

EL CONCEPTO SOCIOLOGICO DE DERECHO

THE SOCIOLOGICAL CONCEPT OF LAW

Por Roger Cotterrell ^(*)

Traducción de María Inés Bergoglio ^(**)

Resumen: ¿Cuál debería ser el tema central de la sociología del derecho? ¿Qué debería considerar como “derecho”? Las respuestas a estas preguntas no son autoevidentes, aunque resultan básicas en cualquier intento de desarrollar una teoría sociológica del derecho. En la literatura se encuentra una amplia variedad de enfoques. Al estudiar las prácticas regulatorias sistemáticamente organizadas, sin embargo, un concepto de derecho entendido como doctrina institucionalizada parece particularmente útil. Esto no restringe la noción al derecho del estado o al derecho tal como lo entienden los juristas, aunque trata la regulación producida y aplicada por las agencias del estado centralizado como las formas dominantes del derecho contemporáneo. Las discusiones en torno al concepto de derecho, sirven como un punto de partida esencial para tratar de reinterpretar la teoría jurídica y el campo del derecho en términos sociológicos.

Abstract: What should sociology of law take as its central subject - matter? What should it treat as ‘law’? The answers are not self-evident but must be the basis of any attempt to develop a sociological theory of law. A wide variety of approaches is advocated in the literature. In studying systematically organized regulatory practices, however, a concept of law as institutionalized doctrine seems particularly useful. This does not restrict law to state law or “lawyers’ law”, but it treats the regulation produced and applied by agencies of the centralized state as the dominant form of contemporary law. Arguments around the concept of law serve as an essential starting point for trying to reinterpret legal theory and the field of law in sociological terms.

Palabras clave: Concepto de Derecho - Sociología del Derecho - Doctrina institucionalizada.

Key words: Concept of Law - Sociology of Law - Institutionalized doctrine.

^(*) Roger Cotterrell es Profesor en el Department of Law, Queen Mary and Westfield College, University of London. Entre sus obras más conocidas se cuentan *Sociology of Law: An Introduction* (1991), cuya versión española ha sido publicada por la editorial Ariel, Barcelona, 1995. Se destacan igualmente *The Politics of Jurisprudence: a Critical Introduction to Legal Philosophy* (Londres, Butterworths, 1989) y *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, (Oxford University Press, Oxford, 1995).

^(**) María Inés Bergoglio es Doctora en Ciencia Política y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), y Profesora Titular de Sociología Jurídica A en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

El concepto sociológico de derecho

Este artículo se ocupa de un problema familiar en la teoría jurídica aunque transplantado al contexto de la sociología del derecho. El problema central de gran parte de la doctrina ha sido la definición de derecho, o la especificación de un significado apropiado para la palabra “derecho”. Para gran parte de la moderna teoría jurídica este problema ha sido virtualmente idéntico a aquél de lograr una comprensión científica del derecho. Para John Austin, el jurista inglés del siglo XIX, definir al derecho era lo mismo que designar el campo de una ciencia y caracterizar los elementos esenciales de su objeto. Entre los escritores más modernos la búsqueda de una definición ha sido abandonada en favor del intento de formular un concepto de derecho, un modelo de derecho semejante a los que utilizan los científicos de las ciencias sociales y naturales como guías para la construcción de teorías y para la formulación de las hipótesis que serán ensayadas durante la investigación empírica. Sin embargo, el problema del concepto del derecho continúa siendo central en la teoría jurídica, y resulta bastante más que el punto de partida de la investigación.

Para la sociología del derecho los objetivos de especificar un concepto de derecho son con frecuencia diferentes de —aunque no indiferentes a— las preocupaciones de muchos juristas. Mi propósito en este artículo es esbozar, en términos generales, algunas aproximaciones al concepto de derecho que han caracterizado el moderno estudio sociológico - jurídico, considerar algunas de sus implicaciones y sugerir razones por las cuales algunas conceptualizaciones del derecho pueden ser más útiles a la sociología del derecho que otras.

Diferentes Usos de un Concepto de Derecho

Los términos teoría jurídica y sociología jurídica son demasiado vagos y se refieren a demasiados objetos y métodos de análisis jurídico diferentes como para permitir alguna generalización. Por esta razón propongo distinguir entre la teoría jurídica normativa —una parte central en el territorio de la doctrina contemporánea, en cierto sentido su corazón— y la teoría jurídica empírica, que es central a las preocupaciones de la sociología del derecho. Por teoría jurídica normativa entiendo aquella que busca explicar el carácter del derecho únicamente en términos de la estructura conceptual de la doctrina jurídica, y de las relaciones entre reglas, principios, conceptos y valores que se sostiene están presupuestos o incorporados ya sea explícita o implícitamente dentro de ella. Por teoría jurídica empírica entiendo aquella que busca explicar el carácter del derecho en términos de las condiciones históricas y sociales y trata las características doctrinales e institucionales del derecho enfatizadas por la teoría jurídica normativa como explicables en términos de sus orígenes sociales y sus efectos.

El Concepto de Derecho en la Teoría Jurídica Normativa

Al igual que los del pasado, los escritos jurídicos contemporáneos reflejan el enfoque profesional de los abogados sobre el conocimiento del derecho. Establecer el significado de las ideas jurídicas implica explicar la realidad del derecho; hacer explícito un concepto de derecho compatible con los supuestos de los abogados acerca de la doctrina legal es conocer el derecho, puesto que el derecho es entendido por la teoría jurídica normativa como existente únicamente en los conceptos, las reglas y otros elementos de la doctrina desarrollados en las prácticas legales o implícitos en ellas. Por lo tanto, en la teoría jurídica la empresa de fijar el significado del derecho es con frecuencia simplemente la forma más general y abstracta de la preocupación profesional de los abogados con las definiciones. Especificar lo que es el derecho resulta lo mismo que especificar qué resulta válido como derecho, en qué argumentos se puede confiar ante un tribunal o cómo determinar cuáles serán los resultados legales cuando las reglas sean interpretadas y aplicadas por las cortes o por otras autoridades jurídicas.

