

Vincenzo Ferrari

Acción Jurídica y Sistema Normativo

**Introducción a la Sociología
del Derecho**

Prólogo por María José Fariñas Dulce

Traducción de Andrea Greppi



**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
"BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID**

DYKINSON
2000

Capítulo cuarto

De las normas al Derecho

1. Premisa metateórica

En las conclusiones del capítulo anterior hemos llegado a identificar el Derecho como una modalidad específica de acción social, estrechamente vinculada al ejercicio del poder, del cual —se dijo— constituye un símbolo legitimador. Es preciso ahora examinar de qué modo el Derecho se presta al ejercicio del poder, es decir, cómo se desarrolla la acción cuando sigue las modalidades propias del Derecho. Para ello es necesario alcanzar una definición sociológica de «Derecho»¹, en el sentido objetivo de la palabra².

A este propósito es preciso subrayar de antemano que, por la naturaleza sociológica de la discusión, la definición del Derecho no puede ser dada *a priori*, sino que deberá derivar de una serie de consideraciones metateóricas y, sucesivamente, teórico-sistemáticas dirigidas tanto a eliminar los numerosos equívocos lingüísticos en los que se corre el riesgo de incurrir, como a acuñar conceptos que puedan ser útiles para la comprensión del fenómeno jurídico y para la construcción de hipótesis empíricas destinadas a alcanzar y a convalidar, en concreto, su comprensión.

¹ En este capítulo reproduzco con algunas modificaciones varios fragmentos de la voz *Norme e sanzioni sociali*, publicada en la *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, editada por el *Istituto della Enciclopedia Italiana*, vol. VI, Roma 1996, pp. 252 ss.

² Debe recordarse aquí que la palabra *diritto*, en italiano, no se usa solamente en sentido objetivo, sino también en sentido subjetivo como «pretensión [o interés] jurídicamente fundado», o incluso como «facultad de actuar jurídicamente en interés propio», según las diversas concepciones teóricas. Lo mismo ocurre en otros muchos idiomas (como en el término francés *droit*, el castellano *derecho*, el portugués *direito*, el alemán *Recht*, el ruso *pravo*, etc.), con la excepción del inglés, que distingue morfológicamente los dos conceptos mediante las palabras *law* (derivada posiblemente del antiguo nórdico *log* y del anglosajón *lagu*) y *right*, que corresponde literalmente a derecho; aunque en el uso de los dos términos se registran variaciones semánticas que no siempre son fáciles de percibir.

Desde el punto de vista metateórico es necesario tomar conciencia del alto grado de arbitrariedad que está implícito en todas las definiciones del Derecho y que ha sido demostrado por las clásicas discrepancias filosóficas y teóricas que han girado en torno a este concepto. Mencionaremos tres, en orden decreciente de generalidad.

Considérese, en primer lugar, la discrepancia entre dos modos radicalmente distintos de entender el Derecho en el plano que podemos denominar ontológico, que pueden ser reconducidos, respectivamente, al iusnaturalismo, donde se distinguen dos esferas contrapuestas —la ideal del Derecho (o ley) natural y la histórica del Derecho positivo, es decir, positivamente vigente en un lugar y en un tiempo determinados— y al positivismo jurídico, o iuspositivismo, que niega la existencia de la primera esfera y reconduce el Derecho exclusivamente a la segunda³. Es un enfrentamiento antiguo que se remonta a la filosofía griega y que desaparece en determinados momentos para renacer más tarde proponiendo de nuevo, en condiciones históricas distintas, problemas que siguen siendo actuales: ¿es el «Derecho» un conjunto de principios, valores o normas coherentes y éticamente aceptables, reflejo de las necesidades fundamentales del ser humano, aunque no hayan sido reconocidas por ningún pueblo, ni observadas por ningún poder político?; o, por el contrario, ¿es el «Derecho» un conjunto de normas claramente injustas, fruto, por ejemplo, del capricho de un tirano y que, sin embargo, son cumplidas por temor a la sanción y por el hecho de que son aplicadas mediante la fuerza de las armas?

Además, y descendiendo al plano de las teorías relativas al Derecho positivo, podemos recordar las diferencias, señaladas y comentadas con claridad por Bobbio⁴, entre algunas grandes corrientes del pensamiento: la que representa el Derecho como sistema de normas⁵, la que lo representa

³ A propósito de la discrepancia histórica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, e incluso a propósito de otras consideraciones filosófico-jurídicas, podemos referirnos al más clásico texto de historia de la filosofía del Derecho en lengua italiana: G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, 3 vol., Il Mulino, Bologna 1966-70 (del tercer volumen, relativo a la filosofía jurídica contemporánea, ha aparecido una nueva edición actualizada por C. Faralli y G. Zanetti en 1994) [ed. cast. *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3 voll., trad. J. Lorca Navarrete, Ed. Pirámide, Madrid 1979]. Cfr. también los ensayos de N. Bobbio reunidos bajo el título *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, 1984² y, por la claridad con que son presentados los conceptos, R. Treves, *Lezioni di filosofia del diritto. Appunti ad uso degli studenti*, Cisalpino-Goliardica, ult. ed. Milano 1968, especialmente capítulos I y II. Véase, por último, la reciente obra de A. Catania, *Manuale di filosofia del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1995, pp. 17-57.

⁴ Cfr. N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (1958), ahora en *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 3-22 [ed. cast. *Teoria General del Derecho*, trad. E. Roza Acuña, Debate, Madrid 1991³].

⁵ Dentro de la escuela normativista suelen distinguirse dos tendencias, una volun-

como un conjunto estructurado de relaciones intersubjetivas y, por tanto, de derechos en sentido subjetivo⁶, la que lo identifica con la organización global de un grupo social, a menudo denominada «institución»⁷, y en fin, la que representa el Derecho como un conjunto de decisiones concretas, fundamentalmente judiciales, y no como un conjunto de abstractos modelos de decisión⁸. Se trata de concepciones que los diversos autores han presentado habitualmente como incompatibles. Hans Kelsen, por ejemplo, máximo representante de la teoría normativista, entabló una dura polémica contra el concepto de derecho subjetivo que considera ideológico y metafísico e intenta reducirlo a su dimensión normativa⁹. Por su parte, Santi Romano, claro exponente del institucionalismo, rechaza la reducción del Derecho a norma, reivindicando la necesidad de una visión más «comprensiva»: «[...] el ordenamiento jurídico [...] es una entidad que, en parte, se mueve según normas, pero que, sobre todo, mueve sus normas, casi

tarista, que representa la norma jurídica como un mandato legítimo, y otra racionalista, que representa la norma jurídica como juicio hipotético que expresa una relación «necesaria» entre ilícito y sanción. Sobre el primer punto de vista, que aparece en Jeremy Bentham, vid. por ejemplo J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (1832), Weidenfeld-Nicolson, London 1954 (ed. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, a cargo de M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1995). Sobre el segundo punto de vista, cfr. sobre todo H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke Verlag, Wien 1934, [ed. cast. *Teoría Pura del Derecho*, ed. Losada, Buenos Aires 1941]; Id., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945 [ed. cast. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, UNAM, México 1979]; Id., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke Verlag, Viena 1960² [ed. cast. *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. Vernengo, Porrúa, México 1979].

⁶ La teoría del Derecho como relación, que se remite a Savigny y a Kant, está bien representada por los filósofos del Derecho italianos G. Del Vecchio (*Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1965¹³ [ed. cast. *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona 1974] y A. Levi (*Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 1950).

⁷ La teoría institucionalista del Derecho es obra sobre todo de historiadores del Derecho (cfr. por ejemplo G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, Turín 1948) y, naturalmente, de sociólogos del Derecho como G. Gurvitch (Véase sobre todo *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Ed. du Recueil Sirey, Paris 1932), pero también de juristas, entre los que destaca el italiano S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Sansoni, Firenze 1977.

⁸ Como es sabido, las escuelas iusrealistas más importantes son la escandinava y la americana. Cfr. respectivamente S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Comunità, Milano 1974; E. Pattaro, *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1982; G. Bognetti, *Il pensiero filosofico-giuridico nord-americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Cisalpino, Varese 1958; Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano 1962.

⁹ Cfr. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed. it. a cargo de R. Treves, Einaudi, Torino 1952, pp. 81 ss., especialmente p. 85.

como los peones de un jugador de ajedrez, que se convierten así en objeto y también en instrumento de su actividad, ya no en elementos de su estructura»¹⁰.

Finalmente, en el terreno de la dogmática jurídica podemos recordar la discusión teórica acerca de la relación entre ordenamiento jurídico, soberanía y coercitividad. ¿Si el Derecho proviene de una autoridad dotada de poderes normativos formales y de poderes coercitivos sustanciales —principio cardinal de la teoría jurídica positivista y estatalista—, cómo reconocer los caracteres de ordenamiento jurídico en aquellos sistemas normativos que John Austin, autor positivista inglés, definía como «impropios»¹¹, precisamente por la falta de requisitos análogos, tales como el Derecho consuetudinario primitivo y, no en menor medida, el Derecho internacional? ¿Cómo reconocer esos mismos caracteres en los sistemas normativos que determinados grupos sociales utilizan en el ámbito de una sociedad más vasta que no los reconoce como válidos y que, por tanto, no pueden ser objeto, desde este punto de vista, de una acción coercitiva oficial?

Inspirándose precisamente en Austin, otro jurista inglés, Glanville Williams, escribió en 1945 un ensayo que tiene un notable interés pues se proponía demostrar la naturaleza esencialmente terminológica de esta clase de discusiones filosóficas y teóricas¹². Después de señalar al comienzo del ensayo que «[l]a semántica es una gran disolvente para las disputas», el autor estudia las controversias surgidas en torno a la teoría austiniana, haciendo especial referencia al tema, habitual en el s. XIX, de la juridicidad del Derecho internacional, para concluir que no sería necesario caer en el error de considerar que exista un significado «verdadero» y «propio» de las palabras. Este error ha llevado a la frecuente confusión entre disputas científicas y disputas meramente verbales, y «al ocultamiento, por medio del lenguaje, de cuestiones verbales y de cuestiones científicas (de hechos)». Considérese, apunta Williams, la máxima «el Derecho internacional no existe», recurrente en la ciencia jurídica del s. XIX, que «puede significar dos cosas distintas: (i), que los Estados no respetan ninguna norma reguladora de sus negocios, al menos cuando estos consisten en cuestiones de gran importancia; o (ii), que incluso si los Esta-

dos observan dichas normas en sus relaciones, éstas no merecen el nombre de «Derecho»»¹³.

A partir de estas observaciones se puede afirmar, entonces, que las grandes controversias sobre el Derecho, que derivan de las diversas respuestas posibles a la inmediata pregunta filosófico-jurídica «¿qué es el Derecho?», muy a menudo —aunque obviamente no siempre— versan sobre cuestiones terminológicas. La propia discrepancia histórica entre iusnaturalismo y iuspositivismo podría «disolverse», por usar la fórmula de Williams, si se reconociese que con la palabra «Derecho» los defensores de una y otra teoría han designado fenómenos diferentes: los iusnaturalistas han usado la palabra para indicar un sistema normativo ideal, y eventualmente también un conjunto normativo real, mientras que los iuspositivistas han restringido a este último el uso de la palabra «Derecho», lo cual significa que estos últimos pueden admitir perfectamente la existencia de un sistema normativo ideal que sirva de punto de comparación para el real con tal de que se le ponga un nombre distinto.

Es necesario pues, como suele decirse, aclararse sobre el significado de la palabra «Derecho», alejándose en lo posible de los prejuicios que, por la carga valorativa de sus connotaciones, fatalmente ejerce esta expresión. Y es necesario elegir un significado analíticamente claro que pueda ser asumido sin equívocos en el ámbito de una discusión científica. De todos modos, la elección de un significado para la palabra «Derecho» suscita graves problemas. Con este término no se designa, en el lenguaje ordinario, un objeto tangible. Por el contrario, en la palabra misma se resumen, integrándolas de modo diverso una suma de ideas y de referencias a entidades abstractas o a cosas concretas. Recuerda, al mismo tiempo, conceptos tales como normas o reglas, justicia, Estado, gobierno, parlamento, leyes, tribunales, juicios, abogados, contratos, instancias, procesos, impuestos, policía, cárceles. Es difícil establecer caso por caso cuál de estos conceptos prevalece en la mente de quien escucha la palabra «Derecho»; y no sólo esto, sino que cada uno de estos conceptos que en el uso común se relacionan con el término, suscita emociones de diverso género, a menudo de adhesión —derivadas de su naturaleza eufemística: «Derecho», podemos apuntar incidentalmente, es el contrario de «torcido», así como de «revés»—, pero también de repulsa, en aquellos casos concretos en los que el hablante haya tenido con el Derecho una decepcionante experiencia. Es entonces imposible alcanzar una definición «real» del término sobre la base de un referente verificable.

Por lo demás, no es posible ni siquiera imaginar un significado construido de forma totalmente artificial, «estipulativa», conviniendo que debe entenderse por «Derecho» alguna cosa que, por ejemplo, no coincida con

¹⁰ Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 15-16.

¹¹ Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, cit., pp. 175 ss., especialmente pp. 193 ss.

¹² G. Williams, *The Controversy Concerning the Word «Law»*, en «The British Yearbook of International Law», 1945, reeditado en P. Laslett (ed.), *Philosophy, Politics, and Society*, Blackwell, Oxford 1956, pp. 134-56, ed. it. *La controversia sulla parola «diritto»*, trad. de M. Jori, en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano 1976, pp. 43-72.

¹³ Williams, op. cit. p. 63.

todos, o casi todos, los conceptos arriba indicados. Experimentos de este tipo son frecuentes, aunque a menudo no sean manifiestos y se escondan tras posicionamientos ideológicos. Pensemos en la máxima histórica según la cual el Derecho es «*recta ratio*»: es una fórmula expresiva y elegante pero que, excluyendo todo aquello que no proviene del campo de una razón sabiamente administrada según justicia y equidad, equivale una vez más a la idea de un Derecho puramente ideal, sacrificando gran parte de las acciones que en la imperfecta vida humana suelen ser definidas habitualmente, pero también oficialmente, en términos de Derecho.

Una definición alejada del sentir común debe ser evitada sobre todo en el ámbito de la discusión sociológica. Aquellas operaciones que alejan la ciencia de la realidad, relegándola a un mundo virtual, son en sí mismas criticables: y son más criticables cuando la ciencia tiene por objeto la sociedad, la cual se caracteriza, antes que nada, por la multiplicidad de significados que pueden ser atribuidos al actuar humano. También por esta razón es aconsejable adoptar definiciones de tipo intermedio entre los modelos extremos de la definición real y de la definición estipulativa: definiciones *explicativas*, que no se alejen demasiado del lenguaje común, pero que al mismo tiempo busquen eliminar, en la medida de lo posible, los márgenes de ambigüedad y las aporías.

Esto puede ser aplicado también al concepto de Derecho, por muy ardua que pueda parecer la empresa. También en este caso se podrían tomar como punto de partida los significados más frecuentes en la sociedad y, en todo caso, aclarar los problemas teóricos que tales significados presentan, con el fin de evitar caer en equívocos¹⁴: cosa que puede ocurrir cuando se añade a la opinión común algún elemento de artificialidad, lo cual equivale también a inevitable, aunque declarada, arbitrariedad. En breve, es preciso comenzar desde aquello que ha sido felizmente definido como la «cultura jurídica», expresión que en su acepción más amplia abarca tanto la *communis opinio* sobre el Derecho, como la más sofisticada opinión de aquellos estamentos que están directamente involucrados, asumiendo roles especializados, en la acción por medio del Derecho¹⁵.

¹⁴ Esta es, por ejemplo, la sugerencia metodológica de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, ed. it. *Il concetto di diritto*, edición de M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965, pp. 3 ss. [ed. cast. *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1990²]. El autor, que se propone «promover la comprensión del Derecho, de la coerción y de la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados» [ed. cast., p. XII], se pregunta el motivo por el cual un fenómeno como el Derecho, sobre el que todos tenemos alguna noción, puede plantear problemas de definición y, tras haber distinguido algunos «problemas recurrentes» que se plantean a los teóricos, propone «aplazar toda respuesta a la pregunta "¿qué es el Derecho?"» hasta que éstos hayan sido resueltos.

¹⁵ Sobre dos aspectos de la cultura jurídica, denominados, respectivamente, «inter-

Así pues, si interrogáramos a una cultura jurídica como ésta sería fácil constatar que el concepto más habitual con el que se asocia el término «Derecho» es el de *norma*, entendida en el sentido más amplio de la palabra. Por ello, convendrá tomar como punto de partida este concepto y partiendo de él realizar una serie de consideraciones teórico-generales que resultan necesarias.

2. Los mensajes normativos

Se dijo en el capítulo precedente que un factor fundamental de orientación de la acción humana está constituido por *normas*, o *reglas*¹⁶, en las que los seres humanos están metafóricamente inmersos y por las que están continuamente condicionados, ya sea porque los individuos las cumplen, ya sea porque se alejan de ellas. Las normas, se dijo entonces, suscitan una multitud de acciones diferenciadas. Es posible respetarlas sin otro objetivo que éste, pero también es posible «usarlas», de manera oblicua, instrumental o sólo aparente, para alcanzar objetivos que a veces están en conflicto con las normas mismas, o con otras normas diferentes. Se respetan o se transgreden por convicción interior, pero también por cálculo. En ocasiones son aplicadas literalmente traicionando su espíritu y en otras no queda más remedio que transgredirlas para salvaguardar sus finalidades esenciales.

Para establecer un significado más apropiado de norma, desde nuestra perspectiva sociológica, es necesario recordar que el término aparece en el

no» y «externo», véase sobre todo L. M. Friedman, *The Legal System. A social science perspective*, Sage, New York 1975, ed. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cargo de G. Tarello, Il Mulino, Bologna 1978, pp. 325 ss. Sobre el concepto sociológico de cultura jurídica véanse los ensayos recogidos en D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot 1996; v. también Id., *Understanding Legal Culture*, en V. Ferrari, M. L. Ghezzi, N. Gridelli Velicogna (eds.) *Diritto, cultura e libertà. Atti del convegno in memoria di Renato Treves (13, 14, 15 ottobre 1994)*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 193 y ss.

¹⁶ Para simplificar se usan las palabras «norma» y «regla» como sinónimos, cosa que permite evitar también problemas de traducción (por ejemplo en inglés, la palabra italiana «norma», en sentido jurídico, se traduce mejor con «rule» que con «norm»). Sin embargo, debe recordarse que en el lenguaje filosófico las dos palabras están a menudo diferenciadas: está quien adopta la regla como *genus* y la norma como *species* (J. Wróblewski, voz *Règle*, en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, a cargo de A.-J. Arnaud y otros, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1993², p. 520) y quien, al contrario, adopta la norma como *genus* y la regla como *species* (G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London 1963, ed. it. *Norma e azione*, trad. de A. Emiliani, Il Mulino, Bologna 1989, pp. 37 ss. [ed. cast. *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid 1979]).

léxico italiano, al igual que en otras lenguas (en el inglés «norm», en el alemán «Norm», en el francés «norme», etc.), con diversas acepciones que remiten, acaso con alguna dificultad, a un mismo núcleo común. Si tomamos, por ejemplo, una obra de divulgación científica como el *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, de André-Jean Arnaud y otros profesores de Teoría y Sociología del Derecho, observaremos que se dedica a la voz *Norma* no uno, sino cuatro apartados, afrontando la definición, respectivamente, desde el punto de vista general, antropológico-jurídico, sociológico-jurídico y teórico-jurídico, por especialistas de cada una de estas disciplinas¹⁷. Descubrimos entonces un panorama muy abigarrado, en el que se hace referencia, como colofón, a una definición general, presentada por Michel Troper y Mireille Loschak, articulada en cuatro significados diferentes:

1. Enunciado imperativo o prescriptivo perteneciente a un orden o sistema normativo y obligatorio dentro de ese sistema; 2. Significado prescriptivo de un enunciado, cualquiera que sea la forma que este último adopta, y, en general, de cualquier acción humana, referido a cierto orden o sistema normativo; 3. Instrumento de medida que tiene por objeto el desarrollo de los acontecimientos, de carácter puramente psíquico [...]; 4. Modelo o estándar, no siempre obligatorio, que puede ser cumplido en el curso de una actividad de carácter técnico (por ejemplo, las normas de las asociaciones profesionales para la producción o la presentación de un producto)¹⁸.

Puede parecer que estos significados no tengan mucho que ver entre sí. Y, sin embargo, comparten, como ya se ha dicho, un núcleo que puede ser identificado a partir de algunas breves consideraciones. La distinción entre el primero y el segundo significado aunque semióticamente correcta y bien consolidada incluso en la teoría jurídica¹⁹ puede reconducirse a un terreno único, pues en ambos casos estamos frente a un enunciado directamente prescriptivo, o que puede interpretarse en sentido prescriptivo, o que se deriva como enunciado prescriptivo de otros enunciados o acontecimientos. En el cuarto significado se pierde el elemento de la obligatoriedad, que era explícito en el primero e implícito en el segundo, pero

¹⁷ Respectivamente Mario Jori (pp. 399-401), Etienne Le Roy (pp. 401-4), Valerio Pocar (pp. 404-6) y Michel Troper (pp. 406-7). A estos cuatro campos semánticos se añaden otros dos correspondientes a la semiótica (con referencia a la voz homónima, tratada por Eric Landowski, pp. 547-50) y a la lógica (con referencia a la voz *Impératif*, redactada por Georges Kalinowski, pp. 289-91).

¹⁸ Voz *Norme*, en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 399.

¹⁹ Sobre el tema vid. por ejemplo, el ensayo de R. Orestano, *Norma statuita e norma statuenta. Contributo alle semantiche di una metafora*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 69 ss.

se mantiene, *lato sensu*, el elemento de la prescriptividad: un modelo que puede ser seguido es siempre guía de un curso de acción, es decir, aunque no describe, sin imponer, indica o recomienda o aconseja un determinado curso de acciones. El tercer significado, prescindiendo por simplicidad de las cuestiones relativas a la medición de las dimensiones «psíquicas» de la acción²⁰, parece más alejado, aunque en realidad reproduzca un significado etimológico que es, evidentemente, común a todos ellos. En efecto, el significado originario de «norma» es, en latín, «escuadra», es decir, un instrumento de medida²¹. E incluso cuando lo que medimos no es un objeto inanimado o un evento mecánico, sino una acción humana, la «medida» de la acción vuelve a conectarse con su modelo: el metrónomo del pianista, por poner un ejemplo ilustrativo, es al mismo tiempo medida cuantitativa y guía o modelo —esto es, norma— del ritmo que sigue el sonido.

