

públicos (artículo 27.1). Finalmente, en la ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, el control de eficacia tiene por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como del análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones.

62. Con escepticismo sobre las posibilidades de conseguir una Administración eficaz con la actual función pública se pronuncia A. Nn-ro GARCÍA. "Reforma administrativa y modernización de la Administración pública ¿Un problema pendiente?" *Revista Vasca de Administración Pública*, 23. Debe coincidir con el autor citado en el deficiente estado actual, incluso en el plano normativo, de la función pública. Pero también en su apuesta implícita por la revitalización de ésta, que es condición de la eficacia administrativa, incluso mediante la aplicación decidida y correcta de los instrumentos actuales, sin perjuicio de su necesaria reforma. Esta reforma es especialmente urgente en punto a la recuperación de la conexión entre funcionario y ejercicio real y pleno de funciones públicas, es decir, la intervención efectiva de aquél en la determinación de la actividad administrativa (que puede considerarse verdaderamente como cuestión central hoy de la función pública). Pues en la actualidad el funcionario está reducido, en gran parte, a la condición de empleado o colaborador para el ejercicio de las funciones públicas.

63. Pues debe tenerse en cuenta que en el actual estatuto de la función pública anida ya, aunque fundamentalmente en expresión negativa, la filosofía de la ética y el espíritu de servicio público en el funcionariado, la identificación de éste con aquél y consecuentemente su entrega total al mismo, incluso con iniciativa propia. No otra cosa significan la responsabilización a los funcionarios de la buena gestión de los servicios a su cargo (artículo 81 de la ley de 7 de febrero de 1964), la definición como deberes básicos los de fiel desempeño de la función o cargo, colaboración legal con los jefes y compañeros, cooperación al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines propios de la oficina de destino y esfuerzo en la mejora de las aptitudes profesionales y la capacidad de trabajo (artículos 76 y 80 de la citada ley de 7 de febrero de 1964) y, finalmente, la tipificación como infracciones disciplinarias de la falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las ta-

reas encomendadas (artículo 31.1. f) de la ley 30/1984, de 2 de agosto, como falta muy grave) o que perjudique el normal funcionamiento de los servicios (artículo 7.1. i) del Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 de enero de 1986, como falta grave); el simple descuido o la negligencia en el ejercicio de las funciones (artículo 8. d) del Reglamento de Régimen Disciplinario citado); así como también el atentado a la dignidad de los funcionarios o de la Administración o la falta de consideración con los administrados o ciudadanos.

64. La argumentación justificativa de esta última afirmación puede encontrarse en L. PARFJO ALFONSO, *La eficacia como principio de la actuación administrativa*, *Cit.*, en nota 11, *supra*. Sobre la técnica convencional prevista en el artículo 88 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, véase también F. DELGADO PIQUILLAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1995.

65. A NIETO GARCIA, *Op. Cit.*, nota 62, p. 129.

66. R. MARTIN MATEO, *Op. Cit.*, nota 41, p. 24.

67. Y ello no sólo en virtud del fenómeno conocido como "captura" de la organización por los correspondientes intereses del entorno en que se mueve, sino también, sin llegar a tal extremo, por excesiva implicación en el "sector" con pérdida de la necesaria perspectiva distanciada y, por tanto, objetiva y la correspondiente conciencia de pertenencia a un sistema más complejo que está, en todas sus piezas, al servicio del orden constitucional.

68. La calidad total resultaría así congruente con el planteamiento a que respondía inicialmente el proyecto de ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (citado en nota 56, *supra*), aunque diluido en la versión definitiva aprobada por el Gobierno y remitida a las Cortes Generales: flexibilización sensible de las fuentes de ordenación de los procedimientos administrativos y fijación de cartas de los servicios (para la concreción de estándares de rendimiento y de prestaciones a los ciudadanos). La formación de un conjunto de criterios de medida de la eficacia administrativa permitiría, en efecto, la formación "jurídica" de estándares de rendimiento por servicios, con múltiples consecuencias jurídicas, incluso en el orden de la responsabilidad personal de los funcionarios y de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal.

Norberto Bobbio y la sociología del derecho ¹

Justo en los días de la conferencia de Camerino, en la que por desgracia no pude participar, terminé de escribir el primer volumen de los *Lineamientos de sociología del derecho*, dedicado en primer lugar a un encuadre general de la disciplina, concebida como rama especial de la sociología y, en segundo lugar, al derecho entendido como modalidad de acción político-social y examinado como sistema en su conjunto, en su estructura, en sus funciones y en su dinámica. Si se recorren las páginas de este libro, recientemente publicado (Roma-Bari: Laterza, 1997), se constata que Norberto Bobbio, filósofo del derecho y de la política, es uno de los nombres más recurrentes, en seguida después de algunos otros autores de importancia central para la sociología del derecho, como Max Weber, Lawrence Friedman, Niklas Luhmann y, por lo que hace a Italia, Renato Treves. Esta simple indicación dice ya por sí misma, y de manera eficaz, que en mi opinión la contribución de Bobbio a la sociología del derecho es asaz relevante, no menos que la que ofrece otro filósofo y teórico del derecho al que la figura de Bobbio, al igual que la de Treves, está indisolublemente ligada, es decir, Hans Kelsen, a su vez continuamente citado en mi trabajo.