En la teoría jurídica normativa contemporánea el propósito de especificar un concepto de derecho es el de explicar la posibilidad de un sistema lógico y coherente, mostrando cómo la doctrina profesional de los abogados constituye una totalidad integrada. La construcción de un concepto profesionalmente plausible y lógicamente coherente del derecho como doctrina es tanto el punto de partida como la expresión final del conocimiento sobre la naturaleza del derecho desde el punto

de vista de la teoría jurídica normativa. Esto resulta así a pesar del hecho de que las técnicas de la teoría jurídica normativa pueden ser y de hecho son aplicadas al análisis de otros sistemas normativos diferentes de los sugeridos por la doctrina profesional de los juristas.

El Concepto de Derecho en la Teoría Jurídica Empírica

Las variadas perspectivas del análisis jurídico que pueden ser categorizadas como sociológicas en un sentido amplio, resultan unificadas solamente por su deliberado auto-distanciamiento del punto de vista profesional de los abogados. Una de las metas implícitas de la teoría jurídica empírica es ver al derecho “*desde afuera*”, desde la perspectiva de un observador de las instituciones legales, de la doctrina y del comportamiento jurídico antes que desde la perspectiva de un participante, aunque las percepciones de los participantes puedan ser tomadas en cuenta como datos por los observadores. Por supuesto, desde un punto de vista fenomenológico, la interpretación de las percepciones de los participantes puede ser de importancia fundamental; sin embargo tales interpretaciones resultan posibles únicamente a través de un distanciamiento científico tan específico y profundo como el implicado en la empatía que el observador busca con el observado. Los análisis sociológicos del derecho tienen como único propósito unificador el intento de remediar la supuesta inadecuación de los análisis doctrinarios del derecho realizados por los juristas.

Más allá de este objetivo, el análisis sociológico puede tener una variedad de metas: puede ser un complemento de los análisis doctrinarios de los juristas, que revele las consecuencias sociales y ambientales de la política jurídica o del desarrollo doctrinario o institucional (1), o sus causas, como contribución a los debates de política jurídica realizados por los abogados. Alternativamente, en otros enfoques teóricos se puede intentar proveer un sustituto del análisis doctrinario que revele la ‘falta de realidad’ de los conceptos legales (2) o la necesidad de políticas legales que eludan las disputas doctrinarias, (por ejemplo, a través del uso de estadísticas o resúmenes, a través de importaciones de la psicología, de enfoques positivistas de los tratamientos en la justicia penal y en otras partes). Finalmente, puede buscar explicar en términos sociológicos al derecho como doctrina, como prácticas o como instituciones, tratando a éstas como la materia del análisis científico y por lo tanto distanciándose asimismo de las funciones manifiestas o de los propósitos declarados del derecho que en sí mismos son tratados como partes del tema de investigación. Detrás de tal objetivo, generalmente se encuentra el interés de adoptar un punto de vista epistemológico desde el cual sea posible efectuar una crítica radical y un desafío a las concepciones que los juristas sostienen sobre el derecho. Para algunos críticos este es un paso hacia una reestructuración fundamental de las instituciones legales; para otros puede ser parte del intento de demostrar la necesidad de y explorar la posibilidad de un orden social que prescindiera del derecho —al menos en sus formas aceptadas—.

(1) GURVITCH GEORGE, *Sociology of law*, Routledge y Kegan Paul, Londres, 1947, p.7. Tales objetivos pueden ofrecer las mejores perspectivas de comprensión y apoyo por parte de los abogados, como “*servicio mutuo*” (cf. WILLOCK I.D. “Getting on with Sociologists”, *British Journal of Law and Society*, Londres, 1974, p.5-6) y ayudar a desarmar a “*poderosos antagonistas*” (cf. Gurvitch op.cit.). Ver también CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978, pp. 369 y ss.

(2) Ver por ejemplo PODGORECKI, Adam (*Law and Society*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1974, p. 47), quien sugiere a la sociología del derecho como un reemplazo empírico de la teoría jurídica. Eugen EHRLICH (*Fundamental Principles of Sociology of Law*, e.o.1936, Arno Press, New York, 1975, pp. 339-40), siguiendo los dictados de los juristas *Freirechtslehre* argumenta a favor de una sociología del derecho parcialmente como sustituto del análisis conceptual y parcialmente como su base científica. Para un escrito típico entre los que se hacen desde una perspectiva psicológica puede verse MEEHL (“Law and the Fireside Inductions: Some Reflections of a Clinical Psychologist” en *Journal of Social Issues*, Vol. 27, Nr. 4, 1977). Una polémica temprana que enfatiza las raíces de este enfoque en la teoría realista se encuentra en Cohen: “*Los conceptos legales son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe*” (COHEN E.S. “Transcendental Nonsense and the Functional Approach” en *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix Cohen*, Yale University Press, New Haven, 1960, p.821).

Aunque tal clasificación de objetivos ciertamente no puede implicar ninguna correspondiente clasificación de la investigación a la cual da nacimiento (3), puede iluminar las diferencias de énfasis en la literatura. El tercer objetivo del estudio sociológico del derecho especificado más arriba es, en su sentido completo, la base de una sociología del derecho (como opuesta a una sociología en ayuda del derecho o a una sociología en lugar del derecho) que trata la naturaleza del derecho como su centro de atención, antes que ocuparse primariamente de los efectos de las leyes o de las prácticas jurídicas. Al mismo tiempo, este objetivo está más directamente relacionado con el desarrollo de una teoría jurídica empírica y es el que más claramente demanda el desarrollo de un concepto riguroso de derecho, mientras que buena parte de la investigación sociológico - jurídica, puede de hecho emplear simplemente puntos de vista sobre el significado del derecho derivados del sentido común, ilustrados por las suposiciones de los abogados.