Es por tanto evidente que las diferentes acepciones de norma hacen en todo caso referencia a la idea de correspondencia entre un objeto, o un evento, o una acción, y un modelo preestablecido. Si se trata de acción —y en el caso del Derecho se trata siempre, directa o indirectamente, de acciones, ocasionalmente referidas a objetos o eventos— por «norma» puede entonces entenderse la guía de la acción²², o sea, más específicamente, el modelo predefinido con que la acción a) se uniforma de hecho, o b) puede, o c) debe uniformarse²³.

²⁰ Diversos autores remiten este significado a la teorización de P. Amselk (sobre este tema véase, por ejemplo, *Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux*, en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXXIX, 1993, 3, pp. 311-20).

²¹ Un parentesco semántico, aunque no etimológico, suele reconocerse habitualmente entre la palabra latina «norma» y la palabra griega «νόμος», que designa no solamente la ley o su uso, sino además —en su relación con el verbo «νέμω», que significa (también) «repartir regularmente»— la recta distribución según una preestablecida medida distributiva: de νόμος deriva la palabra «anómalo» que, como la palabra «anormal», expresa la separación de la norma (o de la normalidad: sobre esto v. *infra*, pp. 190 ss.), como incluso la palabra «anomia», que designa la actuación que carece de orientaciones normativas (v. *infra*, pp. 185-187).

²² Cfr. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), 2ª ed. a cargo de A. Pintore, Giuffrè, Milano 1985², pp. 99-100 («Norma» es para nosotros [...] todo aquel enunciado al que se atribuye una función de guía directa del comportamiento).

²³ Es necesario señalar la diferencia que existe entre estas definiciones: en el caso *sub a*) el concepto de norma se usa en el contexto de expresiones *enunciativas*; en el caso *sub b*), en el que la forma verbal «puede» expresar eventualidad u oportunidad, se usa tanto en el contexto de proposiciones *modales* como en el de proposiciones *deónticas*; y en el caso *sub c*), a pesar de las diversas acepciones de la forma verbal «debe», se usa en el contexto de proposiciones *deónticas*. Sobre este tema, entre otros, véase G. Di Bernardo, *Introduzione alla logica dei sistemi normativi*, Il Mulino, Bologna 1972.

Es oportuno añadir en este punto que, *precisamente por ser modelo de acción*, la norma proporciona también un *esquema interpretativo*, o *calificativo*, a partir del cual la acción misma se hace *comprensible*, en el sentido weberiano de la palabra, pudiendo entonces ser definida bien por quien actúa, bien por quienes eventualmente participan o asisten a la acción. Por ello, la norma *orienta la acción* ofreciéndole un parámetro de referencia y confiriéndole un *sentido* o *significado*: como observa Kelsen, el hecho de que en un aula algunas personas se encuentren de pie y otras permanezcan sentadas adquiere un significado en relación con la norma (jurídica) según la cual se establece que mediante esos gestos una ley es aprobada en una determinada asamblea, que otras normas definen como «Parlamento»²⁴. Y añadimos desde ahora —tratándose de una cuestión de importancia decisiva— que ese sentido, o significado, *puede ser más o menos compartido y objetivo*²⁵: la mencionada asamblea, que algunos denominan «Parlamento», puede ser considerada por otros como una pura y simple asamblea privada, con el resultado de que para estos últimos lo que algunos electores han denominado «ley» no es considerado sino un mero *flatus vocis*, y eventualmente como un acto de sedición, por tanto un delito²⁶. Pero este argumento será tratado con mayor detalle posteriormente.

A estas alturas de la discusión podemos preguntarnos en cambio qué naturaleza puede tener una norma, o regla, así definida desde el punto de vista sociológico. Y precisamente si asumimos una perspectiva centrada en la comunicación, como es frecuente en las más recientes teorías de la Sociología contemporánea, resultará claro que la norma no es más que un *acto de comunicación*, es decir, un *mensaje*, que tiene particulares elementos de *descriptividad* y, en sentido amplio, de *prescriptividad*. Un mensaje destinado a *orientar acciones*, y *expectativas de acciones*, a través de la combinación de dos elementos: respectivamente, uno llamado «frástico» que coincide con aquello que es indicado (el evento, la acción, de lo que se trate), y otro llamado «neústico», es decir, aquello que está conectado con la indicación (la descripción, la orden, el permiso, la prohibición, la facultad)²⁷.

²⁴ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 48 e 50.

²⁵ G. Di Bernardo, *Le regole dell'azione sociale*, Feltrinelli, Milano 1983. Cfr. también, desde otro punto de vista, C. Pennisi, *La costruzione sociologica del fenomeno giuridico*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 62 ss.

²⁶ Más allá de las intenciones del autor el ejemplo de Kelsen no podía ser más adecuado por la referencia histórica a disputas sobre el derecho de algunas asambleas a definirse como «Parlamentos» (piénsese en el «Parlamento de Pale» de los servo-bosnios durante la guerra de 1992-95 o en el «Parlamento de la Padania», que la *Lega Nord* reúne en Mantua desde 1996).

²⁷ Sobre este tema, hago referencia a las palabras de Mario Jori y Anna Pintore: «Así, como se desprende de un ejemplo ya clásico en filosofía analítica, "Cierra la puerta, Pedro" y "Pedro está cerrando la puerta" tienen en común el significado frástico

Como modelos orientativos de la acción, las normas se presentan en formas diferentes dentro de la comunicación humana. Un simple acto comunicativo puede estar motivado por la referencia a una norma existente, o bien concretarse en la información referente a una norma, o bien, incluso, resolverse en la formación de una norma nueva. Un acto de desobediencia civil dirigido contra una norma está normalmente motivado por la adhesión a un modelo normativo alternativo y tiende a suscitar, normativamente, disenso social hacia el primero y consenso hacia el segundo. La noticia difundida por un periódico de que una ley ha sido propuesta o aprobada por un órgano dotado de la competencia necesaria, conlleva información sobre esa norma, orientando *eo ipso* expectativas y comportamientos de los lectores. Un Parlamento comunica desde el momento mismo en que produce una norma destinada a durar en el tiempo. Pero también dos personas desconocidas que se encuentran accidentalmente por la calle se comunican, más o menos silenciosamente, una norma, es decir, una guía, contingente, de sus respectivas acciones. Pueden hacerlo de forma subliminal, como sucede normalmente entre paseantes que intentan evitar un encontronazo; o de forma expresa, como sucede en el caso de dos alpinistas que se encuentran al afrontar simultáneamente un paso obligado, en una estrecha cresta de nieve o en una pared de roca, donde sólo hay sitio para uno de ellos: su acuerdo sobre cómo afrontar la peligrosa situación, expresado con palabras o con gestos, tendrá carácter normativo.

En un contexto de relaciones sociales los modelos normativos pueden ser diferenciados según su mayor o menor *institucionalidad*, teniendo en cuenta que el concepto de «institución», que es notoriamente polisémico²⁸,

«cerrar la puerta por Pedro», que hace referencia a un modelo de acción, pero se distinguen entre sí por el neústico porque en el primer caso se añade un «operador prescriptivo» (así debe hacerse) y en el segundo caso se añade un «operador descriptivo» (así sucede)» (*Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995², p. 321).

²⁸ Además del significado antes mencionado, la palabra «institución» es utilizada en ciencias sociales para designar bien cualquier organización estable de personas que persigan una finalidad común; bien una organización de poderes públicos, como el Parlamento, o Gobierno, o el jefe del Estado (piénsese en la expresión «respeto a las instituciones»), o bien incluso la organización global de una sociedad, como en el caso de la teoría «institucionalista» de Santi Romano. Estos significados, cuyas diferencias han sido a menudo apuntadas y lamentadas, tienen ciertamente algo en común, en particular la referencia explícita o implícita a la idea de una organización estable y socialmente reconocida. Este núcleo común, si se observa con detenimiento, está presente incluso en una última acepción, distinta a las que hasta aquí han sido mencionadas, utilizada en la doctrina y en la didáctica universitaria («Instituciones de matemáticas», «Instituciones de derecho privado» y similares) para designar los conceptos fundamentales de un sector del saber, o de una disciplina, entre ellos relacionados sistemáticamente (o en el caso de la ciencia jurídica, los «institutos» regulados por las normas). Sobre los diversos significados de «institución» en Sociología cfr., ampliamente, L. Gallino, *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino 1983², pp. 403 ss.

es utilizado aquí con su significado más habitual en Sociología y en Sociología del Derecho, donde designa precisamente *cualquier práctica seguida recurrentemente por un grupo social en la organización conceptual y práctica de su propia vida y de las relaciones entre sus miembros*²⁹.

Será útil mencionar algunos ejemplos, ordenados de menor a mayor grado de institucionalidad.

En el ejemplo que acaba de darse del encuentro entre dos alpinistas el modelo normativo adoptado para regular el paso puede estar inspirado en la experiencia acumulada en escaladas anteriores y, con ello, ser el reflejo de algún modelo normativo ya conocido por ambos, pero puede también derivar de circunstancias excepcionales y tener una naturaleza totalmente efímera³⁰: puede, por tanto, regular una situación que está destinada a no repetirse nunca con las mismas características.

La norma que prescribe, o recomienda, ceder el asiento en el autobús a una persona anciana, aún a pesar de que no suscite en esta persona una expectativa cierta, ni confiera habitualmente un derecho subjetivo desde el punto de vista jurídico, cuando es transgredida despierta a menudo una reacción de desaprobación en los demás pasajeros que, unidos por el uso de un medio de transporte público, vienen a constituir contingentemente un grupo social. Estamos ante una norma estable y suficientemente unívoca, aunque débilmente vinculante que a través de la reacción mencionada viene a definir y a estructurar una relación social contingente.

La norma que prescribe, o recomienda, comportarse con educación dentro de un círculo de amigos —evitando, por ejemplo, el uso de un lenguaje grosero— cuando es transgredida puede inducir al grupo habitual a expulsar al transgresor de manera definitiva. En este caso, la norma que es igualmente estable, aunque pueda ser menos unívoca en su significado, lleva a estructurar de manera estable y nueva unas relaciones que, por sí

²⁹ Nos distanciamos entonces del significado con que ha sido usada este término en V. Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Laterza, Roma-Bari 1987 [ed. cast. *Funciones del Derecho*, trad. M. J. Añón J. de Lucas, Debate, Madrid 1989], especialmente, cap. II donde el término aparece en la más amplia acepción a la que se refiere en Santi Romano, para designar la organización total de una población aislada.

³⁰ Siempre me ha parecido muy significativo un episodio que me fue narrado en una ocasión por un amigo. Durante una escalada con un compañero de cordada, un paso en una pared se había vuelto arriesgado y escurridizo a causa de la lluvia y resultaba tan peligroso que inducía a que los dos compañeros no sólo a alternarse sino, además, a *desatarse* —contraponiendo una regla temporalmente válida a otra, que se encuentra entre las más institucionalizadas dentro del código de los alpinistas— de manera que cada uno asumiera el riesgo de su propia caída. Hoy en día, la práctica de desatarse se ha convertido en una «institución» como revelan los reportajes alpinísticos (véase el conocido libro sobre la tragedia del Everest en 1996: J. Krakauer, *Into Thin Air*, Seattle 1996).

mismas, ya tenían una naturaleza institucional y normativa, consistente en la pertenencia reglada de personas a un mismo círculo.

Finalmente, la norma familiar que prescribe que el niño debe respetar algunas reglas de convivencia —de obediencia, respeto o educación— cuando es transgredida induce normalmente a los padres a infligir castigos que, a menudo, han sido anunciados con anterioridad y que, además, tienen la finalidad de corregir el comportamiento futuro, condicionándolo con la transmisión del modelo normativo que va unido al temor al castigo. Esta norma, unida funcionalmente a la reacción que conlleva la transgresión, es una técnica de condicionamiento preventivo y duradero de una relación social que se presenta no sólo como más estable sino, incluso, como más compleja que las anteriores pues afecta a un número de acciones y de comportamientos que es difícil de precisar: una relación que se sitúa en los límites, si no en el interior mismo, de la normatividad jurídica.

Es importante insistir en el carácter *continuo* y *no separado de la línea ideal de la institucionalidad*. Cada evento, hecho, acción, puede ser contemplado por una norma de mayor o menor difusión, arraigo, estabilidad, duración en el tiempo. La vida social presenta un sin-fín de normas más o menos institucionalizadas. Naturalmente, existen criterios que ayudan a colocar las normas a lo largo de ese *continuum* del que estamos hablando. Uno de estos, sin duda el que tiene mayor presencia, consiste en distinguir si una norma, en la percepción social, pertenece a un conjunto de normas, es decir, a un sistema normativo. La pertenencia a un determinado sistema es un índice relativamente seguro de institucionalidad. Aquellas normas que habitualmente se denominan jurídicas pertenecen a este ámbito: deben encontrarse, por tanto, en el campo de la institucionalidad, incluso a pesar de que está comprobado que este campo es notablemente más amplio, al menos desde un punto de vista conceptual, que el del Derecho.

3. Univocidad y equivocidad de los mensajes normativos

En cuanto mensajes, las normas se mueven en un espacio discursivo. La estructura más sencilla de ese espacio está constituida por la relación diádica entre un emisor y un receptor identificados singularmente y recíprocamente conocidos³¹. Así es, por ejemplo, la interacción entre dos transeúntes, o la de dos alpinistas, antes mencionada. En estos casos la comunicación normativa es directa en el sentido de que en la misma no se interpone ningún otro *medium* más que el lenguaje, que puede ser gestual y/o verbal. Es útil reflexionar sobre estos ejemplos elementales para cons-

³¹ Cfr. U. Eco, *Tratado de semiótica general*, Bompiani, Milano 1986¹⁰, pp. 49 [ed. cast. *Tratado de semiótica general*, trad. C. Manzano, Lumen, Barcelona 1988⁷].

tatar que la comunicación normativa, incluso en este nivel, puede alcanzar su objetivo o fallar. Si los dos transeúntes no se cruzan, si los dos alpinistas —supongamos que hablen idiomas diferentes— no se entienden y acaban obstaculizándose recíprocamente, ello es porque la comunicación normativa ha fallado, es decir, los modelos de acción que las partes se han propuesto no han sido comprendidos, han sido *mal interpretados*.

Ahora bien, la representación diádica de la comunicación normativa, y de la comunicación en general, es un modelo simplificado, casi un caso de escuela. En la realidad de las relaciones sociales la comunicación es casi siempre un hecho multilateral. La interacción no se produce jamás en un espacio vacío. Existe constantemente una multitud, más o menos definida, de otros «hablantes». Su presencia puede ser visible o invisible. Un anunciante de televisión se dirige a una masa de telespectadores que lo ven sin ser vistos y que reaccionan de diverso modo ante su anuncio. Incluso en la más típica de las relaciones bilaterales, la amorosa, el diálogo, aún siendo absolutamente íntimo, resulta a menudo interpretable, en su totalidad, sólo en función de interlocutores externos. De hecho, las parejas reflejan una cultura y un sistema de valores que derivan de la influencia que han recibido o reciben del mundo del que provienen y al que, eventualmente, deben volver, dirigirse, rendir cuentas. En su interacción, cada uno de ellos refleja diversas percepciones, diversos vínculos psíquicos o sociales, en relación a los cuales actúa. Las «normas» que ellos se intercambian —la relación amorosa es intensamente normativa, expresándose constantemente a través de expectativas y demandas del comportamiento— están sujetas a procesos interpretativos múltiples y, sobre todo, suscitan reacciones diferenciadas, a través de un *continuum* que va desde la adhesión al rechazo, o refiriéndonos a la conocida dicotomía de Johan Galtung, desde la cognitividad a la normatividad (v. *supra* pág. 103, nota 120). Interiorizar expectativas significa aceptar el modelo normativo que está vigente, rechazarlas o apartarse significa, en la mayoría de las ocasiones, contraponer otro modelo en el que influye el mundo externo.

En resumen, y hablando metafóricamente, la comunicación social y, con ella, la comunicación normativa no es un proceso longitudinal, sino prismático. Además, es difícil reproducir con claridad la «fuente» primaria de un acto comunicativo. Quien comunica ha sido a su vez previamente informado. Incluso aquel que inventa, que crea *ex novo* un mensaje, refleja algo que existía con anterioridad a la invención. Es legítimo poner en duda, y en la práctica así ha sucedido, en Teoría del Derecho, que ni siquiera el legislador «cree» la norma que emana del *iter* legislativo, apareciendo siempre en la sustancia el fruto de precedentes comunicaciones normativas: otras leyes, principios, opiniones doctrinales. Más aún, esta forma de representar la creación de una norma (jurídica) es en sí misma normativa, en el sentido más drástico de la palabra, en cuanto es impues-

ta en el plano semántico: es, como suele decirse, una *fictio iuris*, destinada a simplificar la comunicación futura mediante la eliminación de las dudas que pudieran surgir durante el proceso interactivo.

Si es difícil reproducir la fuente originaria de los mensajes, no lo es menos comprender que, siempre metafóricamente hablando, éstos pueden sufrir, y habitualmente sufren, sustanciales variaciones en el curso de su discurrir por las caras de un prisma imaginario que está poblado por una multitud de sujetos que escuchan, interpretan y a su vez comunican; lo que significa que los mensajes pueden, en el transcurso de la comunicación, *apartarse incluso sustancialmente de su significado original*.

Es oportuno resumir brevemente los factores que inciden en estas transformaciones.

En primer lugar, el significado puede ser más claro, o más confuso, en la formulación original del mensaje (en caso de tener un origen que pueda reproducirse) o en las diversas etapas de su interacción. *Quien habla puede estar interesado en hacerse entender, pero también en no hacerse entender*. No hay que olvidar que la ambigüedad de un mensaje puede favorecer los intereses de quien lo enuncia, porque amplía —por ejemplo— los espacios de discrecionalidad operativa, permitiéndole sostener que en el futuro puedan realizarse, no sólo una, si no más acciones diversas entre sí, sobre la base de un mismo mensaje. La ambigüedad de las normas legales que los gobernantes dirigen a los gobernados³² y que, por lo tanto, reflejan una relación asimétrica de poder, es a menudo intencionada, bien por la razón que acabamos de dar, o bien porque quienes participan en la formulación de las normas no son capaces de llegar a un acuerdo sobre la sustancia del contenido. Lo mismo sucede en el ámbito de las relaciones de poder menos desequilibradas: en la redacción de los contratos colectivos de trabajo, por ejemplo, es muy frecuente que las partes se pongan de acuerdo deliberadamente sobre una formulación vaga para reservarse mutuamente la máxima libertad de acción y, si es necesario, encargando a otras instituciones —sociedades, unidades sindicales de base, procedimientos judiciales— la responsabilidad de escoger las opciones imperativas y aplicativas.

En segundo lugar, *quien habla puede conocer el significado socialmente compartido de las expresiones que usa, especialmente de las palabras, pero también puede no conocerlo y confundir así los términos, a menudo inconscientemente, por ignorancia de un código lingüístico particular*. Es muy significativo el hecho de que los más importantes gestores de los medios de comunicación, los periodistas, a pesar de ser especialistas en la técnica informativa, en la selección de datos, relacionándolos unos con otros y trans-

³² Sobre este tema, véase el libro de C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990.

formándolos en noticia, no participan por lo general de ningún otro *milieu* semiótico especializado y, por tanto, no son expertos en ningún código específico, físico-mecánico, químico, médico, biológico, geológico, jurídico y demás: pero las noticias que ellos elaboran no están «vacías» y a menudo se componen, precisamente, de conceptos y palabras que en esos códigos poseen un significado convencional. Un fenómeno de este tipo incide con fuerza en la transmisión de mensajes normativos, generando incertidumbre o equívocos en los destinatarios de esos mensajes.

En tercer lugar, el significado está fuertemente influido por el transcurrir del tiempo, que modifica el sentido socialmente compartido de los elementos de la comunicación, en particular la connotación e incluso la denotación de las palabras. El fenómeno es fácilmente apreciable en el lenguaje jurídico. Expresiones traídas del lenguaje común y semánticamente vagas como «sentido común del pudor», «vilipendio», «diligencia del buen padre de familia», y, por si fuera poco, conceptos fundamentales como «igualdad» y «libertad», toman distintos significados en momentos distintos, a menudo por efecto de las diversas aportaciones doctrinales o jurisprudenciales. Sucede lo mismo con expresiones muy técnicas, cuyo significado parecería a primera vista unívoco: éste es el caso de la palabra italiana «*transazione*», que en el lenguaje jurídico indica un contrato particular, en el que los contratantes prevén una disputa o le dan fin a través de concesiones recíprocas (art. 1965 y ss., Cod. Civ. it.), y que gradualmente ha sido adoptada también en ámbitos que no son jurídicos —sobre todo en el económico— con un significado derivado del inglés «*transaction*», con el que se indica el concepto más general que los juristas italianos llamarían «*contratto a prestazioni corrispettive*» y que en lenguaje comercial tradicional se llamaría simplemente «negocio».

En cuarto lugar, y no menos importante, está la influencia del espacio discursivo sobre los significados. Por ejemplo, la expresión «módica cantidad de sustancias estupefacientes», prevista por la ley italiana de 1975, daba lugar a interpretaciones absolutamente diferentes por parte de cada Tribunal, dentro del territorio de su jurisdicción. La diferente interpretación, en diversos lugares de Italia, del concepto de sentido común del pudor ha dado origen en los años sesenta a curiosos episodios que han merecido la atención de la crónica periodística. Problemas todavía más serios se han dado por la necesidad de trasladar los mensajes, en el espacio, de una comunidad lingüística a otra. Basta recordar el ejemplo de un concepto jurídico absolutamente crucial del término italiano «*proprietà*» que no coincide semánticamente con las palabras extranjeras «*property*», «*Eigentum*» y «*propriété*»³³. Muchos términos del lenguaje jurídico inglés —pensemos por

³³ Cfr. el útil volumen de A. Candian, A. Gambaro e B. Pozzo, *Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Cedam, Padova 1992.

ejemplo en «*lien*», «*discovery*», «*estoppel*», etc.— son casi imposibles de traducir al lenguaje jurídico de la Europa continental³⁴.

En quinto lugar, los significados de las palabras pueden cambiar en cada sistema léxico, aún habiendo entre ellos numerosos intercambios. El lenguaje jurídico, que cubre una amplia gama de objetos, eventos y acciones humanas, adopta constantemente expresiones derivadas de otros léxicos, remitiéndose en ocasiones a estos para la indicación de su significado, pero imponiendo o intentando imponer, en otras ocasiones, significados propios. Los ejemplos podrían ser numerosos. La expresión «*nexo de causalidad*», que corresponde a un concepto jurídico fundamental, al estar vinculada al proceso de atribución de la responsabilidad penal y civil, se deriva evidentemente del lenguaje epistemológico, donde ha sido objeto de infinitas discusiones. Pues bien, los artículos 40 y 41 del Código Penal italiano se refieren a ello de manera peculiar: la primera norma la menciona sin definirla y, por tanto, deja libertad al intérprete para conferirle cualquier significado, eventualmente el más habitual en el debate científico, mientras que la segunda, un poco forzada y de manera casi tautológica, prescribe que «el concurso de causas preexistentes o simultáneas o sobrevenidas [...] no excluye la relación de causalidad entre la acción u omisión y el evento», salvo en caso de aquellas causas sobrevenidas que hayan sido «suficientes por sí mismas para determinar el evento».