Por supuesto, de estas afirmaciones y de la aproximación de estos nombres resulta con claridad mi posición sobre el estatuto metodológico y teórico de la sociología del derecho: una posición según la cual, pese a las feroces críticas de Kelsen a la orientación de la sociología del derecho positivista de Eugen Erlich (críticas que traen a la memoria aquéllas no menos incisivas de Croce a la sociología positivista en general), una sociología del derecho madura puede fundarse perfectamente y, más aún, está bien que lo haga, en la visión normativista y divisionista del gran jurista pragués. Esta misma posición, como se sabe, ha sido adoptada y mantenida después de algunas dudas iniciales, pero por largos años y sin titubeos, por Treves. Y no tengo necesidad de recordar las buenas razones que mi amado y tristemente desaparecido maestro aducía en su favor: por una parte, lo correcto de la separación kelseniana entre ciencia del derecho, que versa sobre la validez formal de las normas, y sociología del derecho, que versa sobre la relación entre normas y hechos, es decir sobre la eficacia de las normas mismas; por otra parte el carácter antiformalista de la doctrina kelseniana de la interpretación, que arroja un puente entre la

orientación normativista y las corrientes de pensamiento jurídico más abiertas a la sociología, en especial el realismo jurídico americano y escandinavo.

Como teórico y filósofo del derecho, Bobbio ha contribuido en medida notable a reforzar esta posición que, bien lo sé, no es compartida por todos tampoco en Italia⁷, pero que personalmente me parece la más correcta: aquélla que, entre otras cosas, permite recurrir con provecho, en sociología del derecho, también a la enseñanza de teóricos del derecho de inspiración así mismo normativista, como Herbert Hart, Uberto ScarPELLI o Amedeo Conte, al lado de teóricos de inspiración realista, como Alf Ross, Julius Stone o Giovanni Tarello. Pero agrego en seguida que, trabajando según una perspectiva kelseniana, Bobbio ha ofrecido a la sociología del derecho no sólo un aporte indirecto, que consiste en la elaboración de un cuadro teórico general en el que pueden insertarse observaciones sociológico-jurídicas, sino también un aporte directo, al enfrentar temas de inmediata relevancia para esta disciplina. Recordaré algunos de ellos que me parecen especialmente ejemplares, y por brevedad dejaré de lado muchos otros que, sin embargo, cabría mencionar.

Ante todo subrayo que Bobbio ha puesto el dedo en una de las llagas más crónicas de todo el léxico científico, es decir, el concepto de función, que representa al mismo tiempo el eje de la mayor teoría sociológica contemporánea, el estructural-funcionalismo, el objeto de las mayores críticas epistemológicas y teóricas que se han planteado de manera recurrente a su orientación y, por último, el banco de prueba de continuas reconstrucciones temáticas, entre las cuales las de King Merton, Marion Levy y, últimamente, Niklas Luhmann, son sin duda las más dignas de nota.

Al enfrentar el tema de un conocido artículo aparecido en la revista *Sociologia del diritto*, Bobbio en realidad no pretende alejarse del significado de "función" que, tomado de las ciencias biológicas, aparece con mayor frecuencia en las ciencias sociales -como contribución objetivamente aportada por un elemento de un sistema a un estado definible de ese sistema- y, al mismo tiempo, realiza una constatación de gran importancia epistemológica cuando separa el concepto de función de la corriente de la teoría estructural-funcionalista e indica su valor, antes que teórico, metodológico. El método del análisis funcional, distinto de la teoría (o mejor, de la filosofía social) funcionalista, se puede prestar -observa- también para la imagen de una sociedad conflictiva, sujeta a cambios incluso revolucionarios, y no sólo para la de una sociedad integrada: aquella sociedad que, en la clásica visión estructural-funcionalista, en especial parsoniana, parece "homeostáticamente" orientada a recuperar, frente a los elementos "desequilibradores", un "equilibrio" paretiano que, en realidad, nadie está en condiciones de definir a no ser a partir de los puntos de vista de los más diferentes actores sociales y de sus preferencias subjetivas.

