

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

del sistema mismo: esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del reenvío a las normas del Derecho canónico, en el del complejo sistema del Derecho internacional privado, con la continua interferencia del Derecho internacional público, o supranacional, con el Derecho estatal, sobre el que se impone y, finalmente, en el régimen de la autonomía privada. El segundo caso se produce cuando individuos y grupos se desvían intencionalmente de los modelos propios del Derecho estatal, orientándose según modelos alternativos que el Derecho estatal no reconoce o rechaza. Y dicho fenómeno puede afectar a las normas individuales o también a enteros sistemas jurídicos. Afecta a las normas individuales cuando se reivindica, por ejemplo, el Derecho a ejercer la objeción de conciencia sobre la base de un sistema diferente en sí mismo completo (considérese la actitud del los Testigos de Jehová hacia el servicio militar e incluso hacia la prestación social sustitutoria); o bien, cuando se aprovechan las posibilidades dispuestas por un sistema jurídico extranjero para sustraerse a la presión fiscal, o también las normas sobre el secreto bancario de un país extranjero para reciclar dinero «negro»). Afecta a enteros sistemas cuando se rechaza en línea de principio la legitimidad de un sistema jurídico al que de hecho nos encontramos sometidos, reivindicando el derecho a inspirarse en un sistema diferente: piénsese en el caso de un país colonizado que aspira a liberarse del colonizador, en una minoría étnica que reivindica el derecho a la autodeterminación, en el ciudadano individual que se niega a prestar obediencia, *tout court*, a la autoridad del país en el que vive, por no considerarla legítima⁹¹.

Fenómenos como los aquí descritos no pueden ser explicados si no es haciendo referencia al concepto de pluralismo jurídico y confirman que la pluralidad de pautas normativas es reflejo inevitable de asimetrías de poder causadas, cuando menos, por condicionamientos históricos: en su configuración formal, las fronteras entre Estados y entre sistemas jurídicos se extienden mucho más allá de las razones y las fuerzas que han llevado a definirlos, con la consecuencia de una gradual pero imparable interpenetración y contaminación entre los diferentes sistemas: como sucede actualmente con las migraciones masivas y los encuentros/desencuentros culturales que derivan de ellas. Aunque nos inducen a retener la idea del

pluralismo, nos llevan también a retener en parte la idea que se encuentra en la base del estatismo: en efecto, no es posible olvidar que aún con la excepción de algunos fenómenos de trans-nacionalidad la referencia estatal es todavía el eje en torno al que gira la totalidad del sistema de las relaciones internacionales. Identificar los sistemas jurídicos con los sistemas de cada uno de los Estados, entendidos como unidades (no necesariamente reales, y quizá simplemente deseadas) de organización política, es en el fondo posible, con tal de que se admita simplemente que los confines entre sistema y sistema no son rígidos, sino elásticos y, en la práctica, difíciles de determinar en un mundo en el que todas las cosas se encuentran cada vez más interconectadas.

4. Funciones y usos del sistema jurídico

Si el Derecho se representa como un sistema, es decir, como una estructura dotada de nexos de interconexión relativamente estables y dotados de un sentido perceptible, resulta natural preguntarse si cumple o no alguna función y qué función es ésta. Este tipo de razonamiento, como se recordará, es el núcleo del análisis sociológico; especialmente de la versión estructural-funcionalista, pero no solamente de ella. Las ciencias biológicas, por ejemplo, se basan en aseveraciones funcionales del mismo tipo cuando se interrogan si existen y cuáles son las funciones de ciertos «órganos» de un «organismo» vivo: y, en efecto, suele decirse que la explicación funcional en Sociología se rige por una «metáfora organicista».

Aplicado al Derecho, este razonamiento lleva a interrogarse acerca de si este sistema cumple alguna función y en qué consiste esta función en el ámbito del sistema social general, del que forma parte como un órgano o un subsistema; e igualmente acerca de si cada uno de los subsistemas de los que se compone —las normas que regulan cada uno de los sectores de la vida social, la administración de la justicia, las cárceles, la administración pública y así sucesivamente— cumplen funciones, y cuáles, en el ámbito del sistema jurídico general.