De hecho, los conceptos sociológicos de derecho son extremadamente variados, todavía más que los presentados por la teoría jurídica normativa angloamericana moderna. Cuando se busca una conceptualización básica del derecho en el contexto de la teoría normativa, resulta fácil caer en las oposiciones esquemáticas (por ejemplo dicotomías tales como derecho natural / derecho positivo, reglas / principios) e interpretar que las posiciones presentadas por la minoría (tal como ocurre con Ronald Dworkin), o supuestamente presentadas (como ocurre con Lon Fuller) resultan una concepción alternativa menos coherente y menos adecuada, en tanto que conjunto de críticas a la ortodoxa prevaleciente que presupone los conceptos fundamentales dentro de ella. Así, las ideas centrales de Fuller sobre el carácter funcional del derecho, tienden a recibir menos énfasis, mientras que los elementos positivistas presentes en su teoría, al igual que su respuesta a cuestiones de importancia para los positivistas, particularmente la cuestión de la validez legal y los criterios normativos de la existencia de los sistemas jurídicos son acentuados (4). De este modo resulta sencillo identificar a ortodoxias poderosas que deben ser, sin duda, explicadas en considerable medida en términos de las perspectivas profesionales subyacentes y los puntos de vista de los abogados en esas sociedades, los que también influyen o informan las perspectivas de los juristas. La variedad de metas que se pueden perseguir a través del estudio sociológico del derecho, así como su falta de compromiso con las preocupaciones profesionales de los juristas han sido sin embargo sugeridas más arriba. Por lo tanto debemos esperar menos uniformidad en las conceptualizaciones básicas del derecho en la literatura de orientación sociológica.

Los conceptos sociológicos de derecho son en general formulados de modo menos sofisticado y de una manera menos elaborada que en la teoría legal normativa. En parte esto se debe, tal como sugerimos más arriba, a que para la teoría jurídica normativa la definición o conceptualización del derecho es un fin en sí mismo. Constituye el conocimiento del derecho, antes que como ocurre con el estudio sociológico del derecho, un estadio preliminar en la organización de un estudio empírico que abarca la doctrina jurídica, pero que no se agota en ella. De todos modos, se puede sugerir que las investigaciones sociológicas han resultado de algún modo intimidadas por la masividad de los análisis conceptuales del derecho existentes dentro de la literatura de la teoría jurídica normativa. El problema aquí es que un concepto de derecho debe tomar en cuenta, aunque no lo trate necesariamente como central, la naturaleza del derecho como doctrina, —a menos que, como por ejemplo en el trabajo de Donald Black (5), la doctrina resulte casi completamente excluida de un concepto de derecho estructurado en términos estrictamente conductistas—.

Así, una sociología del derecho, que busca *inter alia*, analizar el significado social de la doctrina jurídica, debe confrontar las concepciones de los juristas acerca de la naturaleza de la doctrina le-

(3) Cf. NELKEN David, "The Gap Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Londres, 1981.

(4) Ver por ejemplo LLOYD OF HAMPSTEAD, LORD Y FREEMAN M.D. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Stevens, Londres, 1985, pp. 60-1, y 131-3; SUMMERS R.S., *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Blackwell, Oxford, 1971.

(5) BLACK, Donald, *The Behavior of Law*, Academic Press, New York, 1976.

gal. El sociólogo jurídico debe volverse un abogado, para desafiar o ir más allá de las concepciones que los juristas sostienen sobre el derecho.

Los conceptos sociológicos de Derecho: esbozo de una tipología

El monismo jurídico

Los conceptos sociológicos de derecho caen en tres categorías amplias, la última de las cuales necesita una mayor subdivisión. En la primera categoría, el derecho es entendido en términos de las definiciones convencionales que los abogados hacen del derecho. Por lo tanto, en las sociedades occidentales contemporáneas así como en muchas otras, se entiende que el derecho es en esencia el derecho del estado, tal como es reconocido por los abogados y por los tribunales y como es hecho cumplir por las agencias del estado. Cualquiera sea la posición que se asuma con relación a las sociedades sin estado, en las sociedades políticamente organizadas, el efecto de esta conceptualización del derecho, es borrar, por definición, muchos problemas de la relación entre el derecho y el estado. Si para Kelsen el estado es simplemente el orden jurídico visto desde un punto de vista particular (6) para muchos análisis marxistas el derecho ha sido el estado visto desde un punto de vista particular o un aparato técnico del poder estatal. Mientras que el estado ha constituido un foco importante de las preocupaciones de los marxistas, el derecho ha sido hasta hace relativamente poco de escaso interés: una teoría empírica del derecho parece innecesaria cuando se supone que el conocimiento del derecho depende exclusivamente de una comprensión adecuada de la naturaleza del estado (7).

Aún los análisis marxistas contemporáneos, —ya sea que estén basados en la teoría de la mercancía, de la derivación del estado o de la autonomía relativa del derecho— del derecho en las sociedades capitalistas avanzadas no consideran la posibilidad o la utilidad de conceptualizar al derecho de un modo potencialmente o de hecho más amplio que lo que éste aparece en la mirada de los abogados, es decir, en la ley tal como es creada, interpretada y aplicada, por lo que puede ser entendido en términos de sentido común como las agencias del estado (8). Las definiciones convencionales generalmente aparecen adecuadas dentro de una tradición de investigación que no incluye el derecho como uno de sus objetos de análisis primarios teóricamente especificados.

Muchos enfoques sociológicos no marxistas de los estudios jurídicos adoptan una concepción similar del derecho. Donald Black, quien en otros aspectos ofrece una crítica conductista radical de las concepciones de los juristas del derecho como doctrina, caracteriza al derecho como control social gubernamental, como la vida normativa de un estado y sus ciudadanos (9). Adam Podgo-

(6) KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, Russell y Russell, Nueva York, 1945, pp.190-1.

(7) El trabajo de Pashukanis provee una excepción interesante, en cuanto intenta combinar una concepción leninista del estado con una teoría del derecho derivada del análisis de Marx sobre el fetichismo de las mercancías. Pero el resultado es un análisis ambiguo y vago de las funciones jurídicas del estado, inapropiado para el proyecto político del marxismo soviético de la época en que fue escrito, y que resultó la razón del rechazo de la teoría en la política marxista. Ver PASHUKANIS (*Law and Marxism: A General Theory*, Ink Links, Londres, 1978: cap. 5) y COTTERRELL ("Commodity Form and Legal Form: Pashukanis Outline of a Materialist Theory of Law", *Ideology and Consciousness*, No. 6, 1979).