Estas constataciones de Bobbio han sido para mí iluminadoras porque, al darle forma cumplida a percepciones antiguas (y que ciertamente recuerdan el kantismo o, lo admito sin temor y, más aún, con cierto orgullo, el "vetero-europeísmo" que hay en cada uno de nosotros), me han aconsejado salir decididamente del concepto tradicional de "función", es decir de lo que en argot se define como la "metáfora organicista", y proponer para la sociología del derecho un concepto subjetivista y relativista: "función" entendida no ya como contribución objetivamente aportada al estado definible

de un sistema sino, más bien, como contribución aportada a un proyecto consciente de acción social que concierne a ese mismo sistema. Esta es una visión que me ha parecido especialmente en sintonía no sólo con la tradición weberiana sino también con las tendencias más recientes de la teoría sociológica, que se inspira en lo que Alain Touraine define eficazmente como «el retorno del actor» a la escena del análisis sociológico⁸,

Si mi tentativa, expuesta en *Funciones del derecho* (Rorna-Bari: Laterza, 1987), ha tenido éxito o no es algo que no se puede decir a ciencia cierta. Y, es superfluo decirlo, ciertamente de su fracaso eventual no podría ser un lejano ca-responsable el propio Norberto Bobbio. Lo que es cierto, en cambio, es que Bobbio ha tenido el mérito de indicar un camino que, probablemente, se puede recorrer también de una manera diferente de la que yo he tratado de mostrar, es decir, teniendo firme el concepto tradicional, objetivista, de función: pero en cualquier caso un camino que es acaso el único que puede conducir fuera de esa «selva intrincadísima» de la cual -son palabras de Bobbio- nunca ha logrado «salir con vida» quien se haya aventurado a hablar en términos "funcionales" en las ciencias sociales. Me parece haber dicho incluso en demasía que ni siquiera Luhmann, si bien éste declara que deriva de Kant un concepto anodino de "función", entendida como contribución teóricamente posible, racional si bien no real, para la satisfacción de necesidades pre-estructurales, y sobre él construye una teoría altamente sofisticada, ha salido con vida, o por lo menos incólume (es decir del todo inmune de contradicciones, aporías y truisms) de esa selva.

Bobbio, como se sabe, ofrece un ejemplo ilustre del análisis funcional, concebi-

do como ejercicio metodológico adaptable también al estudio de los desequilibrios sociales, al enfrentar el tema del influjo recíproco entre el derecho y otros fenómenos sociales en la transición del Estado liberal al Estado social. Este es un tema que -es inútil recordarlo- se conecta con la enseñanza de autores clásicos como Maine, Tonnies, Durkheim y Weber y que, a un mismo tiempo, representa un *topos* recurrente en la reflexión sociológico-jurídica más reciente.

La teoría de Bobbio sobre este argumento es conocidísima y se funda ante todo en una valerosa actualización de la teoría kelseniana, actualización emprendida desde hace mucho tiempo⁹. Como todos recuerdan, Kelsen, si bien escéptico frente a la sociología del derecho, y en especial decididamente crítico ante las pretensiones de quien quería, como Ehrlich, hacer confluir en esta disciplina la ciencia jurídica, expresa desde la primera edición de la *Reine Rechtslehre* una posición sumamente clara que podríamos definir de macro-sociología jurídica, en donde define el derecho como «una técnica social» que consiste en el condicionamiento psicológico de los comportamientos humanos a través del mecanismo sancionatorio: para orientar a los ciudadanos hacia la conducta deseada, el legislador emana una norma en la cual lo contrario de esta conducta es puesto como condición-ilícito a cuya verificación deberá seguir (y, por tanto, es previsible que siga, de hecho) la consecuencia-sanción¹⁰. Como se sabe, muchos han denunciado lo limitado de esta visión, en cuanto ésta identifica el derecho con un mecanismo fundado de manera exclusiva en la amenaza de sanciones afflictivas -ya sean represivas o retributivas, para recurrir a la terminología de Durkheim-. Una identificación tan rígida, como se ha observado a menudo, no

da razón de la complejidad del fenómeno jurídico en la sociedad contemporánea. Pues bien, Bobbio tiene el gran mérito de haber superado estas críticas, al mostrar que el esquema teórico kelseniano se puede adaptar perfectamente también a la realidad jurídica contemporánea, a condición de que se lo enriquezca con la introducción, al lado de las sanciones negativas, de sanciones positivas: un concepto éste que, con la excepción de muy pocos precedentes ilustres (pienso en especial, para no decir de manera exclusiva, en Jeremy Bentham), se encontraba prácticamente ausente de la reflexión teórico-jurídica. He aquí entonces que el esquema kelseniano, que es posible representar con la fórmula *Si X → (entonces) Y*, y que es posible traducir en los mensajes *Si no quieres Y debes X* o bien *Si no quieres Y no debes X*, viene a articularse más aún y a comprender otras dos modalidades de comportamiento, esto es, *Si quieres Y debes X* y *Si quieres Y no debes X*. Las cuatro modalidades cubren toda la gama de los mensajes normativos provistos de sanción, entre los cuales se suelen comprender los jurídicos. Por lo tanto ellas agotan, en el plano teórico general, las alternativas (por lo menos las alternativas extremas) a través de las cuales se articula aquella modalidad de acción político-social específica que representa el derecho.

