

## WEBER Y ROSS: DOS APROXIMACIONES A LA REALIDAD DEL DERECHO

Martín DÍAZ Y DÍAZ

SUMARIO: *Introducción. I. Los tópicos realistas, Temas fundamentales. 1. Su identificación. 2. En pos de la realidad... ¿qué realidad? 3. Los desdenes de lo empírico. 4. Los sistemas normativos abstractos como forma de pudor social. 5. Polivalencia jurídica. II. Weber y Ross: dos propuestas para reivindicar la realidad. 1. El cotejo: arbitrariedad y paradojas. 2. Los apoyos metodológicos. 2.1 La sociología comprensiva... del derecho. 2.2 "Hacia una ciencia realista": la promesa de Ross. 3. El Derecho en la perspectiva del orden. 3.1 El sentido de la acción social: hilo conductor. 3.2 Alf Ross y el rumbo del orden. 4. Los derechos subjetivos. 4.1 El mercado como destino jurídico. 4.2 La tesis rossiana del vacío de los derechos subjetivos.*

### INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se compone de dos secciones, en la primera, a través de una exposición libre, se pretende recorrer los temas principales que ofrece una visión *realista* del derecho. No es el propósito primordial del trabajo fijar los parámetros de una interpretación "sociológica" del orden normativo, sino apenas encontrar el rumbo para una explicación contextualizada de los fenómenos jurídicos. En la búsqueda de este fin no hay ningún prurito contra el eclecticismo; de entrada se vuelve obvio que una mirada metodológica de tipo integrador, supone la conjugación de elementos sociológicos con factores normativos. La "promiscuidad" cognoscitiva que se sugiere no alcanza solamente a las perspectivas metodológicas, sino que trasciende al objeto mismo de conocimiento. Se trata de explicar los fenómenos jurídicos desde el amplio mirador de los procesos de construcción de orden de las sociedades y de llegar al derecho como realidad; éste es el contexto propuesto; sin embargo, de ninguna manera implica la renuncia a enfatizar los derroteros estrictamente normativos del

conocimiento jurídico. La visión realista no significa, en este caso, la proscripción prejuiciosa del formalismo.

La segunda parte del trabajo contiene un cotejo somero de algunos aspectos de dos enfoques realistas provenientes de sendas circunstancias y autores distintos. Por una parte se analizan los tópicos weberianos con el propósito de aprovechar los inconmensurables aportes de la *sociología comprensiva* al conocimiento y a la interpretación del derecho, desde la perspectiva cultural del desarrollo del capitalismo en occidente. Por otro lado, se revisan algunos temas de la obra de Ross en los que puede haber afinidad con Weber. En esta segunda fase, se quiere resaltar el valor que representa el haber intentado un análisis integral del sentido del derecho a partir de la realidad, pero al mismo tiempo, las limitaciones que representa el no contar con un aparato de conceptos como el que ha gestado la teoría social. Entre muchos otros aspectos que pudieron seleccionarse para establecer una visión cotejada, se han escogido los siguientes: los enfoques metodológicos sobre el derecho de cada autor; su referencia a los fenómenos jurídicos, en la amplia perspectiva de los procesos generadores de orden y, finalmente, un tópico más típicamente jurídico en el sentido tradicional —incluso dogmático— que es el tratamiento al concepto de derecho subjetivo.

Parece oportuno, en un momento como el actual, cuando públicamente se discute sobre la imperiosa necesidad histórica de reducir la distancia entre modelos normativos y realidad social, retomar algunos parámetros teóricos de los enfoques realistas del derecho para estimular la discusión y, al mismo tiempo, ofrecer algunas alternativas de aproximación a la realidad de los fenómenos jurídicos. Espero que la revisión de la obra de los dos autores elegidos, no desdibuje en exceso el espíritu de sus respectivas tesis, por situarlas fuera de sus propios marcos culturales.

## I. LOS TÓPICOS REALISTAS. TEMAS FUNDAMENTALES

### 1. Su identificación

Con el propósito de ubicar los enfoques realistas a partir de trazos gruesos en el desarrollo de las concepciones jurídicas contemporáneas, debe apuntarse que, correspondió a la corriente del positivismo jurídico desde sus albores *austinianos*, la tarea protagónica en la cruzada

crítica contra las caracterizaciones metafísicas del derecho alentadas desde las distintas vertientes del iusnaturalismo premoderno. El afianzamiento del positivismo jurídico durante el siglo XX, debemos asumirlo como la culminación natural del trayecto secularizador que iniciaron los autores de la cosmovisión moderna dentro de las sociedades occidentales. Ya ni Dios, ni los valores absolutos, comprendidos éstos como referentes universales de la conducta, pudieron mantenerse como la vía principal de explicación para entender los derroteros prácticos del derecho. A la postre, fueron los rasgos que el pensamiento moderno atribuyó a la naturaleza individual y racional de los sujetos sociales, los que, extrapolados al ámbito jurídico, se convirtieron en su clave explicativa de mayor relevancia.

Para entender cómo el positivismo jurídico escapó a los designios empíricos del positivismo filosófico y al naturalismo mecánico del darwinismo social, hay que revalorar el influjo del pensamiento kantiano. Así, bajo el halo racionalista, el derecho devino formalismo y, en particular, tratamiento especializado de los factores normativos. Las escuelas formalistas seleccionaron como elementos beligerantes contra las justificaciones teológicas y morales del derecho el relativismo y la neutralidad axiológica; con estas armas, aunadas al racionalismo mundano y a su espíritu especializador, pudieron dominar el panorama teórico del conocimiento jurídico en el siglo actual.<sup>1</sup>

Entre los positivistas, fue Kelsen el que logró fijar al formalismo en sus perfiles paradigmáticos. La *Teoría Pura* situó el análisis jurídico dentro de una dimensión específicamente normativa y evitó, de manera deliberada, cualquier desenlace de tipo naturalista. Bajo esta perspectiva, lo jurídico quedó resguardado en una especie de limbo intermedio entre los valores universales y los datos materiales de la naturaleza. Lo normativo debió proliferar en una zona peculiar que no participó ni del terreno natural de las relaciones sociales, ni tampoco del ámbito puramente axiológico de los principios del Derecho Natural. Kelsen hizo triunfar la lógica y la idea del sistema normativo sobre la metafísica y sobre las proyecciones morales en las que se pretendió fundar la justificación del derecho antes de su secularización definitiva.

Sin permitir reposo y parsimonia al formalismo, en un tiempo paralelo a sus intentos críticos, se han producido algunas iniciativas

<sup>1</sup> Cfr. PATTARO, Enrico, *Elementos para una Teoría del Derecho* (trad. Ignacio Ara), Ed. Debate, Madrid, 1986, pp. 45 a 50.

para terciar en la polaridad entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. A sabiendas de que las líneas toscas de identificación que hemos propuesto sacrifican innumerables matices, hay que decir que los esfuerzos para establecer una nueva discusión cognoscitiva sobre los enfoques jurídicos, provienen principalmente del *realismo*. Bajo este signo, sin embargo, pueden agruparse manifestaciones tan disímiles como el realismo "judicialista" norteamericano, el sociologismo jurídico —con todos sus correspondientes ramales— y la escuela realista escandinava. En el presente ensayo hemos escogido, para alimentar la discusión, argumentos que provienen de las dos corrientes señaladas en último término, por ser las que reflejan de manera más próxima la polémica dentro de la tradición romano-franco-germánica.

El enfoque realista invita a un replanteamiento de la dicotomía cognoscitiva que surge de la disputa clásica entre iusnaturalismo y positivismo: en este caso no se trata solamente de salvar los escollos metafísicos y axiológicos situándolos bajo el estandarte de la coherencia formal de los sistemas normativos; lo que se propone, en cambio, es revalorar el papel de la realidad social en las explicaciones del derecho; la nueva disputa cognoscitiva se dirige hacia la recuperación de la realidad social como generadora y, al mismo tiempo, como receptora de los procesos normativos. En este orden de ideas, no es dable la contraposición absoluta entre el *ser* y el *deber ser*; lo que se busca es una explicación integral que ayude a situar lo normativo en determinados contextos culturales, a partir de su positividad, pero también de su sentido. El realismo enfoca al derecho como a un sector de la realidad que no culmina, por cierto, en el análisis de sus manifestaciones formales, sino que avanza y se define asimismo como un segmento del proceso de construcción de orden de las sociedades; es decir, como una técnica específica para la regulación de los conflictos de intereses, a través de la estabilización de las desigualdades de los agentes sociales y de la institucionalización de sus comportamientos.

El rescate de la realidad social para el análisis jurídico no es todavía una oferta madura; su desarrollo ha sido intencionalmente inhibido por los propios practicantes del derecho. Ello se debe a que los postulados realistas remueven de raíz una de las estructuras culturales más afianzadas del pensamiento jurídico occidental: me refiero a la dogmática; o dicho en otros términos, a ese modo de conocimiento

cerrado que se estructura bajo la prohibición expresa o tácita de efectuar las negaciones que comprometan las bases del sistema. La dogmática aporta a los practicantes del derecho un instrumento privilegiado que les permite enunciar, sistematizar y comunicar de manera funcional y controlada el material jurídico. Se trata de una forma de organización del conocimiento que no amenaza las piedras angulares del sistema, en la medida que los valores puestos en los órdenes jurídicos son simplemente asumidos de manera acrítica por los gremios de practicantes. Así, el desarrollo del conocimiento del derecho abarca sólo una lógica circunscrita de conceptos y fórmulas procesales que, en general, se ajustan al sentido de las reglas vigentes.<sup>2</sup>

La dogmática es una jaula eficiente para mantener el cierre semántico del derecho y, como trinchera, es un ámbito resistente a cualquier incorporación de los factores empíricos que ofrece la realidad de las sociedades contemporáneas. El pensamiento dogmático no recibe ningún dato social sin una previa filtración conceptual; funge, por tanto, como un cernidor de la diversidad que mantiene la univalencia de las soluciones formales. Desde la perspectiva de la dogmática, el enfoque realista puede, con mucha facilidad, ser tachado de anuncio intrépido, porque amenaza con disolver los valores sistemáticos del conocimiento jurídico tradicional y con situarlo en los contornos siempre movedizos de la teoría social. El realismo es, entonces, una señal contraria a la especialización del derecho, más aún cuando se auto-propone como una profecía revestida por el signo contemporáneo de la ciencia. Desde el punto de vista gremial, para los practicantes del derecho, el dato más temible de los enfoques realistas es, precisamente, el de su vocación antidogmática. Dados estos factores de resistencia, el realismo se encuentra condenado a penar como un dato exótico en los ambientes profesionales del derecho.

## 2. *En pos de la realidad... ¿qué realidad?*

No es fácil coincidir sobre el sentido que corresponde al concepto realidad; pero se puede afirmar que entre las formas posibles de aprehenderlo, quizás el empirismo de cuño estrictamente materialista resulte la más pobre. Constreñir la realidad a las cosas tangibles es, de

<sup>2</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "La teoría pura del Derecho como sociología involuntaria", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 18, núm. 18, anual, México, Escuela Libre de Derecho, 1993.

entrada, colocar en el ámbito de la indefinición todas las funciones humanas de tipo refinado. La realidad social es una compleja imbricación de manifestaciones materiales y de ideas, cuya mediación se establece a través de signos de representación más o menos abstractos. Excluir del campo de la realidad todos los factores ideales y buena parte de sus procesos de concretización, es equivalente a renunciar a cualquier interpretación del sentido que corresponde a los actos humanos desde una dimensión histórico-cultural específica.

La realidad no es en verdad una y la misma totalidad acabada; se trata de un conjunto de secuencias donde la historia, o mejor dicho, las historias, se imbrican con la naturaleza generando formaciones variadas e incluso caprichosas. Tampoco desde el punto de vista de los sujetos cognoscentes la realidad nos ofrece rostros unitarios. El conocimiento de los datos positivos es algo que cambia y se construye al mismo tiempo que avanza la experiencia y que las explicaciones sociales compiten entre sí por la producción de la mejor "verdad".

Reconocer el carácter creativo del conocimiento respecto de la realidad social no lleva a ningún pacto con las perspectivas metafísicas, sino simplemente a la aceptación de que el sentido de la acción social de los sujetos es también un factor relevante desde el punto de vista de su concreta interacción. Bajo estos argumentos, no se puede reconocer que el *sollen* de tipo kelseniano —es decir, concebido como ámbito prescriptivo— pueda quedar totalmente marginado de los abatares del *ser*. Aún como espacio prescriptivo, el *deber ser* mantiene conexiones concretas con el mundo de los hechos que se expresan en cauces recursivos que no permiten el distanciamiento total del derecho, ni siquiera en el ámbito del análisis. Los fenómenos jurídicos deben concebirse, entonces, como órdenes de normas lógicamente ligados, pero también como producto y como móvil de la interacción de los sujetos sociales.

En la teoría social, los parámetros clásicos para el enfoque de la realidad se encuentran acotados, por un lado, por la proposición durkheimiana expuesta en las *Reglas del Método Sociológico*: "La regla primera y fundamental es considerar los hechos sociales como cosas; y (...) se entiende por cosa todo lo que es dado; todo lo que se ofrece, o, más bien, todo lo que se impone a la observación".<sup>3</sup> Desde otro punto de vista, corresponde a la *sociología comprensiva*

<sup>3</sup> DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, Ed. Orbis, Barcelona, 1982, pp. 49 y ss.

fijar el límite alterno: para Weber, el verdadero centro cognoscitivo de la realidad social está dado por la *acción* y ésta, a su vez, encuentra su referencia principal en el *sentido* subjetivo que los agentes sociales imprimen a sus comportamientos.<sup>4</sup> Así las cosas, los enfoques del conocimiento sociológico están abocados a responder a las interpelaciones empíricas de la vida de relación y a la necesidad de explicar causalmente el sentido específico de la interacción de los sujetos sociales. Si asumimos ambos parámetros, la realidad social deja de ser algo que se nos impone como dato externo para convertirse en el concepto circunstanciado que nosotros mismos tenemos de esa realidad. No hay ninguna posibilidad de preservar la alteridad del sujeto cognoscente. La realidad siempre se aprehende desde el contexto histórico en el que se localiza el agente, al grado que éste debe ser concebido como sujeto activo de los procesos sociales y no como un observador propiamente dicho. Así, la realidad aprehendida es la realidad experimentada por el sujeto y su concepto está determinado por las posibilidades de comunicación e intercambio que éste logre en relación con el sentido de las explicaciones socialmente vigentes; y todo esto, circunscrito dentro del contexto histórico y cultural en el que haya tocado en suerte desenvolverse al sujeto cognoscente.

No es fácil establecer una frontera nítida entre lo que podría denominarse realidad en sentido restringido y las representaciones que de aquélla se forman los sujetos. Más bien habría de reconocer que dichas representaciones son asimismo datos relevantes que integran la susodicha realidad. Los proyectos, las concepciones y las utopías tienen también una fuerza generatriz que afecta el curso de la historia. Su energía de anticipación o de crítica de lo existente juega activamente en el ámbito general de los impulsos sociales.

En la medida que la historia guarda un sentido y que las concepciones de los agentes sociales se concretan cultural e institucionalmente, las ideas tienen que ser consideradas como factores integrantes de la realidad social. Y al contrario, el sujeto cognoscente no es soberano en relación con su objeto, sino que enfrenta una realidad ya ordenada, que le impone a su visión un buen número de referencias establecidas con antelación. Podría afirmarse con Berger y Luckmann, que "La sociedad existe sólo en cuanto los individuos tienen

<sup>4</sup> WEBER, Max, *Economía y Sociedad* (trad. José Medina, Eugenio Imaz y otros), 5a. ed., Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, pp. 6 y ss.

conciencia de ella y (en sentido dialéctico), que la conciencia individual se determina socialmente".<sup>5</sup>

Las concepciones metafísicas de los fenómenos sociales adquieren sentido realista en tanto se comprenden como reacciones cognoscitivas a determinadas causas empíricas y, eventualmente, también como ideas generadoras de prácticas sociales específicas. No es la pretensión de validez universal la que confiere fuerza cognoscitiva a sus conceptos, porque históricamente los valores no se realizan de forma universal. Algo similar puede afirmarse del formalismo: el nivel lógico en que se sitúa al derecho, tiene sentido como respuesta a las necesidades de criterios ordenadores abstractos que presentan los grupos humanos, pero también cobra significación como directriz efectiva de la conducta de los agentes sociales, aunque el propio formalismo pretenda no responsabilizarse de la suerte empírica de sus prescripciones. En realidad, no hay oportunidad para determinar una zona de existencia empírica a lo que Kelsen describió como el *sollen*. Todo *deber ser* es el desarrollo conceptual de un sentido específico de las acciones sociales. De otro modo, habría que reconocer de modo fetichista el carácter autosuficiente de los fenómenos normativos, como de hecho lo propuso la *Teoría Pura*. Lo que en realidad se suscita es la creencia de los sujetos sociales en un orden normativo al que se atribuye validez; es decir, reconocimiento de su carácter obligatorio.<sup>6</sup>

Existen zonas de franca intersección en las que concurren factores prescriptivos y hechos sociales en sentido material. En los ámbitos de las instituciones es donde se operan estas condensaciones, a través de las cuales las ideas y los diseños sociales se positivizan y se transforman en formas específicas de acción controlada, e incluso en aparatos. La misma expresión valdría si la proponemos en sentido inverso: existen espacios sociales donde las conductas reiteradas de los sujetos se identifican como pautas y terminan por ordenarse de manera prescriptiva, dando lugar a instituciones estables que prescriben el sentido de los comportamientos de sus miembros para lo subsecuente y lo garantizan a través de mecanismos coercitivos.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zulueta), Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1978, p. 103.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto Vernengo), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 21 y ss.

<sup>7</sup> LOUREAU, René, *El análisis institucional* (trad. Noemí Finito), Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975, pp. 142 y ss.

Entre los fenómenos sociales, el derecho es de los que más claramente ocupan las zonas de intersección. Ello impide que pueda mantenerse una visión simplista de la relación de los extremos *derecho y realidad*, transponiendo simplemente la metáfora del molde y el contenido. El derecho no es algo externo a la realidad social, sino un segmento de la misma. Sin embargo, no es solamente un tramo empírico, se trata también de una zona de construcción de significados que se proyectan hacia la interacción y que, además, se positivizan e introyectan en el sentido de las prácticas de los agentes sociales. Como lo afirma Jesús Ignacio Martínez, el derecho es también un foco de irradiación de "verdad"; sus mecanismos procesales abren espacios de pruebas cuyo objeto final es generar convicción sobre la verdad formal de la causa que se resuelve por parte del juzgador.<sup>8</sup> La verdad jurídica está, desde luego, sujeta a sus propias normas de verificación. Se trata por tanto, de una cierta forma de verdad precaria y provisional, porque está expuesta a ser rectificadas por el órgano judicial de alzada.

