes* tienden a aparecer como *desviadas*, anormales, patológicas (especialmente cuando la "medicalización" viene a justificar la "juridificación"). El derecho de familia, al ratificar y canonizar en forma de normas "universales" las prácticas familiares que se han inventado poco a poco siguiendo el impulso de la vanguardia ética de la clase dominante, y al colocarlas en el seno de un conjunto de instituciones gobernantes de la sociedad encargadas de administrar las relaciones sociales dentro de la unidad doméstica y, especialmente, las relaciones entre las generaciones, evidentemente ha contribuido bastante, como Remi Lenoir ha mostrado, a acelerar la generalización y reproducción de un modelo de unidad familiar que, en ciertas regiones del espacio social (y geográfico), y en particular entre los campesinos y los artesanos, no tiene en cuenta los obstáculos económicos y sociales, ligados especialmente a la lógica específica de la pequeña empresa y de su reproducción.⁷⁷

Se ve así que la tendencia a universalizar su propio estilo de vida, vivido y ampliamente reconocido como ejemplar, que es uno de los efectos del etno-154centrismo de los dominadores y que funda la

77 R. Lenoir, *La sécurité social et l'évolution des formes de codification des structures familiales*, Paris, Thèse, 1985.

creencia en la universalidad del derecho, es también el origen de la ideología que tiende a hacer del derecho un instrumento de transformación de las relaciones sociales. Los análisis previos permiten comprender que esa ideología encuentra la apariencia de fundamento en la realidad: no es en cualquier región del espacio social en la que emergen los principios prácticos o las reivindicaciones éticas que los juristas someten a la formalización y a la generalización. Del mismo modo que el verdadero responsable de la aplicación del derecho no es tal o cuál magistrado en concreto, sino todo el conjunto de agentes judiciales, a menudo compitiendo entre sí, que proceden al descubrimiento y a la señalización del delincuente y del delito, de la misma forma el verdadero legislador no es el redactor de la ley sino que lo es el conjunto de agentes que, determinados por los intereses y las restricciones específicas asociadas a su posición en los diferentes campos (el campo jurídico, pero también el campo religioso, el campo político, etc.), elaboran las aspiraciones o las reivindicaciones privadas y oficiosas, las hacen acceder al estado de "problemas sociales", organizan sus manifestaciones públicas (artículos de prensa, obras, plataforma de las asociaciones y de los partidos, etc.) y las presiones (protestas, peticiones, marchas, etc.) destinadas a "hacerlas avanzar". El trabajo jurídico consagra todo este trabajo de construcción y de formulación de las representaciones, al añadirle el efecto de generalización y de universalización que encierra la técnica jurídica y permitir movilizar los medios de coerción.

Existe, sin duda, un efecto propio del orden jurídico, de la "creación jurídica", relativamente autónomo, que hace posible la existencia de un campo de producción especializado y que consagra, aprovechando especialmente situaciones críticas o revolucionarias, el esfuerzo de grupos dominantes o en ascensión por imponer una *representación oficial* del mundo social que sea conforme a su visión

del mundo y favorable a sus intereses.⁷⁸ Y uno se puede sorprender de que la reflexión sobre las relaciones entre lo normal y lo patológico conceda tan poco espacio al efecto propio del derecho: el derecho, instrumento de normalización por excelencia, en cuanto discurso intrínsecamente poderoso y dotado de los medios físicos para hacerse respetar, está en disposición de pasar, *con el tiempo*, del estado de ortodoxia, creencia explicitamente enunciada del deber ser, al estado de doxa, de adhesión inmediata a lo que se presupone, a lo normal, como