Sobre estas bases Bobbio examina la transición del Estado liberal decimonónico al Estado social, y observa que, mientras el primero recurría a un derecho fundado esencialmente en el empleo de sanciones negativas, y por tanto orientado a desempeñar una función eminentemente "represiva", el Estado social de este siglo se vale de un derecho que, en una medida creciente, ha desempeñado una función "promocional". Alrededor del uso de la termino-

logía funcionalista y del concepto mismo de función, en la acepción citada, que hace Bobbio se ha discutido ampliamente, en especial entre los sociólogos del derecho¹⁰; yo mismo he dedicado al tema algunas consideraciones en un largo artículo de 1980¹¹, y en *Funciones del derecho* he preferido alejarme por lo menos en parte de la terminología de Bobbio. Pero más allá de las cuestiones terminológicas (cuya importancia por más crucial que sea no debe sobreestimarse), la importancia de esta teoría aparece plenamente resaltada si se considera que Bobbio no sólo centra perfectamente el argumento, sino que, así mismo, lo hace con cierta anticipación en relación con los tiempos de la teorización explícitamente sociológico-jurídica.

Que Bobbio centre en pleno el blanco es algo que sería difícil poner en duda. La correlación entre políticas promocionales, de desarrollo y asistenciales del Estado contemporáneo, por una parte, y por otra el recurso a sanciones positivas, más o menos límpidas e institucionales, correlación que Bobbio pone en claro con gran acopio de ejemplos y anotaciones perspicuas, se ha tornado cada vez más visible, por lo menos (paradójicamente) en la medida en que el Estado caía en la espiral cada vez más profunda de la así llamada crisis fiscal y se mostraba incapaz de llevar eficazmente a término sus políticas promocionales. La capacidad de Bobbio de sintetizar esta observación en una fórmula, como es su costumbre, neta y evidente, ha proporcionado a la comunidad científica un argumento de inmediata comprensión y difusión: no es casual, tras años, que se cite justo este ejemplo incluso en el otro extremo del mundo para indicar precisamente la importancia que la obra de Bobbio ha tenido para la sociología del derecho¹². Que, además, esta contribución sea prácticamente

pionera —aunque se puede colocar, como ya hemos dicho, en el surco de ilustres predecesores, en especial Durkheim y Tonnies— se puede demostrar con una simple comparación de fechas. En efecto, Bobbio trata el tema, por primera vez, si no me equivoco, en 1969, en un artículo para la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*: Lo retoma después en 1971, con un artículo dedicado a las sanciones positivas¹⁴ y posteriormente, de nuevo, en un escrito destinado a los estudios a la memoria de Ambrosio Gioja, que permaneció inédito por algunos años¹⁵. Ahora bien, a la contribución de Bobbio hay que aproximar, en seguida, la de Vilhelm Aubert, el gran sociólogo del derecho noruego que ha vinculado su nombre, entre otros, a conocidos estudios de inspiración funcionalista aparecidos ya en los años 40 y cuyas ideas, también político-sociales (en Italia diríamos: de signo liberal-socialista), aparecen en singular sintonía con las de Bobbio. Pues bien, Aubert enfrenta el tema de las sanciones positivas, ligado al del Estado del bienestar, a partir de 1973, con su contribución al Congreso internacional de filosofía del derecho de Madrid, inspirándose en el historiador norteamericano James Willard Hurst¹⁶, para después perfeccionarlo en especial en un libro aparecido en 1983, en el que el tema del derecho promocional y de las sanciones positivas viene a conectarse con el de los derechos humanos¹⁷, y posteriormente en contribuciones más breves¹⁸. Más allá de Aubert, el mismo tema reaparece en 1978, con una formulación diferente pero con cierto relieve, del otro lado del Atlántico, con el célebre librito de Philippe Nonet y Philip Selznick, dedicado específicamente al tema de la evolución del derecho del Estado absolutista al Estado liberal y de éste al Estado social, y centrado en la idea de que

esta evolución se expresaría, en las tres diferentes fases, a través del paso de un derecho *repressive* a un derecho *autonomous* y por último a un derecho *responsive*, que presenta un estrecho parentesco con el derecho de función promocional estudiado por Bobbio¹⁹.

Del tema del Estado social que, como ya recordamos, se sitúa en el centro de la reflexión sociológico-jurídica desde hace por lo menos veinte años, paso a otro tema, el de los derechos —rights— que, por el contrario, la reflexión sociológico-jurídica ha relegado por mucho tiempo a un papel marginal, acaso por un prejuicio que se remonta a los orígenes del pensamiento sociológico general, a la polémica conducida por Auguste Comte contra los *métaphysiciens* y los hombres de ley educados en el culto de los principios del 89.