Como el lenguaje, el derecho es también un surtidor de referencias para estabilizar la comunicación de los sujetos sociales, pero hay que entender que lo jurídico concreta un sistema de representaciones en el que intencionalmente la diversidad empírica se encuentra postergada, ya que, como sistema normativo que regula comportamientos, lo prescriptivo amerita un nivel de generalidad y de abstracción que no se aviene con el sentido material de una realidad diversa y demasiado extensa.<sup>9</sup>

### 3. Los desdenes de lo empírico

Un análisis realista del derecho tiene como propósito develar el sentido social subyacente en sus descripciones de conducta; para ello es necesario remontar el carácter estrictamente formal de las representaciones jurídicas. Se trata de ir a contrapelo del pensamiento depurador de cuño kelseniano, pero sin desdeñar sus logros explicativos en el ámbito de la lógica normativa. La huella más segura para orientar la búsqueda realista se encuentra en los procesos de construcción de orden que se producen de manera constante en el seno

<sup>8</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús, *La imaginación jurídica*, Ed. Debate, Madrid, 1992, p. 34.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 51-53.

de las sociedades. Los fenómenos jurídicos están claramente ligados a la necesidad que experimentan los grupos sociales de establecer mecanismos racionales para controlar el comportamiento de sus miembros. Las necesidades estructurales de las sociedades obedecen al imperativo de organizar de una manera estable las desigualdades de los agentes sociales. Hasta hoy, no se conoce momento histórico en el que algún grupo humano haya podido escapar a los designios de sus propias asimetrías.<sup>10</sup>

La asignación de roles y de posiciones jerárquicas constituyen los procesos medulares de la organización social. Sin embargo, la ubicación de los agentes sociales en el orden establecido requiere un sistema de garantías exteriores y coactivas que completen el sentido de las pautas de comportamiento espontáneo que prevalecen en las sociedades humanas. Entre los factores prescriptivos que regulan la conducta social, el derecho es el fenómeno que aporta mayor especialización y desarrollo técnico. En el desenvolvimiento de su sistema de conceptos se ha logrado desvanecer el carácter autoritario de sus formas y, por lo menos desde el advenimiento de la modernidad, los órdenes jurídicos se presentan como arreglos convencionales definidos por los propios agentes sociales. Sin embargo, no obstante su apariencia consensual, el proceso de atribución de funciones y de estabilización de las jerarquías dentro de estructura social, seguirá siendo todavía por mucho tiempo un factor que engarce en la maquinaria más amplia de un modelo determinado de dominación.<sup>11</sup>

Con lo dicho estamos a punto para poder plantear una de las cuestiones que resultan apremiantes desde la óptica de los enfoques realistas: se trata de explicar por qué, a pesar de que se reconoce que el orden jurídico —dado su carácter abstracto y aparentemente convencional— no expresa linealmente el sentido autoritario de las relaciones de interacción en una sociedad determinada, quienes pueden decidir sobre el sentido del orden en dichos grupos, generalmente se muestran interesados en mantener ese desfase y en cobijar la separación evidente entre el sentido ideal de las normas jurídicas y los hechos que regulan. Este primer problema conduce de manera natural a otro igualmente complejo: qué tipo de tendencias y necesidades tienen las colectividades humanas de ordenarse en razón de un sistema

<sup>10</sup> Cfr. MANN, Michael, *Las fuentes del poder social* (trad. F. Santos Fontanella), Ed. Alianza, Madrid, 1991, (vol. I), pp. 43-51.

<sup>11</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús, *op. cit.*, (n. 8), p. 183.

de prescripciones abstractas, cuya construcción ocurre de manera aparentemente independiente de sus inmediatas disposiciones estructurales. Vistas estas mismas cuestiones desde la perspectiva del derecho, habría que preguntar a qué designios sociales responde la invariable tendencia de los órdenes normativos hacia la abstracción.

Para atender los anteriores cuestionamientos es menester señalar que entre las funciones sociales que pudieran atribuirse al derecho, quizá la menos discutible sea la que identifica al fenómeno jurídico con la idea de ordenar las conductas a través de la prevención y la solución de los conflictos de intereses. La seguridad de los grupos sociales, como valor cultural, está vinculada a las capacidades reales de una colectividad determinada para anticipar y enfrentar racionalmente sus conflictos. Ningún orden se sostiene sin válvulas que canalicen la presión de los enconos. Un orden normativo que se ofrece como técnica de solución de controversias debe inicialmente ser un espacio armónico en sí mismo. En esta virtud, el derecho no puede trasladar a su propio seno organizativo las disputas de la realidad. Su sistema debe ser una combinación racional de elementos compatibles. En este sentido hay que afirmar que es más fácil encontrar armonía en un sistema de conceptos autónomos y dispuestos a ordenarse entre sí, que en una determinada colectividad, donde los sucesos están siempre impregnados de la parcialidad que producen las desigualdades de origen. Al derecho corresponde, entonces, sublimar conceptualmente las disparidades y homologar a los elementos en secuencias que permitan su manejo lógico. Tecnificar la realidad desde el punto de vista jurídico, significa precisamente debastar su diversidad y encuadrarla en un sistema cerrado de representaciones semánticas, prescriptivamente ordenadas.

El ordenamiento jurídico no sólo tiene que ser abstracto sino que además el carácter inacabado de la realidad social demanda que sea completo. Así, reconocido el carácter inabarcable de los sucesos sociales, el derecho debe prever un mecanismo simbólico que establezca la finitud de sus conceptos y que, también, represente el límite formal de la realidad social. Como es imposible definir apriorísticamente el espacio de un sistema que recibe estímulos exteriores de manera imprevisible, el orden jurídico resuelve el problema de sus eventuales insuficiencias definiendo, dentro de sus propias reglas, los procedimientos para integrar las lagunas y para conseguir su desarrollo a través de la elaboración de nuevas prescripciones que se incorporan

a su cuerpo normativo. De esta capacidad engañosamente autorreproductiva del derecho, depende la incorporación de las necesidades sociales y la correspondiente capacidad de adecuación del orden normativo.<sup>12</sup>

Por perfectos que sean los procedimientos de actualización que pone en juego el derecho, éstos no eliminan por completo la tensión entre el carácter estático que tienen las disposiciones prescriptivas y la índole dinámica de los hechos sociales exteriores al sistema. Estabilizar el sentido de las relaciones sociales es algo que no se logra únicamente al normar las conductas poniendo en curso un sistema estático de reglas. De lo que se trata es de controlar la forma en que se produce el movimiento de los agentes sociales, ya que no es imaginable inhibirlo por completo.<sup>13</sup> Ante estas afirmaciones se explica porqué los mejores órdenes jurídicos siempre engloban un impulso proyectivo. No se persigue sólo controlar el comportamiento social a través de la imposición de pautas exteriores, sino que, además, se requiere conseguir la introyección en los sujetos sociales del sentido de la norma, con el objeto de que las acciones individuales y colectivas se ordenen espontáneamente por su mandato.<sup>14</sup> Es necesario que las orientaciones lógicas de las prescripciones jurídicas generen aceptación en los sujetos; de otra suerte, la rebeldía mayoritaria, tarde o temprano, se convierte en desobediencia civil o en ruptura revolucionaria.

Los agentes productores del orden jurídico deben ser muy cuidadosos desde el punto de vista de los valores que el derecho concreta. O bien se incorporan valores mayoritariamente definidos, o no es posible plasmar en disposiciones jurídicas aquellas referencias morales que se encuentran en obvia conexión con las causas parciales de un sector de los agentes del grupo. La discreción valorativa del derecho no consiste en negar la validez de los principios que consagra, sino en priorizar las virtudes formales del sistema. Así, el derecho asume un carácter prioritariamente instrumental, al grado que sus mecanismos procesales desbordan en importancia la definición sustantiva de las instituciones jurídicas. A través del derecho, por ejemplo,

<sup>12</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. I. Oho Pardo), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 42 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. BALANDIER, Georges, *El desorden. Teoría del caos y las ciencias sociales* (trad. Beatriz López), Ed. Gedisa, Barcelona, 1989, pp. 61 y 63.

<sup>14</sup> Cfr. MELOSI, Darío, *El estado del control social* (trad. Martín Mur), Ed. Siglo XXI, México, 1992, pp. 151 y 159.

la democracia ha podido transitar, de su halo de principio puro, a un campo instrumental mucho más modesto, pero viable. Al respecto, Bobbio ha dejado constancia del carácter procesal que adquiere la democracia contemporánea. Ya no se trata tanto de definir su contenido valorativo, como de afianzar jurídicamente ciertas prácticas que la historia ha revelado como sus logros posibles.<sup>15</sup>

Como corolario, podría afirmarse que la índole abstracta de los fenómenos jurídicos ha sido la respuesta natural a la creciente complejidad de las organizaciones sociales; entre más se diversifica la "realidad", mayormente se requiere que sus referencias ordenadoras se distancien de los factores concretos. El proceso de racionalización del desarrollo en las sociedades occidentales sigue un principio simplificador con respecto a los significados de los hechos colectivos; en todo caso, sus directrices apuntan a la tecnificación de los procesos sociales. Dicha tecnificación no es otra cosa que la selección por parte de los miembros del grupo de los aspectos más relevantes del saber social, enfocados específicamente a la solución de los problemas prácticos. Sin criterios sintéticos generales sería muy difícil que las colectividades consiguieran sistematizar el sentido de los comportamientos de sus elementos y, además, lograsen un grado relativo de control de los comportamientos a través de un sistema estable de calificación.

Históricamente, fueron los valores absolutos preconizados por el iusnaturalismo los que primero aportaron un sistema de referencias abstractas para la ordenación de las conductas. Después, con la crisis de la metafísica, el formalismo se erigió como principal surtidor de abstracciones reguladoras. Su énfasis en las modalidades técnico-instrumentales ha sido perfectamente compatible con sociedades cuyas secuencias de interacción se racionalizan día con día. Fue durante el siglo XIX, lapso que corresponde a la codificación racionalista en Europa, que el derecho pudo al fin fijarse en moldes axiomáticos, los cuales llegaron a fulgurar de modo inusitado gracias al trabajo de pulimento humilde que los juristas exegéticos dedicaron a los códigos. Hoy, con los postulados realistas, es justamente el diseño formal de las formas jurídicas lo que se encuentra en entredicho. El realismo insiste obsesivamente en interpelar a las sociedades occidentales, solicitándoles un acto de impudor, ya que las fuerza a despojarse de sus

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia* (trad. José Fernández Santillán), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 14, 31 y 36.

ropajes formales y a exhibir los vínculos genuinos del derecho y de la política con el resto de los factores sociales.

#### 4. *Los sistemas normativos abstractos como forma de pudor social*

Los sistemas de dominación desarrollan por lo general un aura de representaciones que disimula el sentido crudo y la verticalidad que caracterizan los espacios del poder. La legitimidad de los regímenes políticos —entiéndase por ella su base consensual— se compone de un complicado recubrimiento ideológico que tiene que ver con la forma en que las instituciones reproducen el discurso justificador de la dominación, bajo una perspectiva que universaliza el sentido de sus afirmaciones. El ejercicio político no aparece entonces como producto de la imposición de un determinado sujeto o minoría; sino que surge como lo generalmente deseable para el conjunto de los miembros de la colectividad.

El derecho es un ámbito favorable al manejo ideológico de los valores dominantes; su sistema formal de conceptos recibe con facilidad el sentido específico de la dominación y lo transforma primero en pautas obligatorias, y luego en actitudes consentidas y en obediencia voluntaria de los sujetos obligados. El sistema de principios y conceptos que sirven de esqueleto al orden jurídico no permite una crítica endógena de los valores sobre los cuales el orden normativo se encuentra establecido. La única forma de poner en duda la pulpa axiológica del derecho es a través de un ejercicio de cuestionamiento exógeno que obliga al crítico a increpar el orden normativo desde la exterioridad. Es obvio que las críticas marginales pierden fuerza, particularmente si se considera que el orden jurídico generalmente se asienta sobre un bloque espontáneo de costumbres que le garantiza la adhesión mayoritaria de los sujetos sociales. Así, la crítica del orden valorativo del derecho está condenada a moverse siempre en un espacio marginal.<sup>16</sup>

La dogmática jurídica es un candado eficiente para preservar el cierre valorativo del derecho. Al prohibir la sospecha en torno a los principios de naturaleza axiomática que fundamentan su sistema de conceptos, desplaza cualquier intento exterior de problematización, o bien, lo neutraliza a través de un proceso formal de tipificación que

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, (n. 12), pp. 138 y ss.

reconduce los argumentos desafiantes a través de los propios cauces de solución del sistema. La dogmática es una especie de gramática autoritaria del derecho, cuyo control se ejerce por medio de calificaciones que discriminan los elementos empíricos y las manifestaciones discursivas contrarias a su sentido. La fuerza de esta gramática normativa radica precisamente en su capacidad de supresión de la alteridad, porque toda conducta o discurso suspicaz por parte de los agentes sociales, queda expuesto a la expulsión del ámbito jurídico o, en el mejor de los casos, a su asimilación al seno formal de la misma dogmática. El ejercicio dogmático es, entonces, factor fundamental para la homologación jurídica de las conductas y, por lo tanto, uno de los elementos que mejor ayudan a mantener el lenguaje social en el tono axiológico que cada orden normativo asume como universal. Así, por más diversa que sea la índole de las expresiones sociales, éstas siempre reciben su baño de uniformidad en el espacio jurídico; al grado que sólo termina siendo jurídicamente relevante lo que el mismo derecho califica como dato formal de su sistema.

¿Cómo ocurre la positivización de los valores fundamentales sobre los que se construye el orden jurídico? Lo primero que habría de responder es que dichos valores se encuentran irremisiblemente coaligados con determinados intereses concretos, y que estos intereses sólo adquieren el carácter de situaciones estables, en la medida que es posible desarrollar en su entorno un sistema sectorial de relaciones sociales que las estabilice con un sentido fijo. Existen ciertos intereses sociales que bien podrían calificarse como auténticos privilegios a favor de ciertos sujetos y, sin embargo, en el seno del orden jurídico adquieren el carácter de derechos generalmente reconocidos y aparentemente accesibles. Se trata sin embargo de prerrogativas excluyentes a las que el ordenamiento normativo confiere protección universal. El orden jurídico profundiza el sentido excluyente de esas prerrogativas al imponer deberes correlativos de abstención a todos los sujetos que no pueden acreditar la titularidad del derecho. El orden normativo corta la realidad social y la divide entre derechohabientes y no titulares; a partir de esta dicotomía, el derecho refuerza la posición de los primeros respecto a los segundos y, aunque en teoría los roles son abiertamente intercambiables, su encauzamiento jurídico genera una importante inercia hacia la inmovilidad.



La protección jurídica se organiza por sectores o ámbitos institucionales: los bienes, los contratos, el matrimonio, la relación laboral, por citar algunos casos. Cada institución jurídica pone en juego sistemas *ad hoc* de protección de los intereses que positiviza, aunque este proceso de sedimentación no adquiere una imagen evidente. El derecho disuelve el origen y el sentido social de las situaciones que regula y sólo nos presenta relaciones altamente formalizadas, en las que los agentes sociales no son interpelados a través de su identidad real, sino de la función operativa que desempeñan dentro de un determinado rol jurídico, completamente impersonal.

La tecnificación del derecho se proyecta sobre la realidad social como proceso que diluye la singularidad concreta de los miembros del grupo. Los roles jurídicos son abstractos y sólo tienen connotaciones funcionales respecto del sentido prescriptivo de las normas: el acreedor, el consumidor, el vendedor, etcétera. Con esta entronización del anonimato los órdenes jurídicos borran el rastro de las polaridades sociales, en la medida que desdibujan el carácter concreto de sus agentes y de las específicas situaciones de interés en las que éstos participan. A fin de cuentas la vida civil, bajo la perspectiva del derecho contemporáneo, en mucho se asemeja a una dramatización de los valores referenciales que encubren los intereses de los agentes sociales dominantes. Dramatización en el sentido de que el rol personal y concreto se desdobra en una función normativa distinta en su apariencia al proceso específico que regula.

El derecho no reúne de forma monopólica la posibilidad de producir obediencia. A su lado actúan también la moral y otra suerte de órdenes convencionales. Sin embargo, en lo jurídico radica el mayor refinamiento racional de la dominación.<sup>17</sup> El ejercicio de la fuerza sectorial que se aplica desde cada institución para mantener invariable el *statu quo* carece de un responsable personal concreto y, además, dicha energía de coacción no se explica como propiedad o cualidad de alguien, sino como una fuerza cosustancial al orden prescriptivo. La norma jurídica implica en sí misma, la condición de la coercibilidad. La fuerza pública que moviliza para su ejecución deviene punición institucionalizada; es decir, atributo impersonal de un órgano ejecutor del orden jurídico.

Los estados de derecho contemporáneos depositan estratégicamente el prestigio y la autoridad del orden social en los factores jurídicos. Al despersonalizar los atributos de mando, el peso de la legitimidad del sistema queda transferido a las normas. El derecho, como aparato regulador abstracto, sustituye las cualidades carismáticas de los liderazgos y, en una palabra, institucionaliza el reconocimiento y la aceptación que ofrecen las colectividades a sus órdenes institucionales específicos.

En la medida en que el derecho abstrae el sentido de las relaciones de dominación, instrumentaliza los procesos que resguardan los intereses anónimos y, finalmente, institucionaliza el control de los agentes sociales en favor de situaciones de intereses previamente definidas. El orden jurídico despliega un manto de ocultamiento sobre el curso inmediato y genuino de los sucesos sociales; arropa con despliegues formales la naturaleza ríspida de las relaciones de dominación y de asignación de privilegios. En el ámbito jurídico las jerarquías sociales se transforman en roles normativos y en definición de competencias, al tiempo que las funciones y los actos de los agentes sociales, adquieren el carácter de simples ejecuciones de las prescripciones vinculantes del derecho que, dicho sea de paso, funge como el gran libreto donde se fijan los papeles sociales.

Remover el sistema de las representaciones jurídicas y poner a la vista el sentido efectivo de los regímenes políticos y de los sistemas de atribución de satisfactores, concretaría un acto de verdadero impudor. En el lenguaje abstracto del derecho ocurre una auténtica purga de las contratendencias morales de la realidad. La gramática jurídica, como la hemos llamado, unce a las colectividades al sentido de los grandes mitos occidentales y, al unísono, presiona a los agentes sociales para conseguir la introyección paulatina de las grandes directrices de la moral pública. El derecho es, por tanto, un producto cultural, pero también, una plataforma de elaboración de significado y, sobre todo, de concretización de los grandes referentes axiológicos del discurso occidental contemporáneo.

Un análisis realista del derecho no puede dejar de señalar la naturaleza ideológica de los fenómenos jurídicos; debe destacar con precisión el contraste que se establece entre la efectiva organización de las sociedades y sus manifestaciones institucionales. Pero aún debe profundizar más y llegar a explicar porqué las sociedades experi-

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad* (introd. y trad. Jiménez Redondo), Ed. Paidós, Barcelona, 1991, pp. 166 y ss.

mentan la necesidad de disimular el significado rudo de sus procesos autoritarios.