Consideraciones no muy diferentes a éstas, pueden ser realizadas sobre un gran número de otros términos derivados del lenguaje biológico (como «*vida*» o «*muerte*»), del físico (como «*derrumbamiento de edificio*», «*inundación*» o «*emisión de humo*»), del médico («*contagio de enfermedades*»), del sociológico o criminológico («*peligro social*», «*tendencia a delinquir*») y, sobre todos del lenguaje que nace de la unión de política e información de masas: por ejemplo, la expresión «*guarida subversiva*» usada por el legislador italiano en 1979 para designar los lugares de encuentro de los pertenecientes a movimientos extremistas o la más reciente expresión, muy poco técnica, «*pentiti*» («arrepentidos»), que es usada generalmente en la interacción común incluso entre especialistas para designar a los imputados que aceptan colaborar con los fiscales haciendo lo que en lenguaje técnico jurídico se ha llamado siempre «*acusaciones de complicidad*» y en el lenguaje común «*delaciones*». Ejemplos, estos últimos, que ilustran exhaustivamente la tendencia del lenguaje normativo y específicamente del jurídico a adaptarse a las exigencias de la retórica e, incluso, de la representación escénica también en sectores, como el Derecho Penal, en los que se profesa el dogma de la certeza lingüística.

³⁴ Por supuesto, en el excelente *Dizionario giuridico inglese-italiano* de Francesco de Franchis (Giuffrè, Milano 1984) estas palabras, al igual que otras, no son «traducidas», sino explicadas mediante la referencia a la función que cumplen en el lenguaje del *common law*.

En sexto lugar, la naturaleza específica del ámbito por donde el mensaje circula influye en el significado del mensaje normativo. El ambiente o espacio comunicativo se caracteriza no sólo por la cultura, sino también eminentemente por la finalidad con la que capta, filtra y transforma los mensajes que recibe. Por ejemplo, uno de los más cualificados representantes de la Semiótica Jurídica, el analista inglés Bernard Jackson, siguiendo la teoría de los «grupos semióticos» elaborada por el semiólogo francés Algirdas Greimas, sostiene que el discurso jurídico, orientado siempre directa o indirectamente hacia normas, debe diferenciarse según los diversos grupos a los que van dirigidos los mensajes. Así —observa— la legislación que tiene por finalidad la acción se dirige preferentemente a los diversos sectores de la administración pública a los que compete ejecutarla y hacerla observar, el «discurso judicial» que tiene como finalidad la justificación de las decisiones circula preferentemente por el grupo constituido por aquellos que intervienen en el proceso, es decir, jueces y abogados. Finalmente, el discurso doctrinal de los juristas que tiene como finalidad los requisitos científicos del sistema normativo circula preferentemente entre los miembros de la comunidad académica. El mensaje se adapta pues a cada grupo: «El carácter y los intereses del destinatario particular influyen necesariamente, *inter alia*, en la naturaleza del mensaje que éste comunica»³⁵.

En séptimo y último lugar, la actividad interpretativa que desarrolla, conscientemente o no, cada agente que interviene en el proceso comunicativo, juega también un papel esencial. Cuando se trata de palabras la interpretación no puede desarrollarse más que a través del uso de otras palabras, según un proceso semiótico que es, teóricamente hablando, ilimitado. Puesto que cada mensaje, en cuanto transmitido y recibido, debe ser también interpretado, parece evidente que cada pasaje interpretativo puede alterar sensiblemente su significado: *lo cual equivale a cambiar su contenido*. La actividad del intérprete se refleja por tanto también en normas, como las jurídicas, cuyo significado queda prescrito como vinculante, y normalmente es considerada «creativa», es decir, modificativa del sentido originario no sólo entre los estudiosos de inspiración iusrealista³⁶, sino también entre los autores de inspiración iuspositivista, respetuosos de la literalidad normativa y ajenos a posiciones escépticas más extremas en relación con el significado de las normas³⁷.

³⁵ B. S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, London-Boston-Melbourne-Henley 1985, pp. 284 sgg. (cit. posteriormente 286).

³⁶ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980.

³⁷ Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit. pp. 117 ss.; Hart, *Il concetto di diritto*, cit. pp. 146 ss. (vid. en particular, pp. 159 ss. sobre una discusión equilibrada sobre las «variedades de escepticismo sobre las normas»).

Por todo cuanto precede podemos afirmar que la interacción humana, también en el campo del Derecho, no está expuesta al riesgo perenne de la incomunicabilidad. La vida no es una constante comedia de equívocos, pues los seres humanos están prioritariamente interesados en comprender y en hacerse comprender. Sin embargo, el riesgo de la incomprensión, real o simulada, está siempre vivo y *es muy elevado, debe subrayarse, cuando el objeto de la comunicación son las normas, sobre todo en caso de que se presenten en su más cerrada estructura deóntica, es decir, que expresen prescripciones dirigidas de una persona a otra*. En la comunicación asertiva los interlocutores no tienen ningún interés en no entenderse, salvo casos extremos. En la comunicación prescriptiva, dirigida a influir en la acción ajena, los intereses son, si no siempre, muy a menudo, divergentes: y es natural que tanto quien envía el mensaje como quien lo recibe esté más inclinado a expresar a través del mensaje el significado más favorable a sus propios intereses.

El Derecho no es excepción a esta regla: es más, el conflicto jurídico, desde la simple oposición entre dos partes en un proceso hasta la batalla parlamentaria por la creación de una ley y hasta la discusión doctrinal sobre las normas de un código, *tiene siempre por objeto significados normativos, de manera que es siempre un conflicto semiótico que versa sobre signos que hacen referencia bien a hechos concretos, bien a circunstancias abstractas*.

4. Autonomía, heteronomía, anomia

Un sujeto puede imponerse sus propias normas o bien recibirlas del exterior; en el primer caso estamos en el campo de la *autonomía*, en el segundo, en el de la *heteronomía*. La distinción entre estos dos campos es clásica y está consolidada en filosofía, donde ha dado lugar a numerosas controversias a lo largo de los siglos. En nuestra opinión, esa distinción mantiene intacta su importancia también desde el punto de vista de la Sociología del Derecho, aunque debe ser oportunamente redefinida sobre la base de los intereses particulares de esta disciplina.

En Filosofía moral y en Filosofía del Derecho, el binomio autonomía-heteronomía ha sido a menudo adoptado de forma doctrinaria para distinguir entre *moral* y *Derecho*. El ejemplo más conocido es, naturalmente, el de Immanuel Kant para quien la norma moral proviene de la conciencia de cada uno y posee un motivo absoluto y categórico (*el deber por el deber*), mientras que la norma jurídica proviene del exterior, es decir, de la autoridad que ostenta un poder normativo y posee una motivación empírica además de hipotética e instrumental (*el medio por el fin*)³⁸. En Filosofía y en

³⁸ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), ed. it. Fondazione della

ciencia política, existe también un concepto central, el de autodeterminación, es decir, el de autonomía normativa perteneciente de hecho o de derecho a poblaciones que son, o quieren ser, libres de disciplinar como crean oportuno las relaciones jurídicas entre sus miembros.

Parece evidente, sobre la base de estos ejemplos, la necesidad de desarrollar algunas consideraciones analíticas. Así, podemos preguntar cómo puede ser compatible la idea filosófico-política de autonomía normativa de un pueblo con la idea de que el Derecho sea heterónomo; lo cual se explica, en el lenguaje kantiano, sólo en la hipótesis de que el legislador sea externo respecto al pueblo.

En Sociología se ha sacado frecuentemente a la luz el carácter social, es decir, derivado o, sin más, impuesto y, por tanto, no «autónomo» de las normas individuales de carácter moral, así como de los sistemas normativos en general. Encontramos de nuevo esta opinión expresada en términos particularmente drásticos en la teoría marxista: «[...] nosotros rechazamos —dice Friedrich Engels en su exhaustiva crítica contra Eugen Dühring— la pretensión de imponernos cualquier dogma moral como ley ética eterna, definitiva, inmutable en el porvenir, con el pretexto de que también el mundo moral tendría unos principios permanentes que están por encima de la historia y de las diferencias entre los pueblos. Afirmamos, por el contrario, que todas las teorías morales que han existido hasta ahora son, en última instancia, el resultado de la condición económica de la sociedad de ese momento»³⁹. También otros autores de distinta orientación teórica reconocen la importancia tanto del elemento social en la formación del sentimiento moral, como del individual. Para Durkheim la autonomía de la voluntad constituye solamente uno de los «factores de la moral», junto con el «espíritu de disciplina» y la «adhesión a los grupos sociales»; es, en su opinión, la necesidad de integración y de solidaridad social lo que lleva a la formación de una moral⁴⁰. En definitiva, la idea de que la moral tenga

metafisica dei costumi, en Id., *Scritti morali*, a cura di P. Chioldi, Utet, Torino 1970. pp. 43 ss. [ed. cast. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa Calpe, Madrid 1973]; Id., *Die Metaphysik der Sitten* (1797), ed. it. *La metafísica dei costumi*. Parte I, *La dottrina del diritto*, a cura di G. Vidari, Milano 1916 [ed. cast. *La metafísica de las costumbres*, parte I, *La doctrina del Derecho*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid 1989]. Sobre las distinciones kantianas entre imperativos autónomos y heterónomos, y entre imperativos categóricos e hipotéticos, véase por extenso Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 63 ss.

³⁹ F. Engels, «*Antidühring*» (1877-78), ed. it. a cura di V. Gerratana, Editori Riuniti, Roma 1971, p. 100 [ed. cast. *Anti-Dühring: La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring*, trad. M. Sacristán, Grijalbo, México 1968²].

⁴⁰ E. Durkheim, *L'éducation morale* (1925), ed. it. *L'educazione morale*, trad. di E. Navarra, Newton Compton, Roma 1974 [ed. cast. *La educación moral*, Ed. Losada, Buenos Aires 1947].

en primer lugar, aunque no exclusivamente, un carácter social o socio-cultural, está en la base de la convicción compartida por muchos sociólogos de que no existe una sola moral, sino tantas morales como sociedades⁴¹.

En Teoría del Derecho se ha subrayado que, por un lado, «existen sistemas morales fundados en la heteronomía», como la moral religiosa, «que fundamenta sus preceptos morales en la voluntad de un ser supremo»; y, por otro, que «no es cierto que no puedan darse también imperativos autónomos en el campo del Derecho», como ocurre por ejemplo en la llamada esfera de la autonomía privada, principalmente en el caso de los contratos, e incluso en la esfera del Derecho público, en referencia al Estado democrático que se funda precisamente en la autonomía⁴².

Una vez más es preciso recuperar la sugerencia de Glanville Williams y entenderse sobre el significado de las palabras. Es evidente que los términos «autonomía» y «heteronomía» se usan en los diferentes contextos antes mencionados con significados por lo menos en parte distintos. El hecho de que la moral de un pueblo conste de normas provenientes de necesidades concretas, advertidas por la mayoría o por grupos específicos, puede inducir a definirla como «heterónoma» si se considera su proceso de elaboración y, sobre todo, de interpretación y de comunicación; pero esto no impide que se defina como «autónoma» si se atiende a la motivación interior que induce a los particulares a aceptar, por convicción individual, el respeto de sus preceptos. Aplíquese esto mismo al Derecho. El contrato aparece sin duda como una forma de «autonomía» si consideramos conjuntamente las partes contratantes como un *unicum* en cierto modo contrapuesto a terceras personas, incluido el legislador; si, en cambio, consideramos las partes contratantes por separado y analizamos su relación interna, admitiendo la hipótesis de que cada una de ellas busca optimizar su propia ventaja, se constata que el contrato es el fruto de presiones y concesiones recíprocas, y que, por tanto, bien puede ser definido como «heterónomo». Las consideraciones a propósito de la autonomía normativa, o de la autodeterminación, de una entera nación no son muy diversas. Se tratará, precisamente, de «autonomía» si nos fijamos en el pueblo como una unidad, que comprende al legislador y se contrapone a otras naciones. Y, en cambio, se

⁴¹ Cfr., por ejemplo, L.T. Hobhouse, *Morals in Evolution. A study in comparative ethics*, Chapman and Hall, London 1906; E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Macmillan, London 1912; M. Ginsberg, *On the Diversity of Morals*, Heinemann, London 1956; G. Gurvitch, *Problèmes de la sociologie de la vie morale*, in Id. (ed.), *Traité de sociologie*, vol. II, Presses Universitaires de France, Paris 1958, ed. it. *Problemi della sociologia della vita morale*, in Id. (ed.), *Trattato di sociologia*, vol. II, Il Saggiatore, Milano 1967.

⁴² N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 65. Sobre el carácter «autónomo» del Derecho negocial de los particulares, vid. también Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 132 ss.

tratará de «heteronomía» si se considera esa nación en sus articulaciones internas, observando cómo sus normas son fruto de negociaciones, contraposiciones e imposiciones, de unos agentes sobre otros.

También por lo que respecta a estos términos es necesario, pues, alcanzar una solución concluyente. Desde el punto de vista sociológico, al definir un fenómeno como el Derecho consideramos que la opción más recomendable es aquella que parte del análisis de la interacción social que normalmente conduce a la formación de esas normas que habitualmente son denominadas «jurídicas». Desde esta perspectiva, y remitiéndonos a cuanto hemos expuesto en el capítulo precedente, parece útil considerar que los seres humanos, en el contexto de un mundo que presenta escasez de recursos o, como diría Niklas Luhmann, «sobreabundancia de expectativas» respecto a las posibilidades de satisfacción, buscan ampliar al máximo su parcela de poder y convertir en habitual, es decir, hacer «regular», en cuanto repetido, el ejercicio del poder; ese mismo poder que es causa de conflictos manifiestos o latentes. Se puede sostener que las normas nacen precisamente de este conflicto y, consagrándose en un modelo de acción, reflejan soluciones *contingentes*, cuyas características dependen esencialmente de las relaciones de fuerza, en sentido amplio, de los agentes que interactúan. Puede tratarse de una solución equilibrada, que sacrifica los intereses recíprocos sopesándolos equitativamente, o bien de una solución parcial o totalmente desequilibrada en favor de algunos y en detrimento de otros. Si se observa bien, esto suele ser así tanto en la elaboración de normas generales, como en la de normas particulares. Que una ley nazca de una interacción conflictiva entre grupos sociales rivales o, si se prefiere, entre sus representantes elegidos en asamblea legislativa, es una circunstancia que no precisa explicación. Sucede lo mismo con un contrato. Si las partes contratantes tienen, como suele decirse, la misma fuerza contractual, la norma que se establezca equilibrará sus intereses contrapuestos, trazará una línea entre ellos. Si, por el contrario, la fuerza contractual es desigual —piénsese en los contratos suscritos por consentimiento sobre impresos o formularios impuestos por la parte más fuerte, sobre todo en los casos de régimen de monopolio económico— la reglamentación de los intereses quedará fatalmente desequilibrada; hasta tal punto que sólo la intervención externa autorizada, legislativa o administrativa, podrá imponer una mayor equidad. Bajo este enfoque, y con una acepción diferente de la que proviene de la tradición kantiana, puede tranquilamente hablarse de heteronomía; las normas aquí consideradas provienen de la recíproca contraposición entre los sujetos o actores sociales.

Admitido que el Derecho, como ya se ha dicho, pertenece a la extensa zona de la normatividad, no debe parecer aventurado dar un paso hacia adelante y restringir el área del Derecho al de la *heteronomía* propiamente dicha; es decir, al área de las normas nacidas del conflicto provocado por la apropiación de recursos, posiciones, ventajas, estatus, que son escasos.

A su vez, sobre la base de análogas premisas analíticas, debemos considerar como un problema esencialmente de definición conceptual el hecho de que las normas morales deban ser consideradas autónomas o heterónomas. La tradición kantiana habla de autonomía por la relevancia que otorga al llamado «fuero interno», en virtud del cual las normas son cumplidas por convicción interior. Esta opción parece recomendable, en primer lugar, porque en Sociología es muy relevante identificar y denominar apropiadamente una categoría específica que agrupe de forma adecuada aquellas normas que son interiorizadas y se traducen en modelos de acción que el sujeto se impone a sí mismo, con independencia de otros condicionamientos externos. En segundo lugar, porque lleva a delinear con mayor nitidez la diferencia entre los campos de la moralidad y del Derecho, que se superponen continuamente en la práctica —la moral influye continuamente en el Derecho y viceversa— pero que, aún así, hay que considerar conceptualmente distintos.

A los conceptos de autonomía y de heteronomía se aproxima, por razones de simetría argumentativa, el de *anomia* que, como es sabido, significa ausencia de normas; es decir, ausencia de referencias normativas. A pesar de que este término no tiene en la tradición filosófica la misma relevancia que los precedentes, se ha observado que sus orígenes son también antiguos⁴³. A diferencia de los otros dos, sin embargo, éste se ha revestido de una importancia crucial en la tradición sociológica a partir del uso que le ha dado Emile Durkheim, tanto en *La división del trabajo social*, como sobre todo en *El suicidio*⁴⁴. Como se recordará (cfr. *supra*, p. 92-93), Durkheim toma en consideración la sociedad a través de las reglas, sobre todo jurídicas, que constituyen el símbolo visible y el factor de cohesión de la solidaridad social. Por lo tanto, la relajación de las reglas, así como la ampliación de áreas desreguladas, anómicas, debilita los vínculos de solidaridad que unen a los individuos entre sí y vuelve a los propios individuos dependientes del organismo social en conjunto. De ahí el extravío, que es típico de la sociedad individualista e industrializada del siglo XIX y que conduce, en casos extremos, a la autoanulación.

Otros autores posteriores a Durkheim examinaron el problema del debilitamiento de los vínculos normativos sin referirse directamente al

⁴³ Cfr. A. Izzo, *Anomia. Analisi e storia di un concetto*, Laterza, Roma-Bari 1996, donde se señala la recurrencia de la palabra en Jenofonte (pp. VII, I). Sobre la historia del concepto de anomia, cfr. también M. Orrù, *Anomie. History and Meaning*, Allen & Unwin, Boston 1987.

⁴⁴ E. Durkheim, *De la division du travail social*, París 1893, ed. cast. *La división del trabajo social*, trad. de Carlos G. Posada, Akal, Madrid 1987; Id., *Le suicide. Etude de sociologie*, París 1897, ed. cast. *El suicidio*, trad. L. Díaz Sanchez, Akal, Madrid 1989.

concepto de anomia, hasta que dicho concepto pasa nuevamente a un primer plano con King Merton, que centra en él su conocido diagnóstico de la sociedad americana contemporánea. En dicha sociedad, observa este autor, se percibe una creciente discrasia entre las metas que los individuos aspiran a alcanzar, especialmente el éxito económico-social, y los medios institucionales a su disposición. Las tendencias de los individuos frente a esta discrasia son clasificadas por Merton en cinco modelos muy conocidos: por un lado la conformidad, el ritualismo y la renuncia, en los cuales los medios institucionales disponibles son aceptados, aunque se sacrifiquen las metas; y, por otro lado, la innovación y la revolución, en las que las metas son perseguidas a través de medios no institucionales que, en el caso del «revolucionario» se inspiran en sistemas normativos alternativos, mientras que en el caso del «innovador» son elegidos simplemente al margen de las normas, es decir, en régimen de anomia⁴⁵.

A treinta años de distancia de Merton, aunque con palabras no muy diferentes de las del sociólogo americano, también Ralf Dahrendorf recurre al concepto de anomia para explicar la falta de armonía en las sociedades post-industriales contemporáneas del mundo desarrollado, caracterizadas por una imparable multiplicación de «opciones» y, por consiguiente, de expectativas sobre los medios disponibles; pero, sobre todo, por la reducción de las «ataaduras», expresión con la que el autor se refiere en sentido amplio a los vínculos normativos que dirigen y «comprimen» la acción, confiriéndole un sentido socialmente compartido⁴⁶. Se instaura así, según el autor, una creciente sensación de extravío, más concretamente, de anomia, sobre todo entre quienes —nuevos pobres, parados, franjas marginales en general— no pueden ser incluidos plenamente en la categoría de «ciudadanos»⁴⁷.

Es importante observar que en la práctica social existe una estrecha proximidad entre anomia y heteronomía. En efecto, la acción anómica de tales sujetos, considerados por esa razón «desviados», es constantemente objeto de la acción normativa de otros sujetos. De hecho, la falta de orientaciones normativas es a menudo representada como una suerte de patología social

⁴⁵ R. K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, New York 1949, ed. it. *Teoria e struttura sociale*, trad. de A. Oppo, vol. II, *Analisi della struttura sociale*. Il Mulino, Bologna 1970, pp. 297 ss. [ed. cast. *Teoría y estructura sociales*, trad. F. M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México 1964].

⁴⁶ R. Dahrendorf, *Lebenschancen. Anläufe zur sozialen und politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1979, ed. cast. *Oportunidades vitales: notas para una teoría social y política*, trad. R. García Cotarelo, Espasa Calpe, Madrid 1983.

⁴⁷ R. Dahrendorf, *Equal Opportunity. Civil Society, and Political Theory*, Copenhagen 1995, ed. cast. *La cuadratura del círculo: Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, Fondo de Cultura Económica, México 1996.

por parte de quien ostenta la mayoría del poder normativo, y constituye una justificación común para intervenciones normativas excepcionales encaminadas, precisamente, a «normalizar» la actividad desviada.

5. El refuerzo sancionatorio de las normas

Con el concepto de norma se asocia frecuentemente, aunque no necesariamente, el de *vinculatoriedad*, es decir, el de capacidad de la norma para asignar obligaciones de conducta en referencia a cualquier asunto o, hablando en términos sociológicos, para suscitar expectativas de comportamiento «fuertes», en cuanto apoyadas por la convicción de que no pueden ser defraudadas.

Desde el punto de vista sociológico hay que destacar que este carácter vinculante depende tanto de convenciones sociales, expresas o tácitas, como de la disponibilidad efectiva de poder normativo por parte de algunos sujetos, como también de percepciones subjetivas de quienes están interesados en la acción contemplada en la norma. Teniendo en cuenta todos estos elementos se puede constatar que sobre la cuestión del carácter vinculante de una norma puede surgir fácilmente un conflicto entre los diversos sujetos que interactúan normativamente: un conflicto que puede alcanzar, mucho más allá del problema de la obligatoriedad, el de la válida existencia de la norma, o el de todos los sistemas normativos de los que ésta forma parte. El objetor de conciencia que rechaza el servicio militar impuesto por los estados nacionales contemporáneos rechaza cumplir una única norma de un sistema que por lo demás acepta en su conjunto, considerando que es sólo esa norma la que carece de vinculatoriedad, por lo menos desde el punto de vista moral. La oposición manifestada contra un gobierno que desconoce los derechos fundamentales o el principio de las mayorías, pone en cuestión a menudo la vinculatoriedad del sistema normativo entero.