La producción de Bobbio sobre este tema es muy amplia y, hay que subrayar, no se reduce a los ensayos reunidos en el célebre librito *la edad de los derechos* (Turín: Einaudi, 1990). No se puede olvidar que la esencia de la defensa del liberalismo, conducida por el autor en los años 50 en polémica directa con figuras de la estatura de Galvano della Volpe y, ante todo, con el mismo Palmiro Togliatti, fue la reivindicación del valor civil, universal, de aquellas libertades que los marxistas ortodoxos, reafirmando la posición de Lenin, se obstinaban en descalificar y despreciar como "libertades burguesas". Para traer tan sólo una cita: «... la doctrina de la separación de los poderes —escribía Bobbio en 1954 en *Nuovi Argomenti*, N° 6, pp. 3 ss.— es, históricamente, una doctrina de origen burgués; pero la exigencia que ella expresa, la defensa contra el absolutismo del poder, y las técnicas constitucionales que ella ha inspirado (independencia relativa

y recíproca de los órganos titulares de las tres funciones fundamentales del Estado), no son más burguesas que proletarias: son conquistas civiles". Sin embargo, limitando la atención a los escritos más recientes, debo recordar que Bobbio ha ofrecido sugerencias importantes, de las que por lo menos una, a mi modo de ver, es de grandísima importancia para orientar, se puede decir en su nacimiento mismo, el sector de la sociología de los derechos humanos.

Me refiero en especial al artículo titulado *Derechos del hombre y sociedad*, que debía constituir el *key-note speech* de Bobbio en el Congreso internacional de sociología del derecho de Bolonia en 1988, durante las celebraciones del *ix* Centenario y que, a causa de una imprevista enfermedad que le impidió asistir a su autor, apareció sólo en las actas de la manifestación y, con adelanto, en un número especial de *Sociologia del Diritto* (año *xv*, 1989, N° 1) que reunía algunos de los más significativos aportes a aquel sector del Congreso dedicado al tema de los derechos.²² En este ensayo, que desarrolla según una perspectiva sustancialmente sociológica consideraciones ya hechas con anterioridad desde perspectivas filosóficas, Bobbio observa ante todo que el movimiento de los derechos humanos se ha desarrollado recientemente siguiendo dos directrices, la de la "universalización" y la de la "multiplicación", y acto seguido señala que el proceso de multiplicación de los derechos se ha producido de tres formas: por medio del aumento de la cantidad de bienes que se consideran merecedores de tutela, por medio de la extensión de la titularidad de algunos derechos a sujetos diferentes de los seres humanos y, por último, por medio de la transición de una consideración del hombre como ser genérico, o abstracto, a una consideración del hombre como ser con-

creto, en la especificidad de los estatus que éste representa en la sociedad". Hoy estamos ante todo -anota Bobbio- frente a un proceso de especificación que, de manera gradual, ha hecho que el movimiento de los derechos en su conjunto adquiera con el correr del tiempo una dirección muy diferente de la de los orígenes: mientras en las fases originarias del movimiento los derechos se reclamaban en nombre de la igualdad y del rechazo de las discriminaciones, en las fases más recientes los derechos se reclaman, progresiva y cada vez más frecuentemente, en nombre de las diferencias, de las diversidades. En esencia, se ha pasado de la reivindicación de los derechos iguales pese a las diferencias originarias, a la reivindicación de derechos diferenciados en virtud de diferencias originarias.

Por supuesto, los fenómenos observados por Bobbio no son en sí mismos una novedad absoluta. Ya en la segunda mitad del siglo pasado el utilitarismo liberal, por lo menos en su versión más desarrollada, de John Stuart Mill en adelante, reclamaba la intervención activa del Estado para "obstaculizar los obstáculos" (*to hinder hindrances*) con el fin de reequilibrar las posiciones sociales desequilibradas en el origen de las desigualdades sociales, con lo que se manifestaban en favor del reconocimiento de diferencias de estatus. Un siglo después, en 1971, John Rawls enuncia en *A Theory of Justice* sus famosos principios de justicia, el segundo de los cuales, articulado en detalle, implica la regla del así llamado *maximin*, por el que las desigualdades se justifican en el plano ético-político si revierten en favor de los menos favorecidos. Sin embargo la observación de Bobbio, si bien en la misma línea de esta tradición, me pareció entonces, y me parece aún hoy, extraordinariamente sig-