(8) A pesar del hecho de que varios sofisticados análisis marxistas recientes del estado han rechazado deliberadamente las connotaciones de sentido común de las agencias del gobierno, prefiriendo una concepción que acentúa la penetración de los controles estatales en la esfera '*privada*'. Son importantes en este aspecto los trabajos de Nicos Poulantzas y Louis Althusser, y las modernas interpretaciones de las visiones de Gramsci. Sin embargo, en esos trabajos se conceptualiza todavía al derecho como el derecho de los juristas, aplicado por las agencias del gobierno, aunque, notablemente en el concepto de Althusser de los aparatos ideológicos del estado, se acepta su penetración como ideología a través de muchos niveles de las relaciones sociales.

(9) BLACK Donald, *op.cit* y también "The Boundaries of Legal Sociology" (*Yale Law Journal*, 1972, p. 1096), donde se sostiene que el concepto resulta "*más inclusivo de lo que un abogado americano consideraría correcto*", aunque se excluyen algunas formas de control social tales como "*las reglas burocráticas en las organizaciones privadas*". Mientras que el concepto carece indudablemente de precisión y en la visión de Black puede abarcar "*cualquier acto de un cuerpo político que concierne a la definición del orden social o su defensa*", resulta claro que en la práctica de investigación funciona como una versión estrictamente conductista de la concepción del derecho estatal.

recki mantiene una definición práctica del derecho como el derecho de los juristas, junto con una definición teórica en términos más amplios. Roberto Unger (10) ofrece tres conceptos de derecho ordenados en una matriz histórica de modernización. En esta perspectiva, el derecho moderno es el orden jurídico oficial y autónomo del estado moderno. En los principales escritos de Talcott Parsons sobre el derecho (11) se lo entiende como lo hacen los juristas en las sociedades políticamente organizadas, como una variedad específica de las normas sociales. En estas concepciones del derecho similares a las de los juristas, otros sistemas normativos de la sociedad pueden ser vistos como derivados directa o indirectamente del derecho o creados o mantenidos “por delegación” (12) o como fuentes que influyen en el contenido del derecho. No obstante, se los ve como distintos y en último término subordinados al derecho.

El pluralismo jurídico

Podría pensarse que estos puntos de vista sobre el concepto del derecho son en muchos aspectos obvios y realistas; sin embargo aun en el uso convencional occidental contemporáneo, el derecho no se refiere únicamente al derecho del estado, sino también por ejemplo al derecho creado y aplicado por las agencias internacionales y al derecho religioso transnacional (por ejemplo, el derecho canónico) e históricamente ha incluido numerosas formas de derecho, (por ejemplo consuetudinario, territorial, mercantil, personal, eclesiástico); cuya creación, interpretación, y aplicación no ha dependido de ninguna manera de las agencias del estado. Tal uso ha influido, sin duda, en la aparición de un segundo tipo de conceptualización sociológica del derecho que enfatiza “el pluralismo jurídico” (13).

La esencia de estos conceptos de derecho es que el derecho estatal o de los juristas es sólo una de las formas del derecho, y no necesariamente debe ser vista en términos sociológicos como la dominante. El derecho existe en varios estratos o niveles (Gurvitch 1947); puede existir en las asociaciones (Gierke 1900, 1934, 1977; Erlich 1936), en las instituciones (Romano 1975; Broderick 1970) o en sistemas sociales de tamaño y naturaleza variada. Los grupos sociales de cualquier tamaño pueden ser vistos como enfrentando las mismas necesidades jurídicas fundamentales (Llewellyn 1940) (14). Se ha visto como el derecho incluye no sólo sus formas oficiales y positivas, sino también las informales e intuitivas (Petrazycki 1955).

¿Cuál es el significado de tales conceptualizaciones? Invariablemente es el intento de reclamar a través de la misma definición de derecho que las ideas legales y los problemas fundamentales del pensamiento jurídico familiares a los abogados, penetran, en algún sentido, la vida social. Así, en la obra de Georges Gurvitch se sugiere un enfoque fenomenológico para el análisis del derecho, a través de la misma definición de la esfera jurídica. Si la concepción centrada en el derecho estatal enfatiza la importancia política del derecho y la relación entre el derecho y el poder del estado, la concepción del pluralismo jurídico tiende a acentuar la significativa importancia social de las ideas jurídicas como respuestas a problemas fundamentales de la interacción social bastante independientes del estado aunque desarrollados en algún nivel particular de la vida política del estado. El problema fundamental de muchos de tales enfoques pluralistas es el de explicar la relación entre los distintos niveles del derecho (Fitzpatrick 1983). En consecuencia estos

(10) Roberto Mangabeira UNGER, *Law in Modern Society: Towards a criticism of Social Theory*, Free Press, New York, 1976.

(11) Cf. “The Law and Social Control” en W.M. Evan (ed) *Law and Sociology: Exploratory Essays*, Free Press, Glencoe, 1962; *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1966; y *The System of Modern Societies* Prentice Hall, Englewood Cliffs 1971.

(12) CARBONNIER, *op. cit.*

(13) CARBONNIER *op. cit.*, pp. 208-18.

(14) Ver las observaciones de LLEWELLYN sobre el derecho *folk* en “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, *Columbia Law Review*, Vol. 30, pp. 431-65, 1930.

conceptos parecen a muchos autores completamente inadecuados para confrontar las dimensiones políticas del derecho, mientras que para otros abren, imaginativamente, las posibilidades de interpretar sus complejas dimensiones sociales.