En pocas palabras, el carácter vinculante de las normas desde el punto de vista sociológico —que es principalmente descriptivo— es, una vez más y esencialmente, un problema de comunicación y de creencias sociales. Una norma puede ser considerada vinculante si aquellos que desde diversos ámbitos sociales están llamados a cumplirla creen que lo es, bien porque la consideren válida por sí misma o bien porque la consideren respaldada por la autoridad y/o, eventualmente, por la fuerza de quien la ha producido o de quien tiene el deber de aplicarla: y por eso mismo no puede ser desobedecida.

El carácter vinculante de las normas, consideradas individualmente o en el conjunto de un sistema normativo, suele ir asociado con su *sancionabilidad*. Existen normas cuya observancia está apoyada por la presencia de una sanción relacionada funcionalmente con el comportamiento que la norma impone, promueve, permite o prohíbe. La sanción, que consiste en

la amenaza de una desventaja (*sanción negativa*) o en la promesa de una ventaja (*sanción positiva*) (vid. *infra*, pp. 208 ss), apela al temor que inspira o al atractivo que suscita y es entonces un instrumento persuasivo que pretende condicionar las acciones, en particular, las acciones de aquellos que podrían no sentirse vinculados por ellas: es éste un argumento que a menudo va dirigido al público específico constituido por quienes potencialmente están implicados en la aplicación de la norma. La relación entre sancionabilidad y vinculatoriedad de las normas resulta absolutamente evidente en el caso de las sanciones negativas, que atacan directamente comportamientos prohibidos o desfavorecidos por la norma, pero existe también en el caso de las sanciones positivas. En definitiva, por un lado, la atribución de una ventaja en presencia de ciertas condiciones constituye una obligación, es decir un vínculo, para quien lo debe atribuir, y, por otro, muy a menudo la obtención de una ventaja obliga a quien la persigue a cumplir la acción esperada: si una norma establece que los empresarios que quieran invertir en una zona subdesarrollada pueden solicitar incentivos económicos, estos empresarios tendrán primero el deber de presentar una instancia y, posteriormente, la obligación de invertir; el gobierno, por su parte, tendrá la obligación de reconocer el incentivo previsto.

La conexión entre acción y sanción se expresa normalmente a través de la presentación de las normas, o del conjunto de normas, según la estructura típica del juicio hipotético, que puede ser expresado con la fórmula «Si $X \leftrightarrow$ (entonces) Y », donde X representa el acontecimiento o la acción que la norma aspira a estimular o a desalentar, e Y , a su vez, representa la sanción relacionada con ese acontecimiento o acción, que haya sido determinada por la norma. Con respecto a esta fórmula, es preciso hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, la conexión entre la premisa y la consecuencia expresa una relación que, en el lenguaje de la tradición normativista de la Teoría del Derecho, suele definirse como de *imputación*, palabra que traduce la expresión alemana «*Zurechnung*»⁴⁸; verificada la premisa, la consecuencia Y no se sigue necesariamente, ni se deduce lógicamente de ella. Simplemente, cuando se verifica X , surge el deber de alguien de hacer Y ⁴⁹. En segundo lugar, la relación entre X e Y es, en sen-

⁴⁸ Kelsen. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 63-65; Id., *Causality and Imputation*, en «*Ethics*», LXI. 1950, pp. I-II, ed. it. *Causalità e imputazione*, trad. de R. Treves, en el apéndice a *Lineamenti*, cit., pp. 207 ss.

⁴⁹ Es relevante observar que cuando se usa la fórmula «Si $X \leftrightarrow$ (entonces) Y » en el ámbito de un razonamiento teórico-jurídico, ésta se compone de una premisa factual o asertiva y de una consecuencia deontica (si se ha verificado alguna cosa, alguien *deberá* aplicar la sanción), mientras que cuando se usa la misma fórmula en el ámbito de un razonamiento sociológico-jurídico, tanto la premisa como la consecuencia tienen carácter factual o asertivo (si se ha verificado alguna cosa, alguien *tendrá* la expectativa de que otra persona aplique la sanción).

tido cronológico, biunívoca. X puede preceder a Y , de la misma forma que Y puede preceder a X : las sanciones negativas se producen normalmente después del comportamiento (si alguien mata es castigado), mientras que las sanciones positivas a menudo lo preceden (el incentivo económico concedido a fin de que se invierta en una zona subdesarrollada podría haber sido obtenido antes de que se comience a invertir). En tercer lugar, como ya se ha apuntado más arriba, la conexión entre X e Y , en un plano funcional-psicológico, supone una técnica de condicionamiento de la acción. El temor o la esperanza de la sanción puede constituir —aunque no necesariamente constituye— un motivo psicológico suficiente para inducir a la acción. Esta conexión funcional-psicológica también puede representarse simbólicamente y es, como precisa Bobbio, traducible en «cuatro tipos de normas: 1) «Si quieres Y , debes X »; 2) «Si quieres Y , debes no X »; 3) «Si no quieres Y , debes X »; 4) «Si no quieres Y , debes no X »»⁵⁰. Cada uno de estos esquemas expresa eficazmente el modo con el que la acción humana se encuentra condicionada por la conexión norma-sanción, y la razón por la que las normas estructurales constituyen hipotéticamente, como dice Kelsen a propósito del Derecho en general, con una fórmula particularmente eficaz, una «*técnica social*»⁵¹.

Siguiendo no sólo a Kelsen, sino a multitud de autores que no pertenecen sólo a la tradición normativista, podemos considerar que *las normas jurídicas presentan precisamente el carácter de refuerzo sancionador*, del que estamos hablando. Negar el carácter sancionador de las normas jurídicas significaría, una vez más, no tener fe en el propósito de alejarse lo menos posible de las opiniones comunes, incluso de las científicas, relativas al Derecho.

No obstante, conviene precisar que tal carácter no basta para distinguir el Derecho de otros complejos normativos, en cuanto que aquel rasgo aparece también en otras clases de normas, no sólo jurídicas, asumiendo caracteres diversos según el tipo de contexto. Por convención unánime se considera que la norma que induce a los pasajeros a reprochar a quien no cede el sitio al anciano no es jurídica, en cuanto que no es posible obligar a su cumplimiento mediante la intervención de un poder *super partes*, como un juez o un policía. Y, siempre por convención unánime, la alternativa «la bolsa, o la vida», planteada por un bandido a un viandante, aunque expresa del modo más inmediato y radical el esquema «Si $X \leftrightarrow$ (entonces) Y », no pertenece ni siquiera a la categoría de las normas jurídicas, en cuanto que es contingente y no se refiere a un sistema general de normas. Sintetizando, podría decirse que en el primer caso el modelo de comportamiento es institucional, mientras que la sanción no lo es. En el segundo, no son institucionales ni el modelo de comportamiento ni la sanción.

⁵⁰ Bobbio. *Teoria generale del Derecho*, cit., p. 154.

⁵¹ Kelsen. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 68-69.

Así pues, podemos acotar nuevamente el área del Derecho a aquellas normas hipotéticas que proporcionan modelos institucionales y, al mismo tiempo, que están conectadas a sanciones institucionalizadas, según el sentido amplio de institución que hemos aceptado más arriba. Por otra parte, esta elección presenta un margen de arbitrariedad, que puede ser comprobado sobre todo cuando se desciende a la observación de interacciones sociales concretas. En una sociedad no alfabetizada sería quizá difícil establecer si una norma en la que, *mutatis mutandis*, se sanciona negativamente la conducta del pasajero maleducado es o no es jurídica. Y si la alternativa «la bolsa o la vida» no fuera planteada al viandante por un bandido aislado, sino por el representante de una comunidad de salteadores de caminos que, controlando un territorio, se dedicara institucionalmente al robo de transeúntes respetando un código de comportamiento propio, el problema se complicaría bastante: el «Derecho» de muchas comunidades «primitivas» establece precisamente este tipo de comportamientos. Naturalmente pueden encontrarse argumentos razonables para responder a estas objeciones. Pero no se puede negar que, en realidad, las opiniones profesadas en este punto estarían basadas más en convenciones que en convicciones.

6. Normas y acciones: conformidad, desviación, eficacia normativa

Puesto que las normas son modelos de comportamiento, los comportamientos, o las acciones, pueden ser clasificadas según su mayor o menor relación con esos mismos modelos.

Los conceptos-base sobre los que se construyen a dichas clasificaciones son los de *conformidad* y *desviación*, cuya importancia fundamental aparece bastante clara si se considera que no sólo se sitúan en el centro de la Sociología del Derecho, sino que además constituyen la base, e incluso la razón de ser, de una disciplina sociológica autónoma, como es, precisamente, la *Sociología de la desviación*, o *criminología*, que tiene por objeto específico el estudio de los comportamientos transgresores (vid. *supra*, pp. 89 ss)⁵².

Sobre este tema, como siempre, son indispensables algunas precisiones terminológicas y teóricas. Desde el punto de vista terminológico se debe subrayar que el concepto de desviación se opone al de *conformidad* y no, como a menudo ocurre (por ejemplo en el ámbito de la criminología de inspiración médico-psicológica), a los conceptos de «normalidad» o de «regularidad» que precisamente por su derivación respectiva de «norma»

⁵² Véase un amplio y todavía válido análisis del fenómeno de la desviación, con referencia a las principales teorías sobre la materia, en A.K. Cohen, *Deviance and Control*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1966, ed. it. *Controllo sociale e comportamento deviante*, edición a cargo de A. Carbonaro, trad. de L. Bonin, Il Mulino, Bologna 1969.

y «regla» pueden parecer en un primer momento perfectamente simétricos a los de desviación, entendida como desviación de las normas y de la reglas. Recordemos que ambos términos son algo ambiguos y por eso pueden ser fuente de confusión. Con la expresión «normalidad de comportamiento» se indica a veces un comportamiento «ideal» sobre el que se desea que se inspiren comportamientos concretos; más frecuentemente se indica «el comportamiento que se observa con mayor frecuencia en una población expuesta a una situación dada»⁵³; en definitiva, el comportamiento que se piensa que seguiría o debería seguir una persona «normal» que no esté sujeta a patologías psicofísicas. Consecuentemente, se define como «anormal» aquel comportamiento que no se adecua al ideal o que se aparta del ideal de una mayoría estadísticamente determinada o, en definitiva, en el que se detecte la subsistencia de algún agente patógeno. En los tres casos, pero sobre todo en el segundo y en el tercero, la referencia a una o más normas, aunque implícita, queda relegada a un último término. A su vez, la expresión «regularidad de comportamiento» designa, en ocasiones, el comportamiento que se adecua a reglas; mientras que en otras ocasiones, y quizá más frecuentemente, designa el comportamiento que se repite uniforme y previsiblemente en el tiempo. En consecuencia, se define como «irregular», según estos dos significados, el comportamiento que transgrede reglas, o bien el comportamiento que mantiene una dirección inconstante e imprevisible. La referencia a normas o reglas resulta evidente en el primer caso, y mucho menos en el segundo.

De los múltiples sentidos de las palabras que acabamos de tomar en consideración se derivan equívocos muy peligrosos. Frecuentemente, por ejemplo, la oposición entre desviación y normalidad se propone, en Sociología del Derecho, en Sociología de la desviación y en la Criminología clásica, sin precisar a cual de los significados de normalidad se hace referencia, precisamente para subrayar la ambigüedad de los términos. Recordemos el título del afortunado libro de Franco Basaglia y Franca Basaglia Ongaro, *La maggioranza deviante*⁵⁴: es una contradicción manifiesta si por «desviación» se entiende el alejamiento de la conducta de la «normalidad» por parte de una mayoría estadísticamente reconocida, pero la expresión se vuelve muy explicativa si por «desviación» se entiende el alejamiento de los parámetros normativos impuestos por la cultura de una minoría dominante. Se podría hacer otro discurso no muy diferente a propósito de la «regularidad», en cuanto opuesta a desviación. La confusión entre comportamiento regular, en cuanto conforme a reglas, y comportamiento regular, en cuanto constantemente mantenido, puede conducir a

⁵³ Gallino, *Dizionario di sociologia*, cit., p. 478.

⁵⁴ F. Basaglia, F. Basaglia Ongaro, *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*, Einaudi, Turin 1971.

malentendidos en la observación de interacciones sociales concretas. Es conocido el ejemplo propuesto por Alf Ross en el que, al preparar el camino para la definición del concepto de Derecho válido, subraya que un observador ignorante que quisiera deducir las reglas del juego del ajedrez a partir del comportamiento «regular», es decir, repetido, de dos jugadores, se vería inducido a confundir las reglas del juego con las reglas de la táctica: por ejemplo, acabaría creyendo que «va contra las reglas una apertura de torre»⁵⁵.

Naturalmente no se pretende aquí sostener que los conceptos de normalidad y de regularidad deban ser suprimidos de las ciencias sociales. Se pretende simplemente recomendar un uso unívoco y no equívoco de las dos palabras. Y por lo que respecta a la Sociología del Derecho, podemos considerar que ambas son más recomendables cuando se usan en su acepción «neutra» que cuando se refieren a una uniformidad estadísticamente observable en los comportamientos de un grupo social determinado. En esta acepción, por el contrario, la referencia a la normalidad o a la regularidad del comportamiento es muy útil. Los antropólogos enseñan, por ejemplo, que para establecer lo que se considera «el Derecho» de una sociedad no alfabetizada es imprescindible partir de la observación de los comportamientos que se repiten con regularidad y, una vez establecido este ámbito de conducta, distinguir entre los que, cuando son transgredidos, no suscitan reacciones de repulsa, y aquellos que, en caso de serlo, suscitan esta clase de reacciones, en cuanto que «no conformes» a reglas reconocidas como vinculantes y sancionadas⁵⁶.

Dicho esto, se podría observar que el concepto de «desviación» no es menos ambiguo que el de normalidad y el de regularidad y, en todo caso, considerar preferible el uso de un término diferente para indicar el alejamiento de una regla de conducta; por ejemplo «transgresión», palabra común en el léxico moral y jurídico. Semejantes observaciones podrían estar fundadas en argumentos teóricos. Sin embargo, no serían compartidas porque llevarían a suprimir del léxico sociológico-jurídico una palabra que es de uso corriente y que está tan consolidada como «desviación», que se uti-

⁵⁵ A. Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958, ed. it. *Diritto e giustizia*, edición a cargo de G. Gavazzi, Einaudi, Turín 1965, p. 16 [ed. cast. *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires 1977].

⁵⁶ Cfr. E.A. Hoebel, *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1954, ed. it. *Il diritto nelle società primitive. Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, trad. de A. Colajanni con la colaboración de L. Miselli, Il Mulino, Bolonia 1973, p. 47: «una norma social se convierte en jurídica si se comprueba regularmente su inobservancia o infracción —de hecho o sólo bajo forma de amenaza— con la aplicación de la fuerza física de coerción por parte de un individuo o un grupo, que posee el privilegio socialmente reconocido de actuar de este modo».

liza preferentemente en el sentido de alejamiento de modelos normativos socialmente reconocidos, o interpretados, como vinculantes, es decir, — como ya se ha dicho — en oposición a «conformidad».

Pasando ahora al plano teórico son asimismo indispensables algunas consideraciones dirigidas a señalar el alto grado de relatividad de los conceptos que estamos considerando.

Si conformidad y desviación, respectivamente, expresan la idea de adhesión y alejamiento de las acciones en referencia a normas, resaltamos que la calificación como conforme o como desviada, aplicada a acciones específicas, varía según los significados que se atribuyen socialmente a aquellas normas. Significados que, como se ha dicho, pueden variar considerablemente en el espacio y el tiempo, dependiendo también de las interpretaciones subjetivas. De esta consideración fundamental, unida al hecho de que, sociológicamente hablando, las normas mismas son actos de comunicación, se deriva que la atribución de los calificativos de «conforme» y «desviado» es siempre un *hecho comunicativo*: aquel hecho comunicativo que de forma muy expresiva se define con la palabra «*etiquetamento*» (*labelling*) en el ámbito de la Sociología de la desviación y de la criminología de orientación interaccionista. Una acción, en pocas palabras, es conforme o desviada no ya en virtud de su connotación natural, sino en virtud de la definición que los autores adoptan en el curso de un proceso comunicativo. Esta definición puede preceder o seguir a la acción en cuestión; puede concretarse en una nueva norma, así como en la diferente interpretación de una norma ya existente y practicada. Pensemos, por un lado, según un ejemplo clásico, en la decisión tomada por la Dieta renana en 1842 al calificar como «hurto» los daños sufridos por el propietario del bosque a causa de la recogida de leña caída, que constituía desde hacía siglos un derecho cívico de la gente pobre⁵⁷; por otro lado, pensemos en las variaciones que sufre a través del tiempo una fórmula normativa como «el común sentimiento del pudor». En virtud de operaciones calificativas y definitivas de este tipo multitud de comportamientos pueden *transferirse, más o menos repentinamente, desde el campo de la conformidad al de la desviación, o viceversa; o bien caer de uno u otro lado en la frontera entre los dos campos, según las opciones interpretativas que se escojan*: como ya hemos recordado más arriba, es sabido que en diversas partes de Italia el concepto de «pudor» suscita, o por lo menos suscitaba, sentimientos y emociones, además de decisiones judiciales, bien distintos.

Debemos precisar que el desarrollo de los conceptos de conformidad y de desviación en términos de interacción comunicativa no debe llegar

⁵⁷ K. Marx, *Dibattiti sulla legge contro i furti di legna* (1842), en *Scritti politici giovanili*, edición a cargo de L. Firpo, Einaudi, Torino 1975, pp. 177 ss. [ed. cast. en *Escritos de juventud*, trad. W. Roces, F.C.E., México 1982].

hasta el punto de excluir la posibilidad de desarrollar cualquier otro tipo de análisis conceptual sobre la relación entre normas y acciones y, en particular, sobre observancia e inobservancia de las normas. Es éste el error en el que caen con frecuencia quienes insisten en el carácter «paradigmático» (en el sentido dogmático de la palabra) de la teoría del etiquetamiento (*labelling theory*), dudando de que tenga sentido científico indagar, por ejemplo, sobre los motivos que inducen a las personas a cumplir las normas o a transgredirlas, o sobre los factores económicos, culturales y sociales que influyen en estos comportamientos⁵⁸. Operaciones de este tipo, guiadas a menudo por criterios puramente ideológicos, llevan a descuidar aspectos muy relevantes de las acciones humanas: aspectos que, entre otras cosas, implican directamente a la acción dirigida a «etiquetar» actos y comportamientos.

La relatividad de los conceptos de conformidad y desviación puede ser observada también desde otro punto de vista. Estos términos no son más que modelos ideales, que, además, no expresan una alternativa rotunda, sino que más bien indican los extremos de una línea continua a lo largo de la cual pueden situarse las acciones humanas concretas en una multitud de niveles diferentes. En síntesis, entre la conformidad absoluta y la desviación extrema existe una amplia zona gris en la cual se sitúan todas las acciones que en parte se adecuan y en parte se desvían respecto de la norma tomada en consideración. Si utilizamos un ejemplo del Código Civil italiano que dispone que el contrato «tiene vigor de ley entre las partes» (art. 1372) y «debe ser cumplido de buena fe» (art. 1375), es del todo evidente que un determinado contrato puede ser cumplido en parte y en parte permanecer incumplido: no en vano se deja al juez la valoración de la «importancia» del incumplimiento, que puede conllevar, pero no necesariamente ni automáticamente según criterios inflexibles, la resolución del contrato.

Destacamos también algunos otros aspectos, al menos aparentemente paradójicos, de la relación entre normas y acciones. La conformidad absoluta de las normas, que a menudo puede estar motivada por actitudes formales de respeto o de sumisión frente al dato normativo —piénsese en la gestualidad ritual de los integristas de cualquier religión— puede, tal vez, incluso expresar la intención de violar las normas y de frustrar su aplicación. La aplicación íntegra de los reglamentos —el llamado *work-to-rule*

⁵⁸ Esta opinión está especialmente difundida entre los seguidores de la llamada criminología crítica de orientación marxista: vid. por ejemplo A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna 1982. Sobre este tema véanse las observaciones críticas de M. L. Ghezzi, *Diversità e pluralismo. La sociologia del diritto penale nello studio di devianza e criminalità*, Cortina, Milano 1995, donde se destaca la naturaleza idealista y iusnaturalista (más que marxista) de estas tendencias.

bien conocido en la tradición sindical inglesa— es sin más una forma de huelga, que se denomina *de celo*. Respetando al pie de la letra el reglamento, los funcionarios de aduana pueden bloquear una frontera durante semanas; mediante la aplicación paralizante de una norma se distorsionan sus fines esenciales adquiriendo la fuerza negociadora necesaria para obtener ventajas, paradójicamente a cambio de la negligencia, o sea, de la desviación. Todo lo anteriormente dicho sirve para volver sobre un nuevo asunto que tiene gran relevancia para la Sociología del Derecho: el de la eficacia de las normas, que será afrontado también más adelante cuando se hable del sistema judicial en su conjunto. Por eficacia de una norma se puede entender, siguiendo la conocida definición de Lawrence Friedman, la producción de efectos conformes a las intenciones de aquellos que han creado la norma⁵⁹. Así definido, el concepto es simple y claro. Entre los múltiples efectos que provoca la emanación y la aplicación de una norma, que confluyen, según la expresión del propio Friedman, en la descripción de su *impacto*⁶⁰ es posible aislar algunos de ellos, los que se quiera, a fin de establecer si la norma tiene o no tiene eficacia. Es indiscutible, por tanto, que el área de eficacia de las normas será más reducida, a veces muy reducida, que la de su impacto. Ciertamente, una norma puede producir efectos completamente opuestos a las intenciones de quien la ha dictado: son los llamados «efectos perversos» muy tratados, en general, por la teoría sociológica⁶¹. Sin embargo, si se piensa, una vez más, que una norma es un modelo ideal que puede asumir diversos significados dependiendo de las distintas interpretaciones que de ella se dan en el tiempo y en el espacio, es fácil constatar que el juicio de eficacia de una norma, como el de conformidad y el de desviación, es altamente relativo y, podríamos añadir, contingente. En la emisión de una norma pueden intervenir varios agentes, que persiguen por vías diferentes y no siempre abiertamente reconocidas objetivos diferentes, en relación con diferentes proyectos de acción, confiando en la posibilidad de llevar a cabo posteriormente interpretaciones también diferenciadas. De este modo, las normas —y en particular las normas jurídicas— presentan a menudo márgenes más o menos intencionados de vaguedad y de ambigüedad, derivados precisamente de la interferencia de varios sujetos en el proceso de su formulación. Esto, fatalmente, amplía la esfera de discrecionalidad interpretativa de quienes estarán llamados a observar o a hacer observar la norma. Puede por tanto suceder que la estimación de la eficacia de una norma varíe de persona a persona: la norma que

⁵⁹ Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, cit., p. 133.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 101 ss.