El derecho no sólo juega como factor de legitimación del sentido de la dominación a través de sus procedimientos tecnificados, sino que también tiene que aportar los cauces para su propia justificación. Bajo este orden de cosas, es previsible que demos de bruces contra una paradoja: el derecho se legitima no por la efectividad de sus mecanismos coactivos, sino por el consenso y la conformidad que producen las zonas de acción que define como permisibles; sin embargo, las normas jurídicas se perfilan más claramente cuando ordenan deberes que cuando conceden libertades.<sup>18</sup>

En sus funciones legitimadoras, quienes aportan directamente a la construcción de un orden jurídico, se ven obligados a desarrollar las cualidades evocadoras del sistema discursivo del derecho. El desconocimiento de los datos empíricos, tarde o temprano desemboca en la necesidad de incrementar las propiedades fabuladoras del lenguaje jurídico y de movilizarlas en el sentido de los grandes mitos de la modernidad occidental: el Estado, la justicia, la democracia, por sólo mencionar algunos de los referentes ideales más prestigiados. El derecho permite difundir y afianzar el contenido de estos mitos sociales sin problematizarlo; posibilita incluso la consumación formal de su significado, sin la necesidad de actualizar primero su realización histórica. Desde este punto de vista, el derecho transcurre como mecanismo reproductor de un sistema de significados que difunden —y además estabilizan— el sentido de los valores culturales de los grupos sociales; pero no sólo a través de su propagación discursiva, sino también por conducto de su vocación institucionalizadora y de sus capacidades de transmisión acrítica de estas ideas hacia los hechos sociales. En las necesidades institucionales de cada sociedad radican los presupuestos autoritarios y conservadores sobre los que después se construye el derecho.

La vocación jurídica tradicionalmente se ha colocado de cara a la formalidad; si a este atributo le sumamos las características de abstracción e institucionalidad, comprenderemos mejor el carácter eufemístico que otorga la cobertura jurídica a las situaciones de dominación. En la antigüedad, el derecho no secularizado se expresaba abiertamente en forma ritual y el rito era, a su vez, uno de los factores que

<sup>18</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, (n. 6), pp. 138 y ss.

mejor representaban los procesos de orden. Hoy podemos afirmar que existe una cierta continuidad entre el simbolismo ritual de los procesos jurídicos arcaicos y sus manifestaciones formales contemporáneas. La hiperespecialización del discurso jurídico es la versión actual de las fórmulas oscuras con las que los iniciados en el derecho manipularon antes la solución de conflictos determinados. Así, aunque los juristas hayan abandonado desde hace varios siglos su papel pontificio, no puede negarse que su función especializada actual hace recordar al iniciado que procesa en un campo difuso y excluyente sus fórmulas rituales. El jurista, aún ahora, profesa en favor del orden; es, por eso, un personaje conservador que resguarda el uso correcto del lenguaje institucional a través de su trabajo dogmático. Para un análisis realista del derecho, sus antecedentes rituales no constituyen simplemente un dato pintoresco; sino que conforman la génesis auténtica de un modo técnico de operar con base en un catálogo simbólico, cuyos signos expresan el discurso del orden.

##### 5. Polivalencia jurídica

Para un autor realista el gran reto consiste en armar de una vez un enfoque integral del fenómeno jurídico. Sus críticas más acres a las exposiciones metafísicas tienen que ver con lo que estas perspectivas excluyen; particularmente, con el tratamiento torpe que prodigan a la positividad de los fenómenos jurídicos. Es la ausencia de matices históricos lo que más distorsiona los resultados de los enfoques metafísicos. De igual modo, el materialista abjura de los análisis formales del derecho, porque éstos rompen la conexión de los fenómenos normativos con los agentes sociales que los producen, o bien con aquellos a los que se destinan las reglas. Umberto Cerroni, con una sentencia humorística, alguna vez se refirió a este drama de la parcialización, afirmando que, en el iusnaturalismo, el derecho tiene una ciencia sin objeto, mientras que en el positivismo, lo que existe es un objeto sin ciencia.<sup>19</sup>

Realistamente el derecho no puede ser conocido a partir de sus disputas cognoscitivas. A fin de cuentas no se trata de hacer prevalecer un enfoque sobre otro a través de un duelo argumental, donde

<sup>19</sup> CERRONI, Umberto, *Introducción a la ciencia de la sociedad* (trad. Domènec Bergada), Ed. Crítica, Barcelona, 1978, pp. 98 y 108.

una parte importante de los razonamientos se dirijan a descalificar al contrario. Lo que debe buscar el análisis realista es incorporar las distintas variables que brindan pistas explicativas, atacarlas sin prejuicios y sobre todo sin conceder certidumbre a los cortes cognoscitivos artificiales que colocan en distintos ámbitos los aspectos formales del derecho en relación a los fácticos. No puede aceptarse el trazo divisorio entre *sein* y *sollen*. A la postre, la aprehensión de lo jurídico debe ser reconstructiva, ya que tendrá que rearmar las líneas de continuidad entre el nivel estrictamente lógico de los fenómenos normativos y el sentido de la acción social de los sujetos que orientan sus comportamientos por las prescripciones del derecho. La realidad jurídica abarca tres niveles cuya concatenación es necesario subrayar: el de las normas vigentes, el de las prácticas sociales referenciadas por las prescripciones normativas y, finalmente, el del conocimiento jurídico, que se desdobra en una franja especializada que corresponde a la dogmática y al pensamiento crítico de ésta y, por otro lado, en otro cauce que se integra por el conocimiento cotidiano que los agentes sociales comparten respecto del derecho.

Un enfoque realista no supone una simple adición de los datos y los niveles jurídicos; es menester que el analista conozca primero cada ámbito en su especialidad. Esta es la única vía para no violentar el análisis formal del orden jurídico. Asimismo, los hechos sociales que se producen bajo las referencias ordenadoras del derecho deben ser explicadas desde su franca positividad. La vinculación de los distintos niveles jurídicos no es lineal; cada parte debe ser acoplada a la otra a partir de una conjugación crítica de las piezas y, hasta podría afirmarse, que sin suprimir su aparente polaridad. Dicho más concretamente: no es el caso negar el sentido lógico de las relaciones entre las normas de un ordenamiento en favor de la secuencia fáctica de comportamientos ordenados por el derecho, o viceversa; lo que se pretende es explicar la necesidad que se produce en el plano fáctico de los procesos de construcción de orden, de contar con un sistema normativo que se representa a sí mismo con un grado importante de independencia con respecto a los hechos que lo generan.

El hilo conductor de un análisis realista es generalmente el sentido histórico de los hechos que producen, mantienen, transforman o suprimen un determinado orden jurídico. En la historia se encuentran las claves interpretativas que pueden otorgar la profundidad realista al análisis formal del derecho. La eficacia del orden jurídico es en sí

misma una forma específica de la experiencia histórica, que se genera a partir de un orden normativo dado.

Las versiones más libres del realismo huyen deliberadamente de cualquier tipo de determinismo. La autonomía del conocimiento depende de abolir los modelos preconcebidos que mecánicamente someten el objeto de análisis a sus imperativos conceptuales. Por eso, la independencia del sujeto y la realidad concebida como un flujo dinámico con variables caleidoscópicas, integran las piezas fundamentales del realismo. Así, la integralidad es reunión de elementos diversos, y no necesariamente deviene encuentro de regularidades. El realismo reverencia la complejidad y la especificidad de su objeto, pero al mismo tiempo no se empeña en apartar por completo el carácter inevitablemente interesado que conlleva en su visión personal el sujeto cognoscente.

Las fórmulas del realismo —funcionales e incluyentes— están todavía por recoger sus mejores frutos. Hasta ahora la mayor parte de los esfuerzos analíticos insisten en las soluciones de tipo univalente. Sin embargo, los reclamos para conjugar forma y contenido, ser y deber ser, técnica y efectos concretos del derecho, amenazan cada vez con más fuerza en convertirse en una reacción teórica de dimensiones revolucionarias. A pesar de que la energía conservadora que albergan los fenómenos jurídicos es todavía un factor dominante entre los operadores del derecho, las presiones sociales por transparentar los mecanismos de decisión implican cada vez más una pugna por reducir la distancia entre los signos jurídicos y sus significados sociales.

## II. WEBER Y ROSS: DOS PROPUESTAS PARA REIVINDICAR LA REALIDAD

### 1. *El cotejo: arbitrariedad y paradojas*

Casi todas las comparaciones llevan una dosis fuerte de arbitrariedad. En este caso, cotejar dos autores tan disímbolos como Weber y Ross puede, a primera mano, parecer un disparate. Sin embargo, si nos situamos bajo el objeto del presente ensayo, no costará trabajo reconocer que ambos pensadores, en alguna parte de su obra, se ocupan expresamente de aportar soluciones para desarrollar un enfoque realista sobre los fenómenos jurídicos. Históricamente, no es dable

establecer muchas coincidencias entre los autores cotejados. Weber, como hoy se admite, es quizá el apoyo más consistente de la sociología contemporánea; su obra marca con perfiles definitivos la madurez de la disciplina sociológica y se ubica como una de sus referencias clásicas obligadas.<sup>20</sup> La *sociología comprensiva* puede ser calificada como una matriz para el desarrollo del estructural funcionalismo y como la gran visión alternativa al marxismo, en cuanto se ocupa de manera principal del desarrollo del capitalismo. Ross, por su parte, no tiene un peso equivalente para la ciencia jurídica, su obra no puede calificarse como paradigmática en términos kuhnianos. Es Ross, sin embargo, uno de los más destacados representantes de la *Escuela realista escandinava* que tiene sus dos grandes pilares en los maestros de Upsala Axel Hägerström y Karl Olivecrona.<sup>21</sup> A pesar de no aportar una dimensión determinante para el rumbo de la teoría jurídica, la obra de Ross perfila con gran claridad una propuesta realista para llevar a cabo el análisis jurídico.

El interés de seleccionar a dos autores como los que se mencionan al rubro del ensayo es que, uno de ellos —Weber— trabaja un perfil realista del derecho desde la sociología; el otro —Ross—, lo hace estando dentro de la propia ciencia jurídica. La visión alternativa que nos ofrecen estas dos perspectivas ilustra de manera prolija los alcances y las dificultades del realismo.

La paradoja que encubre el cotejo propuesto consiste en que Weber, con un instrumental analítico respecto de la teoría social mucho más poderoso que el de Ross, acepta de entrada que el derecho puede enfocarse desde dos perspectivas alternas: la dogmática y la sociológica. Sin embargo, Weber no se pronuncia sobre la conveniencia o la posibilidad de integrar un análisis único del derecho en el que estén presentes tanto los factores de validez formal, como los que se refieren a las conductas de los sujetos obligados y determinados en su móvil por el orden jurídico. Ross, en cambio, fue mucho más audaz en la propuesta y sí anunció la necesidad de desarrollar un ejercicio cognoscitivo integral del derecho que comprendiera tanto su vertiente formal como la empírica. La ambición rossiana apunta al monismo metodológico, mientras que la óptica de Weber se atiene al dualismo

<sup>20</sup> Vid. GINER E YVARS, "Max Weber y el método en las ciencias sociales" en *La acción social: ensayos metodológicos* (trad. Faber-Kaner y Giner), Ed. Península, Barcelona, 1984, p. 5.

<sup>21</sup> PATTARO, Enrico, *op. cit.*, (n. 1), pp. 10 y ss.

cognoscitivo, procedente del predominio neokantiano que vivió Alemania en el periodo del entresiglo.<sup>22</sup>

Más allá de las declaraciones de propósitos, en la obra weberiana hay numerosos rasgos que se identifican como piezas útiles para desarrollar un enfoque integral de lo jurídico. La riqueza comprensiva de la obra de Weber brinda una multiplicidad de asideros que favorecen el análisis articulado del fenómeno jurídico: derecho y orden; derecho y dominación; derecho y economía; derecho y religión, son todos traslapes deliberados que encuentran explicaciones en la teoría weberiana. Si a esto aunamos la formación jurídica original de Weber y su erudición para el manejo de la historia del derecho, resulta fácilmente explicable que reconozcamos en su trayecto analítico una gran cantidad de elementos para enriquecer la visión integral del derecho. Weber se mueve incluso con una enorme soltura en el tratamiento de temas que engloban un fuerte conocimiento técnico, como es el caso de las nociones derecho subjetivo, propiedad y contrato.

De todo el contexto teórico weberiano sin duda lo que más favorece el análisis realista del derecho, es el sentido histórico que entrañan sus reflexiones. La vinculación entre los fenómenos jurídicos y el desarrollo del capitalismo, primero, y la relación entre el derecho y las formas modernas de dominación, después, confieren a la *sociología comprensiva* un poder de penetración que hasta el momento no ha logrado ningún jurista que haya permanecido dentro del circunloquio de los territorios formales del derecho.

Las limitaciones analíticas de los juristas, procedentes de las acotaciones dogmáticas de su forma de saber, alcanzan también a Ross. Por más que éste haya prometido en su obra un compromiso con una visión integral del derecho, en realidad avanza poco después de formular en términos generales la sugerencia. Con encomiable lucidez fija los parámetros del análisis tradicional del derecho; llega incluso a una muy afortunada formulación de la dicotomía cognoscitiva, sintetizando las posiciones en torno de dos conceptos fundamentales: la validez —que alude a la parte no directamente empírica de los fenómenos normativos— y la eficacia —que corresponde a las concretas vivencias psicológicas de los sujetos cuando actúan bajo el

<sup>22</sup> Vid. FREUND, Julien, *Sociología de Max Weber* (trad. Alberto Gil), Ed. Península, Barcelona, 1986, pp. 37 a 40 y también FARIÑAS DULCE, M. José, *La sociología del derecho de Max Weber*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 97 a 111.

influjo de las normas jurídicas.<sup>23</sup> Pero Ross no pudo conjugar a favor de su propuesta un aparato de análisis tan completo como el weberiano. Sus propósitos realistas no consiguieron desentenderse fácilmente de la parte dogmática de su formación. Esto provocó que, en general, su perspectiva histórica sea pobre y que las relaciones del derecho con otros niveles de la realidad social surjan en la obra rossiana burdamente tejidas.

Entre los puntos fuertes de las reflexiones de Ross hay que contar sin duda el esfuerzo tan sugerente que realiza para demostrar que el derecho es un orden de funciones directivas y no realmente un código de significados culturales. El derecho es signo en sí mismo pero, sobre todo, mecanismo de ordenación que trabaja instrumentalmente para cualquier directriz valorativa; en especial, si esta se encuentra correctamente estructurada desde el punto de vista normativo. Los ejercicios de Ross se desarrollan a partir del gran ingenio que puso al servicio de su exposición construyendo verdaderas alegorías antropológicas: tal es el caso de su célebre *Tú-Tú*. Ross, sin embargo, hacia el final de su vida, giró más hacia el análisis lingüístico y estructural del derecho que hacia una verdadera concepción realista; una de las últimas obsesiones rossianas fue el problema de la autorreferencia semántica del orden jurídico, al que Luhmann después aludiría como el factor de circularidad del derecho.<sup>24</sup>

La paradoja que aparece de la exposición precedente podemos fijarla así:

a) Por un lado, Weber perfila en su sociología jurídica una perspectiva de análisis que logra más de lo que ofrece en relación con un enfoque integral y realista del derecho. La mayor riqueza weberiana en el tratamiento de los diversos niveles de la realidad social favorece la comprensión profunda de los análisis normativos, ya que es más fácil explicar el sentido de un código abstracto de conceptos como el derecho, a partir de la función que proyecta al exterior, que circunscribiéndose a la mera interpretación hermenéutica, y

b) Por otra parte, Ross consigue menos de lo que sugiere en relación con el tratamiento realista de los temas jurídicos, porque a final de cuentas su propuesta de un análisis integral de las vertientes de

validez y eficacia no se apoya en un desarrollo histórico que dé contexto a la verdadera función de lo jurídico.

No deja de ser llamativo que Weber, siendo sociólogo, acepte los procesos dogmáticos del derecho como una zona respetable para acercarse a lo jurídico y que sea, precisamente, del enorme respeto al sentido tradicional de los conceptos del derecho, de donde obtiene una energía especial para potenciar su análisis sociológico. En el caso de Ross, lo sorprendente es que, siendo jurista, se trace un derrotero teórico que correspondería mejor al programa de un sociólogo. Sin embargo, es del dominio deficiente de las variables exógenas al derecho de donde procede un influjo que, a la postre, debilita su análisis normativo, como Kelsen lo afirmó en un escrito polémico dirigido al propio Ross.

## 2. Los apoyos metodológicos

### 2.1 La sociología comprensiva... del derecho

#### a) Rasgos del método

Como bien lo destacan Giner e Yvars, Weber forma parte de un movimiento teórico en el que se acusa una reacción contra la sociedad positivista; en su propuesta, a pesar de que se mantiene un franco reconocimiento a la objetividad de la realidad, cobró importancia "la subjetividad humana y la tendencia del hombre a valorar su propio mundo".<sup>25</sup> Weber asume la idea del carácter positivo pero inabarcable de la realidad; las relaciones causales que enlazan los fenómenos que constituyen la objetividad exterior no se organizan en un sólo sentido y las posiciones de causa y efecto, por lo tanto, tampoco se caracterizan como referencias rígidas, sino como factores cambiantes que se transforman con la misma dinámica de sus relaciones. El carácter extensísimo de la realidad fuerza al intérprete a una selección de elementos y a un enfoque específico que dé cuenta de su sentido. Cualquier discriminación de datos supone una valoración determinada por parte del sujeto que conoce. Así, no hay posibilidad de conocer la realidad al margen de una cierta línea valorativa. Entre otros pasajes, para ilustrar nuestra afirmación, resulta útil el siguiente:

<sup>23</sup> ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho* (trad. Julio Barboza), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 15.

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, (n. 12), p. 40.

<sup>25</sup> GINER E YVARS, *op. cit.*, (n. 20), p. 6.

Ningún análisis científico "objetivo" de la vida cultural o —lo que quizás es algo más restringido, pero con seguridad no significa otra cosa para nuestros fines— de los "fenómenos sociales" es independiente de puntos de vista especiales y "unilaterales", de acuerdo con los cuales éstos son seleccionados, analizados y organizados como objeto de investigación.<sup>26</sup>

No hay conocimiento de la realidad que no sea un enfoque circunstanciado del agente que conoce y no hay tampoco una sola forma de conocer. Weber admite la pluralidad metodológica bajo la única exigencia de la consistencia con sus respectivas premisas; esta actitud lo salva de cualquier tentación dogmática que pudiera parcializar su análisis viciándolo de origen. La madurez cognoscitiva de Weber se revela con más fuerza cuando reconoce que la *sociología comprensiva* es sólo una de las soluciones posibles al problema del conocimiento de la realidad. Con gran claridad Weber establece que los fenómenos jurídicos, por ejemplo, generan una visión dual en la medida en que la dogmática es producto de una solución valorativa distinta de los elementos que determinan su enfoque.<sup>27</sup> Se produce, en este caso, un auténtico suceso de desdoblamiento cognoscitivo que ocurre por las finalidades diversas que persiguen los agentes cognoscentes. Por un lado, los juristas depositan en la dogmática sus expectativas de encontrar un lenguaje pragmático para la comunicación de los datos jurídicos; por otra parte, el sociólogo conduce sus explicaciones a la interpretación de los comportamientos colectivos.

Bajo la perspectiva weberiana, entonces, no sólo son relevantes los procesos causales que entrelazan a los sujetos sociales de un modo material, sino que también es necesario que el conocimiento sociológico se remonte a la comprensión y a la interpretación del sentido de las acciones sociales. La interacción en las colectividades no es producto de un movimiento fortuito, los agentes sociales se desplazan y se relacionan a través de acciones motivadas, cuyos móviles se definen y se construyen a partir del sentido subjetivo que dichos agentes atribuyan a sus propias relaciones.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> WEBER, Max, "La 'objetividad' cognoscitiva de la ciencia social y de la política social (1904)" en *Ensayos sobre metodología sociológica* (trad. José Luis Edcherry), Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1982, p. 61.