78 El análisis de los "libros de costumbres" y de los registros de las deliberaciones comunales de un cierto número de "comunidades" en Béarn (Arudy, Bescat, Denguin, Lacommande, Lasseube) me ha permitido ver cómo las normas "universales" concernientes a los procedimientos de tomas de decisiones colectivas, como el voto por mayoría, han podido imponerse durante la Revolución, en detrimento de la antigua costumbre, que exigía la unanimidad de los "jefes de la casa". Y esas normas "universales" se han impuesto en virtud de la autoridad que les confería el hecho mismo de su objetivación, adecuado para disipar, como la luz a las tinieblas, las obscuridades del "se sabe sin necesidad de mencionarlo". Recordar aquí que se sabe que una de las propiedades esenciales de las "costumbres", en Kabyla como en Béarn, y por todos lados, es que los principios fundamentales no son nunca enunciados y que el análisis debe extraer estas "leyes no escritas" de la enumeración de sanciones asociadas al caso de transgresión práctica de estos principios. Todo permite, en efecto, suponer que la regla explícita, escrita, codificada, dotada de prueba social que le confiere su aplicación translocal, ha hecho desaparecer poco a poco las resistencias, porque aparece por un efecto de la ortodoxia como la justa formulación, pero más económica, más rigurosa, de los principios que regulaban en la práctica las conductas. Reglas explícitas que eran en otros tiempos la negación de esos principios. En efecto, un principio como el de la unanimidad de las decisiones tiende a excluir el reconocimiento institucional de la posibilidad de división (sobre todo duradera) en campos antagonistas y también, de manera más relevante, la delegación de la decisión a un cuerpo de elegidos (hay que destacar, por otra parte, el que la constitución de un "concejo municipal" se acompaña de la desaparición de toda participación del conjunto de agentes interesados en la elaboración de las decisiones y que el papel de los propios elegidos se límite, a lo largo de todo el siglo XIX, a ratificar las propuestas de las autoridades prefectorales).

culminación de la norma que queda abolida en cuanto a tal en su perfección.

V

Pero no se describiría completamente este efecto de *naturalización* si no se llevase el análisis hasta el efecto más específico de la formalización jurídica, esa *vis formae*, fuerza de la forma, de la que hablan los antiguos. En efecto, si es cierto que la información de las prácticas mediante la formalización jurídica no puede tener éxito sino cuando la organización jurídica da una forma explícita a una tendencia inmanente de las prácticas y que las reglas que tienen éxito son las que, como se dice, *regularizan* situaciones de hecho conformes a la regla, el paso de la regularidad estadística a la regla jurídica representa un verdadero cambio de naturaleza social. La codificación, al hacer desaparecer las excepciones y la vaguedad de las regularidades de conducta débiles, al imponer discontinuidades secas y fronteras estrictas en el *continuum* de los límites estadísticos, introduce en las relaciones sociales una claridad, una previsibilidad y, como consecuencia, una racionalidad que no asegura nunca completamente los principios prácticos de los hábitos o las sanciones de la costumbre que son el producto de la aplicación directa al caso particular de estos principios no formulados.

Sin conceder a la idea verdadera la "fuerza intrínseca" que le presta la filosofía, es necesario conceder una realidad social a la eficacia simbólica que se produce en el derecho "formalmente racional", por hablar como Weber, gracias al efecto propio de la formalización. La codificación, al objetivizar en una regla o en un reglamento escrito los esquemas que gobiernan las conductas en la práctica y están dentro del discurso, permite ejercer lo que se puede denominar como efecto de *homologación* (*homologein* significa decir la misma cosa o hablar el mismo lenguaje): de la misma manera en la que

un *código explícito* de un código práctico permite a los diferentes interlocutores asociar el mismo sentido al mismo sonido percibido y el mismo sonido al mismo sentido concebido, el hacer explícitos los principios hace posible la verificación explícita del consenso acerca de los principios del consenso (o del disenso). Aunque el trabajo de codificación no pueda ser asimilado a una axiomatización, debido al hecho de que el derecho contiene zonas de oscuridad que proporcionan su razón de ser al comentario jurídico, la homologación hace posible una forma de racionalización que puede entenderse, siguiendo a Max Weber, como previsibilidad y calculabilidad. A diferencia de dos jugadores que, no habiendo discutido las reglas del juego, están destinados a acusarse de hacer trampas cada vez que aparezca una discordancia con la idea que ellos se hacen del juego, los agentes involucrados en una empresa codificada saben que pueden *contar con* una norma, coherente y sin escapatoria, con la cual calcular tanto las consecuencias de la obediencia a la regla como su transgresión. Pero las virtudes de la homologación no se ejercen plenamente sino por aquellos que se encuentran firmemente asentados en el universo establecido por el formalismo jurídico. Las luchas altamente racionalizadas que permite la homologación se reservan, de hecho, a los detentadores de una fuerte competencia jurídica a la cual está asociada —especialmente en los abogados— una competencia específica propia de los profesionales de la lucha jurídica, entrenados en utilizar las formas y las fórmulas como armas. En cuanto a los otros, están destinados a sufrir la fuerza de la forma, es decir, la violencia simbólica que consiguen ejercer aquellos que, gracias a su arte de formalizar y presentar lo formalizado saben, como se suele decir, colocar el derecho de su lado y, llegado el caso, realizar el ejercicio más terminado de rigor formal, *summum jus*, al servicio de los fines más reprochables, *summa injuria*.