⁶¹ Sobre este punto, vid. por ejemplo R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, Presses Universitaires de France, Paris 1967, ed. it. *Effetti «perversi» dell'azione sociale*, trad. de A. Chiesi, Feltrinelli, Milano 1981.

según Ticio es eficaz puede no serlo para Cayo, pues Cayo esperaba de la aplicación de esa norma efectos diferentes de los que quería Ticio.

La relatividad del concepto de eficacia de las normas, sin embargo, no debe de ningún modo llevarnos a suprimir el concepto mismo del marco teórico de la investigación sociológica, ni a minimizar su importancia. Esto equivaldría a negar no sólo la capacidad de comprender el acto normativo sino, además, su relevancia en el ámbito de la acción humana. Como ya hemos recordado, en los procesos de acción, que son eminentemente teleológicos, las normas entran en juego ya sea como medios, que como fines. A veces son dadas *a priori*, mientras que en otras ocasiones son formuladas o interpretadas sobre la marcha. A veces facilitan la acción, mientras que en otras ocasiones la constriñen o la conducen por caminos preestablecidos. Son, por tanto, elementos variables de un juego social; incluso si los jugadores pueden interpretarlas erróneamente, interpretarlas de otra forma, ignorar algunas de ellas y sobrevalorar otras, no hay duda de que contribuyen a definir un marco ideal que sirve de referencia a la acción de los jugadores y al que se amolda en mayor o menor medida la realidad que ellos construyen. El juicio de la eficacia de las normas no implica sino la mayor o menor adaptación entre el marco ideal, antecedente de la acción, y el marco efectivo que derivará de él; no es casualidad que en las concepciones más frecuentes en Sociología del Derecho, retomando una frase de Roscoe Pound, se diga que esta ciencia mide fundamentalmente la distancia entre el «Derecho de los libros» (*law in the books*) y el «Derecho en acción» (*law in action*). Por más difícil que pueda parecer la identificación de los dos términos que aquí están en juego, esta operación expresa quizá la razón de ser más profunda de esa parte del estudio sociológico que tiene por objeto las normas.

7. Tipología de las normas

Se pueden proponer varias clasificaciones de las normas dependiendo de los puntos de vista que se manejen. Muchas ellas parten del punto de vista sociológico, incluso cuando se trata de conceptos que proceden y que han sido desarrollados en el ámbito de otras disciplinas, como la Teoría del Derecho, la teoría de los juegos y otras similares.

7.1 Normas regulativas y normas constitutivas. Tanto en la tradición jurídica como en la sociológica el concepto de norma ha sido asociado siempre a la idea del carácter regulativo. La norma (o regla) ha sido entendida siempre como guía, más o menos vinculante, de un comportamiento que podría, tanto en la teoría como en la práctica, apartarse de ella. Desde esta perspectiva, la expresión «norma (o regla) regulativa» sería sencillamente redundante. En las últimas décadas, sin embargo, sobre todo a par-

tir de un conocido ensayo del filósofo inglés John Searle, aparecido en 1969⁶², pero desarrollando algunas reflexiones que, pasando por Georg H. von Wright, se remontan hasta Ludwig Wittgenstein, ha ido consolidándose la opinión de que las normas que regulan comportamientos deben ser diferenciadas de aquellas otras normas que no tienen esa función y que, por el contrario, tienen la de constituir directamente situaciones de hecho, esto es, «de producir y realizar determinadas situaciones y determinados efectos [...] de forma inmediata»⁶³. El concepto de constitutividad, evidentemente, no es en sí mismo nuevo. En la doctrina jurídica, por ejemplo, siempre se ha hablado de los «efectos constitutivos» de actos jurídicos específicos, o individuales, tales como las sentencias de los jueces y algunos actos privados⁶⁴: que pueden ser por tanto considerados, desde un cierto punto de vista, como normas constitutivas individuales, en la acepción amplia de norma que ha sido adoptada desde el comienzo del presente capítulo.

No obstante, el concepto de norma constitutiva, en la medida en que se distingue del de norma regulativa, ha sido de mayor utilidad en el campo de las normas generales que en el de las individuales. Por medio de la obra de algunos autores —entre los que se encuentra, ante todo, el filósofo del Derecho italiano Amedeo G. Conte— la categoría de las normas constitutivas ha ido definiéndose y, además, concretándose en una serie de subcategorías, como son, en particular, la de las normas «théticas», la de las normas «eidético-constitutivas» y, por último, la de las normas «anankástico-constitutivas»; que se diferencian, en el primer caso, porque «constituyen estados de cosas» a través de su mera enunciación o aplicación⁶⁵, en el segundo porque «son condición necesaria de aquello que ellas mismas regulan»⁶⁶, y en el último porque «establecen una condición necesaria»

⁶² J. Searle, *Speech Acts*, Cambridge University Press, London 1969, ed. cast. *Actos de habla: Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. L. Valdés Villanueva, Teorema, Valencia 1977.

⁶³ C. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano 1974, pág. 46. Sobre las normas constitutivas cfr. A. G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola*, in R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli 1983, pp. 37-82, ahora en A. G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. II, *Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 269-312. Sobre las implicaciones para el análisis sociológico del Derecho véase G. Ferrari, *Questioni normative e sociologia*, Angeli, Milano 1982, pp. 66 ss.

⁶⁴ En el Derecho italiano es típico el ejemplo de la hipoteca, que se constituye mediante inscripción en el Registro de la propiedad inmobiliaria (art. 2808, apdo. 2, Cod. Civ. italiano).

⁶⁵ A. G. Conte, *Konstitutive Regeln und Deontik*, en E. Morscher, R. Stranzinger (ed.), *Ethik*, Hölder-Pichler-Tempsky, Wien 1981, pp. 69 ss.

⁶⁶ Cfr. A. G. Conte, *Fenomeni di fenomeni*, en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 63, 1986, pag. 36, ahora en Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. II, *Studi 1982-1994*, cit. pp. 315-346 (en éste, y en otros trabajos, el autor suele emplear la palabra «regla», en lugar de la palabra «norma»).

para la validez, dentro de un sistema normativo, de determinados actos⁶⁷. Como ejemplo de la primera clase de normas es posible mencionar el acto del Jefe del Estado por medio del cual se promulga una ley o la ley que deroga expresamente otra ley anterior. Un ejemplo clásico del segundo tipo son las reglas fundamentales de los juegos. Como suele decirse, el juego del ajedrez «no existe» al margen de las reglas que establecen el movimiento de las piezas: si alguien pretendiera mover la torre en sentido transversal o el alfil en sentido longitudinal no cometería una «violación» de una regla, sino que simplemente «se saldría del juego», es decir, entraría en otro juego diferente o bien realizaría un movimiento físico carente de sentido social. Como ejemplo del tercer tipo de normas constitutivas, Conte menciona dos disposiciones del Código Civil italiano que establecen condiciones de validez de determinados actos: en concreto los arts. 602 y 782, en los que, respectivamente, se establece que el testamento holografo debe haber sido escrito de puño y letra por el otorgante, fechado y firmado, y que la donación debe ser realizada en acto público, siendo la pena, en ambos casos, la nulidad.

Se puede discutir si las normas constitutivas, así definidas, puedan ser reconducidas a normas regulativas⁶⁸. En este lugar, sin embargo, podemos limitarnos a realizar algunas breves observaciones. Las normas constitutivas no pueden ser diferenciadas de las normas regulativas por el hecho de que confieran sentido a las acciones, pues, en realidad, cualquier clase de norma confiere sentido a la acción a la que hace referencia en relación con un sistema normativo de significados: tomar una cosa mueble ajena es un «hurto» porque existen normas que «constituyen» los conceptos jurídicos de propiedad, posesión, sustracción, todos ellos explícita o implícitamente relacionados con la norma regulativa que, castigando esa conducta, podemos considerar que «constituye», como tal, el concepto de hurto⁶⁹. Además, las normas constitutivas, tanto las que son anankásticas, como las eidéticas y las théticas, acaban teniendo un carácter regulativo en la medida en que orientan acciones y expectativas de acción y, además, pueden ser traducidas en preceptos: el jugador de ajedrez tiene la obligación de no realizar movimientos irregulares y el árbitro de la partida la obligación de anu-

⁶⁷ *Ibidem*, p. 49. Los actos cuyas condiciones esenciales de validez son establecidos por medio de reglas «anankástico-constitutivas» son, en esta perspectiva, hechos «no naturales», que sólo pueden ser concebidos, por tanto, sobre la base de normas que constituyen su tipo, atribuyéndoles su significado específico.

⁶⁸ Véase, al respecto, algunas observaciones de M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995², pp. 254-55.

⁶⁹ Es interesante recordar cómo no en todas las culturas el apoderarse de una cosa mueble utilizada por otros (más allá del concepto, puramente jurídico, de propiedad) es considerada como un acto socialmente reprochable y, por tanto, sancionable.

lar el movimiento irregular⁷⁰, el comportamiento del otorgante toma como modelo la norma para no incurrir en nulidad y el juez tendrá la obligación de declarar nulo el testamento que carezca de firma autógrafa. Y, sin embargo, incluso aunque la distinción finalmente resultara ser menos nítida de lo que afirman los teóricos de las normas constitutivas, en nuestra opinión, parece que debería ser igualmente mantenida en el desarrollo de un análisis sociológico. No se olvide que la sociedad es frecuentemente representada, en la Sociología contemporánea, como un terreno de juego en el que los actores se mueven siguiendo reglas que otorgan sentido a su acción y constituyen sus roles u sus *estatus*. A pesar de que esto posiblemente vale para todas las reglas, es preciso subrayar que las llamadas reglas constitutivas, por así decir, *establecen el marco dentro del cual se desarrolla el juego y, dentro de éste, cada una de las acciones*. Así, recurriendo a una metáfora deportiva que no es infrecuente en este tipo de análisis, en el fútbol es preciso delimitar y definir el terreno de juego y repartirlo en sectores diferentes: al margen del campo o bien dentro de él, pero sin la referencia a las porterías (entendidas como el lugar del *goal*, es decir, de la meta o el fin), el juego no tiene sentido; dentro del campo la validez de las acciones se encuentra (en parte) condicionada por el área en la que se desarrollan; dentro de cada una de las áreas, por último, los jugadores deben respetar ciertas normas que regulan comportamientos concretos y que sancionan su incumplimiento. Se trata, evidentemente, de tres diferentes niveles que corresponden a reglas de intensidad diferente, que pueden ser diferentes entre sí y que, *lato sensu*, pueden ser reconducidas a los conceptos respectivos de normas constitutivas eidéticas, de normas constitutivas anankásticas y, finalmente, de normas regulativas.

7.2. *Normas consuetudinarias y normas estatuidas*. La distinción entre normas consuetudinarias y normas estatuidas responde a la diferente modalidad de formación de las normas y tiene gran importancia tanto respecto del sistema jurídico, como respecto de los demás sistemas normativos, como los de la moral o la religión.

El criterio teórico de distinción es muy claro. La norma consuetudinaria se desarrolla espontáneamente y se impone como canon de expectativas de comportamiento como consecuencia de su uso reiterado, respaldado en ocasiones por la opinión social de que dicha norma no debe ser transgredida (*opinio iuris sive necessitatis*), de manera que, convencionalmente, se le atribuye una naturaleza jurídica. La norma estatuida, por su parte, emana de una voluntad que la crea, es el efecto de un *fiat* determi-

⁷⁰ Es obvio el caso de los tramposos, que el propio A. G. Conte toma en consideración, ofreciendo interesantes observaciones sobre las paradojas que de esta cuestión se desprenden (cfr. *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 47).

nado, realizado por un sujeto al que le ha sido reconocido, dentro de un grupo social, un poder normativo. La jurisprudencia distingue con claridad dogmática entre el Derecho consuetudinario, «común» por tradición en el ámbito de una población (el *ius commune* de orígenes romanos, el *common law* inglés) y el Derecho legislativo, fruto de la voluntad de un legislador individual (el *dictator* romano) o colectivo (como los parlamentos modernos).

Una aproximación «externa» al Derecho, no sólo sociológica, sino también teórico-filosófica, requiere una formulación del problema en términos mucho más complejos.

En efecto, podemos observar, como ya se ha hecho en numerosas ocasiones, que muchas normas estatuidas no hacen, en realidad, sino enunciar, formalizando a través del uso de símbolos lingüísticos y sacralizando a través de palabras repletas de autoridad, preceptos que ya existen y están arraigados en la costumbre. Podemos pensar, en estos casos, que la estatución no es «creativa» y que, por el contrario, sirve para reforzar una práctica normativa ya consolidada. Ello ha sido puesto de manifiesto con frecuencia, por ejemplo al rebatir el modelo moderno e ilustrado de legislación, desde el primer ensayo crítico de Friedrich C. von Savigny, donde se hacía hincapié en el hecho de que muchas normas del *Code Napoléon* no fuesen sino la traducción, a veces incluso con el añadido de errores, de preceptos elaborados por juristas romanos y que habían superado indemnes el paso de los siglos a causa de la difusión del *ius commune* en diversos países de Europa⁷¹. Lo mismo puede decirse, y así se ha hecho, a propósito de muchas normas presentes en los textos sagrados de diferentes religiones, como la *Tablas de la ley* de Moisés, los *Evangelios* de Jesucristo o el *Corán* de Mahoma.

Además, suele ser difícil establecer si lo socialmente relevante en una norma consuetudinaria es el contenido transmitido, o bien su formulación escrita que podría ser fruto, en todo o en parte, de una intervención «creativa», o cuando menos innovadora. El Derecho consuetudinario romano podía ser conocido fundamentalmente a través de los *responsa* de juristas, como los que se recogen en el *Digesto* de Justiniano. El Derecho consuetudinario inglés puede ser conocido, como es sabido, a través de los precedentes judiciales que tienen, dentro de ciertos límites formales, valor vinculante conforme al principio del *stare decisis*. Y es precisamente esta relación entre costumbre y actividad jurisdiccional lo que sustenta las disputas filosóficas acerca de la naturaleza de los precedentes.

⁷¹ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814, ed. cast. «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho», en J. Stern (comp.), *La codificación. Una controversia basada en sus obras*, trad. J. Díaz García, Aguilar, Madrid 1970.

Mientras los precedentes vayan sucediéndose sin cambios podemos pensar que con ellos no se hace más que «leer» la costumbre jurídica, sirviendo como fuentes de *conocimiento*. Pero cuando un juez se aparta de la tradición y enuncia, con una sentencia innovadora, un principio jurídico desconocido, el problema se complica: ¿nos encontramos ante una nueva y diferente «lectura» de una misma costumbre, sobre la base de las cambiantes condiciones histórico-sociales, o por el contrario ha sido creada una norma nueva, de manera que es preciso reconocer que el precedente es, o al menos puede llegar a ser, fuente de *producción*?

Problemas como estos sugieren que la línea de distinción entre normas consuetudinarias y normas estatuidas difícilmente puede llegar a ser definida desde un punto de vista «externo» y, en realidad, puede ser trazada con claridad solamente desde una perspectiva dogmática, *acordando* que, por ejemplo, la norma estatuida sea aquella que es dictada por un órgano al que se le reconoce el poder de dictar normas. Es éste el criterio adoptado por la ciencia jurídica: con el único problema de que la atribución de poder normativo deriva también de alguna otra norma que, con Kelsen, podemos definir como «de grado superior»⁷² —y normas como éstas suelen ser también de carácter consuetudinario, de manera que su existencia o inexistencia, su contenido y sus límites a menudo es objeto de discusión.

A pesar de todos los problemas que hasta aquí se han mencionado, la distinción entre normas consuetudinarias y normas estatuidas tiene una importancia enorme, también para la Sociología del Derecho. El Derecho moderno ha sufrido a través de los siglos un proceso de «positivación» que ha consistido en primer lugar en su creciente formalización a través de símbolos lingüísticos escritos, en segundo lugar en su procedimentalización, en el sentido de que la producción y aplicación de dichos símbolos ha sido regulada a través de la emanación de las metareglas oportunas, y, en tercer lugar, precisamente, en la ampliación del Derecho estatuido, procedente de una fuente normativa acreditada, en detrimento del Derecho consuetudinario⁷³. Es posible naturalmente observar que muchas de estas normas estatuidas expresan preceptos ya existentes; pero no se puede ignorar tampoco que muchísimas más son absolutamente nuevas, en el sentido de que no reflejan en absoluto una costumbre previa y que, por el contrario, pretenden condicionar instrumentalmente y, a menudo, artificialmente la acción humana, modificando incluso la costumbre existente.

⁷² Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 95 ss.; Id., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien 1960, ed. it. *La dottrina pura del diritto*, a cargo de M. G. Losano, Einaudi, Torino 1966, pp. 251 ss.

⁷³ Sobre esta cuestión, N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg 1972, ed. it. *Sociologia del diritto*, a cargo de A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari 1977, pp. 159 ss.

7.3. *Normas escritas y normas no escritas.* La distinción entre normas consuetudinarias y normas estatuidas enlaza en parte con la que existe entre normas escritas y normas no escritas.

La formulación de una norma a través de signos lingüísticos escritos, algo que sólo es posible en las sociedades alfabetizadas, facilita su búsqueda y localización, orientando de forma decisiva, al menos teóricamente, su aplicación. El hecho de identificar una norma en una recopilación de leyes que se encuentre en vigor es prueba de su existencia (excepto en el caso, a menudo dudoso, de la derogación tácita) y es índice inmediato de su naturaleza jurídica; el hecho de encontrarla citada en una recopilación de opiniones doctrinales, de usos o de costumbres mercantiles, o también de máximas jurisprudenciales, supone un cierto grado de probabilidad de que dicha norma llegue a ser reconocida y, en su caso, cumplida y aplicada; el hecho de que una circular interpretativa haga mención a ella indica que, a pesar de que sean posibles interpretaciones divergentes, la interpretación que la circular ofrece tendrá cierta probabilidad de ser seguida en el futuro. En síntesis, las normas estatuidas o comunicadas o expresadas por escrito presentan, cuando menos en apariencia, un fuerte grado de *determinación*⁷⁴ o, si se prefiere, de *objetividad*⁷⁵.

Sin embargo, la escritura, precisamente porque consta de signos y símbolos lingüísticos, se presta a esa misma variabilidad de interpretaciones que acabamos de mencionar, de manera que su aparente fijeza es más engañosa de lo que parece. Por el contrario, puede resultar menos engañosa a primera vista una norma enunciada verbalmente, sobre todo si va acompañada por gestos rituales recurrentes cuyo significado es compartido por la comunidad entera: éste es el caso del canto con el que algunos pueblos esquimales recurren para dar tratamiento jurídico a ciertas disputas⁷⁶. Es más, ha llegado a decirse desde el campo de la Antropología jurídica que «la escritura favorece la abstracción y la disminución del control del Derecho por parte del individuo» y que «[l]a interpretación de un texto escrito es en la práctica más difícil que la interpretación de la palabra y fomenta la manipulación: al contrario que la comunicación verbal, en la que cabe siempre la posibilidad de interrogar al interlocutor, el texto no puede proporcionar respuestas sobre sí mismo»⁷⁷.

Como es natural, no podemos deducir de lo que se acaba de afirmar que las sociedades complejas, altamente diferenciadas e intercomunicadas

sobre la base de una simbología universalmente compartida como son las sociedades contemporáneas, puedan quedar en manos de una normatividad comunicada y transmitida verbalmente, como es —o mejor, como era— la de sociedades simples, débilmente diferenciadas en su interior y relativamente cerradas frente al exterior. La difusión de una cultura escrita se ve acompañada inevitablemente por un proceso de «reescritura» de las normas sociales practicadas por la sociedad misma, que afecta en particular a las normas jurídicas. Si la comunicación social es fundamentalmente escrita, la normatividad social no puede sustraerse a esa tendencia. El proceso, definido en formas diferentes como proceso de racionalización-formalización⁷⁸, o bien de positivación⁷⁹, y que ha caracterizado a lo largo de varios siglos la totalidad del fenómeno jurídico en sus más variadas dimensiones, desde las más generales —como por ejemplo las constituciones y el movimiento de los derechos humanos—, hasta las más específicas —como la de los actos administrativos y jurisdiccionales concretos—, ha visto en la palabra escrita, en contraposición a la palabra hablada, un símbolo, bien porque la escritura era índice de una cultura más elevada y despierta (o despertaba) un mayor respeto, bien porque, como suele decirse, *scripta manent* y la disponibilidad de un símbolo escrito al que apelar en la interacción social se había convertido en un potente factor de legitimación y, desde una perspectiva diferente, de responsabilización.

En la actualidad resulta extremadamente interesante indagar sobre los desarrollos futuros de la normatividad, desde el punto de vista de las modalidades de la comunicación. Por un lado, en efecto, la normatividad escrita, en particular la jurídica, ha alcanzado en todas las sociedades desarrolladas un nivel cuantitativo y de desorden tan alto que no representa ya, paradójicamente, un criterio de estabilidad social, sino más bien un potente factor de desorden y de confusión. Se han centuplicado los mensajes normativos, se han entremezclado los léxicos, se han diferenciado multitud de lenguajes especializados y, en el interior mismo de cada uno de ellos, se han multiplicado las disputas interpretativas. El resultado de todo ello, particularmente llamativo en Italia, es una impenetrable selva de normas escritas en la que incluso los especialistas son incapaces ya de orientarse. De otro lado, y por el contrario, la sociedad ha elaborado y sigue elaborando técnicas de comunicación esencial, que poseen un carácter simbólico altamente formalizado. La informatización de los procesos de tratamiento de datos y, paralelamente, de los procesos de toma de decisiones sigue precisamente esta tendencia. Los más recientes avances de la telemática —como

⁷⁴ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 117 ss.

⁷⁵ Ross, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 72 ss.

⁷⁶ Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, cit., pp. 143-145.

⁷⁷ N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris 1988, ed. it. *Antropologia giuridica*, a cargo de P. G. Monateri, traducción de B. Aluffi y R. Peccoz, Giuffrè, Milano 1992, pp. 18 y 20.

⁷⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1933, ed. cast. *Economía y sociedad*, sobre la edición de J. Winkelmann, Fondo de Cultura Económica, México 1944, pp. 603 ss.

