

INTRODUCCIÓN

Si el objetivo de esta “primera lección” es abrir una ventana hacia una rama del saber, según un punto de vista subjetivo, creo poder iniciarla diciendo que la sociología del derecho ha sido para mí un clima cultural antes que una ciencia con sus aparatos de objeto y metodología. Un clima —por decirlo así— de descubrimiento iluminado por la duda. A comienzos de los años sesenta, cuando escuché hablar de ella por primera vez, la sociología del derecho simplemente no existía en nuestro horizonte de pensamiento, en donde, con dificultades, había hecho su capullo —en los pliegues más escondidos de los manuales de filosofía del liceo— la propia sociología. Los grandes autores que habían abordado el derecho desde la perspectiva sociológica, como Émile Durkheim, Eugen Ehrlich o Max Weber, eran desconocidos en la cultura italiana, tanto así que en 1960, al concluir el curso de sociología que impartía Renato Treves en la Universidad de Milán junto al de filosofía del derecho, no contábamos con textos oficiales con los cuales prepararnos, y en el examen respondimos sobre las investigaciones desarrolladas durante el año (yo me había ocupado de los efectos de la reforma agraria sobre los comportamientos electorales, inspirándome, sobre todo, en un libro pionero)¹ y sobre el contenido de los apuntes tomados en clase.

A su vez, el derecho era concebido, ejercido y enseñado no sólo en forma dogmática, cosa inevitable, sino como si la dogmática fuera *el único modo* de examinar las reglas, e incluso la

¹ Mazzaferro (1956). Este libro de Il Mulino, la casa editora boloñesa que, con las Edizioni di Comunità delle Industrie Olivetti, tuvo el gran mérito de relanzar las ciencias sociales en Italia, representa simbólicamente el inicio de mi aventura en la investigación.

misma conducta humana. Y subrayo que aquél era, en sí mismo, un discurso fascinante, ya fuera por la raíz histórica de los conceptos (¿cómo olvidar las lecciones de Giovanni Pugliese sobre la *lex Aquilia*?), ya fuera por el ejercicio de lógica impuesto por los encadenamientos normativos. No en vano, después de haber escuchado a maestros como Enrico Tullio Liebman, Giacomo Delitala, Cesare Grasseti, y pensando en mi futuro profesional, dejé de lado una tesis, apenas esbozada, en filosofía del derecho, para escribir una de derecho procesal civil.

Sin embargo, no me abandonaba una inquietud. El ejercicio forense apenas iniciado ponía de manifiesto una visible distancia entre las normas y la práctica, sobre todo en mi campo preferido, el del proceso, mientras que, bajo el manto tranquilizador de la dogmática, continuaba su labor la carcoma sutil de la crítica que se había insinuado en nuestras mentes con el curso de Treves. Resultó natural entender que dicha distancia no era un hecho patológico, a evaluarse sólo en el plano formal o en el ético, sino fisiológico, que permitía, e incluso imponía, un examen científico.

Un examen —señalaba arriba— guiado por la duda y su sutil fascinación. La duda es el motor de la investigación. Se investiga porque no se sabe; y cuanto más se investiga, más se ensancha, junto a los escasos conocimientos adquiridos, el espacio de lo que permanece ignorado, o sea, en sentido literal, la conciencia de la propia ignorancia frente al universo infinito de las cosas cognoscibles, para no hablar de las incognoscibles.

Treves era un maestro incomparable de la duda, como reconocen sus discípulos.² Su insistencia en el carácter parcial, relativo y perspectivista del conocimiento era, ante todo, una lección de humildad. En 1974, cuando fundó con el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, la revista *Sociologia del Diritto*, que nos ha dejado en herencia, Treves llevaba ya sobre las espaldas décadas de enseñanza, investigación y política de la cultura de

² Véase, entre otros, el último libro de sociología del derecho de Morris L. Ghezzi, quien, inspirándose sobre todo en Treves, lo ha intitulado *La scienza del dubbio* (Milán, Mimesis, 2009).

elevado compromiso. Con todo ello presentó la nueva publicación, solicitando críticas al programa que representaba. Naturalmente las obtuvo y respondió a ellas, haciendo así de *Sociologia del Diritto* un foro de debate abierto entre muchos estudiosos impulsados por la pasión de la duda, como Uberto Scarpelli, con su solemne llamado al rigor metodológico, Giovanni Tarello, con su corrosivo espíritu realista, Vittorio Denti, procesalista impaciente, y Vincenzo Tomeo, cuya poliédrica cultura chocaba con las capacidades explicativas de la ciencia misma, por no citar sino a los miembros del consejo directivo.