Este esquema metodológico y teórico, característico de la principal corriente de pensamiento sociológico contemporáneo —el estructural-funcionalismo— ejerce una potente sugestión, hasta el punto de que reaparece cíclicamente en formas nuevas resistiendo a las críticas que, en diferentes momentos, ha ido recibiendo. Sin remontarnos hasta los orígenes será suficiente recordar que en tiempos muy recientes hemos asistido a la aparente decadencia y al imprevisto auge del modelo de explicación funcionalista, en particular en relación con el Derecho. Entre los años treinta y los años sesenta fue desarrollándose la «gran teoría» de Talcott Parsons, en la que el Derecho —estudiado sólo de forma marginal— se representaba precisamente en términos sistémicos y se encuadraba en el «modelo

⁹¹ Un buen ejemplo de este último el proceso en que un tribunal sudafricano condenó por alta traición a Nelson Mandela, cuando el acusado se había negado expresamente a reconocer la autoridad del propio tribunal que le juzgaba: vid. R. D. Ralston, *Law in a Repressive Social Structure: Agency for Liberation or Handmaiden for Repression? The South African Case*, en V. Ferrari y C. Faralli (eds.), *Laws and Rights. Proceedings of the international congress of sociology of law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30-June 3, 1988)*, vol. 2, Working Groups, Giuffrè, Milano 1993, pp. 372 ss.

AGIL» (cfr. *supra*, p. 20, n. 43) en el que desempeñaba una función específica: la función «de integración», consistente en mantener y reforzar el equilibrio del sistema social a través de la resolución institucional de conflictos y, con ella, de su minimización⁹². Esta visión optimista entraba en crisis hacia el final de los años sesenta con la difusión, en los Estados Unidos y en el resto del mundo, de una corriente de pensamiento sociológico centrada en el análisis y en la «crítica» del conflicto social y de las asimetrías de poder que se encuentran en su base. Se concentraba así la atención sobre la naturaleza ideológica y mistificadora del Derecho, que no era representado como instrumento de integración social, sino más bien de control social, utilizable también, en caso de necesidad, para fines de disgregación e incluso de revolución social.

Entre tanto, un buen número de investigadores se dedicaba a criticar los fundamentos epistemológicos y metodológicos de la explicación estructural-funcionalista, al menos desde dos puntos de vista fundamentales: en primer lugar, la imposibilidad de definir analíticamente la estructura y, con ella, el concepto de equilibrio de un sistema social y la consiguiente imposibilidad de determinar qué elementos operan, en dicho sistema, en favor del mantenimiento del equilibrio estructural⁹³; en segundo lugar, la naturaleza polisémica del propio término «función», generalmente reconocida como una de las más confusas del lenguaje científico⁹⁴.

A pesar de todo, la explicación funcionalista volvía a renacer de sus propias cenizas para alcanzar, en la escuela de Luhmann y sus seguidores, una gran fortuna a partir de los años setenta, sobre todo en el campo del Derecho en el que el autor alemán, a diferencia de Parsons, podía contar con un conocimiento especializado. Luhmann intentaba eludir las críticas de tipo epistemológico y metodológico que acabamos de mencionar por medio de dos operaciones conceptuales. Por un lado, eliminaba de su teoría cualquier clase de apriorismo estructural y, por tanto, el propio concepto de equilibrio sistémico, limitándose a indicar la presencia en un ambiente humano «hipercomplejo» de algunas «necesidades» vinculadas a la exigencia de escoger entre estrategias de acción excesivamente abundantes e incompatibles entre sí: necesidades que son previas a los sistemas socia-

⁹² T. Parsons, *The Law and Social Control*, cit.

⁹³ Cfr. sobre todo C. G. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, The Free Press-Collier-Macmillan, New York-London 1966, pp. 297-330 [ed. cast. *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, trad. M. Frassinetti, Paidós, Barcelona 1988].

⁹⁴ Véase, sobre todo, E. Nagel, *The Structure of Science*, Harcourt, Brace & World, New York 1961, ed. it. *La struttura della scienza. Problemi di logica delle spiegazione scientifica*, trad. de C. Sborgi y A. Monti, Feltrinelli, Milano 1968, pp. 537 ss. [ed. cast. *La estructura de la ciencia: Problemas de la lógica de la investigación científica*, Paidós, Barcelona 1991].