El derecho estatal como la forma dominante aunque no exclusiva del derecho

El tercer tipo de conceptualización sociológica del derecho, ofrece una suerte de compromiso entre los dos anteriores. Su esencia es que el derecho es definido de un modo más amplio que el derecho estatal o de los juristas y las definiciones prácticas de los abogados de lo jurídico son consideradas sociológicamente inadecuadas; no obstante la definición sociológica implica otorgar una clara primacía analítica al derecho estatal en las sociedades contemporáneas, de tal modo que para muchos, aunque no todos los propósitos, el derecho en estas sociedades puede ser ampliamente asimilado al derecho tal como lo entienden los abogados. Estos enfoques tratan una característica institucional particular del derecho estatal contemporáneo como esencial a la definición del derecho. El derecho existe en la medida en que esta característica institucional esté presente.

Se encuentran tres variantes de este enfoque representadas en la literatura, focalizadas en tres características institucionales del derecho: la aplicación del derecho, el procesamiento de las disputas y el desarrollo de la doctrina. Así, la definición de derecho de Max Weber (1978: 34) reposa en la existencia de la sanción "*Un orden debe llamarse ...Derecho cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión*". La esencia del derecho es la existencia de un poder de policía reconocible (ver también por ejemplo Hoebel 1954:26; Radcliffe-Brown 1933,1934) que puede existir en muchos grupos o sistemas sociales pero que alcanza un nivel de desarrollo particularmente significativo en el estado, por lo que el derecho estatal resulta dominante tanto en la realidad social como en los análisis sociológicos del derecho.

De modo similar, el elegante énfasis reciente en el procesamiento de las disputas, ha provisto un medio de evitar la limitación de los estudios a los procesos formales del derecho de los juristas y ha hecho posible no solamente importantes avances en el análisis antropológico de los mecanismos de control social sino también en el estudio teórico de la relación entre las instituciones formales e informales de resolución de disputas en las sociedades occidentales (Abel 1973). Sin embargo, no hay duda de que en gran parte de la discusión reciente sobre las instituciones de resolución de disputas comunitarias e informales en las sociedades occidentales, se supone el predominio final del sistema estatal de tribunales y la informalidad aparece como su soporte y su ampliación. (ver por ejemplo Abel 1981; Bankowski y Mungham 1981; Cain y Kulcsar 1982).

Finalmente, un tercer enfoque se concentra en el derecho como doctrina o discurso, un modo particular de razonamiento y solución de problemas. Desde esta perspectiva, el derecho típicamente aparece como una variedad de reglas sociales que se distinguen de otras por mecanismos institucionales relativamente desarrollados para su creación, revelación, descubrimiento, interpretación o aplicación. A diferencia del primero o del segundo enfoque institucional, éste no especifica los procesos de aplicación o adjudicación como centrales, sino que enfatiza la integridad de la doctrina cualquiera sea la naturaleza de los procesos institucionales en los cuales la doctrina es desarrollada. El concepto de "legalidad" deviene centralmente importante en algunos de estos enfoques, —de hecho, la esencia de lo legal— lo que implica pre-requisitos procedimentales, así como consecuencias para el desarrollo coherente de la doctrina (ver por ejemplo Selznick 1969; Skolnick 1975) e importantes matices morales (Fuller 1969; Selznick 1961). Su *alter ego*, el "legalismo", que sugiere las consecuencias adversas o patológicas de un razonamiento sujeto a reglas sobre la organización social, constituye el foco de otro tipo de análisis, con frecuencia más crítico (Shklar 1964).

El peligro de este foco de análisis es el de suponer que ciertas características doctrinales contingentes de ciertos órdenes jurídicos particulares constituyen una esencia del derecho, una falla que ha sido expuesta sin misericordia por los críticos de algunas tempranas concepciones sociológicas del derecho como doctrina, que implican caracterizaciones excesivamente rígidas de los supuestos sociológicos de la existencia de las reglas generales (ver Black 1970; 1972).

Discusión

El significado de un concepto de derecho no limitado al derecho estatal

Las distintas categorías de derecho delineadas más arriba han servido de base para análisis significativos del derecho. ¿Es necesario o posible hacer algunas observaciones generales acerca de la utilidad relativa de estos enfoques? No es necesario decir que una definición de derecho no impide al investigador estudiar otros fenómenos sociales más allá de la definición, vistos para ciertos propósitos como relevantes para el análisis jurídico. Sin embargo, el uso del término “derecho” en estudios de la regulación social o del orden social es importante ya que tal designación sugiere un carácter integrado del objeto de estudio, que lo separa de otros fenómenos que pueden parecer similares en otros aspectos.

Ligar el derecho al derecho estatal o de los juristas impone límites definidos al grado con el que el derecho puede ser contemplado en formas radicalmente diferentes, mientras retiene algunas continuidades importantes, con lo que es familiar actualmente a los juristas. Ver al derecho como más amplio que el derecho estatal —como abarcando los así llamados sistemas legales privados (Evans 1962), o las formas de orden social o interacción social en diversos grupos, instituciones o asociaciones— es sostener seriamente la hipótesis que los problemas de regulación legal, de los que se ocupan legisladores y juristas, pueden surgir, de alguna manera, en muchos tipos diferentes de sistemas normativos. Estos problemas incluyen aquellos de la justificación de la toma de decisiones jurídicas y los de las bases de autoridad de los procesos adjudicativos; de las condiciones de legitimidad de los órdenes jurídicos; de las relaciones entre las distintas fuentes de autoridad legal; de las condiciones de la efectividad de la aplicación del derecho; de la interpretación, desarrollo, generalización y sistematización de las reglas; de la traducción de metas y políticas en regulaciones; de la relación entre regla y discrecionalidad como mecanismos administrativos y entre seguridad jurídica y justicia como ideales jurídicos.

Suponer que estos y otros problemas acerca del derecho son privativos del derecho de los juristas es hacer supuestos innecesariamente restrictivos. Las cuestiones implicadas pueden sin duda, ser desarrolladas más completamente y con más sofisticación con relación al derecho de los juristas. Algunos de estos problemas pueden de hecho estar ausentes en otros sistemas normativos. La especificación de cuál de estos focos de análisis resulta central y cuál periférico en el estudio jurídico que se extiende a órdenes normativos diferentes del derecho estatal dependerá en parte de la elección de un concepto particular de derecho. Sin embargo, ampliar el concepto de derecho más allá de las perspectivas de los juristas es establecer la necesidad sociológica de considerar la posibilidad de que el pensamiento legal o los procesos legales en varias formas empíricamente analizables pueden ser un rasgo relativamente penetrante de la vida social antes que un fenómeno aislado limitado a una esfera profesional estrecha.