El clima no era distinto en otros países. En Francia, un civilista de elevada jerarquía, Jean Carbonnier, le abría a la sociología del derecho las puertas de la Sorbona, venciendo las resistencias de una cultura jurídica formalista, ligada al dato normativo y a su análisis exegético. Encargado por el gobierno de redactar las normas del nuevo derecho de familia, hizo desarrollar estudios empíricos sobre la costumbre familiar, lo que era anatema en aquella cultura, y todavía hoy, sobre todo en Italia, es cosa bastante rara. En Alemania, la misma división del país estimulaba la investigación sobre el sistema jurídico, tanto en el este como en el oeste, con especial atención al sistema judicial en vías de reorganización. En los Estados Unidos tocaba sobre todo a los juristas y a los historiadores del derecho descubrir la potencialidad de la sociología empírica, multiplicar las investigaciones de campo y allanar el camino para lo que se convertiría en la *Law and Society Association*, promotora, desde los años sesenta, de la revista más importante de la disciplina, la *Law and Society Review*. En los países escandinavos ya estaban en marcha, desde el fin de la guerra, investigaciones que iban de las funciones simbólicas de la legislación al derecho consuetudinario de las poblaciones del norte extremo. En Gran Bretaña, con algún retraso, la política de *welfare* estimuló los estudios socio-jurídicos sobre los instrumentos de la llamada *legal aid*, encaminada a facilitar el acceso a la justicia de las clases menos pudientes. En Europa del este, sobre todo en Polonia, una generación de juristas antiformalistas ha-

bía aprovechado la desestalinización iniciada en 1956 y realizado investigaciones sobre una variedad de temas, por ejemplo, sobre el prestigio del derecho, mal toleradas por los gobiernos debido a sus apuntes críticos. Por último, en Japón existían, desde 1946, cursos oficiales de sociología del derecho, amplias investigaciones empíricas y una revista —*Hoshakaigaku*— que las recogía y difundía. Así, al inicio de los años sesenta se advertía la necesidad de coordinar todos estos esfuerzos con la creación de la primera asociación internacional de sociología del derecho,³ y pocos años más tarde se trazaba ya un balance de su difusión (Treves 1966; Treves, Glastra van Loon 1968).

Por tanto, la sociología del derecho se presentaba como un lugar de descubrimientos y retos. Los campos en los que se experimentaba con la fertilidad del método sociológico coincidían con el ámbito entero del derecho, es decir, con la acción humana en toda su extensión. Un terreno inmenso que ambicionábamos cultivar, combinando la teoría con las observaciones empíricas, develando la realidad subyacente a la regulación normativa.

Luego, resultaba importante medirse con los ambientes culturales vecinos, aunque su inspiración metodológica fuera distinta. La “criminología crítica”, representada en Italia sobre todo por Alessandro Baratta, afirmaba las razones de una crítica —precisamente— sobre todo axiológica y política de la represión penal, reuniéndose, a partir de 1974, en torno a *La Questione Criminale*, batalladora revista de análisis científico y testimonio civil.⁴ Otros

³ Se trata del *Research Committee on Sociology of Law* de la Asociación Sociológica Internacional (ISA), fundado en la ciudad de Washington en 1962 a iniciativa de William M. Evan, de la Universidad de Filadelfia, y Adam Podgórecki, de la Universidad de Varsovia. Este organismo estuvo presidido por Renato Treves hasta 1974 y hoy reúne a unos 400 miembros de los países más diversos. Por el contrario, más amplia, numéricamente hablando (con unos 2 mil asociados), pero más diversa científicamente y concentrada sobre todo en los Estados Unidos, es la *Law and Society Association*. Estas dos asociaciones organizan congresos anuales, en ocasiones de manera conjunta.

⁴ Después de su desaparición en 1981, le han seguido *Dei Delitti e delle Pene* y *Studi sulla Questione Criminale*.

reivindicaban con fuerza la necesidad de construir una teoría general sociológico-jurídica, independiente de la investigación empírica, a partir del modelo de las *allgemeine Theorien* (teorías generales) de la tradición alemana y de la *grand theorizing* de la sociología estadounidense, como en el caso de la compleja visión sistémica de Niklas Luhmann, muy influyente en Italia. Pocas cosas han sido tan fértiles como la comparación con estos ambientes culturales, de la que ha derivado una visión parcialmente distinta, pero complementaria, de la naciente (o renacida) disciplina sociológico-jurídica.