les, entendidos como meras estructuras comunicativas, cuya función es precisamente la de satisfacerlas. Por otro lado, adoptaba un concepto de función más anodino, en cierta forma intermedio entre el concepto matemático que expresa la mera covariación entre entidades (como en la equivalencia: « $y = f(x)$ »), y el tradicional concepto biológico-organicista, que expresa la aportación de un determinado elemento a la vida, al bienestar, al equilibrio, al «funcionamiento» de un sistema más amplio (como en la expresión: «el estómago cumple en el organismo la función de digerir los alimentos»). Por «función» el autor entendía, en cambio, «un esquema regulativo de sentido que organiza un ámbito comparativo entre prestaciones equivalentes». En un ambiente caracterizado no sólo por la complejidad, sino también por la contingencia, es decir, por la imprevisibilidad de las decisiones y los acontecimientos, Luhmann sugería que el juicio acerca de la prestación funcional de los elementos que forman parte de un sistema era exclusivamente teórico-hipotético, dirigido a captar las conexiones posibles y no sólo las ciertas: esta definición —explicaba— «designa un punto de vista específico a partir del cual posibilidades diversas pueden ser captadas en sus aspectos comunes»⁹⁵.

En esta perspectiva, para Luhmann la función del sistema jurídico consistía en su capacidad para «aportar congruencia a las expectativas normativas de comportamiento». En un mundo caracterizado por la sobreabundancia de expectativas incompatibles, que, sin embargo, al ser «normativas» no pueden ser abandonadas por los actores en caso de frustración, el Derecho se presenta como un conjunto estructurado y autorreferencial de acciones comunicativas, que permite seleccionar algunas de estas expectativas entre otras. De esta forma específica, explicaba Luhmann, el Derecho cumple una función de «reducción de la complejidad» que es común a todos los sistemas de comunicación social, representados por el autor como entes autónomos, separados y relativamente impermeables respecto de la acción de los sujetos concretos⁹⁶.

Respecto de esta teoría es inevitable preguntarse si Luhmann lograba eludir efectivamente el carácter apriorístico que él mismo atribuía al estructural-funcionalismo de Parsons; si el concepto de función que él propone queda efectivamente inmune de la tradicional connotación organicista: si, en particular, su concepto de sistema jurídico constituye una novedad fun-

⁹⁵ La definición exacta en alemán es «ein regulatives Sinnschema, das einen Vergleichsbereich äquivalenter Leistungen organisiert» (N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, vol. I, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen 1970, p. 14, ed. it. *Illuminismo sociologico*, vol. I, trad. de R. Schmidt, intr. de D. Zolo, Il Saggiatore, Milano 1983, p. 10).

⁹⁶ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg 1972, ed. it. *Sociologia del diritto*, edición de A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari 1977, pp. 113 ss., en especial p. 127.

damental respecto de los que son tradicionales tanto en la ciencia jurídica, como en la Sociología del Derecho. Y en este punto, es natural dar una respuesta negativa, cuyas razones no es fácil exponer de forma resumida, aunque resulten bastante evidentes. Por lo que respecta al carácter apriorístico, Luhmann reconoce que existen necesidades percibidas socialmente, sin detenerse a precisar *quien* percibe esas necesidades. Al haber sido excluidos del cuadro teórico del autor los sujetos concretos, salvo en su papel de portadores de contingencia y de imprevisibilidad, se debe considerar que es la sociedad en su conjunto, entendida como sistema-de-sistemas, la que determina cuáles son estas necesidades y se incurre de esta forma en un super-apriorismo estructural, no muy alejado del de Parsons: advertir la necesidad de una reducción de la complejidad que permita elegir entre alternativas excesivamente abundantes y, por tanto, en conflicto, no es una cosa diferente que percibir la necesidad de eliminar los desequilibrios del sistema derivados del conflicto, precisamente, por el exceso de abundancia en las alternativas. Con respecto al concepto de función, desde el momento en que Luhmann reconoce que los sistemas cumplen la «función» de reducir la complejidad por medio de prestaciones diferentes, haciendo frente a una «necesidad» general por medio de la satisfacción de necesidades específicas —en el caso del Derecho, la congruencia entre expectativas normativas— *eo ipso* retorna al tradicional concepto organicista de función: no se limita pues a constatar la covariación, incluso sólo posible, entre elementos, sino que indica una contribución específica de cada elemento al sistema superior en el que opera. Y más clara aún parece el retorno a la metáfora organicista cuando el autor, en su incesante tarea de aportar modificaciones y retoques al esquema, describe el funcionamiento de los sistemas en términos de «autopoiesis» —por la que cada sistema produce sus propios elementos constitutivos adaptándose a las necesidades del sistema general— tomándola no por casualidad de la obra de dos biólogos, Maturana y Varela. Por lo que respecta, finalmente, al concepto de Derecho ya hemos observado con anterioridad (*supra*, pp. 223 ss.) cómo la perspectiva de Luhmann, de Teubner y de otros autores neo-funcionalistas, al proponer una imagen estructural del Derecho como un conjunto que no está formado por normas, sino por actos de comunicación normativa, por un lado se distancia sólo parcialmente de la tradicional visión normativa del Derecho, y por otro corre el riesgo de caer en contradicciones y aporías cuando se traduce en una representación cerrada y autorreferencial del sistema jurídico, pero al mismo tiempo imprevisible en sus concretas y específicas prestaciones, es decir, en términos teórico-analíticos, abierto, hetero-dependiente y, podemos añadir también, hetero-referencial⁹⁷.