<sup>27</sup> WEBER, Max, "Sobre algunas categorías de la sociología comprensiva (1913)" en *Ensayos sobre metodología*, op. cit., (n. 26), pp. 187 a 189.

<sup>28</sup> WEBER, Max, *Economía...*, op. cit., (n. 4), pp. 5 a 13.

La categoría que permite ordenar el sentido de la acción social bajo una perspectiva histórica es la *racionalización*, idea que se refiere "a la capacidad de organizar técnicamente las actividades prácticas y al propio mundo de manera sistemática, sujeta a control y susceptible de cálculo".<sup>29</sup> Como lo explica Freund, Weber atribuye a la racionalización el carácter de una verdadera *sublimación* del sentido práctico de la vida que posibilita a los agentes sociales un creciente dominio del mundo exterior.<sup>30</sup> Así las cosas, puede afirmarse que una palanca principal de la *sociología comprensiva* es precisamente la orientación racional de la acción de los agentes sociales. La identificación de los móviles subjetivos permite establecer una anticipación probabilística de los efectos concretos de la acción; favorece el cálculo racional y la posibilidad de anticipar los resultados previsibles. Se trata, en una palabra, de la extrapolación del sentido de las relaciones de mercado a otros niveles de la vida social.

Uno de los aspectos más sonoros de la propuesta metodológica de Weber es lo que Freund denomina el "pluralismo causal". La *sociología comprensiva* rechaza de una manera deliberada cualquier enfoque determinista que pretenda proyectar un cierto nivel de la realidad social como el factor de factores que integran la vida de interacción, de hecho, aquí radica el deslinde más fuerte que Weber dirige contra el marxismo.<sup>31</sup> La realidad weberiana es polivalente y admite enfoques alternativos de las cadenas de causas y efectos que enlazan la vida de relación. La enorme complejidad y diversidad de la realidad llevan al reconocimiento explícito de la insuficiencia final del conocimiento y a plantear, resignadamente, que la actividad cognoscitiva tiene como meta mayor sólo la "posibilidad" o "probabilidad" objetiva. El mismo Weber desalienta el esfuerzo de efectuar una retrogresión causal exhaustiva en el conocimiento de los fenómenos causales; en realidad este ejercicio sólo tendría sentido como tarea para la identificación selectiva de las causas esenciales que ilustran la directriz de un determinado desarrollo.<sup>32</sup>

La tendencia a la racionalización, precisamente por el carácter complejo y extenso de la realidad, coexiste con su contratendencia: el

<sup>29</sup> GUTIÉRREZ, Griselda, *Democracia posible. El diseño político de Max Weber*, Ed. Coyoacán, México, 1994, pp. 62 y ss.

<sup>30</sup> FREUND, Julien, op. cit., (n. 22), pp. 22 y ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>32</sup> WEBER, Max, *Economía...*, op. cit., (n. 4), pp. 16 y ss.

irracionalismo, a partir del cual se plantea una fuerza antagónica de orientación de las conductas que tarde o temprano desemboca en el conflicto de valores. El antagonismo axiológico no tiene conciliación posible ni en la obra weberiana, ni en la realidad;<sup>33</sup> se trata de una tendencia insuperable que forma parte de la dinámica social. Es interesante este apunte porque se trata de un factor que incide de manera directa en la forma que Weber proyecta las relaciones de dominación como procesos combinatorios, que se ejercitan de acuerdo con una determinada fórmula de orden, la cual, a su vez, no es otra cosa que una combinación específica de valores e intereses en conflicto, histórica y culturalmente situados.

La sociología weberiana encierra un gran esfuerzo de construcción de conceptos y categorías; pero entre todas las herramientas analíticas que perfiló, a la que atribuyó más importancia fue a la del *tipo ideal*. Mucho se ha escrito sobre este elemento teórico, aquí nos concretaremos a transcribir algunos de los pasajes weberianos pertinentes: "La construcción conceptual de la sociología encuentra su *material* paradigmático muy esencialmente, aunque no de modo exclusivo, en las realidades de la acción consideradas también importantes, desde el punto de vista de la historia"; más adelante expresa: "(la sociología) en todos los casos, racionales como irracionales se *distancia* de la realidad, sirviendo para el conocimiento de ésta en la medida que, mediante la indicación del grado de *aproximación* de un fenómeno histórico a uno o varios de estos conceptos, puedan tales fenómenos ser ordenados conceptualmente".<sup>34</sup> El *tipo ideal* no es una categoría que pretenda reflejar de una manera inmediata la especificidad de una situación social, como es el caso del *modo de producción* en el marxismo, sino que se reconoce como una forma selectiva de aproximación al objeto y, muy enfáticamente, como una herramienta analítica que sirve para enfocar los procesos sociales, aunque no para prediseñar su sentido. El *tipo ideal* es un auxiliar contra la diversidad de la realidad social que ayuda a la sociología a rescatar el carácter *unívoco* de ciertos sentidos del comportamiento entre una infinita gama de casos diversos. La herramienta sociológica se define a partir de promedios; es decir, de manifestaciones tendenciales que pueden facilitar el conocimiento de los matices reales de la acción de los sujetos y cotejarlos contra sus proyecciones ideales, que se obtie-

<sup>33</sup> FREUND, Julien, *op. cit.*, (n. 22), p. 30.

<sup>34</sup> WEBER, Max, *Economía...*, *op. cit.*, (n. 4), pp. 16 y ss.

nen de la extrapolación lógica de ciertos rasgos históricos, procedentes de una multitud de situaciones con las que es posible establecer analogías, contrastes y conexiones.<sup>35</sup>

El análisis sociológico del derecho que plantea Weber es, en primer lugar, un punto de vista de los sucesos jurídicos, es decir de la historia real del derecho; pero, además, sugiere una explicación exhaustiva de la relación del derecho moderno con la economía de mercado y, finalmente, sitúa a lo jurídico en la perspectiva de los fenómenos de la dominación, atribuyéndole el carácter de una forma específica de legitimidad. La visión weberiana de lo jurídico da cuenta del derecho como un espacio de tecnificación de las relaciones sociales donde los sentidos se uniforman y se convierten en aceptación de un orden específico de dominación. El derecho es el signo más claro de racionalización que cruza el carril de la historia occidental y, precisamente, se constituye en referencia del sentido formal que adquieren los procesos institucionales en las sociedades contemporáneas.<sup>36</sup>

#### b) *El Derecho: objeto singular de dos métodos*

"Cuando se habla de *derecho, orden jurídico, preceptos jurídicos*, debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica".<sup>37</sup> Así inicia Weber el capítulo donde se propone estudiar las relaciones entre orden jurídico y orden económico. La diferenciación tajante de estos niveles de la realidad social corresponde a la distancia que hay entre la *validez* entendida como conciencia del deber o de la obligatoriedad de un orden, y la *causalidad*, cuyo significado corresponde a las secuencias materiales que ligan entre sí a los fenómenos naturales.

La consideración jurídica del derecho es la tarea propia de la dogmática que, según Weber, "consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres. (...) Procede de tal suerte en esa tarea que, partiendo de su indiscutible validez empírica trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares (...), para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción".<sup>38</sup> La dogmática, en síntesis se aboca a la interpretación y al desarrollo de un *orden*

<sup>35</sup> *Loc. cit.*

<sup>36</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 511, 531, 603 y ss.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>38</sup> *Loc. cit.*

jurídico ideal, cuyo ámbito se ubica en el deber ser.<sup>39</sup> Weber en cambio, define el *orden económico* como el proceso de distribución del poder de disposición efectiva sobre bienes y servicios que se produce consensualmente, según un determinado equilibrio de intereses. Entre ambas esferas: la fáctica de la economía y la ideal normativa del derecho, no existe ningún nexo causal. Con verdadero enfado, Weber recuerda la sentencia de Stammler, quien sin ningún reparo pretendió disolver la positividad de los procesos económicos en los cauces formales del derecho.<sup>40</sup> Si bien la dogmática jurídica y la economía carecen de una zona clara de contacto en el ámbito cognoscitivo, Weber reconoce, sin embargo, áreas específicas de vinculación entre estos dos factores, aclarando que la relación se produce en el plano del *ser*, es decir, cuando al derecho se lo observa sociológicamente: "como validez empírica".<sup>41</sup> Así las cosas, tenemos que concluir que el concepto *validez* mantiene una doble cara: por un lado —la validez *formal*— que concreta el sentido correcto de las normas que pertenecen a un orden jurídico; por otro —el de la validez *empírica*— que se refiere "a un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano". La validez, en su sentido formal, no es históricamente la causa de las conductas de los agentes sociales que se conducen influidos por las prescripciones jurídicas; los sujetos de una colectividad se mueven por evitar la reprobación moral y el rechazo, por una reacción rutinaria, o bien, por realizar algún interés económico específico. En este sentido, el derecho comparte el ámbito de la validez *empírica* al que concurren también otros órdenes normativos que regulan la vida social. Las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos radican en su validez formal y, sociológicamente, en la forma específica en que se organizan las garantías externas de cumplimiento; se trata de un tipo de orden que ofrece un grado elevado de "probabilidad" de realización. En este último sentido, la característica material más obvia del derecho la proporciona el "aparato coactivo" que asegura el sentido de sus prescripciones.<sup>42</sup> Así, la validez empírica se encuentra orientada en su aspecto esencial por la *idea de la anticipación y el cálculo*, que deriva del grado probable de ejecución de las conductas sociales

<sup>39</sup> Loc. cit.

<sup>40</sup> Hay traducción al castellano, vid. STAMMLER, R., *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia* (trad. Wenceslao Roces), Ed. Reus, Madrid, 1929.

<sup>41</sup> WEBER, Max, *Economía...*, op. cit., (n. 4), p. 254.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 28.

arbitradas jurídicamente. Y es precisamente la calculabilidad que otorga el derecho a las relaciones sociales lo que hace compatible a los órdenes jurídicos modernos con el sentido del mercado. El ámbito mercantil implica siempre dos tipos de elementos: el de los agentes que se mueven en busca de ventajas comparativas y el de las relaciones de competencia que se entablan a partir de ese tipo de conductas. La orientación racional de la conducta con arreglo a fines requiere de un sistema que compatibilice los intereses en juego; en ese sentido el derecho como racionalidad formalizadora ofrece caminos confiables.<sup>43</sup>

Parece que la propuesta weberiana, tal como quedó reseñada, se detiene un poco antes de sus conclusiones definitivas. Weber fija con claridad el carácter formal del derecho y lo distingue con gran rigor de las secuencias causales del mundo de la naturaleza, sin embargo, no explica con la misma generosidad porqué realmente se produce ese distanciamiento. Su desarrollo teórico es parcialmente omiso porque de la bifurcación entre la validez formal y la empírica hubieran podido derivarse explicaciones que colocaran al dualismo jurídico en una dimensión más profunda, sobre todo, comparada con aquella que ve en la división del enfoque dogmático con relación al sociológico, solamente un problema de perspectivas cognoscitivas. Así, aunque Weber haya mostrado adecuadamente, al tratar sobre la validez empírica, la funcionalidad del derecho respecto de la economía de mercado y de las formas contemporáneas de dominación, la demostración es incompleta, especialmente porque no busca recuperar el nexo entre la dogmática jurídica y los fenómenos sociales; de esa relación podrían haberse desprendido algunas claves explicativas de las conductas sociales encaminadas a la elaboración de significantes abstractos vinculados a la vida institucional. A fin de cuentas, las necesidades de orden interno que presenta el derecho surgen también de la realidad social y, por eso, siempre va a parecer excesivo eliminar *cualquier* tipo de contacto entre secuencias fácticas y postulados dogmáticos.

### c) "El proceso de forma-ferenda"

En la sociología jurídica weberiana hay un pasaje muy preciso sobre las fases lógicas que sigue el proceso de formalización de los

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 268 a 272.



fenómenos jurídicos. Primero, habría que recordar la asimilación que Weber efectúa de las categorías de formalización y racionalidad o, dicho más concretamente, el modo en que perfila el carácter formal del derecho como expresión de su propia racionalidad. De hecho, lo jurídico admite el calificativo de *racional* desde distintas perspectivas: puede, por ejemplo, ser racional en cuanto al tipo de proceso de legitimación que ofrece cuando se proyecta hacia las relaciones de dominación; es racional también por el modo en que se autoconstruye, es decir, por los mecanismos internos de desarrollo que define. La configuración formal del derecho implica una racionalidad de tipo interno o propia del ámbito jurídico que se refiere a los procedimientos de creación, consolidación y desarrollo del mismo orden normativo.

Para Weber, las fases del desarrollo formal del derecho son:

1) la *generalización*: que es la reducción de la diversidad causal de los fenómenos sociales a *principios* de tipo axiomático-prescriptivo; o como también puede inferirse, la generalización alude a la *sublimación lógica* de la realidad a través de la condensación semántica del sentido plural y diverso de la casuística.<sup>44</sup>

2) la *construcción*: que alude a "la determinación de los elementos *jurídicamente* relevantes de una acción comunitaria que se desarrolla en forma típica, y de la lógica que permite coordinar tales elementos, o lo que es igual: pensarlos en una *relación jurídica*",<sup>45</sup> y

3) la *sistematización*: que "consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas...".<sup>46</sup>

Las tres fases descritas no se definen a partir de los hechos sociales y de las necesidades de orden que pueda acusar una específica colectividad, sino que se perfilan como procesos articulados a través de ejercicios lógico-analíticos. Así, el orden jurídico se pertrecha para asumir la realidad, pero a través de sus propios conductos de calificación. Con todo, la llamada *sublimación lógica* de los niveles empíricos debe ser mesurada, porque si los criterios *constructivos* se auto-

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 509.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 510.

<sup>46</sup> *Loc. cit.*

nomizan demasiado, el resultado puede producir "una deficiente captación constructiva de las relaciones vitales",<sup>47</sup> como lo expresa Weber.

Los mecanismos autoconstructivos del orden jurídico se completan con los medios técnico-jurídicos que se desarrollan en la práctica del derecho. La diferencia entre lo jurídico material y lo jurídico procesal, es un buen ejemplo al respecto. La especialización de un área donde se regulan procedimientos y se proyectan las disposiciones prescriptivas del derecho hacia los hechos jurídicamente relevantes, es la mejor garantía del control lógico y uniformador al que se somete la diversidad social. Esta dicotomía engarza con otra que resulta también esclarecedora; me refiero a la que se produce entre las normas propiamente dichas y su *aplicación*. Aunque la realidad social, por obvias razones tenga un rango más amplio que el del orden jurídico, el proceso lógico-analítico de aprehensión de los hechos y la capacidad reproductiva de sus principios, confieren a lo jurídico una enorme capacidad de adaptación. Esta elasticidad del derecho es la que permite que se autopresente como un orden completo; es decir, sin lagunas evidentes. Lo que se sacrifica a fin de cuentas es la diversidad de la realidad que tiene que ceder ante este complicado sistema de conceptos, principios, tipificaciones y analogías que constituyen los calificativos jurídicos.

De regreso al concepto de racionalización, cabría afirmar que, en términos weberianos, el poder disciplinador del derecho —antes de considerar sus relaciones con cualquier otro nivel de la realidad social— procede de la potencia ordenadora de su propio sistema de conceptos y del equilibrio que éste guarda con la realidad sobre las que pretende proyectar sus prescripciones. La coherencia sistemática del derecho irradia de dos focos principales: la tradición racionalista que impera en la cultura jurídica occidental y la práctica dogmática de los juristas que, de este modo, se yerguen como verdaderos ingenieros del control social. Los juristas no son, sin embargo, artífices de un plan único y totalmente preconcebido, sino más bien los portadores de una forma conservadora de actuar que garantiza el sentido secuencial de los comportamientos humanos.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 511.

## 2.2 "Hacia una ciencia realista": la promesa de Ross

### ā) La apuesta contra el dualismo

Desde la introducción a su obra *Hacia una ciencia realista del derecho*, Ross manifiesta con energía su rechazo a los enfoques tradicionales de la ciencia jurídica, porque considera que se trata de aproximaciones parciales que han dejado de lado uno u otro de los factores que integran el concepto del derecho. Contra las corrientes tradicionales, Ross propone concebir el derecho "al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos, y como una norma obligatoria en el de la moral o de los valores".<sup>48</sup> Bajo esta sentencia se rechazan tanto las perspectivas dualistas de tipo metafísico que se establecen entre la realidad y los valores absolutos, como toda concepción que, sobrevalorando alguno de los polos del derecho —validez o realidad—, pretenda aniquilar al otro. Para Ross, el derecho es un producto híbrido al que concurren tanto nociones de validez como de realidad. Sin embargo, el problema que plantea el conocimiento de los fenómenos jurídicos no es trivial, ya que el sentido del derecho, como el de otros fenómenos sociales, no se encuentra a la luz. Es necesario que quien analice los datos jurídicos penetre en una gruesa cortina de pseudo-problemas cognoscitivos y representaciones falsas que se han tejido en perjuicio de una visión directa de los procesos normativos, por la falta de rigor de los enfoques tradicionales del derecho. Amén de la distorsión teórica, el orden jurídico sólo puede ser descrito y comprendido a través de conceptos complejos que respeten los distintos matices del objeto.<sup>49</sup>

Lo que más atrae del planteamiento rossiano es el optimismo cognoscitivo que lo lleva a sostener la posibilidad de construir una perspectiva de análisis unitario para comprender al derecho. Conviene transcribir algunas de las afirmaciones al respecto. "Desde que ni la realidad ni la validez pueden ser eliminadas por el concepto del derecho, la dialéctica sólo puede ser superada mostrando que realidad y validez. (...) no son categorías irreductibles que se excluyan mu-

<sup>48</sup> Ross, Alf, *loc. cit.*, (n. 23).

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 19.

tuamente".<sup>50</sup> Junto a esta aserción podemos colocar otras de alcance similar, por ejemplo: "el derecho depende realmente de una interacción íntima y de una fusión de validez y realidad".<sup>51</sup> Con proposiciones como éstas, Ross traza los cimientos de una búsqueda integral del concepto del derecho; sin embargo, su obra no contó con el desarrollo conceptual de la teoría sociológica que le hubiera permitido transitar con éxito por la perspectiva del análisis integral.

La primera dificultad surge por la forma en que Ross caracteriza la *validez*. Al respecto, cabe mencionar que se aparta de la solución kelseniana y, a cambio, ofrece una hipótesis psicologista del fenómeno, atribuyendo el papel principal de la explicación al sentimiento de obligatoriedad que experimentan los sujetos sociales en relación con determinadas prescripciones normativas. Ross niega que la validez pueda ser objetivamente definida: "en realidad se trata sólo de una palabra";<sup>52</sup> sin embargo, detrás del concepto se albergan ciertas situaciones fácticas, que no pueden ser otra cosa que las vivencias emocionales de los sujetos que se expresan en racionalizaciones conceptuales. Aquí, el concepto de validez se imbrica con el de racionalización y resulta oportuno aclarar que, en la obra de Ross, esta última categoría no tiene ninguna vinculación con su sentido weberiano, hoy ampliamente difundido. Racionalización, en la obra rossiana quiere decir propiedad de *representar*, o *encarnar* ideas, creencias y sentimientos. Y si acaso, el sentido del concepto se extiende también al uso o suerte social de las formas conceptuales o técnicas que se concretan en virtud de la susodicha racionalización.<sup>53</sup> Según lo expuesto, el contenido genuino de las nociones de validez consiste en ciertos fenómenos psico-físicos que se refieren a la organización de conductas desinteresadas de los sujetos sociales. Estas actitudes, pasadas por las facultades conceptualizadoras del intelecto, devienen conceptos y finalmente, llegan a percibirse dentro de las colectividades como algo objetivamente dado.