LOS EFECTOS DE LA HOMOLOGÍA

Pero no se podría explicar completamente la eficacia simbólica del derecho sin tomar en cuenta los efectos del ajuste de la oferta jurídica a la demanda jurídica, que debe ser imputada menos a transacciones conscientes que a mecanismos estructurales como la homología entre las distintas categorías de productores o de vendedores de servicios jurídicos y las diferentes categorías de clientes. Los ocupantes de posiciones dominadas, inferiores en ese sentido, dentro del campo (como el derecho social) tienden a estar más bien encaminados hacia clientelas dominadas, lo que contribuye a redoblar la inferioridad de esas posiciones (y lo que explica que sus intrigas subversivas tengan menos oportunidades de invertir las relaciones de fuerza en el seno del campo que de contribuir a la adaptación del cuerpo jurídico y, como consecuencia, a perpetuar la estructura del campo que los coloca en esa posición).

El campo jurídico, por el hecho del papel determinante que juega en la reproducción social, dispone de una autonomía menos amplia que campos que contribuyen también al mantenimiento del orden social, como el campo artístico o literario o incluso el campo científico. Es decir, que los cambios externos se retraducen en el campo jurídico más directamente y los conflictos internos son atajados allí más directamente por las fuerzas exteriores. Así, la jerarquía en la división del trabajo jurídico, tal y como se manifiesta a través de la jerarquía de las especialidades, cambia a lo largo del tiempo, aunque de manera muy limitada (como atestigua el estatuto de excelencia que se ha dado siempre al derecho civil), en función especialmente de las variaciones de relaciones de fuerza al interior del campo social, como si la posición de los diferentes especialistas en las relaciones de fuerza interiores al campo dependiera del lugar en el campo político de los grupos sociales cuyos intereses están más

directamente ligados a las formas de derecho correspondientes.

Es evidente, por ejemplo, que a medida que se incrementa la fuerza de los dominados en el campo social y la de sus representantes (partidos o sindicatos) en el campo político, la diferenciación del campo jurídico tiende a incrementarse. Lo podemos ver en lo que ocurre en la segunda mitad del siglo XIX, con el desarrollo del derecho comercial, pero también con el derecho del trabajo y, más generalmente, con el derecho social. Las luchas internas entre los privatistas y los publicistas deben su ambigüedad al hecho de que los primeros, en tanto que guardianes del derecho de propiedad y del respeto a la libertad de los contratos, se hacen defensores de la autonomía del derecho y de los juristas contra todas las intrusiones de la política y de los grupos de presión económicos y sociales y, en particular, contra el desarrollo del derecho administrativo, contra las reformas penales y contra todas las innovaciones en materia social, comercial o en la legislación del trabajo. Estas luchas, que tienen a menudo apuestas bien definidas al interior de los límites mismos del campo jurídico (y universitario), como la definición de los programas, la apertura de secciones en las revistas especializadas o la creación de cátedras y, como consecuencia, el poder sobre el cuerpo y sobre su reproducción, y que concierne a todos los aspectos de la práctica jurídica, están sobredeterminadas y son ambiguas a un mismo tiempo, en la medida en que los defensores de la autonomía y de la ley como entidad abstracta y trascendente son de hecho los defensores de una *ortodoxia*. La *ortodoxia* del culto al texto, del primado de la doctrina y de la exégesis, es decir, a la vez de la teoría y del pasado, va de la mano del rechazo a reconocer el menor valor creativo a la jurisprudencia y, por consiguiente, hay una negación práctica de la realidad económica y social y un rechazo de toda aprehensión científica de esta realidad.