⁹⁷ En este punto, me tomo la libertad de remitir a las observaciones desarrolladas

Dicho esto, parece bastante evidente que la teoría neo-funcionalista —de la que nadie podría ignorar, por supuesto, el gran interés y el papel que ha tenido al llamar la atención sobre cuestiones teórico-generales que parecían haber quedado en el olvido— no se encuentra en sintonía con las tendencias más recientes de la Sociología contemporánea, que parece dirigirse, como ya se dijo en su momento (*supra*, pp. 46 ss.), a redescubrir la interacción constante que existe entre sistemas y subsistemas, sobre todo si estos son definidos como conjuntos constituidos por comunicaciones intersubjetivas; y a describir, por consiguiente, la sociedad como «la representación simbólica de un incesante “asociarse”» (*supra*, p. 47), determinado principalmente por la combinación, superposición y yuxtaposición de proyectos de acción.

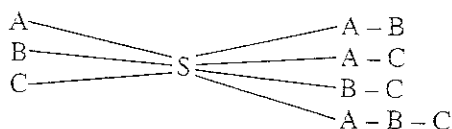
Si se adopta esta perspectiva será también oportuno preguntarse si es útil todavía seguir haciendo referencia a paradigmas funcionales, pues en un cuadro absolutamente abierto en el que los sistemas de comunicación parecen componerse y recomponerse bajo el impulso de conflictos, intereses, opciones, significaciones reconducibles a la acción de sujetos concretos, parece difícil identificar prestaciones sistémicas estables e invariables.

En la medida en que no es imaginable ninguna explicación sociológica y, en general, científica que no parta de la pregunta elemental sobre el «por qué» —el por qué de las acciones humanas que se orientan en uno u otro sentido, el por qué existen determinados sistemas de acción y no otros, el por qué dichos sistemas operan o no operan de manera eficiente, y así sucesivamente—, pregunta que versa sobre cuestiones de tipo funcional o que expresa, en cualquier caso, *la relación, no cierta sino probable, entre acciones, eventos, opciones, instituciones, sobre las que la acción subjetiva influye*, podemos preguntarnos si no es posible salvar el núcleo de la explicación funcional, adaptándolo a una visión de este tipo. Para ello, es preciso alcanzar un diferente concepto de función que no exprese ya la aportación objetiva de un elemento al sistema en el que mecánicamente opera, sino *la aportación que cada elemento supone a los proyectos subjetivos de acción*.

A este propósito, se podrá recordar que la explicación funcional no tiene por qué ser reconducida necesariamente al paradigma organicista, sino que puede ser igualmente reconducida a paradigmas interpretativos de naturaleza intencionalista, basados en la relevancia de las acciones voluntarias, racionales o no racionales, de los individuos concretos. Basta sencillamente acudir a un diverso significado de la propia palabra «función». En la pers-

en *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Laterza, Roma-Bari 1987, en especial pp. 13 ss. [ed. cast. *Funciones del Derecho*, trad. M. J. Añón, J. de Lucas, Debate, Madrid 1989].