La sociología del derecho puede aprovechar mejor en el presente estadio de su desarrollo la existencia de pluralidad de enfoques con relación al problema del concepto de derecho. Por supuesto, está implícito en lo que dijimos más arriba que la variedad de las perspectivas de los autores en este campo hace esta pluralidad probablemente inevitable bastante aparte de cualquier cuestión relativa a su deseabilidad. Sin embargo, el interés creciente en los enfoques fenomenológicos y anarquistas del análisis jurídico sugiere una reorientación hacia una seria preocupación con los sistemas no estatales de regulación en las sociedades occidentales contemporáneas y con los procesos de formación de reglas sociales bastante más allá de los procesos formales de creación del derecho (15). Si, no obstante, el concepto de derecho dominante en la sociología del derecho con-

(15) Hay también evidencia de la creciente preocupación con las condiciones del pluralismo jurídico y político en las sociedades occidentales entre algunos escritores marxistas. Ver FITZPATRICK (“Marxism and Legal Pluralism”, *Australian Journal of Law and Society*, Vol. 1, No. 2, pp.45-59, 1983) y GERAS (“Classical Marxism and Proletarian Representation”, *New Left Review*, No. 125, pp. 75-89, 1981). Pero la cuestión de si la teoría marxista, con su preocupación por una “totalidad social” concebida en términos de modos de producción integrados puede acomodar tal concepción pluralista del derecho está aún abierta en el presente. Ciertamente cualquier desarrollo de este tipo requeriría una reestructuración fundamental de los conceptos marxistas establecidos.

temporáneo permanece aferrado al concepto de derecho estatal, el peligro es que los problemas del derecho de los juristas pueden ser vistos como analíticamente distintos de aquellos presentes en otros sistemas regulatorios actuales o potenciales. Así, algunos autores pueden predecir el decaimiento del derecho, sin una consideración seria de la posibilidad de que tal como las cabezas de la hidra, el derecho y sus problemas y consecuencias puedan ser cortados en sus formas más visibles (como derecho estatal), sólo para permanecer o reaparecer en otras regiones de la vida social a las que de hecho penetra.

Los problemas de un pluralismo jurídico no comprometido, que no acuerda una primacía teórica al derecho estatal han sido claramente establecidos por la literatura (ver por ejemplo Carbonnier 1978:213 y siguientes) e insinuados más arriba. La relación entre derecho y estado, crucialmente importante en ese enfoque, es con frecuencia tratada de un modo sólo periférico, y la relación entre el derecho estatal y otras formas de orden normativo continúa siendo un problema sin solución. Un concepto de derecho que resulte útil hoy debe sin duda tratar al derecho de los juristas como central, como foco primario del análisis. No obstante si el análisis debe ser desarrollado hasta explorar completamente el alcance dentro de la sociedad del derecho considerado tanto como instrumento y formalización del poder, y como fenómeno ideológico, parece haber buenas bases para hacer central la hipótesis de que el pensamiento jurídico no es simplemente el pensamiento de los juristas y que las características que la sociología del derecho identifica en las instituciones jurídicas del estado pueden no ser exclusivas de ellas.

Una consecuencia de esto puede ser evitar el pensamiento utópico que sugiere sin demostración empírica que los rasgos del derecho estatal y de sus instituciones que la sociología del derecho identifica no se replicarán de diversos modos en los procesos adjudicatorios o regulatorios informales, o en los sistemas sociales (por ejemplo, regiones, colectivos, organizaciones autónomas o semi-autónomas o grupos) más pequeños que el estado-nación que forma la unidad típica de la jurisdicción legal moderna (ver Dahl y Tufte 1974; Newton 1982; Black 1974; Taylor 1982). Otra consecuencia puede ser contemplar seriamente la posibilidad de que la experiencia de las formas de organización social bastante separadas del sistema jurídico oficial del estado puedan arrojar luz sobre problemas de orden normativo considerados típicamente sólo con relación al derecho estatal o de los juristas (16). La experiencia de órdenes jurídicos “*más simples*” en sistemas sociales más simples que el estado-nación puede ayudar a comprender lo legal, de modo paralelo a la comprensión de las sociedades complejas que los antropólogos han argüido con frecuencia como justificación para el estudio de sociedades relativamente simples.

Este tipo de consideraciones sugiere conexiones entre las preocupaciones de la sociología del derecho y la sociología de las organizaciones. Así, en algún estadio de los desarrollos recientes de la sociología del derecho las influencias provenientes de este otro campo de la investigación social han resultado manifiestas (17). Una reciente revisión de los problemas en el campo de la sociología de las organizaciones (Manning 1982) llama a una reorientación de énfasis para tomar en cuenta la creciente importancia de las perspectivas fenomenológicas y otros desarrollos recientes en la teoría. Así, Peter Manning nota el fracaso de los estudios sociológicos para encontrar un modo de especi-

(16) Estos son, obviamente, los supuestos metodológicos subyacentes a la teoría de Llewellyn de las tareas del derecho (*law jobs*) (LLEWELLYN K. “The Normative, the Legal and the Law-jobs”, *Yale Law Journal*, Vol. 49, pp. 1355-400, 1940), la que audazmente abarca el “*derecho*” de “*una pareja recién casada, una sociedad recién formada, el grupo de juego casual de dos niños*”. Ver la ilustración ficticia del “*niño legalista*” en TWINING Y MIERS (*How to do things with Rules*, Weidenfeld y Nicholson, Londres, 1991).