nificativa, puesto que con la acostumbrada claridad el autor ha tenido el mérito de sintetizar en una fórmula simple el sentido sociológico de la más reciente evolución del movimiento de los derechos humanos, o fundamentales. La "multiplicación por especificación" de los derechos humanos se traduce fatalmente en una multiplicación de ocasiones de conflicto entre portadores de estatus diferenciados y, por esta razón, titulares de derechos, o también simplemente exponentes de intereses merecedores de tutela jurídica, en contraposición entre ellos. El propio Bobbio había observado, en un artículo de varios años antes que el libro de Rawls, que este peligro de contraposición se presenta cuando nos encontramos frente a aquellos derechos humanos que no pueden encontrar protección "en absoluto" y que son, notaba él mismo, la gran mayoría: «En la mayor parte de las situaciones en que está en juego un derecho del hombre sucede [...] que dos derechos fundamentales se enfrentan y no es posible proteger de manera incondicionada el uno sin hacer inoperante al otro. Basta pensar, para traer un ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión, por una parte, y en el derecho a no ser engañados, provocados, escandalizados, difamados, vilipendiados, por el otro»²⁴.

Creo que el argumento planteado por Bobbio, que recibió acogida inmediata en el mismo congreso antes citado (en especial en una sesión que tuvo lugar en Ravenna, en la que emergieron entre otras algunos ejemplos concretos de conflicto entre derechos), se debe poner en el centro de la reflexión no sólo sociológico-jurídica, sino también sociológico-política, sobre los derechos humanos. En efecto, el conflicto entre derechos de este nivel y de esta amplitud plantea problemas sumamente serios respecto del modo en que la socie-

dad contemporánea puede tratar de dirimirlos normativamente, tanto en el plano legislativo como en el judicial. Puesto que los derechos humanos encuentran reconocimiento en documentos, en especial internacionales, que se caracterizan a menudo por ser vagos, toda intervención dirimente presenta un margen de discrecionalidad elevadísimo, por no decir de arbitrio; puesto que los derechos humanos tienen naturaleza, como se suele decir, transnacional, está en discusión la legitimación de la autoridad normativa estatal; y puesto que los derechos por lo general se afirman por sus titulares (verdaderos o supuestos) de manera absoluta y no mediable incluso cuando, como dijo Bobbio, no pueden encontrar protección absoluta, está en cuestión la legitimación de cualquier decisión dirimente, de cualquiera autoridad que provenga: basta pensar en el choque irreductible entre abortistas y antiabortistas en todos los países occidentales.

Nos encontramos así frente a una paradoja, que desde hace años me inquieta y al mismo tiempo me apasiona, en el plano científico tanto como en el político, más aún desde que tuve oportunidad de observar, a través de una investigación empírica, que el conflicto entre derechos fundamentales concierne también, por no decir ante todo, a la esfera de la integridad personal, moral y física de los individuos, creando un desconcierto que puede tener incluso consecuencias existenciales.²⁵ El movimiento de los derechos humanos, síntesis nobilísima del pensamiento liberal y democrático, puede contribuir a acrecentar el índice -lo diré así- de anomia de la sociedad contemporánea. Como es natural esta consideración no se debe tomar en sentido absoluto y, menos aún, inducir a abandonar la política de los derechos. Sim-

plemente sugiere que hay que mirar a esta política de manera menos romántica y, en una perspectiva política, identificar los términos de un pacto social renovado, orientado a establecer fronteras razonables entre derechos y derechos, así como a identificar las instituciones a las que se puede demandar legítimamente la tarea de vigilar estas fronteras: un pacto que, en la sociedad transnacional, no puede no tener dimensiones a su vez transnacionales, aunque debe encontrar un punto de equilibrio entre diferentes culturas y diferentes tradiciones.

Como decía en un comienzo, con esta intervención he querido describir el aporte de Bobbio a la sociología del derecho a través de algunos ejemplos significativos. Y por supuesto, he escogido aquéllos que me son más familiares, en cuanto tocan temas respecto de los que yo mismo he tenido ocasión de reflexionar y, por tanto, de apreciar hasta el fondo la gran calidad de esa contribución. De haber seguido otro método y haber recorrido el camino de Bobbio desde el principio hasta hoy, obra tras obra, habría llegado al mismo resultado. Cada una de estas obras se presta en efecto para una lectura en clave sociológico-jurídica o, por lo menos, puede ofrecer sugerencias para la teorización y la investigación en sociología del derecho. Pienso en el estudio juvenil sobre la costumbre como fuente del derecho, argumento socio-jurídico de crucial importancia en el análisis teórico del ordenamiento jurídico, en el que Bobbio muestra, entre otras, que no subsiste una contradicción insanable entre la teoría normativista y la teoría institucional del derecho; por último, en los numerosos estudios de filosofía política, en especial aquéllos dedicados al liberalismo, la democracia y el socialismo, que tuvieron una influencia extraordinaria no sólo

en Italia sino también en el exterior, en especial en España. Del inmenso panorama que presentan estas obras se extraen mil argumentos válidos para comprender y explicar sociológicamente los fenómenos jurídicos. No siempre los conceptos elaborados por Bobbio, como por otros filósofos del derecho, pueden trasponerse pura y simplemente a una concepción sociológica, que implica -como decía Treves- una perspectiva diferente desde la cual observar el derecho. Sin embargo, ellos siempre desempeñan esa función clarificadora y crítica que se debería situar en la base de toda construcción sociológica y que, por el contrario, los sociólogos del derecho a veces descuidan con el resultado de vulnerar en su raíz, por falta de rigor, la solidez de sus teorías y el alcance explicativo de sus investigaciones.