A medida que Ross esboza el carácter psicológico del trasfondo del concepto de validez su explicación se torna más intrincada. Al respecto hay que decir que Ross reconoce una continuidad en los sentimientos morales que responden a situaciones o a estímulos análogos

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 20 y ss.

y que, por esa secuencia continua, podríamos remontarnos hasta las sociedades arcaicas y encontrar en sus visiones rústico-mágicas la inspiración y los influjos que hasta la fecha acompañan a los sentimientos jurídicos.<sup>54</sup> Bajo esta línea de reflexiones, las concepciones del derecho enraizan en un ámbito relativamente incierto —parecido quizá a la conciencia colectiva que Durkheim define— al que podríamos denominar, ante la ausencia de una manera expresa de nombrarlo por parte de Ross, el *inconsciente colectivo*. En esa especie de limbo de significados y sedimentaciones tradicionales, residen los “oscuros presupuestos” de las concepciones jurídicas. Las vivencias del orden mágico-místico de las sociedades arcaicas fluyen hacia el presente y coinciden con el contenido que hoy se atribuye a ciertas vivencias de carácter jurídico-moral, cuyo trasfondo es el móvil desinteresado de los sujetos que actúan compelidos por el sentimiento del deber. Las vivencias racionalizadas de la obediencia, fueron antes y son ahora, los “nexos psíquicos” que vinculan a los sujetos a través de una influencia de “tipo sugestivo”, a partir de la cual se ordenan sus comportamientos.<sup>55</sup>

Ya descrito el origen místico-mágico de las nociones jurídicas Ross intenta una explicación de cómo las creencias, las ideas y los sentimientos desinteresados que se fijan en esa suerte de idiosincrasia o de inconsciente colectivo se expresan después en reglas que se depuran a través del uso y de la función, hasta adquirir sentido práctico en el plano del derecho.

Basta con pesar que el concepto de validez de Ross pertenece de lleno al ámbito de los hechos para comprender hasta qué punto se opone, y de plano desecha, los logros kelsenianos sobre el particular; con Kelsen, el concepto de validez había quedado instalado como pieza principal para la comprensión de los nexos lógicos que ligan al sistema normativo. La validez rossiana es fáctica y semiótica; esto último, en la medida que resalta su carácter de signo y representación expresiva. Por la importancia de esas afirmaciones, es preferible citar literalmente a Ross, quien para superar el dualismo de enfoques en la teoría jurídica propone: “introducir en lugar de la validez en el sentido de una categoría radicalmente discrepante de la realidad, la vivencia de validez (en el sentido de ciertas actitudes de conducta

<sup>54</sup> *Loc. cit.*

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 90 a 100.

reales) que están debajo de esta racionalización y que ésta simboliza”.<sup>56</sup>

El derecho, como concepto complejo, combina tres factores psicofísicos de la realidad: una conducta interesada, que corresponde a la obediencia por temor a la coacción; una conducta desinteresada, que se orienta por el sentimiento del deber y, finalmente, una interacción de los dos factores anteriores; es decir, de la realidad y la validez.<sup>57</sup> No hay que agregar demasiado; resulta obvio que Ross, a querer o no, sacrifica el carácter específicamente normativo del derecho, porque su concepto de validez está propuesto como un signo que representa la realidad de modo inmediato y, el derecho, como se ha visto, justamente concreta un ámbito intermedio donde la realidad es redefinida a través de cauces formales y normativos. De la explicación de Ross no se infiere el porqué en las colectividades existe la necesidad de expresar la realidad a partir del propio orden jurídico, como si se tratara, en el caso de este último, de un sistema exterior a la misma realidad y en todo caso autoconstructivo; es decir, no dependiente en su desarrollo de una influencia inmediata de los factores materiales de la vida social.

#### b) *Los virajes rossianos*

En una etapa intelectual posterior, Ross replanteó el tema de la validez y esgrimió matices distintos. Para tal efecto, utilizó la metáfora de los comportamientos de dos jugadores confrontados en una partida de ajedrez. Son las reglas del juego en ese caso, las que confieren sentido a la acción recíproca de los sujetos contendientes: las reglas ordenan su proceder y, al mismo tiempo, califican el sentido de la acción. Según este planteamiento, la parte tangible del juego de ajedrez se concreta en la experiencia de los jugadores, cuyos movimientos se encuentran motivados por el sentido de las reglas del juego. Las reglas, por su parte, no existen al margen de las vivencias concretas de los jugadores; “son, pues, el contenido ideal abstracto de naturaleza directiva que posibilita, *en tanto esquema de interpre-*

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 88 y ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 90.

tación, comprender los fenómenos del ajedrez como un todo coherente de significado y de motivación".<sup>58</sup>

Como se puede constatar, la evolución rossiana remedió en alguna medida la estrechez de límites que, en la teoría de juventud, se había autoimpuesto al sujetar sus explicaciones al nivel psicológico de los agentes sociales. En cambio, el Ross maduro avanza en la comprensión de los fenómenos jurídicos y vuelve a enfatizar el carácter de totalidad y sistema que subyacen en el orden normativo. Por otro lado, en esta etapa posterior, también se matiza bastante su concepción sobre la función del orden jurídico, porque hasta antes de que el derecho fuera concebido como "esquema de interpretación" de las conductas, no resultaba claro su modo específico de aportación a los procesos de orden dentro de las sociedades. Sin embargo, no deja de ser contradictorio en algún grado que Ross reincida en la recuperación de los datos sistemático-formales del derecho, sobre todo cuando se tiene en mente el desliz fuertemente empírico de su concepto original de validez.

La madurez rossiana, en síntesis, no armoniza completamente con las tesis juveniles. Cuando Ross en *Sobre el derecho y la justicia* define al *derecho vigente* como al "conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque son vividas como socialmente obligatorias",<sup>59</sup> obviamente falla en el intento de presentar una visión unitaria e integrada de lo jurídico, porque, como salta a la vista, no hay una conexión precisa entre "las ideas abstractas que califican los fenómenos del derecho" y estos últimos. Tal parece que Ross no escapa a su temido pasadizo de los espejos; el hecho y la norma, en su explicación siguen ofreciéndose como "la infinita vista de los espejos paralelos".<sup>60</sup>

En *Hacia una teoría realista del derecho*, Ross intentó "reducir" la dualidad del derecho y eliminar la polaridad que, según él, se establece entre validez y fenómenos históricos relevantes para el derecho. El círculo vicioso consiste en que ambos polos de la relación aparecen como determinantes uno del otro. La solución rossiana, como se sabe,

fue transformar la validez en fenómeno de la realidad. Sin embargo, la transferencia no se efectúa de manera legítima, porque no consistió solamente en situar los fenómenos normativos en la perspectiva histórica que les corresponde, sino que, además, se quiso atribuir al concepto de validez un contenido empírico de muy dudosa consistencia.<sup>61</sup> A la postre, Ross enmendó parcialmente el argumento original y en *Sobre el derecho y la justicia* se sintió obligado a volver a considerar la idea del derecho como orden de normas y como sistema de calificación de conductas. Por desgracia no hay una evidencia clara del proceso autocrítico que condujo a Ross a la reformulación de sus propuestas. Sin embargo, puede afirmarse que su intento primigenio fracasó, en la medida que no le fue posible sustancializar la validez y rellenar el concepto con la vaga aserción de las "vivencias morales racionalizadas". Una genuina visión realista del derecho, hubiera tenido que explicar la relación, o mejor dicho, la mutua funcionalidad entre aspectos normativos y conductas jurídicamente motivadas. Los datos específicamente normativos del derecho no pueden abatirse; como tampoco resulta prescindible la referencia a las conductas efectivas de los destinatarios del orden jurídico. La dilusión de cualquiera de estos dos brazos cognoscitivos "uno en el otro" conduce a la parcialización del objeto y a la linealidad metodológica. Una verdadera teoría realista no está autorizada gnoseológicamente a prescindir de la historia y, en el caso de Ross, da la impresión que sus conceptos devienen poco funcionales para la aprehensión de los contextos históricos.

En su etapa teórica final, Ross dirigió sus reflexiones hacia la previsibilidad de las conductas y, aunque con matices no muy anunciados, fue aproximando el concepto de validez al de la vigencia del derecho. En el trayecto, terminó por desechar la validez en sentido normativo, porque consideró que se trataba de una desviación ideológica inconsciente, en la que incurrieron los formalistas con Kelsen a la cabeza. "La noción normativa de validez —concluyó afirmando— es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado".<sup>62</sup> La definición rossiana de orden jurídico racional como "cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física",<sup>63</sup> abre el panorama al planteamiento dialéctico según el cual: "el poder com-

<sup>58</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió), Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 17.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 18; así mismo, *cfr.* Ross, Alf, *Hacia una ciencia...* (n. 23), p. 108.

<sup>60</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...* (n. 23), p. 83.

<sup>61</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 121 y 125.

<sup>62</sup> Ross, Alf, *Sobre el Derecho...* (n. 58), p. 375.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 51.

pulsivo del derecho está en función de su validez e inversamente, la última está también en función de la fuerza".<sup>64</sup> Bajo esta perspectiva, poco a poco, el eje fáctico de la noción de validez se muda de los "hechos psicofísicos de la racionalización de las vivencias morales", a los actos concretos de aplicación del derecho a través de la función judicial. Ross esgrime al respecto que, "el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares".<sup>65</sup>

La verificación de la vigencia del derecho consiste precisamente en su aplicación judicial, sólo a través de los cauces procesales se condiciona jurídicamente el ejercicio de la fuerza y su aplicación a las soluciones específicas que recaen a los conflictos que se plantean ante los tribunales. En consecuencia, el respaldo moral del derecho no proviene ya de la aceptación de los particulares, como llama Ross a los destinatarios mediatos de la norma, sino del asentimiento de los jueces. "Jamás será posible edificar un orden jurídico eficaz —afirmó— si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor".<sup>66</sup>

Con su rectificación teórica, Ross no hizo sino desplazar el punto por donde decidió sumergir originalmente el concepto de validez en los hechos. Si antes la validez devino "experiencias racionalizadas del sentimiento del deber", ahora resultó determinación recíproca de la eficacia del orden jurídico y, especialmente, hecho judicial de aplicación de las mismas. Pero como antes, Ross volvió a eludir el carácter específicamente normativo y sistemático del orden jurídico.

### 3. El Derecho en la perspectiva del orden

#### 3.1 El sentido de la acción social: hilo conductor

##### a) Las secuencias weberianas

Aunque la obra weberiana se puede cruzar con sesgos de lectura muy diversos, fácilmente se reconoce que el proceso de construcción de orden dentro de las sociedades es un eje vertebral.<sup>67</sup> Como la vida

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>67</sup> Cfr. PARSONS, Talcott, *La estructura de la acción social* (trad. J. J. Caballero y José Castillo), Ed. Guadarrama, Madrid, 1968, 2 vols., pp. 797 y ss.

en común es un proceso que continuamente se construye por los sujetos que lo protagonizan, es natural que el énfasis principal en la comprensión de los fenómenos sociales se deposite, justamente, en los factores y sistemas que producen el sentido que orienta la acción de los sujetos: sólo a partir de un análisis así, se hace posible determinar los factores causales que vinculan las secuencias y las regularidades de los comportamientos. Si se aceptan estas premisas, cabe asentar que la mayor energía comprensiva deberá ocuparse en los procesos en virtud de los cuales los grupos humanos califican, distribuyen y mantienen las funciones sociales diferenciadas que ejecutan sus miembros. Hay siempre, en una directriz cognoscitiva de este tipo, la búsqueda de un sentido que fluye inmerso en la vida de relación, porque los sujetos que interactúan atribuyen a sus actos determinadas orientaciones, las que proceden, tanto de sus pretensiones o motivos subjetivos, como de la referencia que les ofrece el conjunto de acciones exteriores de los sujetos que coparticipan en la relación.

El sentido de la acción social no suele ser fortuito, o más concretamente, sus proyecciones históricas son constructivas y, por lo tanto, impiden que se trate simplemente de actos inciertos. La acción social procede regularmente de sucesos *recíprocamente referidos* y, estas referencias, pueden también extenderse y estabilizarse en un sentido que a la postre deviene institucional. La acción social es *constructiva* en la medida en que su regularidad y su complejidad van encarnando sistemas clasificadores y aparatos sobre los que, finalmente, se sustenta el orden social. Bajo esta lógica, Weber dispone sus conceptos de menor a mayor, siguiendo el criterio del grado de concreción material del sentido que engloban determinadas acciones sociales. Así, va de la *acción*, al *sentido* y a los *motivos* para fijar un primer nivel de análisis, que concluye con los criterios que califican la racionalidad de los actos sociales. En un segundo plano de complejidad, se sitúa la categoría: *relación social* —"conducta plural que, por el sentido que encierra se presenta como recíprocamente referida y orientada por esa reciprocidad"—.<sup>68</sup> Como calificativas de la relación social, Weber se refiere a condiciones como la *probabilidad* de la reiteración de su sentido y, por lo tanto, a su *regularidad*. Justo en la estabilización del sentido de la acción radican los sedimentos

<sup>68</sup> WEBER, Max, *Economía...*, op. cit., (n. 4), pp. 21 a 23.

del orden o los órdenes sociales. Cuando el sentido de una relación adquiere carácter permanente se vuelve elegible para "ser formulado en forma de máximas". En estas máximas se encuentra ya presente el germen normativo.

La noción de *relación social* se presenta como preámbulo para las distintas formas que asumen las *relaciones regulares*, cuando se convierten en *usos, modos, costumbres, convenciones y derecho*. Así como sucedió al concluir el primer nivel de análisis, de nueva cuenta Weber introduce al final de este segundo bloque, un sistema calificativo; en este caso, ya no es la *racionalidad* el criterio de evaluación, sino la *legitimidad*. El *orden legítimo* es la categoría básica en este nivel de análisis y, las formas de legitimidad, constituyen el factor principal para el desarrollo de las tipologías relativas a las situaciones de aceptación por parte de los agentes sociales. Como condición específica del *orden legítimo*, hay una categoría fundamental: la *validez*, a la que Weber define como la *regularidad probable* del sentido de la relación social en razón de que los sujetos protagonistas se *representan* dicho sentido como obligatorio. Así, hay orden cuando el sentido de la acción social se orienta por *máximas* y, el orden es válido, cuando se proyecta a los sujetos que lo constituyen como modelo de conducta. La legitimidad, por su parte, consiste en el prestigio de la obligatoriedad que tienen las normas que regulan el orden; es decir, su validez.<sup>69</sup> No pueden dejarse de percibir en estas definiciones los resabios kantianos de la *sociología comprensiva*; sin embargo, las fuentes racionalistas están mucho mejor ubicadas dentro de la teoría social en el caso weberiano.

Una distinción clave dentro de la *sociología comprensiva* es la que se produce entre validez "normativa" y validez *empírica*; la primera alude a las condiciones prescriptivas internas de un orden normativo, la segunda, a la conciencia de lo obligatorio que sirve de móvil a la conducta de los sujetos sociales. De las dos cuerdas anteriores Weber apartó la que conduce a la validez normativa, confinándola al espacio específico del pensamiento dogmático. La sociología del derecho se desarrolla realmente sobre la noción de *validez empírica*, ya que su objeto "son los comportamientos humanos en cuanto se orientan subjetivamente por un ordenamiento jurídico considerado como válido".<sup>70</sup>

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 23 a 30.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 251.

Los distintos órdenes legítimos se distinguen por la forma en que se plantean sus sistemas de garantías. Existen tipos de aseguramiento íntimos, que tienen relación con la entrega sentimental y con las creencias morales o religiosas. También existen formas de garantía externa, como ocurre con los órdenes que implican un cálculo de los agentes en relación con sus intereses o, en general, con las consecuencias externas de sus actos. A este último género de órdenes calculables pertenecen la *Convención* y el *Derecho*. El matiz que especifica a cada una de estas nociones con respecto a la otra, es el grado de especialización que se alcanza en el ejercicio de la *coacción*. En ambos supuestos radica una amenaza o constreñimiento que se dirige a impedir el incumplimiento por parte del sujeto destinatario de la prescripción. En el caso de la *Convención* —"costumbre que dentro de un círculo de hombres se considera *válida*"— la garantía consiste en la reprobación general por parte de la colectividad. En tratándose del derecho, lo característico es que la coacción se ejecuta a través de un cuadro especializado y en esto consiste precisamente su diferencia específica.<sup>71</sup>

A esta altura, surge el tercer nivel de conceptos weberianos: más allá de la noción de *orden legítimo* se encuentra el ámbito conceptual de los *aparatos* o *institutos*. A este renglón analítico corresponden: el cuadro de especialistas que arbitra la coacción y los conceptos de *asociación* y *sociedad* —descritos como relaciones sociales relativamente cerradas que garantizan la conservación de su propio orden interno—, en cuanto requieren también de cuadros dirigentes y administrativos. En estos casos, el sentido de la acción social expresa su potencia constructiva a través de proyecciones materiales —aparatos—, donde se generan espacios sectoriales productores de orden.<sup>72</sup>

Los trazos conceptuales que abren la *sociología comprensiva* constituyen el mejor marco analítico para comprender y para contextualizar la comprensión del derecho. La categoría de *orden legítimo* funciona como pivote de la secuencia conceptual que lleva a ubicar a lo jurídico dentro del proceso de construcción de orden de las sociedades. A su vez, el estudio del derecho, resulta un campo cognoscitivo muy favorable para el desarrollo de los ejercicios analíticos weberianos.<sup>73</sup> Esta feliz coincidencia produjo una sociología del derecho que, en sus

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 39 y ss.

<sup>73</sup> FARIÑAS, Dulce, *op. cit.*, (n. 22), pp. 149 y ss.

parámetros principales, no ha sido mejorada; al contrario, los tópicos de la sociología jurídica weberiana, reclaman todavía desarrollos consecuentes.

#### b) *El derecho en la pluralidad de órdenes*

Las regularidades en el comportamiento social se producen a partir de distintos procesos. Weber destaca dos formas de producción de orden que obedecen a cauces diferentes. Por una parte, se refiere al *orden económico*, cuyas directrices emergen del "modo de actuar de los participantes", quienes imprimen a sus actos la orientación que les proporciona el conocimiento subjetivo de sus *intereses*.<sup>74</sup> En un concepto todavía más contundente, Weber definió al *orden económico* como "a la distribución del poder de disposición efectivo sobre bienes y servicios que se produce por consenso".<sup>75</sup> Por otro lado, se encuentran las órdenes que se construyen bajo el criterio de validez —como el derecho, la conveniencia y la moral—; todos estos sistemas comparten el espacio con la forma más diáfana de los comportamientos regulares, la costumbre.