⁷⁹ Luhmann, *Sociologia del diritto*, cit.

el sistema *Internet*—, aun dejando un espacio a la palabra tradicional y, en cierto sentido, facilitando su difusión a través de una drástica disminución de los costes de transmisión, ponen de manifiesto el nacimiento de un sistema de comunicación que, metafóricamente, se sitúa a mitad de camino entre la palabra escrita y la palabra pronunciada. La normatividad no se ha aventurado todavía, ni podría fácilmente hacerlo, por la senda de una dimensión simbólica formalizada. No obstante, existen formas de normatividad privada, como por ejemplo aquellas que, en la regulación de los intercambios mercantiles a escala transnacional, son designadas mediante el rótulo de *lex mercatoria*⁸⁰, que parecen estar adoptando rasgos de esencialidad de este tipo. Y el hecho, por el contrario, de que la normatividad tradicional, sobre todo la normatividad jurídica que tiene su origen en la actividad de autoridades políticas, haya caído en una simbología obsoleta y confusa no es solamente un significativo índice de la «crisis de racionalidad»⁸¹ que está afectando a las sociedades avanzadas, sino que además es índice, igualmente claro, del atraso en que se encuentran sus estructuras y sus procesos decisionales.

7.4. *Normas generales y normas individuales.* Un criterio importante de clasificación de las normas es aquel que se centra en el destinatario, el sujeto al que se dirigen dichas normas en cuanto modelos de acción.

Una vez más, la distinción resulta ser, *prima facie*, muy clara. Hay normas que hacen referencia a la acción de grupos indiferenciados de personas, como la generalísima norma moral «no matar», o la correspondiente norma jurídica según la cual «el que causare la muerte a otro será castigado con una pena de reclusión no inferior a veintidós años» (art. 575 del Código Penal italiano). Por el contrario, hay normas que hacen referencia a la acción de sujetos que, aun sin haber sido físicamente, pueden llegar a serlo: la regla del trato social que prescribe la obligación de ceder el asiento en el autobús a una persona anciana hace referencia exclusivamente a la

⁸⁰ La expresión «*lex mercatoria*», inspirada en los modelos jurídicos que caracterizaban los intercambios comerciales en la Europa de la baja Edad Media, ha entrado en el uso corriente en los últimos treinta años, a partir, probablemente, del ensayo de B. Goldman, *Frontières du droit et «lex mercatoria»*, de «Archives de philosophie du droit», 1964, pp. 177 ss., quien, sin embargo, la utilizaba en un sentido diferente y, paradójicamente (por tratarse de un fenómeno de unificación lingüística a escala mundial), todavía en la actualidad no plenamente definido: sobre ello, cfr. Lord Justice Mustill, *The New «Lex Mercatoria»: the First Twenty-five Years*, de M. Bos, I. Brownlie (eds.), *Liber amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, PC, CMG, OBE, QC*, Clarendon Press, Oxford 1987, pp. 149 ss.

⁸¹ J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1973, ed. cast. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. de J. Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires 1991.

conducta de los viajeros; la norma jurídica que establece que «el Presidente de la República es elegido por el Parlamento en sesión conjunta de todos sus miembros» (art. 83.1 de la Constitución italiana) se refiere tan sólo a la acción de algunos sujetos determinados sobre la base de su *estatus* institucional. Existen por último normas, en el sentido amplio de la palabra, que se dirigen a sujetos determinados: la sentencia condenatoria de un juez prescribe a las personas indicadas un modelo de acción inderogable.

No obstante, observado con más detenimiento, el problema resulta mucho más complejo.

En Teoría del Derecho, por ejemplo, existe una clásica disputa entre quienes consideran, partiendo de perspectivas formalistas tradicionales, que las normas jurídicas establecen siempre modelos generales y abstractos y quienes, por otro lado, partiendo de una crítica de ese formalismo tradicional, consideran que el concepto de norma puede ser aplicado también a aquellos modelos de conducta que tienen por destinatarios a sujetos determinados: según esta última concepción, la sentencia del juez es en sí misma una norma, una norma de carácter individual⁸², mientras que, según la primera, la sentencia no es nada más que la aplicación técnica de una norma a una situación particular.

En relación con esta cuestión es posible observar, una vez más, que la disputa es principalmente terminológica. Si se acepta una definición general de norma en los términos que han sido utilizados en este mismo capítulo, no queda más remedio que admitir que en ella está incluido también el modelo que tiene por destinatario a un sujeto no sólo determinable (como es el Presidente de la República, según se indica en el art. 83.1 antes citado), sino también determinado físicamente, como sucede en el caso de la sentencia de un juez, o en un acto administrativo, o en cualquier otro modelo, de cualquier naturaleza, que pueda ser propuesto, recomendado o impuesto en un caso concreto. Pero es preciso subrayar, sobre todo, que la norma individual que se dirige a un sujeto determinado está igualmente incluida en un círculo semiótico más amplio bajo la forma de un modelo general de acción. Incluso en un sistema como el italiano, en el que no se reconoce el carácter vinculante de las sentencias judiciales, éstas poseen el *estatus* semiótico de las normas generales, desde el momento en que son

⁸² Cfr., una vez más, Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 117 ss., cuya opinión es particularmente relevante porque, aun partiendo de una concepción formalista, la abandona en el momento en que reconoce que las sentencias de los jueces no son nunca un hecho cognitivo-aplicativo, sino siempre también un hecho creativo, desde el momento en que la norma de grado superior que el juez debe «aplicar» contiene siempre y en cualquier caso espacios más o menos amplios de «indeterminación», en decir, de discrecionalidad interpretativa. Sobre este punto, véase R. Treves, *Prefazione*, pp. 28-29.

comunicadas públicamente y que, por lo tanto, se presentan como modelos de referencia que serán empleados no solamente por jueces y juristas, sino también por los demás ciudadanos.

En efecto, la importancia sociológica de la presente distinción se percibe sobre todo en el plano semiótico. Ante todo, la norma general puede dar lugar a equívocos sobre la persona de su destinatario, lo cual, normalmente, no sucede en el caso de la norma individual. En segundo lugar, la norma general suele tener una formulación más ambigua y genérica e, incluso, sería posible afirmar que cuanto más alta es la posición de una norma en la jerarquía de un sistema normativo, más vagos son los términos en los que está formulada. En tercer lugar, por último, la norma general pasa a través de un número mayor de *media*, es decir, de filtros interpretativos que se interponen en el proceso comunicativo que versa sobre ella, y esto es algo que, como ya se ha dicho, multiplica las posibilidades de que surjan equívocos sobre su existencia, su extensión y su significado.

7.5. *Normas de conducta y normas de competencia.* Una distinción clásica en Teoría del Derecho es aquella que se establece entre las llamadas normas «primarias» o «de conducta», que hacen referencia a comportamientos, y las llamadas normas «secundarias» o «de competencia», que atribuyen poderes, como por ejemplo el poder de dar vida a normas de conducta, generales o individuales, el de hacer respetar esas mismas normas de conducta o, sobre la base de estas últimas, el de justificar acciones o comportamientos concretos⁸³. La norma que prohíbe matar y establece la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento se sitúa en la primera categoría, la norma que establece que la Audiencia Provincial es el tribunal competente para juzgar a las personas que hayan sido acusadas de haber

⁸³ H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 34 ss. Las denominaciones «normas de conducta» y «normas de competencia» son preferibles a las de «normas primarias» y «normas secundarias», a causa de que estas últimas han sido utilizadas en el léxico kelseniano (a pesar de que con alguna oscilación, incluso en la propia obra de Kelsen) para indicar la distinción entre una norma jurídica completa, esto es, compuesta tanto por el comportamiento condicionante (ilícito), como por la consecuencia imputada (sanción), y el reflejo psicológico de esta última en términos de obligación comportamental (de manera que sería norma «primaria» aquella que dice «la persona que mata debe ser castigada» y norma secundaria la que expresa la obligación comportamental «no debes matar»; sobre ello, vid, por ejemplo, Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. en pp. 69-71; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979, ed. it. *Teoria generale delle norme*, edición a cargo de M. G. Losano, traducción de M. Torre, Einaudi, Torino 1985, pp. 94, 222-24 [ed. cast. *Teoría General de las normas*, trad. H. C. Delory y J. F. Arriola, Trillas, México 1994]).

cometido un homicidio voluntario, se sitúa en la segunda. Esta última norma afecta directamente a la conducta de los potenciales acusados, orientando la acción de aquellas otras personas —como por ejemplo el Ministerio Fiscal— que están llamados a desempeñar algún papel en los procesos por homicidio. Las normas de competencia, por tanto, están conectadas de forma más o menos mediata con las normas de conducta, de manera que podemos observar que la distinción mencionada no expresa tanto una contraposición, sino más bien una relación de inclusión, entre *genus* y *species*, en el sentido de que las normas de competencia no serían, en realidad, nada más que normas de conducta con un contenido específico (al haber sido, como dice Alf Ross, «formuladas indirectamente»⁸⁴).

Cualquiera que sea su *status* lógico, en el ámbito de la teoría sociológica la distinción a la que estamos haciendo referencia tiene una importancia notable, pues la presencia de normas de competencia, sobre todo de aquellas mediante las cuales se atribuyen poderes decisionales, contribuye a describir determinados sistemas normativos, distinguiéndolos de otros: ello puede ser aplicado con particular claridad al sistema formado por las normas jurídicas, que se caracteriza precisamente, como sostienen numerosos teóricos del Derecho, por la existencia tanto de normas de competencia, como de normas de conducta, en conexión funcional entre sí⁸⁵. En efecto, es prácticamente unánime la opinión de que serían jurídicas únicamente las normas que cuentan con aquello que, anteriormente (vid. *supra*, pp. *** ss.), habíamos denominado «refuerzo sancionatorio», dirigido a asegurar, a través de una presión psicológica, la observancia de normas de conducta y, más aún, de un completo sistema normativo. Una infinidad de roles sociales, pero fundamentalmente el de los jueces y el de los burócratas, está constituida precisamente por normas de competencia. Además, ya de por sí, el esquema hipotético «Si X [\leftrightarrow (entonces)] Y», al que se hizo mención más arriba, y que expresa una conexión entre una premisa condicional y una consecuencia condicionada, reenvía necesariamente, en términos lógicos, a una *actividad decisional*, una actividad que consiste en decidir, precisamente, si al haberse producido X, debe producirse también Y: una actividad que sólo puede ser regulada por medio de normas de competencia, que tengan por objeto, en particular, la actividad del juez⁸⁶.

Añádase a lo anterior que, especialmente en las sociedades desarrolladas, un gran número de acciones queda confiada, por lo que respecta a los

⁸⁴ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., pag. 49.

⁸⁵ N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970; V. Pocar, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, Guerini, Milano 1997.

⁸⁶ Sobre la relación entre carácter hipotético y decisión judicial («justiciabilidad»), permítaseme reenviar a mi obra *Funciones del Derecho*.

contenidos, a la libre discreción de los individuos, mientras que las formas, o las modalidades o los procesos de formación son objeto de regulación prescriptiva. Las normas procedimentales, que regulan precisamente los procesos formativos de las decisiones, son normas de competencia; y numerosas teorías sociológicas, comenzando por la de Weber, coinciden en señalar que los sistemas normativos, y en particular el sistema de las normas jurídicas, se caracterizan por la creciente importancia de dichas normas frente a las normas de conducta⁸⁷. Según el principio liberal de que «el medio justifica los fines», en las sociedades contemporáneas basadas en la multiplicación de las oportunidades no importa tanto lo que se hace, sino cómo se hace: se impone la obligación de respetar un marco externo y determinados procedimientos, mientras que en lo demás prevalece la libertad de acción.

8. Tipología de las sanciones

Las sanciones que acompañan, reforzándolas, a determinadas clases de normas suelen ser clasificadas según varias tipologías, que sin duda ofrecen indicaciones relevantes para el desarrollo de un análisis sociológico del material normativo.

8.1. *Sanciones negativas y sanciones positivas.* Teniendo en cuenta que las acciones humanas pueden suscitar desaprobación o aprecio respecto de diversos modelos normativos, es posible atribuir ventajas o desventajas para la persona que las realiza: en el primer caso nos encontramos ante *sanciones positivas*, mientras que en el segundo ante *sanciones negativas*. Ello siempre ha sido así. Sin embargo, sólo en tiempos recientes estas dos modalidades diferentes de reacción han sido puestas en un mismo plano y han sido conceptualizadas bajo el término común de «sanciones» que, tanto en el léxico jurídico tradicional, como, y sobre todo, en el lenguaje ordinario, tan sólo era utilizado tradicionalmente para referirse a las desventajas⁸⁸. Un ejemplo clásico lo encontramos, de nuevo, en Hans Kelsen, quien,

⁸⁷ En este sentido considérese la concepción según la cual el Derecho legitima las acciones en una perspectiva fundamentalmente procedimental (N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* [1975], Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1983, ed. it. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cargo de A. Febbrajo, traducción de S. Siracusa, Giuffrè, Milano 1995), así como la concepción del «Derecho reflexivo», según la cual el Derecho moderno puede ser descrito como un sistema caracterizado por la libre auto-organización de grupos y subgrupos obligados a respetar pautas procedimentales vinculantes (G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1989, ed. it. *Il diritto come sistema autopoietico*, a cargo de A. Febbrajo y C. Pennisi, traducción de A. La Spina, Giuffrè, Milano, 1996).

⁸⁸ La referencia a las sanciones positivas, si bien con nombre diferente, se encuen-

como ya se ha dicho, construye una teoría del Derecho centrada sobre el concepto de norma entendido como juicio hipotético en el que se conecta una premisa y una consecuencia, pero situando en la premisa exclusivamente el ilícito y en la consecuencia exclusivamente la sanción negativa⁸⁹. Será Norberto Bobbio, buen kelseniano, quien «actualizará» en este punto la teoría del gran jurista de Praga observando que en el esquema hipotético mencionado pueden ser introducidos contenidos tanto positivos como negativos⁹⁰.

La tipología de las sanciones negativas es amplísima, abarcando una gama que va desde la privación de beneficios pequeños o medianos hasta la eliminación física del transgresor, que puede presentarse también en formas agravadas por la aplicación de torturas o, en otro plano, por la «anulación» simbólica del transgresor en la memoria de los supervivientes, a través de la dispersión de sus restos. Las sanciones positivas también son diversas y, al igual que las positivas, pueden situarse en dos planos, uno simbólico y uno material, tal vez conectados entre sí: una medalla al mérito civil o militar puede ser acompañada por un premio económico, para la persona que recibe la distinción o para sus herederos.

Como se dijo anteriormente, el esquema teórico diversas veces recordado «Si X [\leftrightarrow (entonces)] Y» puede llevar a pensar que la sanción, simbolizada por el signo Y, debe ser necesariamente posterior a la conducta sancionada, simbolizada por el signo X. Ello no siempre es así y puede suceder también que la sanción se produzca en un momento anterior a la acción. Entre las sanciones positivas hay tanto *premios*, que por definición

tra por lo demás en algunos teóricos del Derecho como, en particular, Jeremy Bentham: sobre ello, de forma exhaustiva, véase A. Facchi, *Diritti e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Torino 1995.

⁸⁹ Resulta interesante el apunte de Kelsen en su última obra *Teoria generale della norme*, aparecida póstuma, donde se dice que «[p]or "sanción" se puede entender también un comportamiento frente a una persona, que es entendido en general como un bien y que, según una norma del ordenamiento, debe ser llevado a cabo en favor de una persona que se ha comprometido según lo prescrito en la norma», pero afirmando, más adelante: «esta sanción, que debe haberse producido como reacción a un comportamiento no contrario a la norma, sino conforme a la misma, existe sólo en el ámbito de la moral y no en el del Derecho» (*ibidem*, p. 209). Las consideraciones que aparecen a continuación, en las que se examinan sanciones positivas concretas, como los títulos honoríficos, pretenden reforzar esa afirmación, pero no llegan a resultar demasiado convincentes.

⁹⁰ Cfr. N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXIII, 1969, pp. 1312-29; Id., *Sulle sanzioni positive*, en *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Giuffrè, Milano 1971, vol. I, pp. 229-49; Id., *Intorno all'analisi funzionale del diritto*, en «Sociologia del diritto», II, 1975, 1, pp. 1 ss. (en especial, pp. 14-16). Todos estos ensayos se encuentran recogidos en Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977. Cfr., también, Id., *La funzione del diritto rivisitata*, en «Sociologia del diritto», XI, 1984, 3, pp. 7 ss.

son posteriores a la acción, como *incentivos*, que pueden ser tanto anteriores como posteriores. Una ley que pretenda incentivar el empleo en un área desfavorecida, por ejemplo, puede conceder financiación preferente a empresarios que deseen abrir empresas en ese área, actuando *antes* de la apertura de la empresa (si bien, habitualmente, *después* de la iniciación de determinados trámites burocráticos que implican ya la aceptación de obligaciones), o bien prometer desgravaciones fiscales sobre la retribución de los trabajadores que serán contratados *después* de la apertura de la empresa. Por lo que respecta a las sanciones negativas, que por lógica deberían ser siempre posteriores a la acción transgresiva, es preciso decir también que, en realidad, muy a menudo la preceden, con una perversión lógica que suele ser justificada, o disfrazada, con el argumento retórico de la necesidad de prevenir acciones futuras: esto es lo que sucede con el recurso, tan frecuente en Italia, a la llamada «*custodia cautelare*»⁹¹, sobre todo cuando está motivada por la necesidad de impedir la reiteración del comportamiento criminal.

La importancia de las sanciones positivas —que algunas teorías, como las de carácter ético-religioso, nunca han llegado a infravalorar— se ha acentuado en las teorías jurídicas y socio-jurídicas en estrecha conexión con las estrategias intervencionistas del Estado de bienestar (*Welfare State*), en las que este tipo de sanciones es considerado como un elemento definitorio. Dos autores como Norberto Bobbio y Vilhelm Aubert, que operan en contextos culturales tan diferentes como Italia y Noruega, han destacado este punto conectándolo con la utilización del instrumento jurídico en función promocional, orientado a modificar, a través de los estímulos, estructuras y hábitos sociales que sean necesarios⁹². Pero el tema de las sanciones positivas se ha situado en un primer plano desde el momento en que las técnicas de incentivo, no sólo en forma de ventajas, sino también de reducción o eliminación de desventajas (por ejemplo descuentos o inclu-

⁹¹ Conviene recordar que esta institución, cuya compatibilidad con la presunción de inocencia reconocida en el art. 27.2 de la Constitución italiana, no resulta en absoluto evidente, era definida en el pasado, de forma más cruda pero menos hipócrita, como «prisión preventiva»: donde el adjetivo «preventiva», definido técnicamente como orientada a prevenir un peligro, era generalmente entendido, en el sentido de «anticipada» respecto de la pena que habría de ser impuesta por un delito ya cometido con anterioridad, y hasta por un delito que aún no ha sido cometido. Otro ejemplo de sanción negativa anticipada, inspirada en ese mismo principio, es el de las medidas de seguridad que acompañan o sustituyen la pena en algunos casos, como el internamiento en un hospital psiquiátrico judicial del autor de un delito que padezca una enfermedad mental.

⁹² Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit: V. Aubert, *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, M. Robertson, Oxford 1983; Id., *Sul mutamento giuridico. Dalle pene alle ricompense?*, en «Sociologia del diritto», XIV, 1987, 2, pp. 7 ss.

so exenciones en materia de sanciones penales) se han impuesto como instrumentos de intervención contra el crimen organizado, en favor de aquellos delincuentes que se aparten de las asociaciones criminales cooperando con delaciones en la actividad represiva de las instituciones estatales. Un fenómeno particularmente llamativo, una vez más, en Italia, donde se suele utilizar la expresión retórica de los «arrepentidos» («*pentiti*»)⁹³.

8.2. *Sanciones represivas y sanciones restitutivas.* La dicotomía entre sanciones represivas y sanciones restitutivas, que afecta exclusivamente a las sanciones negativas, es una de las contribuciones clásicas del pensamiento sociológico-jurídico al estudio de la normatividad social, desde la teoría expuesta por Emile Durkheim en la que probablemente sea la más importante entre sus obras, *De la division du travail social*, donde instituye, por así decir, un marco en el que se encuentran dos formas de solidaridad social denominadas, respectivamente, mecánica y orgánica (vid. *supra* p. 92-93): una concepción de gran actualidad, pues toma la reacción social ante la transgresión como indicador, empíricamente significativo, para remontarse hacia el Derecho de una sociedad y, a partir de ahí, a los caracteres fundamentales de cada agregado social.

En la perspectiva durkheimiana las sanciones represivas dirigidas a humillar, segregar y excluir al transgresor, se encuentran funcionalmente orientadas a la restauración de un orden que ha sido violado en el plano simbólico, restableciendo los vínculos de identificación que unen a los individuos al grupo; las sanciones restitutivas, a su vez, están funcionalmente orientadas a restablecer un orden violado en el plano material, reproduciendo la situación existente antes de la transgresión: es el concepto romano de *restitutio in integrum*, adaptado a las características de una sociedad con alto índice de diferenciación interna.

Puesto que el uso de sanciones restitutivas, junto a o en lugar de sanciones represivas, es considerado por Durkheim una característica típica —como se decía— de las sociedades más desarrolladas, desde perspecti-

⁹³ El término «arrepentido», fuertemente cargado de valor, pretende claramente generar sentimientos favorables hacia los disociados-delatores (que suele ser objeto de un generalizado desprecio social incluso por parte de las propias víctimas del crimen) basándose en la idea del arrepentimiento interno y en la consiguiente y espontánea aceptación de la culpa, clave de la doctrina católica de la confesión y el perdón del pecado. La utilización de los llamados «arrepentidos» en el proceso penal está justificada por la necesidad de luchar «desde dentro» con las organizaciones criminales, pero entra en abierta contradicción con los principios fundamentales del garantismo procesal, convirtiéndose en «fuente inagotable de arbitrariedades», como observa Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penal*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 862 ss. [ed. cast. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid 1995].

vas evolucionistas, se ha puesto en duda si efectivamente sus hipótesis se encuentran avaladas por los acontecimientos que en el último siglo se han producido en diferentes sociedades, tanto en aquellas que en otro tiempo habían alcanzado ya un alto grado de evolución, como en aquellas que, por el contrario, sólo recientemente han experimentado un acelerado proceso de transformación social. Es decir, ¿es verificable la tendencia de las sociedades a adoptar un Derecho basado cada vez más en sanciones de tipo restitutivo y menos en sanciones de tipo represivo?