YINCENZO FERRARI!

Director del Instituto de Filosofía y Sociología
Jurídicas
Universidad de Milán

Traducción

CARLOS PEREA LA TORRE

1. Este artículo constituye la contribución del autor al simposio que tuvo lugar en la Universidad de Camerino los días 29 y 30 de mayo de 1997, con ocasión del otorgamiento del título *honoris causa* al profesor Norberto Bobbio, que en esta Universidad inició su carrera docente. Las actas del simposio serán recogidas en volumen, a cargo de Paolo di Lucia y Luigi Ferrajoli.

2. Me refiero por ejemplo a las críticas planteadas por V. PoCAR, quien observa que una visión de la sociología del derecho basada en el "compromiso kelseniano" (el análisis estructural del derecho a los juristas, el análisis funcional del derecho a los sociólogos), como la que emerge de la reflexión de Bobbio, constituye un "paso hacia atrás" respecto de la concepción parsoniana del derecho, en la medida en que conduce a separar de manera indebida el problema de la función del derecho del de su estructura, cuando ambos problemas pertenecen al

campo temático de la sociología del derecho misma Cfr. V. PoCAR, "Sociology of Law in Italy", en: V. FERRARI (Ed.), *Developing Sociology of Law, A world-wide Documentary Enquiry*. Milán: Giuffrè, 1990, p. 439.

3. NORBERTO BOBBIO. "Interno all'analisi funzionale del diritto", *Sociologia del Diritto*, Año II, 1975, N° 1, pp. 1 ss., publicado con posterioridad con el título "L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi", en: BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milán: Cornunita, 1977, pp. 63 ss. (de donde se toman las citas que siguen).

4. Cfr. N. BOBBIO. "L'analisi funzionale del diritto", *Cit.*, especialmente la página 111, en donde el autor declara que «se limita» a utilizar la palabra «en la acepción corriente de las teorías funcionalistas [] que nace del terreno de las ciencias biológicas [] y donde por "función" se entiende la prestación continua que un determinado órgano aporta a la conservación y al desarrollo de acuerdo con un ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte del organismo en su conjunto, es decir, del organismo considerado como un todo».

5. ALAIN TOURAINE. *Le retour de l'acteur. Essai de sociologie*. París: Fayard, 1984.

6. N. Boasro, "La funzione promozionale del diritto rivisitata", *Sociologia del Diritto*, Año XI, 1984, N° 3, p. 20.

7. Prescindiendo de estudios anteriores de BOBBIO, pienso en especial en la *Teoría della norma giuridica* y en la *Teoría dell'ordinamento giuridico*, publicados como apuntes académicos por el editor Giappichelli de Turín en 1958 y 1960, respectivamente (ahora reunidos bajo el título *Teoría generale del diritto*. Turín: Giappichelli, 1993).

8. H. Kelsen. *La dottrina pura del diritto*, edición italiana de Renato Treves, Turín: Einaudi, 1956, pp. 45 ss.; publicado nuevamente con el título *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín: Einaudi, 1967, pp. 68 ss.

9. N. BOBBIO. *Teoría della norma giuridica, Cit.*, p. 241, ahora en *Teoría generale del diritto, Op. Cit.*, p. 154.

10. En especial M. JoRI, "Esiste una funzione promozionale del diritto?" *Sociologia del Diritto*, Año IV, 1977, N° 2, pp. 405 ss.; L. ÜIANFORMAGGIO, "Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione", *Sociologia del Diritto*, Año VI, 1980, N° 1, pp. 71 ss.

11. Y. FERRARI. "L'analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e metodologici".

Ibid., pp. 43 ss.

12. Me refiero, por ejemplo, al artículo del sociólogo del derecho brasileño JE. FARIA, "Técnica de motivación y eficacia jurídica (la contribución de Bobbio a la sociología del derecho)", que apareció en el volumen monográfico dedicado a Bobbio por la *Revista de Ciencias Sociales* de la Universidad de Valparaíso (Norberto Bobbio. *Estudios en homenaje*, Valparaíso, 1987; el artículo de Faria se encuentra en las páginas 204 y siguientes).

13. N. Bosmo. "Sulla funzione promozionale del diritto". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año xxi, 1969, pp. 1312 ss., luego publicado en *Dalla struttura alla funzione, Op. Cit.*, pp. 13 ss.