En un intento por simplificar la propuesta weberiana se puede afirmar que los grandes codificadores de la vida social son: el mercado, los sistemas de calificación de la conducta social u órdenes normativos y la costumbre. Esta última aporta la versión más sencilla del orden social. Cabe aclarar que los usos inveterados no siempre reúnen la conciencia plena de los agentes sociales; en ocasiones la costumbre linda con los hechos mecánicos de la repetición rutinaria o de la imitación irreflexiva. Esta aportación weberiana parece particularmente valiosa porque fija con mucha claridad el sentido ordenador que tiene el mercado respecto de los agentes sociales. Sin embargo, en el caso de la organización mercantil de la sociedad no se trata sólo de una ordenación espontánea de los agentes económicos, sino de una necesidad de la propia economía que presiona a los individuos para que actúen en la línea de la realización de sus intereses materiales. La base convencional del orden del mercado se hace fluida cuando descansa sobre una plataforma ordenadora mayor, que se finca, a su vez, en las costumbres y en los órdenes normativos de la sociedad. Los

<sup>74</sup> WEBER, Max, *Economía...* (n. 4), p. 24.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 251.

distintos focos sectoriales del orden se coordinan y son recíprocamente complementarios. Lo dicho no significa que las regularidades del comportamiento que genera el *orden económico* sean menos eficaces que las procedentes de un orden normativo; no es extraño que la movilización en persecución de intereses determinados produzca efectos ordenadores de mayor contundencia que los sistemas formalmente reguladores. Ahora bien, de acuerdo con los procesos de racionalización, el *orden económico* ofrece un cauce por el que es posible *sublimar* la sumisión rutinaria a la costumbre y sustituirla "por la adaptación planeada a una situación objetiva de intereses".<sup>76</sup> La racionalidad de los fines es, en sí misma, una condición ordenadora de la acción que deliberadamente se propone alcanzarlos.

Los órdenes de naturaleza normativa interceptan normalmente el ámbito de los intereses económicos, que pueden resultar afectados de múltiples maneras por la existencia y la aplicación de determinadas normas jurídicas. El derecho puede constreñir a los individuos en algunas circunstancias, o bien, como es lo esperable, asegurar sus expectativas a través de la proyección estabilizadora y regularizadora de sus normas. Como afirma Weber reiteradamente hasta convertirla en una de sus tesis más frecuentes: el derecho confiere, a partir de su racionalidad formalizadora, un carácter previsible y calculable al despliegue mercantil de los agentes económicos. Las garantías externas del orden jurídico, cifradas en su coactividad, son particularmente visibles y ejercen un influjo preventivo y orientador sobre los comportamientos sociales.<sup>77</sup>

El siguiente aspecto a tratar tiene que ver también con la pluralidad de sistemas productores de orden. Como Weber lo expresa de manera temprana, los órdenes pueden ser convencionales —cuando se gestan a través de acciones que se vinculan en sentido horizontal— u otorgados —cuando ocurren verticalmente como prescripciones obligatorias de una voluntad superior—. <sup>78</sup> El derecho es un tipo de orden que participa de ambos procesos. En el plano convencional, sin embargo, comparte su función estabilizadora con los sistemas de usos, modas y convenciones que vinculan a los agentes sociales. También entre los órdenes otorgados coexisten sus características coactivas con otros ordenamientos; por ejemplo, los de tipo hierocrático. No debe

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 268 a 270.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 30.

extrañar que en determinadas circunstancias la contundencia de la coacción *no violenta* de un orden de tipo religioso desplace en importancia al derecho y a la fuerza ejecutora del estado.<sup>79</sup>

Weber subraya que, sociológicamente no es factible proponer de modo mecánico una solución en la que invariablemente la coacción procedente del ejercicio estatal se reconozca como la fuerza motriz principal de los procesos ordenadores. Hay asociaciones cuya existencia acontece al margen del estado y que, sin embargo, generan también influjos obligatorios importantes sobre los sujetos sociales. Estos aparatos que sectorizan el sentido de las conductas en una forma institucional, a menudo participan del sentido general de las disposiciones estatales e incluso las completan dentro de sus respectivos ámbitos de acción. En esto, Weber sugiere la existencia de un sentido del orden institucional que desborda las dimensiones del control coactivo que aplican los estados.<sup>80</sup> El estado y el derecho devienen así referentes específicos o piezas que operan en un campo mayor. Al derecho cabe, eso sí, un enorme grado de especialización y de desarrollo técnico que le confiere un papel histórico destacado dentro de la cultura institucional de los países occidentales. No obstante, el orden jurídico no evita que, en algunas circunstancias, sus disposiciones prescriptivas se coalicionen con normas procedentes de otros órdenes parciales.<sup>81</sup> Este tipo de conflictos forman parte de la normalidad de los procesos de construcción de orden y son, por lo tanto, inevitables. La resolución del choque de sistemas ordenadores no siempre se ha resuelto, por cierto, en favor del derecho. Sin embargo, los colapsos y fisuras generalmente no deponen el sentido genérico del marco institucional de una sociedad determinada.

Un sesgo interesante en el pensamiento weberiano consiste en el carácter plurilineal que atribuye al orden. La *sociología comprensiva*, por sus premisas metodológicas, no puede asumir la existencia de un sólo sentido de ordenación. Es frecuente que se traslapen e incluso que se confronten diversas concepciones de orden y que, sociológicamente, se tenga que conceder validez a todas, porque este último concepto está sujeto en su extensión a la aceptación real de los sujetos.<sup>82</sup> La naturalidad de la sociología para abordar la pluralidad

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>80</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 32 y 40.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 26.

del sentido del orden, contrasta desde luego con las más rancias tradiciones jurídicas; dentro del derecho, los especialistas han trabajado por la neutralización de las contradicciones en el aparato dogmático. En este sentido, los juristas pueden calificarse como fieles herederos de la lógica aristotélica, la que no pocas veces han empleado al servicio de la armonización estructural del derecho.

### c) *Las peculiaridades del orden tecnificado del derecho*

Si nos ocupamos de las relaciones entre *orden económico* y *orden jurídico*, ahora toca el turno a los vínculos que se establecen entre derecho, costumbre, convención y moral. Para ser consecuentes con Weber, lo primero que habría que plantear, por su proximidad apremiante, es la relación entre *costumbre* y *convención*. La primera alude en su versión más sencilla al uso "de una conducta típicamente regular"<sup>83</sup> Se trata de una movilización de masas donde se diluye el sentido *mentado* y subjetivo de la acción. El concepto de *convención* se acota en dos sentidos: primero, se refiere a un grupo de hombres relativamente delimitado. La forma en que se garantiza la validez de la convención, es la reprobación general que recae a las conductas contrarias al sentido de sus máximas. La reprobación se puede expresar incluso a través de reacciones organizadas en las que participan deliberadamente los miembros del grupo: en este caso se le caracteriza como *boicot*. La distinción entre *convención* y *costumbre*, radica en el mayor grado de complejidad orgánica que corresponde al orden convencional pero, sobre todo, al paso por el *consensus*. Una convención corresponde a un sentido de la acción social y de las relaciones que se propagan horizontalmente entre los agentes sociales, cuya aceptación legítima su carácter obligatorio. La *convención* en sí, se estructura a través de la organización del sentido de ciertas costumbres y de la articulación del tipo concertado de reacción social que genera dentro de un grupo acotado.<sup>84</sup>

Entre *derecho* y *convención* existe también una secuencia parecida. Las máximas del orden convencional entrañan una tendencia a la estabilización y al control especializado. Sin embargo, a diferencia del derecho, el orden convencional no supone la existencia de apar-

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 259 y ss.



tos *ad hoc*; sus funciones de control no se ejercen desde asociaciones específicas, sino a partir de acciones privadas y a título no formal. El derecho, en cambio, supone un grado muy elevado de organización institucional, al extremo que es una noción que no se sostiene con propiedad sin una necesaria remisión a las *asociaciones de dominación*. El derecho toma sus rasgos característicos del cuadro especializado que ejerce la coacción y de la tecnificación de sus procedimientos; de su carácter formal y del prestigio de sus prescripciones, las cuales son interiorizadas por los sujetos sociales como disposiciones obligatorias. La efectividad de la convención, a pesar de su menor grado de tecnificación, no es menor que la del derecho; incluso suele ser mayor, sobre todo si se considera lo apremiante que resulta para el sujeto el grupo que le rodea y que está siempre dispuesto a descargar la reprobación y el bloqueo contra sus eventuales transgresiones.

Si la convención es asunción de costumbres sectorizadas y pasadas por el asentimiento de los miembros del grupo y, por otra parte, conforma también el sustrato del derecho, resulta lógico que entre la costumbre y el orden jurídico exista un alto grado de correspondencia, así se manifieste a veces en forma mediata. El derecho tiene como base natural una determinada plataforma de costumbres, fuera de ese soporte, las disposiciones jurídicas quedan expuestas a la infracción generalizada y al desuso. La *desuetudo* es el desplazamiento final de una norma jurídica cuyo sentido no resulta ya funcional al curso de las relaciones sociales, porque las prácticas efectivas han dejado de orientarse por su sentido prescriptivo. Con el desuso quiebra la validez formal de un precepto por falta de coincidencia con la validez empírica. El derecho consuetudinario de la tradición anglosajona transfiere el prestigio y los procesos del orden jurídico a los hechos tradicionales, invistiéndolos de un sentido formal prescriptivo.

En la forma en que el derecho se compone parece prevalecer un aliento conservador, cuya completa eficacia implicaría la clausura del progreso y de la innovación. A fin de cuentas el orden jurídico deviene técnica para traducir el sentido del *statu quo* en un orden legítimo que inhibe las conductas alternativas. Ante este problema, Weber responde, como Durkheim, reconociendo el carácter innovador de las transgresiones individuales. La fuerza del cambio reside en la inadaptación de los sujetos al sentido del orden tradicional y en sus impul-

sos innovadores.<sup>85</sup> Aunque en un sistema rígido y poco tolerante, este tipo de conductas se sancionan siempre con un enorme encono represivo.

Los matices que hacen del orden jurídico una versión no lineal de las costumbres y las convenciones radican en el desarrollo dogmático y técnico de los factores autónomos del derecho. Las normas jurídicas conforman un sistema con sus propios mecanismos racionalizadores, que se ordena con cierta independencia respecto de otros niveles de la realidad social.

Antes de ubicar el nexo entre *derecho* y *moral*, cabe señalar que Weber concede poco espacio propio a la segunda. Por principio de cuentas, rechaza la distinción entre lo *moral*, como ámbito de las intenciones internas, y lo jurídico, como zona de exteriorización. La coacción de las normas morales puede perfectamente ser externa y, por otra parte, el orden jurídico, se apoya también en elementos subjetivos de convicción que pertenecen al ámbito interno del agente.

Dentro de la *sociología comprensiva* la moral ocupa un rango de interés marginal, no porque en sí los hechos morales resulten poco importantes, sino porque la mayor parte de las prescripciones o máximas éticas tiene su origen en la religión o en las convenciones. Se trata, eso sí, de acciones orientadas racionalmente con arreglo a valores; es decir, que su móvil se ubica en creencias y sentimientos de fidelidad a causas axiológicas. A diferencia de Durkheim, Weber no establece con nitidez la relación entre valores sociales y necesidades de grupo. Su idea de la moral se encuentra intencionalmente confinada por la convicción acerca de que no existe en realidad un espacio autónomo para las máximas morales; sino que éstas siempre se encuentran montadas en reglas convencionales, religiosas o incluso jurídicas. De hecho Weber propone la subsunción de las normas morales más importantes en el derecho: "no hay —expresa— ningún precepto moral de importancia social, que de alguna manera o en algún lugar no haya sido un precepto jurídico".<sup>86</sup> El derecho natural es un ejemplo bastante claro de un orden racional que se perfila conforme a valores; en las disposiciones del derecho natural adquieren proyección las prescripciones morales y se transforman en un factor crítico e influyente respecto del derecho positivo. Se escenifica en este sentido un proceso de fricción de órdenes cuyo propósito final es el de pre-

<sup>85</sup> *Loc. cit.*

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 29 y 263.

sionar al derecho vigente para que reciba en su cuerpo de normas las prescripciones morales que proceden, en este caso, mayoritariamente de la ética cristiana. Pero la moral, en sí misma, no aporta una forma específica de garantía y de control de las conductas.

Cuando Weber afoca al derecho y lo especifica respecto de los otros órdenes, proporciona uno de los conceptos más precisos que al respecto se conozcan: "el *derecho* es un *orden* con ciertas garantías específicas respecto a la probabilidad de su validez empírica. Y se ha de entender por *derecho objetivo garantizado* el caso en que las garantías consistan en la existencia de un *aparato coactivo* (...), que se compone de una o muchas personas dispuestas de modo permanente a imponer el orden por medio de medidas coactivas".<sup>87</sup>

Para Weber, la positividad del derecho no consiste sólo en el dato material de la historicidad de sus normas sino también abarca su respuesta organizacional. El aparato o instituto permanente que arbitra la coacción, es parte sustancial del orden jurídico y esta forma material de estructuración, es la que otorga al derecho significación propia respecto del resto de los sistemas generadores de orden.

### 3. Alf Ross y el rumbo del orden

#### a) *La zaga sociológica*

La obra de Ross revela las dificultades que enfrenta un jurista abrumado por los excesos que producen los enfoques dogmáticos. En este sentido, constituye un intento desesperado por dar una explicación contextualizada de los fenómenos jurídicos. La dificultad consiste en llegar al campo de la realidad sin las herramientas analíticas de la historia y la teoría social. Así, Ross presagia el rumbo del orden para situar los fenómenos jurídicos; sin embargo, sus conceptos prohijan lagunas que en ocasiones resultan insuperables; esto se agrava cuando se ve requerido para asumir categorías y conceptos que no han tenido un desarrollo previo dentro de su propia obra.

Gráficamente, el orden se representa dentro la obra rossiana a través de un rombo, cuyos vértices están compuestos por: una actitud de conducta interesada; un orden de compulsión; una autoridad establecida de acuerdo con normas válidas y una conducta desinteresada

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 252.

que se manifiesta como creencia en la autoridad. La integración de estos cuatro factores arroja como resultado un *orden social*, es decir, un orden que "expresa una armonía de significado y motivo en un número de acciones humanas".<sup>88</sup> Aunque con cierta pobreza en el desarrollo teórico del concepto, Ross da con algunas de las características que Weber señaló como típicas de un proceso de construcción de orden; así, Ross se refiere a la reciprocidad del sentido de las acciones sociales, como *sistema mutuamente referido*, cuando hace alusión a la alegoría del juego de ajedrez donde "el movimiento de uno de los jugadores va conduciendo a la jugada del adversario, y tienen ambos una mutua coherencia de significado que sólo es comprensible a los que conocen las reglas del juego".<sup>89</sup> De este modo aparentemente casual, Ross indica también el papel básico que juegan las *regularidades*: "la posibilidad de un orden social —afirma— depende de que ocurran ciertas actitudes uniformes de conducta en un grupo de personas".<sup>90</sup> Sin explicarlo demasiado, supone también la existencia de órdenes plurales dentro de las sociedades y señala que "el orden jurídico es un orden social que se caracteriza por tener sus cimientos en peculiares actitudes de conducta", que son al unisóno interesadas y desinteresadas; sus motivos oscilan entre el temor a la compulsión y la creencia en la validez de la autoridad. La falta puntual de relación de lo jurídico con los otros órdenes normativos, hacen incompleto el planteamiento rossiano; sin embargo, su intención realista no deja de tener méritos, en la medida que trata de llevar la perspectiva dogmática hacia la contextualización de los fenómenos jurídicos. En este sentido, la noción rossiana de *orden social* se propone como conjugación de variables complejas; por lo menos vincula implícitamente al derecho con la dominación y con la moral.

Un rasgo interesante en el concepto de orden que proporciona Ross, radica en el papel específico que asigna al derecho: el orden jurídico debe contar con un elemento central que se identifica con un núcleo de procedimientos *organizados* —o más precisamente: auto-organizados— que sostienen la proyección compulsiva de las reglas jurídicas hacia la realidad social.<sup>91</sup> Así, el orden deviene concepto ampliado porque no sólo se refiere a la organización dada, sino también al

<sup>88</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, op. cit., (n. 23), p. 108.

<sup>89</sup> Ross, Alf., *Sobre el derecho...*, op. cit., (n. 58), p. 13.

<sup>90</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, op. cit., (n. 23), pp. 201 y ss.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 102.

mismo organizador. Con estos argumentos, Ross merodea en la concepción plural de la producción de sentidos institucionales; sin embargo, su noción de *aparatos* o *instituciones* la utiliza sólo para destacar las diferencias entre los hechos individuales de la moral, de los actos complejos de naturaleza social que integran el derecho.<sup>92</sup> El concepto de *institución* no tiene en la obra de Ross la fuerza proyectiva necesaria para generar una explicación completa sobre el papel sectorial de los aparatos productores de orden que concretizan la organización de las sociedades contemporáneas.

La participación que Ross reconoce al derecho en el proceso de generación de orden conlleva dos elementos que ameritan destacarse: el carácter calificador que tiene el derecho respecto a las conductas, al que se refiere tangencialmente cuando expresa que: un orden jurídico nacional, como "las normas de ajedrez, instituye un sistema individual determinado por una *coherencia interna de significado*";<sup>93</sup> y un poco antes había afirmado: "las normas jurídicas, como las normas de ajedrez, sirven como *esquema de interpretación* para un conjunto correspondiente de actos sociales".<sup>94</sup> Es obvio que en este terreno Ross se aproxima a Weber de manera casi total. En la *sociología comprensiva* es, precisamente, el sentido de la acción social, en cuanto ésta se motiva por el reconocimiento de la obligatoriedad de un orden normativo válido, lo que en el análisis del derecho se consolida como campo específico de comprensión. En este sentido, también hay cercanía con Kelsen, que en el ejemplo de las órdenes emanadas del jefe de una banda de ladrones, hace la diferencia con el orden jurídico, precisamente en virtud del sentido subjetivo que los agentes sociales otorgan al orden normativo que reconocen como válido.

Otro factor "sociológico" de la obra rossiana, lo constituye la función que atribuye al derecho como *sistema social* para el "arreglo interindividual de un conflicto".<sup>95</sup> El derecho, en esta perspectiva, apunta a definirse a partir del ejercicio de la función judicial, o más tenuemente, a reconocer la función operativa del orden jurídico con prelación de su fase "sustantiva". Ross no cree en la definición de los conceptos jurídicos, sino en el carácter material de los procesos

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 127 a 130.

<sup>93</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit., (n. 58), p. 32.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>95</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, op. cit., (n. 23), p. 132.

de garantía de intereses y de encauzamiento de disputas. Bajo el reconocimiento de la verticalidad necesaria de la función judicial, Ross apareja también el análisis del derecho como organización de la fuerza: "el control de los medios de compulsión —afirma— depende del poder o dominio sobre los seres humanos que operan esos medios".<sup>96</sup> Según esta aserción, no sólo es posible instrumentalizar el derecho en cuanto orden normativo en función de un orden de dominación, sino también a sus operadores, que dicho sea de paso, bajo esta perspectiva, carecerían de cualquier determinación autónoma en el arbitraje jurídico que realizan.