pectiva organicista el término expresa habitualmente, más allá de las definiciones y, en ocasiones, de las acrobacias verbales, la contribución dada objetivamente (o que teóricamente puede ser dada) por un elemento del sistema al *estado*, entendido siempre de forma objetiva, de dicho sistema. Desde la perspectiva intencionalista, este elemento puede ser interpretado como la contribución dada objetivamente (o que potencialmente puede ser dada) a un *proyecto de acción* destinado a influir sobre un conjunto de relaciones sociales: relaciones que pueden ser representadas sin dificultad en términos sistémicos, naturalmente «abiertos»⁹⁸. En este caso, el concepto de función acaba por coincidir con *la prestación demandada a un sistema, o a un elemento del sistema, por el sujeto que opera a través de él*. Retomando sintéticamente un esquema gráfico ya utilizado en otra ocasión⁹⁹, esta versión del análisis funcional puede ser representada como sigue:



donde A, B y C simbolizan a los actores y S un sistema de acción-comunicación social a través del cual los propios actores influyen o se proponen influir sobre sus relaciones recíprocas, que a su vez pueden ser representadas también en términos sistémicos. A partir de este esquema elemental es fácil darse cuenta que los sujetos —A, B y C— pueden operar a través de S interpretando de forma diferente su semántica o aprovechando las diferentes posibilidades que ésta ofrece. Suponiendo que S sea el sistema jurídico, los sujetos interesados podrán referirse a normas diferentes, indicar diferentes jueces a los que dirigirse, elegir estrategias respectivamente encaminadas a acelerar o a paralizar un determinado curso de acción, etc.

Si partimos de esta perspectiva que, quede bien claro, escapa del cauce de la tradición funcionalista clásica para recuperar temas y sugerencias que provienen más bien de las teorías del conflicto, la investigación sobre las funciones del Derecho se resuelve en el estudio de *las finalidades a las que puede orientarse el Derecho, entendido como sistema global, utilizable como modalidad de acción social*.

⁹⁸ Sobre esta distinción, véase P. Achinstein, *Function Statements*, en «Philosophy of Science», septiembre 1977, pp. 342 ss.; sobre la compatibilidad de la explicación funcional con la explicación ideológica vid. también C. Boorse, *Wright on Functions*, en «The Philosophical Review», LXXXV, 1976, comentario crítico al ensayo de L. Wright, *Functions*, en «The Philosophical Review», LXXXII, 1973, donde la explicación funcional es interpretada como una forma de explicación etiológica.

⁹⁹ Ferrari, *Funzioni del diritto*, cit., en especial capp. I y III.

Con ello, sin embargo, el problema está todavía lejos de quedar resuelto pues las finalidades hacia las que pueden orientarse «funcionalmente» las modalidades de acción jurídica son dispares y, por lo demás, si intentáramos designar con el nombre de «función» la contribución dada por el sistema jurídico a estas finalidades correríamos el riesgo de abrir el esquema interpretativo hasta tal punto que al final resultaría escasamente explicativo. Y, en efecto, si se repasan las contribuciones que en el arco de algunas décadas, filósofos, teóricos y sociólogos del Derecho han ofrecido sobre este argumento, nos encontramos ante una serie de catálogos más o menos amplios y más o menos taxonómicos, inevitablemente genéricos, frente a los cuales nos es difícil percibir un sentimiento de decepción¹⁰⁰.

Ante este variado panorama, parece oportuno limitar el uso de la expresión «funciones del Derecho» únicamente a aquellas prestaciones que a) poseen un estatus lógico más amplio que las demás, en el sentido de que las otras se encuentran lógicamente incluidas en ellas; b) son ideológicamente neutras, en el sentido de que son prestaciones vinculadas a cualquier sistema jurídico y no sólo a un «buen sistema jurídico», o al «sistema jurídico ideal».

Entre las «funciones» que suelen ser habitualmente atribuidas al Derecho en su conjunto hay algunas que encontramos de manera prácticamente constante en los diversos elencos y que, convenientemente «elaboradas» desde un punto de vista analítico, quien escribe, en un trabajo anterior, ha considerado oportuno definir por medio de las siguientes expresiones: «orientación social», «tratamiento de conflictos declarados» y «legitimación del poder»¹⁰¹. Con la primera función se entiende la capacidad del Derecho, en cuanto conjunto de reglas relativamente coordinadas, para orientar la conducta de una comunidad de individuos según reglas. Con la segunda, se entiende la capacidad del Derecho para orientar conflictos una vez que éstos han aflorado y han sido declarados públicamente, a través de cauces preestablecidos y preordenados para su tratamiento. Con la tercera se entiende la capacidad del Derecho para ofrecer argumentos que logren generar consenso sobre decisiones, entendidas como expresión de la capacidad decisional de los actores sociales.