Más adelante resultó no menos relevante la confrontación con las disciplinas afines, sobre todo la filosofía del derecho, de la cual provenían muchos de los fundadores de la sociología del derecho de la posguerra. La distancia entre las normas y la práctica, que era la que principalmente atraía su atención, se encuentra, en efecto, implícita en las grandes teorías filosófico-jurídicas, como la de Hans Kelsen, fundada en la distinción entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*) de las normas, o en la concepción realista, en sus dos versiones principales, la escandinava y la estadounidense, diversas en su planteamiento teórico pero concordes en enfocar la atención en la aplicación social concreta, especialmente la judicial, de las normas jurídicas. No es casualidad que fuera un gran iusrealista estadounidense, Roscoe Pound, el que sintetizara la distancia entre las normas y la práctica con una fórmula destinada a hacerse famosa —*law in the books vs. law in action* (Pound 1910)— y a configurarse casi como razón de ser de la sociología del derecho en su versión moderna o, por decirlo mejor, oficial, pues hay que recordar que en el curso de los siglos se encuentran muchas grandes páginas de sociología del derecho bajo otro nombre, desde los oradores griegos y romanos hasta los posglosadores medievales, de Muratori a Beccaria y Filangieri, de Locke a Bentham y Stuart Mill, de Kant a Marx, de Montesquieu a Rousseau, etcétera, en todas las culturas más importantes.

La fascinación por el descubrimiento que ha acompañado las primeras etapas de mi compromiso con la sociología del derecho

jamás ha disminuido, a pesar de que la materia se ha ampliado y se ha consolidado. Entre tanto ha resultado muy estimulante asistir y participar en este crecimiento. En el curso de los decenios han nacido otras revistas especializadas en los países más diversos, entre las cuales recuerdo sobre todo a la británica *Journal of Law and Society*,⁵ a la francesa *Droit et Société* y a la alemana *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. No menos significativa ha sido la influencia de las temáticas y los métodos socio-jurídicos sobre una multitud de publicaciones sectoriales: desde las profesiones jurídicas a los derechos humanos, desde la litigiosidad judicial a los instrumentos alternativos de solución de los conflictos, desde el consumo hasta el medio ambiente. Sobre todo ha sido impresionante el aumento de la producción científica. En los años sesenta, las bibliografías internacionales de la materia se reducían a un millar de títulos (Pocar, Losano, s.f. [1970]). A fines de los años ochenta, una búsqueda bibliográfica coordinada por mí alcanzaba dicha cifra solamente en los Países Bajos (Ferrari 1990). Hoy, la biblioteca del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (País Vasco, España)⁶ contiene cerca de 18 mil volúmenes, 500 títulos de revistas relevantes para la materia (de las cuales 19 son de sociología del derecho en sentido estricto) y cuenta con una base de datos con referencias a 70 mil documentos bibliográficos, entre volúmenes, artículos de revista y ponencias en congresos. La presencia misma de este instituto científico, que tiene pocos equivalentes en el mundo, es un símbolo visible del grado de desarrollo alcanzado por una materia que, aparte de los precursores, era desconocida no hace muchas décadas en los circuitos académicos.

Pero lo que ha contribuido sobre todo a preservar intacta la sensación inicial de estar abriendo brecha es la evolución, o

⁵ Que se publicó hasta 1983 como *British Journal of Law and Society*.

⁶ Este Instituto, fundado en 1989 por el gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la que lo dirige conjuntamente con el *Research Committee on Sociology of Law*, hospeda cada año numerosos seminarios internacionales y organiza un curso de Máster en sociología del derecho, junto con la Universidad del País Vasco y la Universidad de Milán.