Existe consustancialidad entre el poder y el derecho: "todo poder político es competencia jurídica", y viceversa: "no existe un poder *desnudo*, independiente del derecho y de su fundamento".<sup>97</sup> El derecho tecnifica y legitima el ejercicio del poder. Aquí también la tesis rossiana se compadece con el sentido general que atribuye al derecho la *sociología comprensiva*. Ross no ve en la fuerza un sustento exterior al derecho; la considera algo que el orden jurídico pone en juego, "que funciona por medio del derecho".<sup>98</sup> Siguiendo esta línea de razonamiento, no es sorprendente el concepto rossiano de orden jurídico nacional, al que se refiere como: "un concepto integrado de reglas que determinan cómo debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos".<sup>99</sup> La afinidad —no reconocida— de las ideas de Ross sobre el poder con la obra de Weber, tiene punto culminante cuando de plano, en el opúsculo denominado *Sobre los conceptos de estado y órganos del estado en derecho constitucional*, afirma que: "los sistemas jurídicos que llamamos nacionales se caracterizan por fundarse en el *monopolio* de la fuerza".<sup>100</sup> El concepto weberiano es demasiado conocido como para no identificar su origen. Con esto, se pretende afirmar que Ross, a falta de un instrumental

<sup>96</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit., (n. 58), p. 56.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>98</sup> *Loc. cit.*

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>100</sup> Ross, Alf, "Sobre los conceptos de 'Estado' y 'Órganos del Estado' en Derecho Constitucional" en *El concepto de validez y otros ensayos* (trad. Genaro Carrió y Osvaldo Pacheco), Ed. Fontamara, México, 1991 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 7), p. 94; en el mismo sentido, Ross, Alf, *Sobre el Derecho...*, op. cit., (n. 58), p. 63.

sociológico propio, se montó en una buena cantidad de categorías weberianas, pero sin expresar la procedencia de sus fuentes. En todo caso, la obra de Ross no alcanza la dimensión de la *sociología comprensiva* y, en su faceta jurídico-realista, es poco lo que aporta por encima de lo que ya había expuesto Weber en su *Sociología del derecho*.

#### b) La "simbiosis": moral y derecho

Ross se opone a estudiar la relación *moral-derecho*, bajo la consigna tradicional de buscar las diferencias entre ambos órdenes normativos; lo interesante para él es, al contrario, señalar que *moral* y *derecho* son fenómenos que integran un objeto unitario desde el punto de vista sociológico: "son provincias que sólo pueden discriminarse provisionalmente".<sup>101</sup> La vinculación que nos ocupa es de naturaleza interactiva: el derecho positivo es, sin duda, una influencia determinante para la formación de la conciencia moral; también, obviamente las relaciones morales inciden en el desenvolvimiento jurídico. Si retomamos las ideas rossianas sobre el orden social será posible inferir que, es justamente dentro de los procesos disciplinadores donde se construye el orden, que se verifica la confluencia del derecho con la moral, porque ambos son sistemas sectorizados de los procesos de organización social. En este lineamiento Ross coincide con Weber, pero no es similar su concepción sobre la moral, como lo plantearemos enseguida:

Para Ross la única divergencia entre *derecho* y *moral* es de carácter genético. Las actitudes morales "son aquellas conductas que llevan un sello de desinteresada validez, inspirada por la sugestión individual que ha sido inculcada en los individuos al educarse, y establecidas por el hábito".<sup>102</sup> Las convicciones morales, si bien son también factores sociales, se viven y experimentan por los sujetos como *desiderata* de índole personal. La moral tiene, pues, una proyección inminentemente subjetiva; a través de los signos racionalizados que constituyen sus prescripciones, los individuos ponen en juego la elucidación de lo correcto o lo incorrecto. La moral tiene como escenario natural el de la conciencia de los sujetos: "la conciencia

<sup>101</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, op. cit., (n. 23), p. 126.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 127.

—como expresión de escrúpulos altamente personales e internos; y de la propia determinación— se convierte en el supremo y único tribunal en cuestiones morales".<sup>103</sup> Contra este tipo de derivaciones intimistas de las concepciones éticas, Weber lanzó su crítica y subrayó el carácter exterior de las actividades morales. Dentro de la *sociología comprensiva* no hay demasiado espacio para las vivencias que no se manifiestan; el sentido *mentado* de la acción es una condición ineludible del análisis social. Por otra parte, Weber en realidad recortó el espacio de la moral y no le confirió más carácter que el de zona no autónoma donde desembocan la religión, el orden convencional y el derecho.

Las diferencias que Ross encuentra entre *moral* y *derecho* existen en dos sentidos fundamentales: Primero, a manera de advertencia sobre los fenómenos morales, hay que decir que integran un orden que no se define a través de la compulsión, sino más bien a partir de la libertad.<sup>104</sup> Como la moral es algo que se manifiesta en la conciencia de los sujetos, se caracteriza como un orden construido en virtud de creencias autónomas y no de actos compulsivos.<sup>105</sup> A pesar de ello, la libre determinación moral de la conciencia y la compulsión jurídica, son dos tipos de fenómenos sociales que convergen en su recíproca funcionalidad: la compulsión pasa siempre por la creencia en su validez, y esta última, adquiere reconocimiento estable sólo cuando se finca en garantías de tipo compulsivo. Según lo dicho, en la moral hay una tendencia irrefrenable a la casuística y a las circunstancias particulares, mientras que en el derecho se preserva la vocación a construirse como orden abstracto y general; la moral es lo diverso, lo que admite confrontación y disenso; el derecho, en cambio, es lo uniforme y lo que conduce a una generalización de los sentidos de conducta.<sup>106</sup> Las vivencias morales son inducciones directas a la voluntad, las prescripciones jurídicas, al contrario, presionan de una manera impersonal en favor de un orden social determinado.

Un segundo factor de discriminación se refiere al carácter individual de la moral *vis a vis* la índole institucional del derecho. Con esto se quiere dar a entender que el derecho surge a la vida social como un orden que se fija por una autoridad externa y que se impone a

<sup>103</sup> *Loc. cit.*

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 134.

través de leyes y decisiones judiciales. La moral se manifiesta de una manera mucho menos cosificada; su línea no es la de "las intuiciones empíricas concretas".<sup>107</sup> De lo moral no puede afirmarse, como se dice del derecho, que compone un orden positivo; sino que el flujo de los fenómenos morales es difuso y no es factible trasladarlo a soluciones de efectividad a través de aparatos especializados.

El carácter individual, difuso y heterogéneo de las actitudes morales hace poco manejable su calificación racional. Con argumentos muy parecidos a los que usa Kelsen, cuando descalifica las posibilidades de efectuar un análisis racional de la justicia, Ross proclama el carácter sensualista —emocional— de las actividades morales. Se trata de una respuesta reactiva del sujeto, no susceptible de ser controlada a través de la argumentación.<sup>108</sup> Hay reacciones morales que provocan actitudes dogmáticas a partir de las cuales el conocimiento se coloca en el renglón de las creencias y hay reacciones morales que impelen al escepticismo, es decir, a la imposibilidad de la comunicación axiológica y al descrédito de cualquier justificación del orden.

### c) La "conciencia jurídica material"

El derecho, en su proyección realista sobre la sociedad, demanda ciertas condiciones de viabilidad y, entre ellas, la más significativa es la existencia de una *conciencia jurídica formal*. Se trata en realidad de un basamento ideológico —y podría afirmarse que también cultural— que consiste en las vivencias concretas de una colectividad en relación con el prestigio del orden jurídico y de la autoridad formal.<sup>109</sup>

El mejor ejemplo de ausencia de *conciencia jurídica formal*, lo proporcionan los regímenes despóticos. Cualquier orden normativo que se apoya exclusivamente en la fuerza y en el temor que provoca, es un régimen tenso donde no interactúan de manera adecuada los flujos de actitudes interesadas con las desinteresadas. Vale destacar que, el concepto rossiano que se analiza, coincide casi totalmente con la noción de *legitimidad* que atraviesa los tipos ideales de dominación de la *sociología comprensiva*.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>108</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit., (n. 58), p. 355.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 357.

A la conciencia jurídica formal se opone otra conciencia jurídica de carácter inverso: es decir: *material*.<sup>110</sup> Esta última se ubica al nivel de las creencias subjetivas que actúan como insumos en los procesos individuales de decisión y conciencia. Se trata de intuiciones y reacciones emotivas que corresponden a la moralización del derecho, en la medida que los sujetos sociales intiman el sentido formal del derecho. Con razón se podría afirmar que Ross reconoce una especie de nivel moral del derecho preformal o posformal; en todo caso se trata de un sistema prescriptivo particular y difuso, que sólo adquiere sentido cuando se intercepta con la dimensión formal del derecho, concebido éste ya como orden de normas generales y abstractas. Estos trazos apurados en la obra rossiana, son el elemento correspondiente al enorme diseño conceptual e histórico de Weber, cuando éste trata de reconstruir el complejo proceso de racionalización del derecho en la historia de las sociedades occidentales. Aún con las asimetrías obvias, hay coincidencia entre los dos pensadores, ya que ambos otorgan un carácter decisivo al carácter formal del derecho para distinguirlo de los otros sistemas productores de orden. La identificación moderna de lo jurídico no se produce a través de la extrapolación de vivencias concretas de justicia, sino a partir de la interiorización del sentido del orden normativo en la conciencia individual de los agentes sociales del sistema impersonal y altamente tecnificado al que se denomina derecho.

Por el carácter individual que atribuye Ross a los fenómenos morales no es aceptable para él hablar de moral pública; ya que si la moral se tecnifica y se racionaliza en sentido institucional, dejaría de ser lo que es, para convertirse justamente en derecho. En lugar de moral pública, dado el carácter intuitivo y emocional de los fenómenos morales, lo que Ross caracteriza es una especie de *inconsciente colectivo*, en el que se resumen las actitudes no institucionales y las creencias irracionales de los sujetos sociales.

En el mundo contemporáneo la conciencia jurídica es un hecho laico cuya naturaleza enraíza en los fenómenos psíquicos; sin embargo, como objeto complejo es también: "producto de la historia resultante de un juego de fuerzas que incluye poderosos intereses de grupo, instintos primitivos e ideas tradicionales mágicas y religiosas".<sup>111</sup> La conciencia jurídica se transforma, pero sus movimientos general-

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 358.

mente van por detrás de la dinámica histórica de las sociedades. La inercia de la tradición es un factor que pesa y no permite que las modulaciones de la conciencia jurídica acontezcan velozmente. La pesadez de los cambios jurídicos implica amarras irracionales con el pasado. Persuadido sobre la necesidad de remover los lastres conservadores de la conciencia jurídica, Ross llama a rebelión: "hay que exigir —dice— que su actitud irracional sea reemplazada, en la mayor medida posible, por un análisis racional *en base a determinados intereses* y por un conocimiento racional de los efectos de las medidas legislativas en discusión".<sup>112</sup>

En Ross existe un escepticismo radical que alcanza conceptos y valores; en virtud de que no cree en estos elementos como asideros para superar la irracionalidad de la conciencia jurídica, desplaza la base de sustentación al campo pragmático de los intereses. Esta tesis, decantada en las etapas de madurez, estaba ya perfilada en *Hacia una teoría realista del derecho*, aunque en forma tangencial. En aquel entonces Ross afirmó: "el derecho es la forma en la cual los factores de fuerza de tipo moral y económico, los intereses y las ideas se integran y se hacen efectivas".<sup>113</sup>

Por encima de la *conciencia jurídica* debe operar una *política jurídica* orientadora, que sujete a crítica el carácter conservador del derecho y ordene su transformación en el sentido que ameriten los hechos históricos. La propuesta rossiana sobre la *política jurídica* surge como una determinación extralógica respecto de los factores tradicionales del derecho. Ross no aclara muy bien quiénes deberán constituirse en agentes proyectistas de sus directivas; se refiere genéricamente a los juristas, pero éstos, son al mismo tiempo el bastión inmovilista que produce y defiende la estabilidad conservadora de la *conciencia jurídica*. La contradicción de origen conduce a Ross a un final poco agradable, veamos: "el papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a favor de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político".<sup>114</sup>

A pesar de que Ross se acerca muchísimo a Weber cuando define,

<sup>112</sup> *Loc. cit.*

<sup>113</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, *op. cit.*, (n. 23), p. 130.

<sup>114</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, *op. cit.*, (n. 58), p. 364.

aún con términos poco articulados, la necesidad contemporánea de entender los fenómenos jurídicos como factores orientados por una racionalidad con arreglo a fines; la diferencia en los trayectos teóricos, determina el sentido final de las soluciones. Weber siguió el curso histórico de la evolución del derecho en occidente y a través de un minucioso estudio de sus fases y de sus relaciones con otros niveles de la realidad, demostró que la historia de los fenómenos jurídicos es también el camino de su racionalización progresiva. Ross no recorre las mismas etapas, y de la explicación de la conciencia jurídica como paquete irracional o inconsciente colectivo, en un acto de prestidigitación poco convincente, pasa a la explicación de la *política jurídica*, a la que define como factor metacrítico de la irracionalidad del derecho. En Ross falta el reconocimiento de que la weberiana "racionalidad con arreglo a valores" es también racionalidad; tanto que sólo sobre ella se puede erigir finalmente la moderna formalización de los fenómenos jurídicos.

Weber nunca cede a la tentación de colocar a la sociología de manera inmediata como un instrumento de uso político. Ross, en unas cuantas páginas, preparó su conclusión y recomendó una paradoja inaceptable: la rebelión contra el carácter conservador de la conciencia jurídica, por una parte, y la sumisión servil de los juristas a los detentadores del poder político, por la otra. Tanto fue su deseo de priorizar la tecnificación del derecho que no advirtió la posible existencia de otros caminos, entre los que puede colocarse una sociología crítica del derecho. Una postura cognoscitiva menos pragmática, como la que se sugiere a partir de la sociología crítica, puede ser promisoría para liberar al derecho del camino exclusivo de la dogmática. Acatar la recomendación final de Ross, es aceptar la involución del sentido civilizador que haya podido tener el derecho después de la caída de los estados absolutos en cuanto factor de tecnificación y de modulación del ejercicio político.

#### 4. Los derechos subjetivos

##### 4.1 El mercado como destino jurídico

###### a) *El contexto*

Cuando Weber trata dentro de su *sociología del derecho* las formas de creación de los derechos subjetivos muestra el poder ra-

cional de su método. De antemano sabe que un análisis del derecho privado moderno no puede eludir los oscuros pasajes de la noción de *derecho subjetivo*. Sin embargo, Weber es capaz de sortear con un grado muy aceptable de asepsia las discusiones bizantinas sobre la "naturaleza jurídica" de esta institución. Desde el inicio, en la sociología weberiana, se da por sentado que, a los órdenes normativos vigentes —o derecho objetivo— corresponden ciertos perfiles de naturaleza individual en virtud de los cuales el derecho se proyecta a la esfera de los sujetos. Con dichas prerrogativas, los sujetos se invisten de facultades concretas que constituyen, desde el punto de vista de su acción, una verdadera fuente de poder. Sobre cómo concretamente funcionan los *derechos subjetivos* en el contexto del derecho moderno, Weber tiene un punto de vista preciso y sugerente: los *derechos subjetivos* actúan como "complemento de probabilidad de que no resultarán defraudadas ciertas expectativas en favor de los individuos investidos" con la titularidad de dichas prerrogativas.<sup>115</sup> Una cuestión que Weber se preocupa por aclarar oportunamente es que, a pesar de los derechos subjetivos ocurren en el discurso jurídico moderno como espacios accesibles a cualquier sujeto, en los hechos en realidad refuerzan la situación de quienes se encuentran efectivamente "en posesión de un poder de disposición sobre una persona o sobre una cosa".<sup>116</sup> El derecho en este caso funge como un mecanismo muy eficiente de garantía y, por eso, se puede decir que se alza como principal factor de protección de los intereses de tipo patrimonial.

Los derechos subjetivos pueden ser de dos clases: los que se denominan "derechos de libertad", que se refieren al aseguramiento contra ciertas molestias procedentes del poder público o de otros agentes sociales, entre los que pueden citarse la libertad de tránsito, ocupacional, de creencias o de manifestación de las ideas y, por otra parte, se ubican los "derechos creadores de facultades", éstos están encaminados a exigir de otras personas determinadas prestaciones o el respeto a ciertas situaciones de tipo patrimonial. Los derechos que conceden facultades implican la capacidad de los agentes jurídicos para autodefinir un espacio de acción —dentro de ciertos límites provenientes del derecho objetivo— a través de la ejecución de actos formales de

intercambio, a los que genéricamente se les denomina *negocios jurídicos*.<sup>117</sup>

El problema sobre dónde ubicar los límites que demarcan las prescripciones generales que provienen del derecho objetivo, y los espacios de regulación privada que son definidos por los mismos participantes en las relaciones jurídicas de intercambio, no se resuelve a partir de determinaciones técnicas; se trata de una cuestión de índole histórica que está en función del grado específico que alcanza el desarrollo del mercado en una sociedad determinada. En una sociedad occidental contemporánea el mercado es un factor muy importante para ordenar y codificar la posición social de los agentes de la vida en común; al grado que existe una compleja interacción entre el sistema que genera el acomodamiento de los intereses materiales y el carácter prescriptivo del orden jurídico que se gesta como función organizadora desde la perspectiva de la asociación política estatal.<sup>118</sup> Los derechos subjetivos son la zona de relación más elemental entre derecho y economía, porque se trata de la región institucional a partir de la cual se estabilizan las posiciones y prerrogativas que de hecho reúnen los sujetos sociales.<sup>119</sup>

Ya de lleno en una sociedad surcada por relaciones mayoritariamente mercantiles, el negocio jurídico se expresa como contrato y el volumen de la libertad contractual, está sujeto a la distribución concreta de los sistemas ordenadores que parten el ámbito social entre el Estado y la sociedad civil. Una sociedad sin mercado, o con mercado marginal, se rige casi por completo por disposiciones prescriptivas de carácter general; al contrario, a más mercado, mayor desarrollo de los instrumentos contractuales.<sup>120</sup> Dicho sea de paso, el desarrollo teórico de las distintas modalidades de contratación no es un reflejo mecánico de la complejidad de los intercambios económicos; sin embargo, tendencialmente, si hay una necesidad en los órdenes jurídicos de recibir las novedades económicas y de adecuar sus instrumentos normativos a los requerimientos sociales en razón de intereses utilitarios. En la elaboración propiamente jurídica radica, no obstante, un cierto rango de autonomía que autoriza a hablar de crea-

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 533.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 268 a 272.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 534 y ss.

<sup>115</sup> WEBER, Max, *Economía...*, op. cit., (n. 4), p. 532.