Estas funciones, se dijo en aquel lugar, presentan un grado de generalidad que les permite englobar otras prestaciones habitualmente atribuidas

¹⁰⁰ Véanse las observaciones que aparecen en N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977, p. 110, nota 30; vid. también Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 132, nota 176.

¹⁰¹ Ferrari, *Funzioni del diritto*, cit., cap. IV ss. Los conceptos mencionados han sido tomados, en gran parte, de otros autores y, en particular, del ensayo de K. N. Llewellyn, *The Normative, the Legal and the Law-Jobs: the Problem of the Juristic Method*, en «Yale Law Journal», 1940, vol. 49, pp. 1355 ss., todavía hoy frecuentemente citado.

al sistema jurídico: por ejemplo, la llamada «función distributiva» consistente en la distribución de recursos y poderes¹⁰², la llamada «función organizativa», consistente en la regulación del ejercicio del poder¹⁰³, la llamada «función integrativa», consistente en la minimización de los conflictos sociales¹⁰⁴, y la llamada «función educativa», consistente en convencer a los ciudadanos para que asuman los valores implícitos en las leyes¹⁰⁵. La generalidad de las funciones anteriormente mencionadas parecía especialmente llamativa sobre la base de un consideración: mientras no es imaginable un sistema jurídico que no se preste, de una forma u otra, a su cumplimiento, sí que es perfectamente imaginable un sistema jurídico que no se preste al desarrollo de las demás prestaciones. El Derecho —se decía— no puede ser no-orientativo, no utilizable para el tratamiento de conflictos, no-legitimador, mientras que puede ser perfectamente no-organizativo, no-integrativo, no-educativo.

La propuesta concreta presentada en aquel volumen ha encontrado respuestas favorables¹⁰⁶, así como naturalmente justificadas críticas. Se ha dicho, entre otras cosas, que las prestaciones funcionales mencionadas pueden quedar aún más reducidas, por ejemplo, a la función de orientación social¹⁰⁷ o bien a la de tratamiento de conflictos¹⁰⁸. Se ha dicho también, con cierta eficacia, que las prestaciones funcionales de las que se trata son tan generales que pueden ser consideradas incluso apriorísticas¹⁰⁹, contradiciendo las premisas intencionalistas y voluntaristas del aná-

¹⁰² Sobre este tema, véase sobre todo Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, cit.; para este autor «todas las funciones del Derecho, las generales y las particulares, son de naturaleza distributiva» (p.33). Véase también V. Aubert, *The Social Functions of Law*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1974, núm. monográfico *Die Funktionen des Rechts*, edición de L. Legaz Lacambra, p. 93.

¹⁰³ Véase sobre todo M. Borucka-Arctowa, *Spółeczne poglądy na funkcje prawa* Polska Akademia Nauk, Wrocław 1982.

¹⁰⁴ Véase Parsons, *Sistema giuridico e controllo sociale*, cit.

¹⁰⁵ Véase sobre todo p. ej. J. Carbonnier, *Variations sur la loi pédagogue*, en U. Scarpelli, V. Tomeo (ed.), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 3 ss. y sobre todo W. M. Evan, *Law as a Instrument of Social Change*, en A. W. Gouldner, S. M. Miller (ed.), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, The Free Press of Glencoe, New York 1965, pp. 285 ss. (ed. it. *Il diritto come strumento del mutamento sociale*, in Giasanti, Pocar (eds.), *La teoria funzionale del diritto*, cit., pp. 191 ss.).

¹⁰⁶ Vid. p. ej. A.-J. Arnaud y M. J. Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid / B.O.E., Madrid 1996, pp. 125 ss.

¹⁰⁷ R. Bettini, *Analisi funzionale ed efficacia del diritto*, en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1988, 1, pp. 33 ss.

¹⁰⁸ M. R. Ferrarese, reseña aparecida en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1988, 4, pp. 1274-77.