(17) Particularmente a través de la influencia de escritores como SELZNICK y EVAN. Para análisis modernos ver por ejemplo EVAN (“Administrative Law and Organization Theory” en Evan W., *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical perspectives*, Sage, Newbury Park, 1990); BAUM L. (“Implementation of Judicial decisions: An Organizational Analysis” *American Politics Quarterly*, Vol. 4, pp. 86-114, 1976). Pero las preocupaciones presenten atañen a los problemas organizacionales del sistema jurídico estatal antes que a los problemas regulatorios de las organizaciones, analizados como problemas relevantes de la teoría jurídica.

ficar, en términos objetivos, la naturaleza de las organizaciones e invita a reconocer la importancia de las concepciones de la organización sostenidas por sus participantes. La cultura ocupacional resulta así de gran importancia. Provee la imagen de la organización para los que están implicados en ella, “*el marco respecto al cual se legitima el trabajo organizacional*” (Manning 1982:125). Actúa como “*una pantalla con relación a la cual los eventos son definidos y además vuelve relevantes las reglas internas*” (Manning 1982:130).

Usando datos empíricos sobre la organización policial como base para su análisis Manning identifica tres elementos que constituyen la cultura ocupacional: los principios (las proposiciones más abstractas que integran la cultura), las reglas de trabajo, (a través de las cuales los principios son traducidos cotidianamente como bases negociadas para el trabajo) (1982:125) y las prácticas efectivas de trabajo. Llega a establecer un código detallado de tales principios y reglas para la cultura ocupacional de la policía que él estudió en Londres y en los Estados Unidos. Es importante acentuar que un análisis en términos de las relaciones de reglas y principios ofrece sólo un acercamiento posible y parcial al problema de analizar la estructura de la regulación normativa. No obstante, el paralelo con cuestiones mucho más familiares de la teoría jurídica resulta obvio.

Desde un punto de vista completamente diferente, uno podría preguntarse si una sociología del derecho ligada a la definición convencional del derecho de los juristas se liga a sí misma a una forma de regulación que puede estar decreciendo gradualmente en importancia. Numerosas formas de regulación burocráticas y de control parecen estarse desarrollando o haberse desarrollados en estrecha alianza con otras formas legales ortodoxas, aunque de un modo sustancialmente independiente del alcance del análisis de los juristas. Gran parte del análisis de la relación entre reglas y discrecionalidad en el área de la seguridad social, en los regímenes carcelarios o en la regulación de la economía nacional y de empresas privadas o públicas específicas tiene que ver de distintos modos con esta cuestión. Buena parte de la teoría social prevé actualmente el reemplazo gradual del derecho de los juristas en sus formas familiares por una variedad de mecanismos de administración y control.

El mérito de tales análisis no es relevante aquí (ver por ejemplo Nelken 1982). Tampoco se puede sostener que la sociología del derecho pueda considerar útilmente todos los aspectos de tal transformación y todas las formas variadas de control que han sido discutidas en la reciente literatura crítica (18). Sin embargo se puede sostener que la sociología del derecho debe tener suficientemente en cuenta, como parte central de su proyecto, a las otras formas de regulación que van bastante más allá de las fronteras del derecho estatal o de los juristas: suficientemente, es decir, en la medida necesaria como para hacer evaluaciones acerca de la naturaleza de los cambios en las formas de regulación, una cuestión fundamental en cualquier juicio acerca de los cambios en la significación social del derecho estatal de los juristas.

La conclusión a la que conducen estos argumentos es, en términos generales, un concepto de derecho que trata al derecho estatal como central para el análisis del derecho en las sociedades industrializadas modernas, pero que trata también a otros sistemas normativos en esas sociedades como directamente comparables y estrechamente vinculados teóricamente dentro de una suerte de continuum regulatorio. Este tipo de concepto es de particular utilidad para confrontar los problemas contemporáneos planteados tanto por la teoría como por la investigación empírica en sociología del derecho. Mi punto de vista entonces, es que los tipos de conceptos institucionales del derecho discutidos más arriba que evitan tanto la concentración exclusiva en el derecho estatal, así como el pluralismo jurídico puro, y que tratan al derecho estatal como su preocupación central aunque no exclusiva en el análisis del derecho en las sociedades occidentales contemporáneas son potencialmente fructíferos.

(18) Ver especialmente las obras de Michel FOUCAULT, y también MATHIESEN (*Law, Society and Political Action: Towards a Strategy Under Late Capitalism*, Academic Press, Londres, 1980); y DONZELOT (*The Policing of Families: Welfare versus the State*, Hutchinson, Londres, 1980).

Algunos argumentos a favor de un concepto sociológico de derecho centrado en la doctrina

Puede ser apropiado concluir con algunas breves observaciones acerca de los tres focos (aplicación del derecho, procesamiento de conflictos y doctrina), mencionados más arriba como los que se utilizan para acordar una primacía analítica limitada al derecho estatal. Los enfoques que consideran centrales los mecanismos de aplicación del derecho hacen posible acentuar la importancia de las instituciones sociales coactivas en el entramado del orden social y de las variadas agencias de fuerza coactiva organizada en las sociedades. El derecho puede aparecer en tales concepciones esencialmente como un sistema de orden sostenido por un aparato coactivo organizado, aunque no necesariamente basado en reglas o en la doctrina. Una ventaja importante de tal concepto del derecho es que ofrece un medio relativamente simple de expresar teóricamente la posición del derecho estatal con relación a otras formas de derecho. El derecho estatal domina en la medida en que mantiene un monopolio de la fuerza organizada, en la medida en que sus agencias sancionadoras puedan prevalecer en caso de conflictos con las de otros órdenes normativos.

Por otra parte, sin embargo, la mayoría de las estructuras normativas socialmente significativas pueden ser vistas como dotadas de coacción incluso si no hay una maquinaria formal para su aplicación, y mucho del derecho estatal en sí mismo (por ejemplo, ciertas áreas del derecho constitucional) no dependen para su reconocimiento por parte de los abogados de la existencia de sanciones institucionalizadas correlativas, como los juristas analíticos mismos han demostrado. Además, considerar a la coacción como el elemento definitorio clave del derecho plantea el serio problema, familiar a los críticos de la teoría jurídica soviética temprana como Stuchka, de distinguir la coacción legal de otras formas de coacción. Así, tal como Pashukanis (1978: 83) ha sostenido, si el derecho es una expresión del poder de una clase, es un tipo particular de expresión del poder, y es necesario explicar por qué el poder de una clase toma formas jurídicas, así como analizar las implicancias del término “formas legales”.