Una completa respuesta a esta pregunta no tiene cabida en este lugar. No obstante, es oportuno decir que en las sociedades contemporáneas se observan fenómenos de signo contrario. De una parte, puede comprobarse que las sanciones represivas no han llegado a quedar completamente abandonadas y ni tan siquiera reducidas en su número e importancia. Dejando aparte otros sistemas normativos y centrándonos en el jurídico-estatal, podemos fácilmente observar, ante todo, que la represión penal cubre un espacio cada vez más extenso de la actividad humana, hasta tal punto que la propia certeza del Derecho, en este campo específico, se ha vuelto extremadamente débil; en segundo lugar, que existe una relevante demanda social de sanciones penales y, asimismo, de espectacularidad en los procedimientos de ejecución, tal como demuestra la insistencia casi obsesiva de los *mass media* en la difusión de arrestos, detenciones, escarrios públicos, hasta de la pena de muerte, que en determinados contextos —sobre todo en Estados Unidos— puede desempeñar un papel decisivo incluso en las campañas electorales, favoreciendo el triunfo de los candidatos más represivos. Por otra parte, es igualmente claro que en el propio campo del Derecho Penal se manifiestan cada vez con mayor frecuencia elementos típicos de la lógica restitutiva. No se trata sólo de que la acción penal se desarrolle con mayores márgenes de discrecionalidad, convirtiéndose en moneda de cambio, tanto en los países donde la acción es facultativa, como en Estados Unidos, sino también en otros países, como Italia, en los que es teóricamente obligatoria; sino que se trata también de que resulta perceptible la tendencia de los gobiernos a regatear sobre la sanción penal incluso cuando ésta ya ha sido impuesta, proponiendo la impunidad de los transgresores a cambio de compensaciones de carácter económico que se asemejan mucho a las sanciones restitutivas: considérense, en Italia, las frecuentes condonaciones tributarias en las que se intercambia la renuncia del Estado a combatir represivamente la evasión, por prestaciones económicas establecidas sobre la base de parámetros variables.

8.3. *Sanciones institucionales y sanciones no institucionales.* Esta distinción es utilizada aquí en relación con el concepto general de institución. ya recordado, como «práctica seguida de forma recurrente por un grupo social en la organización conceptual y práctica de su propia vida y en las relaciones entre sus miembros» (vid. *supra* p. 92-93). Desde esta perspec-

tiva, serán institucionales las sanciones reconocidas en el ámbito de dichas prácticas y aplicadas sobre la base de un proceso decisional igualmente reconocido como práctica social; no serán institucionales aquellas sanciones que, por su contenido o en el proceso decisional, no sean reconocidas como prácticas sociales. Es importante insistir en la necesaria y simultánea presencia de ambos elementos, *el contenido y el proceso decisional*, para que se pueda hablar de sanción institucional. Ésta última, en efecto, es una reacción social en la que convergen expectativas comportamentales consolidadas tanto de los sujetos directamente implicados en la aplicación de una norma, como del grupo social al que dichos sujetos pertenecen. Estas expectativas no versan sólo sobre el hecho de que una sanción, ésa sanción, sea materialmente ejecutada en aplicación de una norma, sino también sobre el hecho de que la aplicación sea consecuencia y se vea acompañada por la realización de determinados actos que tienen, por sí mismos, un valor simbólico que contribuye a reforzar la identidad del grupo social. La atribución de un título honorífico o la ejecución de una pena, tienen valor social no sólo por las circunstancias que producen, sino también por el «como» se llegan a producir dichas circunstancias. No en vano tales procesos tienen generalmente un cierto grado de ritualidad y de publicidad, aunque la relación entre ritualidad y publicidad pueda variar, como es bien sabido, dependiendo de cada sociedad y cada momento histórico: en la aplicación de penas, por ejemplo, la sociedad humana ha pasado recientemente de una fase caracterizada por el secreto y la (relativa) falta de ritualidad en la instrucción, así como por la publicidad y el «esplendor» ritual en la aplicación material, a una fase que, por el contrario, se caracteriza por la publicidad y ritualidad en la instrucción, y por la reserva y la (relativa) falta de ritualidad en la aplicación⁹⁴.

En ocasiones es posible que ambos elementos, el contenido y el proceso de aplicación, se encuentren escindidos. En el linchamiento, por ejemplo, hay veces que el contenido de la sanción es, en el sentido que aquí se ha definido, institucional, pues consiste en una reacción que el grupo social practica o supone que será practicada, mientras que no es institucional el proceso de aplicación, por su carácter repentino y su dependencia de reacciones emocionales de masa.

8.4. *Sanciones excluyentes y sanciones incluyentes.* Las sanciones pueden consistir en el apartamiento del transgresor, individual o colectivo, del

⁹⁴ Sobre esta materia (que incluye el concepto de «esplendor en los suplicios») es clásica la referencia a M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975 [ed. cast. *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid 1992]; véase también el más reciente análisis de L. M. Friedman, *Crime and Punishment in American History*, Basic Books, New York 1993, pp. 383 ss.

agregado social, es decir en una práctica institucional que suponga su caracterización respecto del juego interactivo de dicho agregado. Pero pueden también, por el contrario, estar orientadas a la integración del sujeto, individual o colectivo, en el juego mismo. Esta alternativa está presente en cualquier tipo de norma social que sea lo suficientemente estable, así como en las normas jurídicas, tanto en las que son de naturaleza penal como en las que son de naturaleza civil: el análisis estructural de un código civil demuestra, por ejemplo, que en el juego de las partes están excluidos *a priori* aquellos sujetos que el sistema rechaza por ser anormales o desviados (piénsese en el apátrida, en el extranjero, en el menor, en el reo), y que algunos «movimientos» pasan a ser imposibles, una vez iniciado el juego, para aquellos sujetos que hayan cometido acciones prohibidas: las normas que sancionan la nulidad o la anulabilidad de determinados actos constituyen, desde este punto de vista, sanciones excluyentes⁹⁵.

Las sanciones excluyentes abarcan una gama amplísima en la que se encuentran prácticas como la pena de muerte, el destierro, el exilio, la expulsión del grupo, la deportación individual o de masa, la interdicción temporal o definitiva en el ejercicio de una profesión o bien en el ejercicio de un derecho o de una facultad (el voto, la patria potestad, el testamento, la actividad empresarial), el aislamiento social, la segregación física en cárceles o en otras «instituciones totales»⁹⁶.

Entre las sanciones incluyentes se encuentran sobre todo, como es natural, las sanciones positivas que tienen por objeto implicar más directamente al individuo, o al grupo, en la práctica social de que se trate. Incentivos, premios, recompensas, títulos honoríficos, tienen precisamente como finalidad obtener implicación y hacerla más eficaz en el futuro. Es preciso recordar, sin embargo, que las sanciones negativas también pueden ser utilizadas en sentido incluyente. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el nivel formal y a veces también en el nivel sustancial con las sanciones privativas de libertad. En ellas se aparta provisionalmente al transgresor del grupo social al que pertenece, si bien, al menos según la ideología oficial de las constituciones modernas⁹⁷, con la finalidad de su

⁹⁵ Cfr. la conocida obra de A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris 1974. Sobre el carácter sancionatorio de la nulidad jurídica, vid. igualmente Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 41 ss.

⁹⁶ El concepto de «instituciones totales» fue introducido en el léxico sociológico por E. Goffman, en referencia a las estructuras de apartamiento como hospitales psiquiátricos y cárceles: véase *Asylums: Essay on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Doubleday, Garden City 1962, ed. it. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, edición de F. Basaglia y F. Basaglia Ongaro, Einaudi, Torino 1968.

⁹⁷ La finalidad reeducativa de la pena no ha sido recogida sólo por las constitu-

reinserción social, una vez que el transgresor haya sido oportunamente «reeducado»⁹⁸.

8.5. *Sanciones individuales y sanciones colectivas.* La sanción puede ser individual o colectiva, dependiendo de si está dirigida hacia el individuo o hacia el grupo que encuentra directamente relacionado con la norma afectada, o si no, indiferentemente, hacia colectivos más o menos amplios, cuya relación con la norma afectada no es más que indirecta, mediata e incluso casual.

En la teoría jurídica clásica las sanciones colectivas son propias del Derecho Internacional. El embargo, el asedio, la represalia y, sobre todo, la guerra son sanciones negativas que afectan a un pueblo como consecuencia de actos realizados por sus representantes, en ocasiones en contra de la propia voluntad de los ciudadanos. Pero también fuera del campo jurídico, en la práctica ordinaria, se producen sanciones colectivas aplicadas a grupos sociales, a menudo en contra del Derecho y siguiendo el impulso, por ejemplo, de prejuicios religiosos o raciales.

Las sanciones colectivas, incluso más que las individuales, se prestan a posibles utilizaciones instrumentales. Durante una ocupación militar una típica acción de guerrilla consiste en provocar artificialmente, por medio de atentados, la represalia del ejército invasor, fomentando así los sentimientos de hostilidad contra el mismo. De la misma forma, la destrucción bélica puede ser utilizada instrumentalmente contra una población con el objeto de persuadirla a que promueva un cambio político.

ciones inspiradas en principios liberal-democráticos (cfr. art. 27.3 de la Constitución italiana), sino que es un tema recurrente también en los sistemas penales de los regímenes socialistas, inspirados en la idea de la llamada «prevención social», en cuyo seno encuentran acomodo también las prácticas reeducativas (en sentido ideológico) de los disidentes políticos, equiparados, dependiendo de los sistemas y de las circunstancias, a criminales o a enfermos mentales. No se puede ocultar que prácticas de homologación ideológica de los disidentes políticos, por medio de su segregación, están siendo llevadas a cabo en muchos lugares del mundo, e incluso en muchos presuntos países democráticos y liberales.

⁹⁸ Es opinión general en Sociología del Derecho que la segregación en cárceles no alcanza este objetivo, sobre todo por los efectos de la llamada estigmatización secundaria, de manera que el condenado no sólo es etiquetado como desviado en virtud del delito cometido y, por tanto, empujado hacia la satisfacción de sus exigencias a través de la realización de nuevas conductas desviadas, sino que es introducido además de manera forzosa en un ambiente criminal, en el que se ven reforzados sus «conocimientos», lo que podríamos denominar su *know-how* como sujeto desviado. Sobre la cuestión de las cárceles, consúltense en particular los estudios de los «abolicionistas» de la escuela noruega: Th. Mathiesen, *Prison: Does It Have a Defence?*, Sage, London 1990; N. Christie, *Crime Control as Industry. Towards Gulag Western Style*, Routledge, London 1994. En Italia, véanse las reflexiones de G. Mosconi, *Complessità del diritto e ambivalenza del controllo*, Imprimatur, Padova 1992, pp. 196 ss.

8.6. *Sanciones aplicadas desde el centro y sanciones aplicadas desde la periferia.* La aplicación de sanciones puede haber sido delegada en sujetos revestidos de esta función social específica, o bien ser aplicada por los sujetos mismos, individuales o colectivos, que se han visto implicados directamente en las acciones que son causa de la sanción.

Esta distinción tiene una importancia indiscutible en Sociología del Derecho y en Antropología jurídica, pues la existencia de un poder delegado para la aplicación de sanciones, sobre todo negativas, derivadas de normas es indicativa de la presencia de un cierto grado de complejidad organizativa en la sociedad. En efecto, en las sociedades simples, no alfabetizadas y con bajo índice de diferenciación social es frecuente que la sanción negativa se confíe a la iniciativa de los sujetos que han sufrido la transgresión: el sistema de la *venganza*, o de la *lex talionis*, opera precisamente de esta forma, atribuyendo al sujeto ofendido el derecho y, a un mismo tiempo, a menudo, el deber social de aplicar la sanción contra el transgresor. Al contrario, en las sociedades complejas el proceso sancionatorio se reserva a órganos específicamente designados por normas de competencia, cuya acción puede ser dependiente, pero también no serlo, de las decisiones de los sujetos interesados: por ejemplo, en los sistemas jurídicos modernos la aplicación de sanciones penales es, por lo general, y salvo excepciones, independiente de la iniciativa de la parte ofendida por el delito.

Tal como ya se ha dicho a propósito de la distinción entre sanciones institucionales y no institucionales es importante destacar que la «descentralización» puede afectar a la totalidad del proceso sancionatorio, desde la instrucción de las acciones hasta la ejecución de las mismas: así sucede, por ejemplo, en el ya mencionado supuesto del linchamiento, en el que la masa que se considera ofendida en sus sentimientos reacciona con prontitud suprimiendo al transgresor. Por el contrario, puede suceder que la descentralización se produzca únicamente en el momento de la aplicación y que la instrucción quede confiada a la decisión de un órgano, generalmente colectivo, como puede ser un consejo de familia, de ancianos o de guerreros, que después de haber «deliberado» sobre la transgresión remiten al sujeto ofendido, como se dijo más arriba, la ejecución material de la sanción.

9. Delimitación del ámbito del Derecho

Todo lo dicho hasta aquí permite identificar algunos elementos que, dentro del ámbito general de la normatividad, pueden ser considerados como característicos del Derecho.

En primer lugar, el campo del Derecho ha quedado acotado al de la *institucionalidad*. Podemos convenir en definir como jurídicos, en este sentido, exclusivamente aquellos modelos normativos que son reflejo de prácticas sociales consolidadas y recurrentes, esto es, que emergen en el ámbi-

to de tales prácticas: un modelo normativo completamente nuevo, contingente, no implantado socialmente, puede ser jurídico si deriva de una interacción social institucional. Un Parlamento puede, por definición, «crear» normas nuevas, pues social e institucionalmente le ha sido reconocido, sobre la base de normas o de prácticas constitucionales, dicho poder. Un juez podrá eventualmente, y dentro de ciertos límites, imponer una sanción que no haya sido prevista específicamente por ninguna otra norma: pero esa sanción será también jurídica en la medida en que es, una vez más, institucional, porque existen normas o costumbres reconocidas que le atribuyen al propio juez ese poder discrecional.

Es preciso subrayar que el elemento de la institucionalización de los modelos normativos implica necesariamente la referencia a *poderes decisoriales*, de carácter general o particular, referidos a la formación y aplicación de las normas en cuestión. En relación con las prácticas socialmente consolidadas en un grupo social, incluso en sociedades simples y analfabetas, hay personas (y, en determinados casos, todos los miembros del grupo) que deben ser considerados intérpretes, comunicadores, guardianes, tutores en la práctica cotidiana, en el sentido de que realizan acciones vinculadas a la observancia y repetición de dicha práctica. Ello significa que *allí donde existe una institución existe también un rol, o una serie de roles, que son funcionales a su vida concreta*. Estos roles pueden ser más o menos numerosos, pueden estar más o menos ritualizados, especializados, dependiendo del grado de articulación interna del agregado social, del tipo y del nivel de su cultura, de las épocas y de las circunstancias históricas particulares. Pero, nunca están ausentes, lo cual se explica fácilmente en cuanto lleva una vez más a asociar el fenómeno del Derecho al del poder y, por tanto, al conflicto, según se dijo en la parte final del capítulo anterior.

En segundo lugar, el campo del Derecho ha quedado restringido al de la *heteronomía normativa*, entendida no ya en sentido restringido como regulación «producida» *ex auctoritate* por sujetos situados en una posición jerárquicamente superior respecto de otras personas situadas en una posición inferior sino, en un sentido más amplio, como regulación que procede de la contraposición entre sujetos que operan en busca de la realización de objetivos potencial o efectivamente contrarios en un mundo caracterizado por la escasez de recursos, es decir, adoptando una terminología luhmanniana, caracterizado por la existencia de expectativas o posibilidades sobreabundantes respecto de las posibilidades de satisfacción. La acción humana no tendría pues más límites que aquellos que libremente cada cual se haya impuesto a sí mismo, si la realidad consintiera la consecución de cualquier objetivo; por el contrario, un horizonte de objetivos limitados *impone* decisiones que, a pesar de que hayan podido ser interiorizadas y asumidas en conciencia por quien está sometido a ellas, provienen del *exterior* y, precisamente, de la concurrencia de diversos sujetos hacia

unos mismos objetivos. Ésta es la conclusión, si se observa detenidamente, a la que llega toda la teoría sociológica más reciente, tanto «macro» como «micro»: tanto las teorías de la integración, como las del conflicto, tanto las teorías interaccionistas, como las de la decisión racional.

En tercer lugar, el campo del Derecho ha quedado acotado al de las normas institucionales y heterónomas que se encuentran *reforzadas mediante una sanción* y ejercen, por consiguiente, una presión psicológica sobre los individuos por medio de una conexión funcional que podría ser expresada en forma hipotética como conexión entre una acción y una reacción o, si así se prefiere, entre un comportamiento y una sanción. Sobre este punto se ha dicho que la estructura hipotética del mecanismo de acción normativa —Si X [\leftrightarrow (entonces)] Y— expresa lógicamente la posibilidad de un *juicio*, que versa precisamente sobre la congruencia entre dos términos y, por tanto, en particular, sobre el hecho de que suceda X y sobre la consiguiente necesidad de que se produzca Y. Este juicio, que implica una serie de operaciones cognitivas, interpretativas y volitivas, se interpone como un hiato entre la acción y la reacción, distanciándolas en el tiempo: no es sólo una expresión sintáctica, sino que, en términos sociológicos, es una actividad decisional. Es, como he dicho en otra ocasión, *duda seguida de decisión*⁹⁹. Esto nos lleva a identificar, como corolario de la normatividad jurídica y entre los diferentes roles institucionales a los que se ha hecho referencia, un rol específico vinculado con la actividad *judicial*¹⁰⁰. Sin embargo, es preciso advertir inmediatamente que este rol no tiene que ser desempeñado necesariamente por un *juez*, en el sentido tradicional del término, un tercero neutral dotado de autoridad que decide *super partes*, sino también por cualquier otra persona que se interponga institucionalmente entre la acción y la reacción decidiendo, según su propio discernimiento, sobre la congruencia entre una y otra.

La presencia contemporánea de esta serie de elementos clásicos que acabamos de mencionar —la institucionalización, la heteronomía, la sancionabilidad— además de restringir de manera muy significativa el área del Derecho, dentro del campo mucho más amplio de la normatividad, nos lleva hacia una nueva e importante observación. A través del instrumento jurídico, tal como aquí ha quedado descrito, es posible interferir con un cierto grado de eficacia en la vida humana orientando expectativas, previsiones, decisiones, y además dirigiendo, favoreciendo u obstaculizando acciones

⁹⁹ Retomo aquí la expresión utilizada en *Funzioni del diritto. Saggio critico ricostruttivo*, cit., p. 55.

¹⁰⁰ La necesaria correlación entre Derecho y actividad judicial («justificabilidad») ha sido defendida con claridad, en Sociología del Derecho, por J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris 1994, I ed. «Quadrige», p. 320, retomando H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, London 1958, pp. 78 ss.

concretas. Es por tanto posible ejercer un control sobre la actividad de los hombres: y es aconsejable, por consiguiente, aproximarse a aquellas teorías sociológicas que se centran en las normas en general, pero de manera singular en las normas jurídicas, como una forma de *control social*¹⁰¹ cuya eficacia depende de numerosos factores y varía según los momentos y los lugares y cuya importancia no podría quedar en ningún caso disminuida. Dicho control es ejercido en los procesos de integración social proponiendo a los sujetos que interactúan modelos de acción a los que deberán amoldarse teniendo en cuenta la posibilidad de que sobre su acción se formule un juicio y de que la acción misma sea acompañada por una sanción, positiva o negativa. Se trata, por tanto, de un control que opera esencialmente en el plano de la *persuasión*¹⁰², apoyándose en el deseo de conseguir o de evitar dicha sanción; y se trata de un control que es directamente proporcional a la cuota de poder persuasivo que posee cada uno de los sujetos que participan como actores sociales en las relaciones interactivas.

Llegados a este punto de la discusión, aparece un nuevo problema.

Sobre la base de lo anterior y también sobre la base de la experiencia común podemos constatar cómo en cualquier contexto de las relaciones humanas las normas socialmente aplicadas que cumplen los requisitos mencionados forman una multitud extremadamente variada. Al mismo tiempo, es posible constatar que todas esas normas están conectadas o pueden estar conectadas entre sí sobre la base de criterios de naturaleza tanto funcional-operativa, como lógico-conceptual, de la misma forma que se conectan o

¹⁰¹ Sobre el concepto de control social y sobre sus diversos significados, véase L. Gallino, *Controllo sociale*, en Id., *Dizionario di sociologia*, cit., pp. 180 ss. y A. Giansanti, *La società tra Behemoth e Leviathan. Per una storia del controllo sociale*, A. Siciliano, Messina 1992. La concepción del Derecho como medio de control social, aceptada de forma prácticamente unánime por los autores de orientación conflictualista (vid. por ejemplo W. I. Chambliss, R. B. Seidman, *Law, Order and Power*, Addison-Wesley, Philippines 1971, 1982², ed. it. *Introduzione allo studio del diritto*, trad. M. Lombardini, Loescher, Torino 1987); véase además D. Melossi, *The State of Social Control*, Polity Press, Cambridge 1990), puede ser sostenida también desde otros puntos de vista, tal como demuestra el análisis marcadamente positivista de D. Black, *The Behavior of Law*, Academic Press, New York-San Francisco-London 1976.

¹⁰² Es «persuasiva una argumentación que pretende tener validez únicamente en un auditorio particular y [...] convincente aquella que se considera que pueda obtener la adhesión de cualquier persona razonable» (cfr. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris 1958, p. 30 de la ed. italiana: *Trattato dell'negomentazione*, Einaudi, Torino 1958 [ed. cast. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, trad. J. Sevilla, Gredos, Madrid 1989]). La capacidad persuasiva del Derecho está vinculada al hecho de que a través del instrumento jurídico (que, por su contenido, puede resultar más o menos convincente) es posible orientar la acción de aquellas personas a las que se dirigen las normas, incluso aunque el contenido de éstas no sea compartido por el destinatario.

pueden ser conectadas, directa o indirectamente las acciones a las que ellas mismas hacen referencia. Esto significa que las normas en cuestión forman un *sistema*, en el sentido científico habitual de la palabra, un *conjunto (relativamente) ordenado u ordenable de elementos conectados entre sí*¹⁰³.

Es necesario preguntarse sobre la base de la experiencia y de la cultura jurídica común, si cualquier sistema de normas que presente las características mencionadas merece el nombre de «Derecho», es decir, si no sería oportuno, o preferible, restringir el uso de esta palabra únicamente a algunos de estos sistemas normativos. Si partimos de un ejemplo concreto, como el de la Mafia, pero también el de cualquier otro grupo social que se dedique a lo que suele definirse como «criminalidad organizada», vemos que ésta opera siguiendo una práctica normativa constante y persuasiva que presenta, si se analiza con detenimiento, prácticamente todas las características descritas. ¿Deberíamos, por tanto, representar la normatividad mafiosa en los términos de un sistema jurídico? Naturalmente, la respuesta sería negativa si partiésemos de una concepción axiológica del Derecho, es decir, si hiciésemos coincidir el Derecho con el «buen» Derecho, con el Derecho «justo»: pero esta conclusión se apartaría de las premisas de nuestro discurso, pues llevaría a excluir del área del Derecho una serie no irrelevante de sistemas normativos pasados y presentes que, por convención unánimemente aceptada, consideramos jurídicos. No es necesario hacer una profesión de fe anárquica para reconocer que muchos ordenamientos estatales, que operan siguiendo prácticas normativas idénticas a las que aquí hemos descrito, se rigieron y se rigen por principios moralmente rechazables y sin embargo, a pesar de ello, no pueden ser calificados como «no jurídicos» sin incurrir en una clara deformación del concepto común de lo jurídico: ¿Cómo excluir la juridicidad de un ordenamiento tiránico que, a pesar de ello, sea reconocido como válido por la comunidad internacional de los Estados?