¹⁰⁹ J. Wróblewski, recensión en «Państwo i Prawo», Czerwiec 1988, zeszyt 6

lisis¹¹⁰. Estas observaciones deben ser, como es natural, tenidas en cuenta en la medida adecuada. Con respecto a la asimilación entre conceptos es posible discutir extensamente sobre la primacía de la función orientativa sobre la de tratamiento de conflictos, o viceversa; como también, es preciso admitir, se podría discutir extensamente sobre la identificación entre ambas, incluso entre las tres funciones indicadas, con la función «distributiva», entendiendo esta expresión en su acepción más amplia, que incluye el acceso a cualquier bien o que abarca la satisfacción de cualquier interés en un mundo caracterizado por la escasez y, por tanto, por el conflicto¹¹¹. Con respecto a la generalidad, igualmente, es posible aceptar que los conceptos propuestos pueden resultar incluso tautológicos. No obstante, frente a todas estas observaciones es posible señalar que la elección de los conceptos citados, y no de otros, tenía un carácter fundamentalmente *estipulativo*, e iba dirigida a la elaboración de nociones utilizables para la construcción de hipótesis empíricas: desde esta perspectiva, se justificaba sobre todo por responder a una clave de lectura general que era, precisamente, intencionalista y subjetivista¹¹².

Desde este específico punto de vista, será oportuno añadir aún algunas palabras. Una lectura intencionalista y subjetivista de los conceptos indicados lleva a subrayar que estas funciones son cumplidas por el sistema jurídico de manera ni unívoca ni invariable, como se podría sostener desde premi-

(508), pp. 121-22; publicada después en inglés en A. Febbrajo, D. Nelken (eds.), «European Yearbook in the Sociology of Law», 1993, pp. 449 ss. Análoga resulta, en el fondo, la constatación de Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 132, nota 17, que critica el hecho de que las tres funciones indicadas (en particular la de la orientación social) «sean cumplidas en parte por el Derecho mismo», además de observar que en mi obra no he intentado alcanzar un concepto unitario de función del Derecho, por ser algo incompatible con las condiciones exigidas al concepto general de función. Pero la opinión de Luhmann se aparta de la mía también porque mientras yo describo el Derecho como un sistema de normas, él lo representa como un sistema de comunicaciones orientado por normas, que opera de forma automática.

¹¹⁰ M. J. Añón, recensión en «Sistemas», n. 90/1989, pp. 135 ss.

¹¹¹ El concepto de distribución, estrechamente conectado con la dimensión del conflicto, es, en efecto, aquél que más fácilmente podría oponerse, por su generalidad, a los demás conceptos recogidos en *Funzioni del diritto*. Una razón que explicaba, en aquel momento, por qué podía estar lógicamente subordinado a ellos, se encuentra en el hecho de que este concepto se adecua a una sola de las dos nociones clásicas de justicia, la de justicia «distributiva», y no a la noción simétrica de justicia «conmutativa» o «sinalagmática».

¹¹² Este problema metodológico ha sido visto con exactitud por U. Scarpelli, en la recensión (*Le funzioni del diritto tra conflitti e potere*) aparecida en «Il Sole-24 Ore», 13 de septiembre de 1987. Sobre la oportunidad de utilizar conceptos diferentes para designar las prestaciones funcionales del derecho, vid. también L. Pannarale, *La bottiglia di Leyda. Il giurista e i suoi paradossi*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 49 ss.

sas opuestas de carácter objetivista, sino, por el contrario, de manera *equivoca* y *variable*. El Derecho, por el hecho de traducirse en fuente de modelos sociales, posee un carácter orientativo, pero nadie podría ignorar —hemos visto que no lo ignoran ni siquiera los defensores de la autopoiesis sistémica— que el Derecho puede ofrecer orientaciones diversas no sólo en tiempos y lugares diferentes, sino también, por efecto de su inevitable incertidumbre, en un mismo tiempo y lugar. El Derecho ofrece siempre y en todo momento esquemas de tratamiento procedimental del conflicto, una vez que éstos han sido declarados, pero nadie negaría que dichos esquemas, no sólo pueden fracasar a la hora de solventar los conflictos, sino que incluso pueden haber sido diseñados con vistas a la multiplicación de los propios conflictos. El Derecho, por último, presta a los sujetos agentes un fuerte argumento de legitimación, es decir, de convocación del consenso sobre determinadas acciones, pero nadie negaría que tales argumentos en la medida en que son, precisamente, argumentos, es decir, expedientes retóricos pueden ser empleados en maneras diferentes ante públicos diferentes, llegando hasta extremos de incomunicación entre actores que se contraponen enfrentando recíprocamente modelos jurídicos opuestos, dirigidos a reclamar el consenso de públicos diferentes y que no se encuentran en comunicación entre sí.¹¹³