Los enfoques centrados en el procesamiento de las disputas, en sus versiones modernas, típicamente reconocen que el derecho puede frecuentemente no resolver las disputas sino más bien “enfriarlas”. Como ocurre con los análisis centrados en la aplicación del derecho, los enfocados sobre el procesamiento de las disputas proveen el concepto de un sistema de orden que no necesariamente exige la existencia de reglas o de la doctrina como esencial para la existencia del derecho. Además, puede plantearse cuán central es el procesamiento de las disputas para el derecho estatal dado el número relativamente pequeño de disputas efectivamente procesado por las cortes y otros tribunales jurídicos en comparación con los manejados por otros medios. Por ejemplo, mientras la Corte Comercial de Londres ha manejado alrededor de 100 casos anuales, los cuerpos arbitrales comerciales de Londres han venido tratando aproximadamente 10.000 casos (ver Ferguson 1980:146).

Así, mientras el procesamiento de las disputas ha sido un foco de trabajo bastante importante en la moderna sociología del derecho, es significativo que los escritos teóricos más influyentes en esta perspectiva, con frecuencia han buscado reemplazar el concepto de derecho por el de procesamiento de las diputas, antes que tomar el procesamiento de las disputas como base para el concepto de derecho. Esto sugiere el reconocimiento de que mientras las instituciones para el procesamiento de las disputas son de gran significación social, no se considera adecuado o apropiado centrar en ellas el análisis del derecho como tal. Puede resultar más central en el análisis del derecho, entendido primariamente aunque no exclusivamente como derecho estatal, la producción de doctrina ideológica y técnicamente importante, por parte de los tribunales y otras instituciones para el procesamiento de las disputas controladas por el estado, en ocasión del procesamiento de las disputas más que el procesamiento en sí mismo, ya que éste se refiere a una pequeña minoría de los conflictos que surgen en una sociedad.

Estas consideraciones pueden sugerir la utilidad especial de un concepto de derecho que se centraliza en la *doctrina* y distingue el derecho de otras reglas sociales en términos de la existencia de instituciones y procesos específicos para la creación, interpretación y aplicación de la doctrina. El derecho consiste, entonces, como muchos otros sistemas normativos, en reglas, conceptos y principios. La distinción con ellos, es de grado antes que de especie, y reside en la existencia de

una estructura institucional para el desarrollo y la organización de la doctrina. Tal estructura institucional puede presumiblemente tomar muchas formas diversas y no necesariamente proveer las tres funciones de creación de la doctrina, adjudicación, y aplicación. Pero su centralidad en un concepto del derecho nos asegurará que el derecho no es considerado simplemente como doctrina desencarnada. El derecho aparece como doctrina producida en, e incorporada a las prácticas institucionales legitimadoras.

A pesar de los problemas de la teoría de la ideología de Louis Althusser (19), su virtud cardinal ha sido la de afirmar la materialidad y la especificidad de la ideología, tal como está expresada e incorporada a las relaciones sociales (ver especialmente Hirst 1979a:22-39). De modo en parte análogo, la doctrina jurídica (que puede ser vista en un aspecto como la base fundamental, el sostén y la elaboración de una ideología jurídica más difusa incorporada a las relaciones sociales) puede ser pensada como incorporada a prácticas institucionales particulares. Estas prácticas varían considerablemente en los distintos sistemas sociales en los que se puede suponer que el derecho existe. Desde esta perspectiva, la profesionalización jurídica —en el sentido de monopolio y custodia profesional de la doctrina— aparece como un rasgo central de la emergencia de las formas más desarrolladas de derecho.

Tal perspectiva del derecho como doctrina hace posible considerar los aspectos ideológicos del derecho como particularmente importantes y también, en algún sentido, incorpora gran parte de los principales significados de los puntos de vista relativos a la coacción y al procesamiento de disputas. Como muchos escritores han enfatizado, la ideología reviste las relaciones de poder y de clase al mismo tiempo que las protege y las garantiza. Pashukanis (1978:39) sugirió “*que la defensa de las así llamadas bases abstractas del sistema jurídico es la forma más general de defensa de los intereses burgueses de clase*”. También desde otras perspectivas se ha enfatizado en las discusiones modernas sobre el poder, que una de sus funciones principales es la de establecer la agenda de debate o de decisión (Bachrach y Baratz 1970) una cuestión que depende significativamente de las condiciones ideológicas (Lukes 1974:23).

Igualmente puede argumentarse que el procesamiento jurídico de disputas es en gran medida efectivo para “enfriar” los conflictos, debido a la aceptación de los procedimientos de los tribunales, cuya autoridad depende de las bases ideológicas y de los efectos de la doctrina jurídica. Se supone que los tribunales actúan impersonalmente aplicando el derecho. Comparar distintos tipos de mecanismos informales de procesamiento de las disputas sin analizar como centralmente significativas las condiciones ideológicas bajo las cuales el procesamiento de las disputas jurídicas tiene lugar, puede llevar a expectativas no realistas de los efectos de los procesos informales.

Sin embargo, sería un error reducir todas las cuestiones de poder a los análisis de la ideología, como lo sería explicar el carácter de la ideología en sus muchas formas y efectos como la expresión directa de las relaciones de dominación. La elaboración del derecho como doctrina aparece como un medio para desarrollar y sostener ideología, y puede ser visto al mismo tiempo como un instrumento técnico a través del cual se formaliza y coordina el ejercicio del poder, como un instrumento preciso de control en muchos niveles o aspectos de la vida social. La elección de un concepto de derecho resulta así, en las ciencias sociales, simplemente un punto de partida para el análisis. No obstante, puede influir en aspectos importantes sobre la agenda de investigación y las formas que asume la imaginación sociológica en el análisis jurídico.

(19) Para una discusión de estos problemas ver el capítulo 6 de *Law's Community*, Oxford University Press, R. COTTERRELL, 1995.