<sup>116</sup> *Loc. cit.*

ción o invención de los instrumentos jurídicos que se utilizan para el intercambio.

b) *La versión moderna de los privilegios*

Weber expone con precisión cuál es el criterio sociológico en el estudio de los derechos subjetivos. Lo que busca en este sentido son "las repercusiones cualitativas en la esfera de *disposición* del individuo", a través de normas jurídicas de un determinado tipo".<sup>121</sup> La noción de *derecho subjetivo*, lejos de situarse, como lo propusieron los iusnaturalistas, entre los atributos "naturales" de la persona, o como mero reflejo del orden normativo, como lo quiso el formalismo, es correctamente ubicada por Weber entre los factores institucionales que ordenan y distribuyen poder entre los sujetos sociales. Además, Weber encuadró dicha noción en la dimensión técnica a partir de la cual adquiere realmente un sentido relevante: el derecho objetivo quedó inmerso en la perspectiva del *contrato*. Ello, porque el mercado es el ámbito histórico donde los derechos subjetivos se perfilan de manera práctica. De las ventajas comparativas que obtienen los agentes sociales en las relaciones de intercambio surgen las prerrogativas y las situaciones de privilegio. Weber demostró con atingencia que el viejo principio base de la dogmática contractual del *res inter alios acta* no es más que una imagen interesada que proyecta el derecho moderno encubriendo el modo real en el que los sujetos se posicionan dentro de la sociedad a partir de sus logros mercantiles. "Casi todo negocio jurídico entre dos personas —dijo Weber— influye, por regla general, en cierta medida y sentido sobre las relaciones de éstas con un número indefinido de terceros, *en cuanto modifica la forma de distribución de los poderes de disposición jurídicamente garantizados*".<sup>122</sup> Weberianamente, *disposición* es un término que comprende tanto a cosas como a personas.

Para Weber, la moderna noción de contrato garantiza, como no lo había logrado ningún instrumento jurídico anterior, el aseguramiento de ciertos intereses —o privilegios— mediante el uso de ciertos esquemas de convenimiento, cuyo resguardo depende de manera formal del ejercicio de un poder coactivo general y sobrepuesto. El derecho moderno creó una nueva forma de otorgar privilegios, por cau-

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pp. 548 y 597.

ces distintos a los viejos procedimientos estamentales; distintos y menos sinceros, porque en el discurso jurídico de la modernidad los privilegios son objeto de condena generalizada. La parte netamente burguesa de la Ilustración europea propuso como una de sus banderas más espectaculares la abolición de los privilegios de la nobleza en el antiguo régimen. La igualación formal de los sujetos ante el derecho, dice Weber, se concreta por "dos grandes fuerzas de racionalización: el ensanchamiento del mercado, por una parte, y la burocratización de la actividad orgánica de las comunidades consensuales, por la otra".<sup>123</sup>

La definición formal de los instrumentos jurídicos para el intercambio es un ofrecimiento que sólo pueden concretar en la práctica aquellos que, por su condición de propietarios, están en condiciones de servirse de dichos lineamientos normativos. Tal es el caso de las modernas sociedades que, además de ser reconocidas como sujetos de derecho, realizan una organización relativamente autónoma sobre bases contractuales, diseñando su estructura y su orden interno, de acuerdo con los específicos requerimientos del mercado y de la competencia. Al acceso general a las formas modernas de contratación "se opone en primer término la diferenciación, garantizada por el derecho, *de la distribución de la propiedad*".<sup>124</sup>

La libertad contractual es un espacio abierto para ser ocupado por el sujeto más apto o, en el mejor de los casos, por el más equipado de acuerdo con los requerimientos del mercado. La aptitud de los sujetos se define por la "hábil aplicación de la propiedad de los bienes en el mercado y salvando todos los bienes jurídicos, como medio para adquirir poder sobre otros".<sup>125</sup> Uno de los grandes méritos weberianos consiste precisamente en haber destacado el sentido específico que guardan los derechos reales en los procesos de dominación, ya que por ser estos institutos jurídicos engendro directo del derecho privado, no son comprendidos generalmente como facetas de la lógica del poder. Admitamos que, aunque su sentido político no lo explique todo, sí influye de manera determinante en la definición histórica y cultural de estas nociones jurídicas.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 559.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 565.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 586.



Weber señala que, a final de cuentas, un incremento en el volumen de la libertad contractual favorece sólo a quienes están en condiciones de hacer uso de las formas de contratación que se definen por el derecho y esto, paradójicamente, en lugar de apuntar hacia un sistema menguante de coacción central, nos dirige a un sistema reforzado, pero selectivo. La coacción no se dirige contra los agentes mercantiles, como pudo suceder en el estado absoluto, sino en favor de la efectividad de los negocios privados, o mejor dicho, de quienes pueden beneficiarse de una adecuada operación de los instrumentos de contratación. Es a través de esta coacción selectiva e impersonal que el derecho moderno reconstruye el carácter de sistema productor de privilegios. Lo que da la superioridad a la coacción moderna, es la mezcla de asentimiento —léase, legitimidad— y eficacia con que los estados contemporáneos arbitran la dominación.

#### 4.2 La tesis rossiana del vacío de los derechos subjetivos

##### a) Algunos parámetros

Uno de los mejores momentos de la obra de Ross lo constituyen sin duda las páginas que dedica a los derechos subjetivos. Su exposición proporciona un recorrido crítico por las nociones paradigmáticas y por los problemas que genera la comprensión de este concepto, tan hondamente arraigado en la dogmática del derecho. Con un enorme conocimiento de causa, Ross pasa ágilmente por los aspectos más escabrosos del tema: señala, por ejemplo, la tensión que se ha suscitado por la polaridad de las caracterizaciones típicas que tienden, unas a la definición del derecho subjetivo como libertad, y otras a concebirlo fundamentalmente como el mero reflejo del deber. También se refiere a la disputa que se dio entre Ihering y Puchta, quienes plantearon la controversia sobre la naturaleza del derecho subjetivo, queriéndolo explicar como *interés* protegido —Ihering—, o como *voluntad* de acción —Puchta—. <sup>126</sup>

Las tensiones que producen las doctrinas jurídicas que se confrontan en torno al derecho subjetivo, pueden resumirse —muy al estilo rossiano— con la formulación de su antinomia principal.

<sup>126</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, op. cit., (n. 23), pp. 175 a 186.

“Tesis: la existencia del derecho subjetivo es determinada con relación a la real función del sistema compulsorio.

Antítesis: la real función del sistema compulsivo se determina con relación a la existencia del derecho subjetivo”,<sup>127</sup>

Con este planteamiento dialéctico Ross esclarece el fondo de la disputa: el derecho subjetivo es una condición individual superior y anterior a su regulación en el derecho positivo; o bien, es el derecho positivo, como técnica de arbitraje del deber, el que genera ventajas correlativas a la obligación de los sujetos. Si la antinomia se aborda por cualquiera de las vertientes contenidas en la tesis o en la antítesis, se torna —para usar la palabra de Ross— incontestable.<sup>128</sup> La antinomia, por tanto, tiene que atacarse desde una perspectiva crítica y simultánea a sus extremos y, en consecuencia, exterior a los términos tradicionales de la disputa. Al efecto, Ross inicia la reconstrucción de los parámetros del problema sobre la base de una premisa inicial: “Como fenómeno jurídico —expone— el derecho subjetivo es la realidad objetiva del derecho considerado de acuerdo a su alcance en cuanto a las posibilidades de la conducta individual”.<sup>129</sup> Así el derecho es limitación a la acción posible del sujeto o causa de expansión en el mismo sentido.

Ross expresa, con cierta prisa, como suele suceder cada vez que en su obra detectamos influjos procedentes de Weber, que: “la influencia del sistema jurídico sobre la conducta del individuo no significa nada más que la función de crear concretos motivos en el individuo para sus impulsos de acción”.<sup>130</sup> Cabe mencionar que hasta aquí, la crítica rossiana es *realista*, porque cuestiona los conceptos jurídicos a partir del papel que éstos juegan en la concreta orientación de las conductas sociales. En este sentido, como se sugirió, el *realismo* de Ross se aproxima mucho al *weberiano*. Sin embargo, como se ha de constatar más adelante, Ross planteó un nuevo rumbo para el análisis realista del derecho subjetivo, al tratar de probar que entre los hechos y las consecuencias jurídicas que generan los conceptos dogmáticos como el que nos ocupa, no existe ningún contenido semántico, se trata de meros instrumentos en la técnica de representación de los tópicos jurídicos.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>130</sup> *Loc. cit.*

Siguiendo su línea teórica general, Ross llegó a la conclusión que para comprender la noción de derecho subjetivo era menester conjugar los mismos elementos que combinó para caracterizar al *derecho*. "La idea de obligación —dijo— sólo puede ser determinada al mismo tiempo por el interés y la validez en acción recíproca".<sup>131</sup> La acción interesada que representa la necesidad fáctica de evitar la compulsión y la acción desinteresada que se concreta en la creencia de tipo moral de que la obligación debe cumplirse, son dos elementos que se ligan dentro de una relación mutuamente complementaria, para dar cabida a la vivencia jurídica del derecho subjetivo. Al respecto Ross abre un camino sugerente de análisis y propone buscar las concretas conexiones entre el concepto principal de deber, que surge directamente del carácter prescriptivo del derecho, y la noción de interés, como factor correspondiente o relacionado a través de concretas valoraciones del legislador. De este nexo Ross extrae el corolario de que es la noción de obligación y no el derecho el dato principal para construir una perspectiva realista de los derechos subjetivos.<sup>132</sup>

Ross aclara que bajo la noción derecho, se comprenden diversas realidades; se alude, por ejemplo, a conductas permitidas, a facultades de exigir un determinado comportamiento de otros, e incluso a la capacidad de transferir la condición de titular en una situación jurídica ventajosa. La categoría derecho subjetivo es producto de un proceso de homologación dogmática en virtud del cual se han condensado todos estos supuestos bajo un concepto genérico. Aunado al carácter unitario del concepto, como signos complementarios de su "racionalización", Ross se refiere a la idea tradicional de origen iusnaturalista que trata de sustancializar los derechos subjetivos en las personas, llegando a afirmar que sólo los seres humanos son capaces de erigirse como titulares de estas prerrogativas jurídicas. En la misma línea de ficción —o racionalización, como le gusta decirlo a Ross— los derechos subjetivos son percibidos como un control *místico e invisible* sobre los objetos. En este sentido, las prerrogativas del sujeto quedan contextualizadas en la relación de poderío que se entabla con una cosa, en cuanto esta vinculación proyecta efectos jurídicos.<sup>133</sup>

La estructura del derecho subjetivo, está compuesta según Ross, de la siguiente manera:

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>132</sup> *Loc. cit.*

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 221.

- a) Un sujeto humano que es quien ejerce las fuerzas metafísicas sobre personas y sobre cosas;
- b) Un objeto sobre el que se ejerce el control por parte del sujeto, y
- c) Una protección procesal que tiene que ver con la realización del derecho en el mundo físico.<sup>134</sup>

Las dificultades estructurales mayores derivan de la necesidad de precisar cuál es el contenido específico de un derecho subjetivo: las respuestas pueden ser por lo menos tres: la facultad del sujeto, que se descarta una vez aceptado que la obligación es el dato primero del sentido normativo del derecho; el objeto, o también, la misma protección que recibe el interés del sujeto. Ross plantea una identificación completa entre contenido del derecho y protección. En esto coincide, por cierto, con Kelsen y la noción "técnica" del Derecho Subjetivo que éste último expuso en la *Teoría Pura*. "La protección —expone Ross— es el conjunto de medios procesales de compulsión o disposición de un sujeto en relación con otro, a través de los cuales su posición se hace posible".<sup>135</sup> Como en la *teoría pura*, en la obra rossiana el derecho subjetivo se explica en el contexto relativo de una relación jurídica; nunca como una determinación individual y abstracta como lo propuso el iusnaturalismo.

#### b) *El derecho subjetivo: una técnica de representación*

Para el Ross de *Sobre el Derecho y la Justicia*, las cosas toman un giro particular; el derecho subjetivo ya no se explica solamente como institución jurídica, sino que asume un giro de concepto gestado por el pensamiento jurídico en sus afanes de sistematización del material normativo. Los conceptos que genera la dogmática tienen fundamentalmente una misión *representativa*; son formas convencionales que se producen para expresar determinadas relaciones entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas que estos provocan.<sup>136</sup> El ejemplo de cómo se vinculan determinadas consecuencias jurídicas a los hechos productores está expuesto en el opúsculo *Tú-Tú*, donde

<sup>134</sup> *Ibidem*, pp. 224 y ss.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>136</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, *op. cit.*, (n. 58), p. 165.

se refiere al caso de "las islas Noisulu, en el Pacífico, en las que habitan los miembros de la tribu Aisat-naf".<sup>137</sup> Se trata de una alegoría antropológica en la que se deja claro que los derechos subjetivos no tienen una referencia semántica propia. La demostración se encamina a probar que el significado de los conceptos proviene de su uso y que éste se refiere a la forma específica en que se organizan determinados hechos para los que el orden jurídico tiene previstas ciertas consecuencias de tipo normativo. Por ejemplo: Si una persona ingiere comida del jefe de la tribu, se dice que está *Tú-Tú* y quien cae en ese estado, *debe de ser purificado*. Ross asienta que el paso a la fase calificativa referente al estado *Tú-Tú* puede ser omitida en la formulación jurídica y entonces las cosas se expresarían así: quien ha ingerido la comida del jefe debe ser purificado; de donde deduce que el contenido semántico de *Tú-Tú*, o bien no existe, o en todo caso es indiferente para la solución jurídica que debe emitirse. Son los hechos generadores y su enlace a ciertas consecuencias los que aportan el contenido "jurídico" a la calificación de las conductas, no por cierto los conceptos abstractos que se usan para representar dichas situaciones.<sup>138</sup> Esto mismo Ross lo traslada al ejemplo de la propiedad donde: quien ha obtenido una cosa por vía legítima tiene derecho a ser considerado propietario, los propietarios pueden pedir que se les entregue la cosa. En este caso la noción de propiedad es superflua y la forma sintética podría expresarse así: el que ha adquirido legítimamente una cosa tiene derecho a pedir que se la entreguen: el concepto *derecho subjetivo* sólo tiene sentido en el ámbito más amplio de una relación que vincula hechos generadores y consecuencias jurídicas y, en ese contexto, el concepto es prescindible y puede desaparecer por carecer de sentido.<sup>139</sup> Los derechos subjetivos adquieren significado "cuando el suceso fáctico es interpretado en relación con una ideología vigente, las normas de ajedrez o las normas jurídicas".<sup>140</sup> Fuera de los calificativos generales del orden jurídico, los derechos subjetivos sólo tienen una función "racionalizadora"; es decir, representan el contenido de determinadas normas jurídicas que vinculan un determinado complejo de hechos a otro determinado complejo de

<sup>137</sup> Ross, Alf, "Tú-Tú" (trad. Genaro Carrió), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 42.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 14 a 20.

<sup>139</sup> *Ibidem*, pp. 25 a 38.

<sup>140</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia...*, op. cit., (n. 23), p. 92.

consecuencias. Ideológicamente, el derecho subjetivo se refiere a "la situación jurídica que es contemplada desde la perspectiva de la persona a quien la norma favorece".<sup>141</sup> El concepto se usa, además, para caracterizar circunstancias de ventaja a partir de la posición de los sujetos en relación con el orden jurídico y con los demás sujetos sociales. Dicha situación de ventaja o privilegio se completa con la protección *ad hoc* que tiene el titular del derecho para exigir al o los obligados la ejecución o la omisión en su provecho, incluso por medios coactivos. En el caso de los derechos *in rem* la protección consiste concretamente en la posibilidad de reivindicar el bien: en estas circunstancias —y aquí otra vez Ross coincide con Weber— la propiedad tiene que ser explicada como un auténtico *privilegio* del titular. Esta última condición proviene del carácter individual y excluyente con el que se encuentra definido este derecho. Ross lo llama "sentido reservado".<sup>142</sup> Como corolario puede afirmarse que el derecho subjetivo, bajo la perspectiva "ideológica" de lo jurídico se refiere a la realización o auto-afirmación autónoma del individuo. Esto —aclara Ross— no significa individualismo desenfrenado, sino el reconocimiento que otorga la comunidad a un cierto rango de libertad de acción que se define a favor del individuo. Es imposible, a esta altura, no pensar en la idea weberiana de la cantidad de volumen contractual que definen las sociedades de mercado.<sup>143</sup>

Cabe señalar, por último, que en su concepción sobre el derecho subjetivo, Ross acusa determinados virajes, según consideremos sus etapas de producción. Así, en *Hacia una Ciencia Realista del Derecho*, su enfoque crítico y la propuesta realista se encaminaron a explicar el derecho subjetivo más en la línea de la motivación normativa de las acciones individuales. En su segunda fase teórica, sin renunciar por completo a lo primero, el intento de Ross se dirigió a subrayar el carácter superfluo de la noción dogmática, al tiempo que enfatizó su funcionalidad como técnica de representación. En este caso, el *realismo* rossiano no sólo devino del carácter motivacional de los fenómenos normativos en relación con la conducta de los sujetos, sino también de una visión sustancialista del orden jurídico, cuyo intrínquis de hechos generadores y codificación normativa de los mismos lleva implícitos los contenidos semánticos de las situaciones ju-

<sup>141</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit., (n. 58), pp. 167 y ss.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 171.

rídicas. De aquí se puede afirmar que la construcción sistemática del derecho es una respuesta a las necesidades comunicativas de los contenidos jurídicos, pero es también un procedimiento viciado que acoge acríticamente los elementos místico-mágicos, procedentes de la mentalidad de los grupos sociales arcaicos, y que la mentalidad moderna ha prolongado, recibiendo en los momentos presentes sin demasiado poder de discriminación.

... que para el estudio de la historia del derecho es necesario tener presente que el derecho no es un fenómeno aislado, sino que está ligado a la cultura y a la mentalidad de un pueblo en un momento determinado. En este sentido, el derecho es un fenómeno social y cultural, y su estudio debe ser abordado desde una perspectiva multidisciplinaria que permita comprender su evolución y su función en la sociedad. En particular, es importante tener en cuenta que el derecho ha sido históricamente un instrumento de poder y de control social, y que su construcción ha estado siempre ligada a los intereses de los grupos dominantes. Por lo tanto, el estudio del derecho debe ser crítico y reflexivo, y no simplemente descriptivo. En este sentido, el presente trabajo pretende analizar la construcción sistemática del derecho desde una perspectiva crítica y reflexiva, y mostrar cómo este proceso ha sido influenciado por factores místico-mágicos y arcaicos que persisten en la mentalidad moderna. En particular, se analizará cómo el derecho ha sido utilizado como un instrumento de poder y de control social, y cómo su construcción ha estado siempre ligada a los intereses de los grupos dominantes. En este sentido, el presente trabajo pretende analizar la construcción sistemática del derecho desde una perspectiva crítica y reflexiva, y mostrar cómo este proceso ha sido influenciado por factores místico-mágicos y arcaicos que persisten en la mentalidad moderna.

... que para el estudio de la historia del derecho es necesario tener presente que el derecho no es un fenómeno aislado, sino que está ligado a la cultura y a la mentalidad de un pueblo en un momento determinado. En este sentido, el derecho es un fenómeno social y cultural, y su estudio debe ser abordado desde una perspectiva multidisciplinaria que permita comprender su evolución y su función en la sociedad. En particular, es importante tener en cuenta que el derecho ha sido históricamente un instrumento de poder y de control social, y que su construcción ha estado siempre ligada a los intereses de los grupos dominantes. Por lo tanto, el estudio del derecho debe ser crítico y reflexivo, y no simplemente descriptivo. En este sentido, el presente trabajo pretende analizar la construcción sistemática del derecho desde una perspectiva crítica y reflexiva, y mostrar cómo este proceso ha sido influenciado por factores místico-mágicos y arcaicos que persisten en la mentalidad moderna.