Se comprende que, según una lógica que se observa en todos los campos, los dominados no puedan encontrar sino en el exterior, en los campos científicos y políticos, los principios de una argumentación crítica dirigida a hacer del derecho una "ciencia" dotada de su metodología propia y fundada en la realidad histórica, usando para ello como intermediario, entre otras cosas, el análisis de la jurisprudencia. Así, según una división que se encuentra en todos los debates teológicos, filosóficos o literarios a propósito de la interpretación de los textos sagrados, los partidarios del cambio se sitúan del lado de la ciencia, de la historización de la lectura (según el modelo desarrollado en otro lugar por Schleirmacher) y de la atención a la jurisprudencia o lo que es lo mismo, se sitúan del lado de los nuevos problemas y de las nuevas formas del derecho que estos problemas exigen. En cuanto a la sociología, indisolublemente ligada, en su percepción de guardianes del orden jurídico, al socialismo, encarna la reconciliación maléfica de la ciencia y de la realidad social contra la cual la exégesis de la teoría pura representa la mejor protección.

Paradójicamente, en este caso, la creciente autonomía pasa, no por un refuerzo de la clausura sobre sí de un cuerpo excesivamente consagrado a la lectura interna de textos sagrados, sino por una intensificación de la confrontación de textos y de procedimientos con las realidades sociales que se presupone que reflejan y regulan. Es un retorno a la realidad que favorece el incremento de la diferenciación del campo y la intensificación de la competencia interna, al mismo tiempo que produce el refuerzo de la posición de los dominados en el seno del campo jurídico, en conjunción con el refuerzo de la posición de sus homólogos en el campo social (o de sus representantes). No es casualidad que las posiciones sobre la exégesis y la jurisprudencia, sobre la fidelidad a la doctrina y sobre la adaptación necesaria a las realidades se correspon-

dan muy estrechamente con las posiciones ocupadas hoy en día en el campo jurídico, de una parte, por el derecho privado y más específicamente por el derecho civil, que la tradición neoliberal, apoyada en la economía, ha reactivado recientemente y, de otra parte, por las disciplinas como el derecho público o el derecho del trabajo, que se levantan contra el derecho civil, aprovechando el desarrollo de las burocracias y el refuerzo de los movimientos de emancipación política, o también con el derecho social, definido por sus defensores como la "ciencia" que, apoyándose en la sociología, permite adaptar el derecho a la evolución social.

El hecho de que la producción jurídica, como las otras formas de producción cultural, se lleve a cabo en un campo está en el origen de un efecto ideológico de desconocimiento que los analistas corrientes dejan inevitablemente escapar al referir directamente las "ideologías" a funciones colectivas o a las intenciones individuales. Los efectos que se engendran en el seno del campo no son ni la suma puramente aditiva de acciones anárquicas, ni el producto integrado de un plan concreto. La competencia que produce esos efectos se ejerce al interior de un espacio capaz de imprimir en ella tendencias generales, ligadas a presupuestos inscritos en la estructura misma del juego del que constituyen la ley fundamental como pueda ser el caso de la relación entre el campo jurídico y el campo político. La función de mantenimiento del orden simbólico que el campo jurídico contribuye a asegurar es —al igual que la función de reproducción del propio campo jurídico, sus divisiones y sus jerarquías, y del principio de visión y de división que es su fundamento— el producto de incontables acciones que no tienen por fin el cumplimiento de esa función y que pueden incluso inspirarse en intenciones opuestas, como los proyectos subversivos de las vanguardias que contribuyen, en definitiva, a determinar la adaptación del derecho y del campo jurídico al nuevo

estado de relaciones sociales y a asegurar así la legitimación de la forma establecida de estas relaciones. Es la *estructura del juego* —no un simple efecto de *agregación* mecánica— lo que está en el origen de la trascendencia, revelada por los casos de inversión de las intenciones, del efecto objetivo y colectivo de las acciones acumuladas.