Para excluir la juridicidad de un sistema normativo como el de la Mafia, por tanto, es preciso recurrir a otros argumentos. Y el más fuerte, y quizá el único, tomado una vez más de la experiencia común, consiste en observar que el sistema normativo que rige la actividad mafiosa cubre solamente una parte, relativamente limitada, de las interacciones de un grupo social, a diferencia de otros sistemas normativos que *contemplan explícita o implícitamente la gama completa de las interacciones de un grupo social*. Si tomamos como punto de referencia, por ejemplo, el sistema normativo estatal constatamos fácilmente que cualquier clase de acción, expectativa o pretensión comportamental puede estar referida a un parámetro normativo y ser objeto de juicio en formas institucionales. Un juez puede

¹⁰³ Cfr. sobre todo L. von Bertalanffy, *General System Theory. Essays on Its Foundations and Developments*, New York 1969, ed. cast. *Tendencias en la teoría general de sistemas*, Alianza, Madrid 1987.

ser llamado a pronunciarse sobre cualquier clase de demanda, incluso aunque no haya sido contemplada en ninguna norma vigente y aunque sea totalmente absurda¹⁰⁴: como bien observa Kelsen, nunca podrá pronunciarse el «*non liquet*» y negarse a decidir, en cuanto *cualquier acción humana es jurídicamente relevante*, bien porque haya sido prohibida o permitida por una norma, bien porque, simplemente, no haya sido contemplada y por tanto sea libre y, en este sentido, tutelable jurídicamente frente a cualquier persona que pretenda impedirla, sobre la base del principio general de que «se es libre de hacer o de no hacer aquello que no se tiene obligación de hacer»¹⁰⁵.

Como conclusión es posible sugerir una restricción del área semántica de la palabra «Derecho» y, correlativamente, de la juridicidad, a aquellos sistemas normativos que, en el ámbito de un grupo social determinado, presenten al menos teóricamente el rasgo de la *omnicomprensividad*. Este rasgo aparece con claridad, siempre desde un punto de vista teórico, en las organizaciones socio-políticas que convencionalmente se definen como «Estados», tal como acabamos de afirmar, aunque —es preciso advertir— *no exclusivamente en ellas*. La identificación entre Derecho y Estado, pero también la opinión de que el Derecho, como suele decirse utilizando una metáfora, «emana» exclusivamente del Estado son el resultado de una cultura jurídico-política que ha ido desarrollándose a través de los siglos hasta llegar a su culminación, en el siglo XIX, con el triunfo de la ideología estatista. No obstante, ya desde el final de ese siglo y con intensidad creciente en el nuestro, esta ideología ha sido cuestionada por una ideología contraria de carácter *pluralista* que hace coincidir el Derecho, de forma general, con la actividad normativa habitual de grupos sociales autorregulados, independientemente del hecho de que se reconozcan a sí mismos, o sean reconocidos, como «Estados» en el sentido político habitual de este término: una minoría étnica o religiosa que se rija por sus propias usanzas, a pesar de estar incluida políticamente en el ámbito de una comunidad estatal más amplia que aspire a dictarle normas de conducta, podría tener sólidas razones para considerar como jurídico el sistema de reglas que practica¹⁰⁶, o que

¹⁰⁴ Un ejemplo significativo, del que he tenido conocimiento por vías circunstanciales, es la solicitud que se ha formulado ante un Tribunal italiano para que declarase *decaído* —y no nulo por imposibilidad del objeto, cosa que habría tenido, como es obvio, un sentido preciso— un contrato estipulado entre un ciudadano y un medium que, a cambio de un precio, se había obligado a convocar el espíritu de un difunto, mientras que, según el demandante, había convocado a uno diferente.

¹⁰⁵ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 125.

¹⁰⁶ Por este motivo tenía razón A. Pigliaru al definir como «ordenamiento jurídico» el sistema basado en la venganza privada, practicado por los pastores de la comarca de la Barbagia hasta fechas recientes (*La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano 1959, reeditado en A. Pigliaru, *Il banditismo in Sardegna*, Giuffrè, Milano 1968).

aspira a practicar, sobre todo en caso de que pretenda llegar a gobernarse autónomamente escapando al dominio político de la mayoría a la que se encuentra sometida¹⁰⁷.

De este modo, es posible concluir, o proponer, que se defina sociológicamente el Derecho como un sistema simbólico compuesto por normas caracterizadas por la institucionalización, heteronomía, sancionabilidad y omnicomprensividad. Naturalmente, este sistema puede ser definido como «sistema jurídico», o también con palabras diferentes¹⁰⁸.

Estas definiciones podrían parecer evidentes desde el punto de vista de la cultura jurídica habitual, que hemos tomado como punto de partida. En efecto, no es demasiado difícil reconocer en la concepción que aquí hemos suscrito aquella corriente de pensamiento filosófico-jurídico que suele ser definida como normativista y que, partiendo de Jeremy Bentham y pasando por Hans Kelsen, se extiende hasta autores recientes como Herbert Hart, Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli: aunque —debemos precisar— no hemos seguido esa tradición en su versión formalista, ni en sus implicaciones estatistas, pues, por el contrario, hemos acogido una visión antiformalista, que hace hincapié en el carácter abierto y cambiante de las normas, así como una visión pluralista que trasciende el concepto de Estado. En breve, podemos decir que hemos ofrecido una visión normativista abierta a aquellas corrientes teórico-jurídicas de inspiración realista, o «institucionalista», que consideran imposible rechazar el concepto de norma y sencillamente buscan una reformulación de dicho concepto para que pueda ser compatible con una metodología basada en la observación científica de los hechos y de las acciones¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Es evidente la diferencia entre un grupo semejante (piénsese en las minorías étnicas que aspiran a la autodeterminación) y la Mafia, que de ninguna forma reivindica la independencia frente al Estado, cuyas estructuras, por el contrario, tiende a controlar y a someter a sus propios fines.

¹⁰⁸ Una definición diferente sería preferible en caso de que se aceptara la separación terminológica entre la esfera del «Derecho» y la de la «juridicidad», como proponen, entre otros, Carbonnier, *Sociologie juridique*, cit. [ed. cast. *Sociología Jurídica*, trad. L. Díez-Picazo, Tecnos, Madrid 1977] y A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1981, que equiparan el Derecho con el Derecho del Estado, distinguiéndolo a continuación de los fenómenos jurídicos o «infra-jurídicos» no estatales (sobre ello, vid. también *infra*, pp. 253 ss.).

¹⁰⁹ Así, en el campo de los realistas, Ross, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 29 ss. En el campo institucionalista, vid. especialmente N. MacCormick, quien establece la diferencia entre el Derecho (*law*), que está compuesto por normas, y las instituciones (*institutions*), utilizando esta palabra para designar aquello que en la cultura jurídica continental europea se definen como «institutos», como el contrato, la propiedad, el *trust*, etc., que están configurados por normas (N. MacCormick, *Law as an Institutional Fact*, en «Law Quarterly Review», 90, 1974, p. 102 ss., ed. it. *Il diritto come fatto istituzio-*

Nos enfrentamos en este punto a una pregunta relevante que es preciso considerar inmediatamente desde su raíz: ¿hasta qué punto esta visión derivada fundamentalmente de la tradición teórico-jurídica puede conciliarse con la que es habitual en la teoría sociológica reciente?

Es preciso señalar a este propósito que también en Sociología la correlación entre Derecho y normas es un dato constante. Según Talcott Parsons «el Derecho [...] contiene modelos, normas y reglas que son aplicados a las acciones, a los roles de las personas y a los grupos en que se reúnen los individuos»¹¹⁰. Para Lawrence Friedman, conocido representante del movimiento norteamericano *law and society* y, al igual que Parsons, autor de orientación funcionalista, las normas constituyen la «sustancia material» del sistema jurídico (*Legal System*), cuya «estructura», por lo demás, estaría formada por organizaciones de poder dotadas de poder decisional basado en normas, sobre todo de carácter judicial¹¹¹. Según William Evan, autor de orientación estructuralista, el sistema jurídico (*Legal System*), como parte del sistema social general, presenta cuatro «elementos estructurales», como son los valores, las normas, los roles y las organizaciones¹¹². Tampoco se aparta de esta idea Niklas Luhmann quien, como es sabido, define el Derecho sobre la base de «expectativas normativas». «La normatividad —afirma— es la forma de una expectativa de comportamiento mediante la cual se establece que dicha expectativa debe ser realizada incluso en caso de que haya sido incumplida. Las normas son entendidas, entonces, como expectativas estabilizadas que resisten de forma contrafáctica a su incumplimiento y que, en cuanto tales, no están originariamente ordenadas ni de manera natural, ni sistemática, ni lógica». En una situación de desorden como ésta es preciso conseguir certeza y tomar decisiones ante la presencia de expectativas que se encuentran en conflicto: es así como «dentro del conjunto sobreabundante de expectativas normativas incongruentes que no pueden tener éxito simultáneamente deben ser escogidas, a través de oportunos mecanismos de selección, aquellas que *deberán valer como Derecho*»¹¹³.

nale, en N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, editado por M. La Torre, Giuffrè, Milano 1990, pp. 59 ss.).

¹¹⁰ T. Parsons, *The Law and Social Control*, en W. M. Evan (ed.), *Law and Sociology. Exploratory Essays*, The Free Press of Glencoe, New York 1962, ed. it. *Sistema giuridico e controllo sociale*, en A. Giasanti, V. Pocar (eds.), *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano 1983².

¹¹¹ Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, cit., p. 54.

¹¹² W. M. Evan, *Social Structure and Law*, Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi 1990, p. 47.

¹¹³ N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1981, ed. it. *La differenziazione nel diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, edición de R. De Giorgi, trad. M. Silbernagl, Il Mulino, Bologna 1990, pp. 41 y 43 (la cursiva es mía).

El Derecho, pues, parece estar formado también aquí por normas, aunque definidas como expectativas normativas estabilizadas en forma lógica y coherente y así reconducidas, como dice el autor, a una forma «congruente».

Y, sin embargo, examinando con atención estas mismas definiciones es fácil constatar cómo en ellas se utilizan los conceptos de «Derecho» y, *sobre todo*, de «sistema jurídico» de manera distinta a la nuestra.

Ello resulta bien evidente en Friedman y en Evan: ambos autores, en efecto, incluyen dentro de la noción «sistema jurídico» tanto las normas (a las que pueden ser reconducidas, en la definición de Evan, también los valores), como las estructuras organizativas a través de las cuales las normas mismas son, por así decir, administradas. Desde su punto de vista, por tanto, por poner un ejemplo, los tribunales y las cárceles, y los operadores jurídicos que los componen, en lugar de verse «regulados», o bien, «orientados» en su conducta *por el* sistema jurídico, son considerados como parte integrante, «estructural», del sistema jurídico mismo.

Consideraciones análogas, *mutatis mutandis*, pueden hacerse también a propósito de Luhmann. Este autor representa el Derecho como un sistema específico de comunicación social que contribuye a la reducción de la complejidad, haciendo posible así la adopción de decisiones por medio de la clasificación de las acciones según un código binario lícito-ilícito (*Recht-Unrecht*)¹¹⁴ y, en un texto particular, especifica que «[e]l sistema jurídico de una sociedad está constituido por todas las comunicaciones sociales que son formuladas con referencia al Derecho»¹¹⁵. Parece —de lo contrario su definición propuesta resultaría circular y, por tanto, inaceptable— que los conceptos de «Derecho» (*Recht*) y de «sistema jurídico» (*Rechtssystem*) deben mantenerse diferenciados: el Derecho parece coincidir con las normas sobre las que se inspiran los actos de comunicación que forman el sistema jurídico, que a su vez parece coincidir con los actos de comunicación orientados según las normas que los inspiran¹¹⁶.

Cualquier otra duda sobre la relación entre los conceptos de Derecho y de sistema jurídico es solucionada de raíz por Gunther Teubner, uno de los más autorizados seguidores de Luhmann: «el Derecho —afirma categóricamente— es comunicación y nada más que comunicación». Y prosigue: «El Derecho se define como un sistema social autopoietico, es decir,

como una red de operaciones elementales que reproducen de manera recurrente operaciones elementales. *Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones y no normas*»¹¹⁷.

En la perspectiva de estos dos autores alemanes, por consiguiente, del sistema jurídico quedan excluidos, a diferencia de Friedman o Evan, las estructuras organizativas y los roles institucionales vinculados a la acción normativa, pero quedan incluidos todos los actos de comunicación normativamente orientados, esto es, destinados a la producción de los *outputs* característicos del sistema jurídico, que consisten en decisiones acerca de la licitud o ilicitud de las expectativas comportamentales. En síntesis, forman el «sistema jurídico» todos aquellos actos que en la cultura jurídica continental europea suelen ser denominados «actos jurídicos»: cuando Ticio se dirige a Cayo para solicitar el pago de una suma de dinero, desde la perspectiva aquí mencionada, no realiza un acto *regulado por* el sistema jurídico, pero sí un acto que constituye *parte* del sistema jurídico.

Frente a ello es posible realizar algunas observaciones destinadas a denunciar el riesgo de que las discusiones sociológico-jurídicas queden viciadas por equívocos terminológicos, cuyo peso es bien visible en la literatura más reciente.

Es oportuno comenzar por una consideración sugerida por la afirmación de Teubner de que los elementos básicos del sistema jurídico son «comunicaciones, y no normas», para recordar que las propias normas, en términos sociológicos, como se ha dicho más arriba, *son en sí mismas mensajes*, es decir *actos de comunicación*, que poseen rasgos peculiares de *prescriptividad* en sentido amplio. De la misma forma, es preciso recordar también que en el concepto de norma, tal como ha sido definido, están comprendidos no sólo los preceptos generales y abstractos derivados formalmente de un legislador, formulados por juristas o identificados por un juez bajo forma de principios, sino también las decisiones selectivas tomadas institucionalmente de forma recurrente por operadores jurídicos dotados de poderes decisorios concretos, como los burócratas y sobre todo los jueces: estas decisiones, en efecto, *no son más que normas*, esto es, *modelos que orientan el curso de una acción*, produciendo efectos no sólo en los casos específicos a los que se refieren, sino también, a escala más general, cuando entran en una interacción comunicativa más amplia. Hacer coincidir el Derecho, tal como se propone en este libro, con el sistema de normas jurídicas significa, por tanto, reconducir a esta noción tanto los precedentes judiciales, como los reglamentos y las órdenes administrativas, así como las infinitas opiniones doctrinales consolidadas: una cosa que podría ser incluso obvia si se piensa que cada uno de estos actos de comu-

¹¹⁴ Véase, recientemente, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993, en particular pp. 38 ss.

¹¹⁵ Luhmann, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 61.

¹¹⁶ Es interesante observar cómo Luhmann declara que «un concepto semejante es utilizado por L. M. Friedman», haciendo referencia precisamente al concepto de sistema jurídico expresado en *The Legal System*, cit. En realidad la coincidencia entre los dos autores es solamente parcial: ambos adoptan una visión extensa del sistema jurídico, pero los elementos que forman tales sistemas son, en las dos teorías, notablemente diferentes.

¹¹⁷ G. Teubner, *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*, en «Law and Society Review», vol. 23, n. 5, 1989, p. 739 (las cursivas son mías).

nificación normativa versa (o declara que versa) sobre normas generales. En síntesis, *el Derecho es concebido aquí como un lenguaje, es decir, como un sistema de signos capaces de conferir significados a las acciones, por supuesto, sobre la base de las múltiples opciones interpretativas de los sujetos que a través de él operan*¹¹⁸; y, en cuanto tal, como se ha dicho, constituye una peculiar modalidad de acción socio-política.

Rechazada, por tanto, la idea de que pueda darse incompatibilidad entre el concepto de norma y el de acto comunicativo queda por analizar si es oportuno adoptar una definición sociológica de Derecho y/o de sistema jurídico que englobe además de las normas así descritas también otros elementos tanto, de un lado, roles, estructuras, aparatos decisionales, como, de otro, actos comunicativos de otro tipo, directa o indirectamente conectados con las normas: tal como sugieren las definiciones sociológicas de carácter funcionalista, que antes recordábamos.

A este propósito cabe subrayar que tampoco esta cuestión tiene un carácter ontológico o conceptual, sino esencialmente *terminológico*. No se insistirá nunca lo suficiente sobre el hecho de que «el Derecho», o el «sistema jurídico» o, si se prefiere la terminología habitual en ciencia jurídica, el «ordenamiento jurídico» no son objetos físicos, sino *entes pensados y contruidos artificialmente* sobre la base de percepciones visuales y sensoriales, esto es, de observaciones empíricas de acciones y de fenómenos.

Sentada esta premisa, parece recomendable restringir terminológicamente tanto la expresión «Derecho» como la expresión «sistema jurídico» al sistema formado por las normas que poseen los requisitos anteriormente mencionados, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el capítulo anterior, pues ello tendría algunas ventajas indiscutibles.

A propósito de las anteriores consideraciones es preciso recordar la distinción, propuesta entre otros por Colin Campbell¹¹⁹, entre acción y comunicación, que se aparta tanto de las teorías pan-comunicativas, como de las neo-funcionalistas, que reducen toda la actividad humana a comunicación (vid. *supra*, pp. 115 ss.). Desde esta perspectiva es necesario distinguir un sistema de significación, como es el constituido por las normas jurídicas, que tiene una estructura puramente comunicativa, respecto de las acciones (comunicativas o no) y de los sistemas de acción que pueden estar orientados, o no, tanto por un sistema de comunicación

¹¹⁸ Es interesante recoger la excelente definición teórico-general de Mario Jori, según la cual el Derecho podría ser definido como un «lenguaje administrado»: M. Jori, *Definizioni giuridiche e pragmatica del diritto*, en «Analisi e diritto», 1995, pp. 109 ss; Id., *Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto*, en L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997.

¹¹⁹ C. Campbell, *The Myth of Social Action*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

como por otros sistemas de significación. Una cosa es la expresión significante y otra son los objetos concretos o abstractos cuyo significado queda determinado por la expresión misma.

Por lo que respecta a las ventajas, la reducción del Derecho a sistema de normas permite, ante todo, eliminar la discordancia entre discurso sociológico y discurso jurídico, el último de los cuales todavía se orienta hacia una visión normativa, aunque abierta, sobre el fenómeno jurídico¹²⁰. Además, permite mantener separados, como se ha dicho, el sistema de los significantes respecto del conjunto de las acciones (y de los hechos) que son objeto de significación, y permite indagar sobre este último también sobre la base de otros sistemas de significación diferentes. En particular, permite mantener conceptualmente independientes del concepto de sistema jurídico, entendido en sentido básicamente normativo-comunicativo, los sistemas organizativos (o, si se prefiere, los sistemas de acción) conectados con la declaración y administración de las normas, como el sistema jurídico-parlamentario, el sistema administrativo-burocrático, el sistema judicial, el sistema carcelario, el sistema policial y así sucesivamente. Esta distinción no sólo es clásica, sobre todo en la cultura continental europea¹²¹, sino que además resulta particularmente conveniente. En efecto, estos complejos o sistemas de acción pueden, y deben, ser explicados también desde perspectivas diferentes de la jurídico-normativa: política, en sentido estricto, económica, ética, organizativa, administrativa, medioambiental-ecológica, e incluso religiosa, etc. Como cualquier otro sujeto, individual o colectivo, los respectivos actores sociales operan *a través de normas*, aunque su acción se inspira en criterios y produce efectos también fuera de la esfera normativa. Reunir la totalidad de estos aspectos bajo una única denominación —como sería la de «sistema jurídico»— tiene el peligro de crear un único campo de observación en el cual podría producirse —recordan-

¹²⁰ Es interesante señalar también un trabajo jurídico marcada y críticamente orientado en sentido luhmanniano, como el reciente de M. Barcellona (*Diritto, sistema e senso, Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino 1996), que se centra en una visión normativa del Derecho aunque, obviamente, en el sentido más amplio del término («el sistema jurídico [...] se forma sobre la base de las interacciones que tienen lugar entre las reglas que lo componen»: p. 167, la cursiva es mía).

¹²¹ Resulta instintivo observar, por el contrario, que la insistencia de estudiosos americanos como Evan o Friedman en el rol de los tribunales como elementos estructurales del sistema jurídico está vinculada a la concepción jurisdiccional del Derecho que es característica de los sistemas de *common law*. Y resulta igualmente instintivo plantear la siguiente cuestión: ¿En esta perspectiva, el Parlamento, que traduce las decisiones políticas en normas jurídicas, forma parte del «sistema jurídico» o del «sistema político»? Cualquiera de las dos respuestas resultaría incompleta; por lo demás, si la respuesta fuera «los dos» se correría el riesgo de producir una inaceptable confusión. Mucho más sencillo será definir el Derecho como un sistema de normas que pueden ser simbólicamente utilizadas como instrumento de acción política.

do una antigua frase de Giovanni Tarello— la oscuridad de lo indiferenciado.

Naturalmente, lo que acabamos de decir no significa que el análisis sociológico del sistema jurídico, entendido como sistema de normas jurídicas, deba quedar separado del análisis de las estructuras organizativas, del análisis de los roles que tienen que ver con las normas y, por último, del análisis de los acontecimientos y de las acciones que encuentran su significado en las normas. Ello sería absurdo, especialmente si se piensa que el sistema normativo jurídico se encuentra abierto a opciones interpretativas y manipulativas de los sujetos que operan en él y, por tanto, de las organizaciones en que éstos desarrollan su actividad. Ello no excluye tampoco que desde una perspectiva sistémica, bien sea «abierta» como la de Friedman o de Evan, o «cerrada» como la de Luhmann o de Teubner, sea posible hablar de una especie de «super-sistema» que incluya tanto las normas como las estructuras organizativas conectadas con ellas y todas las acciones humanas que contengan referencias normativas¹²². Una perspectiva unitaria, a un determinado nivel de análisis, podrá resultar incluso inevitable: pero será conveniente alcanzar ese nivel de síntesis tan sólo después de haber estudiado cuidadosamente otros ámbitos más específicos, que deben quedar diferenciados al menos por razones de tipo argumentativo.

¹²² También este «sistema» puede ser definido en formas diferentes: una definición plausible podría ser la de «campo jurídico» (*champ juridique*), adoptada por la cultura francesa, una expresión que designa un conjunto de acciones coordinadas, y no tanto un conjunto de normas: vid. en especial P. Bourdieu, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, en «Actes de la recherche en sciences sociales», n. 64, septiembre 1986, pp. 3 ss.