la involución, del derecho mismo, aún bajo el perfil de aquella distancia entre el derecho en los libros y el derecho en acción que desde el comienzo ha alimentado a nuestra disciplina. La idea de un derecho rígido en su estructura normativa general, cierto y racional en lo posible, mudable a través de procedimientos prefijados y garantizados, que nos ha acompañado desde el siglo XVIII, parece disuelta. La erosión de las fronteras estatales y la imbricación de fuentes de diversa proveniencia han modificado profundamente el marco de referencia. Pero no sólo esto. Con los años, gracias a la revolución de las comunicaciones, el derecho se ha hecho cada vez más fugaz, contingente, ocasional. La mirada de normas efímeras que nos arrollan depende visiblemente de las exigencias de la representación política. Mientras la eficacia de la ley, inclusive la ley penal, se ha vuelto casual, ha aumentado excesivamente el uso instrumental, mediático, de los símbolos jurídicos, frecuentemente reducidos a meras apariencias, por parte de un poder político incapaz ya de controlar la realidad que se escapa a través de los mecanismos habituales de la producción jurídica. En Italia estos fenómenos se presentan agigantados: no es casual que hablemos de “nihilismo jurídico” (Irti 2004), de “cenizas del derecho” (Ghezzi 2007) o del “fin del derecho” (Rossi 2009). Pero en otros países, cual más, cual menos, la situación no es tan distinta. Por tanto, la distancia entre las normas y la práctica se presenta hoy no sólo como amplísima, sino que los términos mismos de la comparación aparece bajo una luz escurridiza, lo que hace más compleja, pero también más elevada, la tarea del sociólogo del derecho.

Así, ¿podríamos decir entonces que la sociología del derecho es el estudio científico del “derecho en acción”? Una definición similar tendría como precio el tener que referirse al concepto de *acción*, central en la sociología a partir de las grandes lecciones del mayor entre todos los sociólogos del derecho, el alemán Max Weber (1864-1920), autor de *Economía y sociedad*, obra publicada póstumamente en 1922 y que sienta las bases teóricas esenciales de nuestra disciplina. De hecho, la sociología, a la cual se remite

la sociología del derecho, está representada en la obra de Weber precisamente como ciencia de la acción social (1974b). La sociedad es un campo de acciones humanas interrelacionadas. Los seres humanos actúan —dice la tradición weberiana— de modo “teleológico”, en la medida en que pretenden lograr, de manera más o menos lúcida, los objetivos que satisfacen sus expectativas. Su acción puede coordinarse con la acción de otros, o bien, oponérsele, pero influye en ella en todo caso. Y se desarrolla —como veremos— sobre todo a través el intercambio de mensajes comunicativos, cuya comprensión depende, ante todo, de la adopción de códigos comunes por parte de los miembros del grupo social.

¿Qué quiere decir, no obstante, “derecho en acción”? En realidad, no es el derecho el que “actúa”. Aún asumiendo la perspectiva filosófica más formalista, la cual presenta al derecho como una entidad autónoma que vive una vida propia, no se puede escapar al hecho de que cada acción en lo individual, incluso si está inspirada, expresada, justificada, motivada, explicada en nombre del derecho, proviene de seres humanos, personas que orientan sus acciones según el derecho, es decir, según las normas de un ordenamiento reconocido como “derecho” por ellos y por los demás. No necesariamente para obedecerlo, sino también para cambiarlo e incluso violarlo: de acuerdo con un famoso ejemplo del propio Weber (1974b, I, p. 29), aún el ladrón que huye con el botín orienta su acción conforme al derecho, al que teme en este caso. En suma, en la perspectiva sociológica, el derecho aparece, no como sujeto de la acción, sino más bien como *instrumento de la acción* o como *motivación de la acción*. Es un modo —entre otros— de actuar socialmente. Por ello, al definir nuestra disciplina, acostumbro decir que la sociología del derecho “*estudia al derecho como modalidad de acción social*” (Ferrari 2006, p. 56; 2008, p. 3).

Naturalmente, esta definición refleja un modo personal de considerar al derecho, a la sociedad y, consecuentemente, a la sociología. Partiendo de otras premisas se adoptarían definiciones distintas: “el estudio de las relaciones entre derecho y sociedad”, “el estudio del sistema jurídico como subsistema del sistema so-

cial global”, y otras más. Pero bajo el manto de las palabras se verá que, en última instancia, existe un alto grado de concordancia sobre el objeto de la materia. Lo que se pone en juego son siempre acciones, es decir, lo que las produce y lo que las sigue. Con las acciones se estudia a los “actores”, o a sus roles, a las máscaras que adoptan cuando actúan jurídicamente: como abogado, juez, contrayente, testador, condenado en un juicio. O a las opiniones sociales sobre el derecho, las que inducen a la acción jurídica. Sin embargo, siempre nos encontramos con aquella distancia entre las normas y la práctica que depende de la fijeza de las primeras contra la mutabilidad de la segunda y que, por esto, por mayor o menor que sea, parece inevitable.