5. La acción jurídica y los roles sociales conexos

Ya se dijo en su momento (*supra*, pp. 124 ss.) que la acción humana oscila entre una motivación finalista y una motivación normativa, en equilibrio, por tanto, entre la tendencia a realizar objetivos hacia los que el actor se muestra propenso y el condicionamiento derivado del ambiente en el que el actor opera. El Derecho constituye un punto de referencia importante para estas dos motivaciones de la acción. Ejerce influencia sobre la acción finalista, porque en ocasiones constituye el medio a través del cual las finalidades llegan a realizarse, en otras ocasiones sobre el fin mismo de la acción, y a menudo ambas cosas a la vez. Ejerce influencia además, como es sin duda obvio, sobre la acción normativa cuando el condicionamiento ambiental que limita la acción está constituido por normas jurídicas o por acciones de otros sujetos que se inspiran en ellas.

El Derecho está, por tanto, virtualmente omnipresente en las relaciones humanas, en formas extremadamente diversas. Afecta explícita o implí-

¹¹³ Toda la segunda parte de *Funzioni del diritto* está dedicada a describir el desarrollo de las tres funciones citadas, poniendo de manifiesto su adaptabilidad a diversas estrategias de acción, tal como exige la adopción de una perspectiva eminentemente conflictual. Sobre este punto, vid. p. ej. la recensión de A. Bixio en «Rassegna italiana di sociologia», XXIX. 4, 1988, pp. 618 ss.

citamente a cualquier acción o relación humana imaginable, poniendo a disposición de los actores una multitud de mecanismos procedimentales, es decir, indicándoles, metafóricamente, las vías que pueden ser recorridas. Ello resulta claro ya en cuanto se observa el sistema jurídico desde el interior, desde un punto de vista dogmático, es decir, en la representación que de él ofrece la llamada cultura jurídica «interna»¹¹⁴, o, si se prefiere, en su autorrepresentación. Puede constatar, en efecto, que si, por un lado, numerosos modelos y procedimientos son objeto de imposiciones inderogables, como sucede habitualmente en el Derecho penal, por otro lado, muchos otros modelos y procedimientos son solamente propuestos, es decir, dejados a la libre elección de los actores, como sucede habitualmente en Derecho privado, esto es, se sitúan en una zona intermedia entre libertad y obligatoriedad: por ejemplo, en el ámbito de la llamada discrecionalidad administrativa, donde se produce el enfrentamiento entre intereses públicos y privados, resulta extremadamente difícil situar con precisión la frontera entre acción libre y acción vinculada, incluso desde el punto de vista teórico-jurídico.

El hecho de que el sistema jurídico se preste a una multitud de fines y que limite la acción en una multitud de formas diferentes resulta todavía más evidente cuando se observa desde el exterior, desde un punto de vista crítico. Desde esta perspectiva, es inmediatamente evidente que el Derecho constituye un instrumento extremadamente flexible, a través del cual pueden ser perseguidos fines que no solamente son diferentes sino que se encuentran incluso en conflicto entre sí, también porque los límites entre libertad y obligatoriedad de la acción, que ya son imprecisos en el ámbito teórico, se presentan aquí de forma aún menos clara y en ocasiones se confunden hasta disolverse. Ello depende de numerosos factores que podemos describir eficazmente recurriendo a términos luhmannianos. En primer lugar, el sistema jurídico presenta un altísimo grado de *complejidad interna* y, como se decía, un inevitable grado de entropía, aún a pesar de los repetidos intentos de poner orden, de podar las ramas secas, eliminar contradicciones, llenar lagunas. En segundo lugar, sobre el sistema jurídico y, a través de él, operan incansablemente y con altísimo grado de *contingencia* una multitud de sujetos que no necesariamente desempeñan roles institucionales, pues entre ellos hay que incluir también a toda aquella persona que elija modalidades de acción orientadas jurídicamente: y dichos sujetos, es preciso subrayarlo con fuerza, se encuentran continuamente en conflicto entre sí, al menos potencialmente, lo cual les induce a reivindicar, en nombre del Derecho —normalmente, por cierto, *de un mismo Derecho*— tratamientos diferenciados e incompatibles. De aquí una conse-

¹¹⁴ L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, cit., pp. 371 ss.