14. N. Bounro. "Sulle sanzioni positive". En VV.AA., *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Milán: Giuffrè, 1971, publicado de nuevo, en parte, en *Dalla struttura alla funzione, Cit.*, pp. 33 ss.

15. N. BOBBIO. "Verso una teoria funzionalistica del diritto", aparecido por primera vez en *Dalla struttura alla funzione, Cit.*, pp. 63 ss.

16. V. AuBERT. "The Social Function of Law", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1974, número monográfico a cargo de L. LEGAZ-LACAMBRA, *Die Funktionen des Rechts*, pp. 85 ss.

17. V. AuBERT. *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, Oxford: M. Robertson, 1983, especialmente pp. 152 ss.

18. Por ejemplo, V. AuBERT. "Punishment, Reward and Human Rights", en: U. ScARPELLI y V. ToMEo (Eds.), *Società norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*. Milán: Giuffrè, 1984, pp. 77 ss.; también: "Sul mutamento giuridico. Dalle pene alle ricompense", *Sociologia del Diritto*, Año XJV, 1987, N° 2, pp. 7 ss.

19. PH. NoNET y PH. SELZNICK. *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*. Nueva York: Octagon Books, 1978. Es interesante indicar que Philip Selznick, jurista y *social scientist*, autor de una visión del derecho que no es ajena a influjos iusnaturalistas y sin embargo sumamente atenta a la realidad social y, en especial, industrial, ha expuesto en los últimos años una teoría filosófico-política y sociológico-política que intenta integrar las corrientes opuestas *liberal* y *communitarian* y que, precisamente por ello, presenta numerosas consonancias con la visión de Bobbio y de Aubert (véase en particular *Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley-Los Angeles-Londres: UCLA Press, 1992).

20. N. Bonsio, *Politica e cultura*. Turín: Einaudi, 1974, p. 154.

21. N. Boasro. "Diritti dell'uomo e società", en: V. FERRARI (Ed.), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30-June 3, 1988)*, Vol. I, *Panels and Sessions*. Milán: Giuffrè, 1991, pp. 35 ss.

22. Este número de *Sociologia del Diritto* [Año xvr, 1989, N° 1] apareció también como volumen al cuidado de Renato Treves y mío, con el título *Sociologia dei diritti umani*. Milán: Angeli, 1989 (el ensayo de

Bobbio se encuentra en las páginas 15 y siguientes).

23. N. Bonno, "Diritti dell'uomo e società", ahora en *L'età dei diritti*, *Cit.*, p. 68.

24. N. 8001310, "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo", *Comunita Internazionale*, Año xxnr, 1968, pp. 3-18, ahora en *L'età dei diritti*, *Cit.*, pp. 17 ss. (la cita se encuentra en las páginas 39-40).

25. Me refiero a la investigación expuesta en la segunda parte de *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*. Milán: Angeli, 1995.

Crisis de los mecanismos reguladores y suplencia judicial en Italia*

I. EL PROBLEMA

Los problemas a los que están dedicadas estas páginas giran alrededor de algunos elementos clave: si hay y eventualmente cuáles son las relaciones entre crisis de las formas de regulación e intervención del juez; en qué medida esta relación es común a otros países y en qué medida, por el contrario, se debe asociar a las características específicas de la experiencia italiana; si los efectos de la suplencia se refieren sólo a los destinatarios de la regulación o, por el contrario, recaen también, extendiéndose, con efectos múltiples, sobre las modalidades y los instrumentos de regulación, sobre los conflictos entre grupos sociales y sujetos económicos, sobre el papel mismo (además de sobre la actuación) de los jueces.

Son pocos los elementos relativamente claros, por lo menos en un comienzo: es cosa cierta que las formas de regulación características de los actuales sistemas socio-económicos y de su respectiva forma de Estado social se traducen en una creciente demanda de intervenciones por parte del juez cuando entran en crisis (y a menudo sin estarlo); por el contrario, hay que ver en qué medida las formas de interven-

ción judicial se deben poner en relación (además de los otros elementos) también con las formas de regulación que sirven o cuya crisis enfrentan; es probable que este papel (objetivamente confiado, y en cualquier caso) desempeñado por el juez haya provocado fuertes alteraciones en la estructura y en el funcionamiento de las diferentes formas de juicio, también en razón de algunas dificultades peculiares presentes en la experiencia italiana. Se trata de un dato sobre el cual se debe meditar atentamente, puesto que un sistema que a la crisis de los mecanismos de regulación sumara una crisis de igual intensidad de la justicia correría un riesgo mucho mayor de lo que hoy en día podamos imaginar.

Pero de ello nos ocuparemos en breve. Por lo pronto es suficiente afirmar el hecho, obvio, de que un completo análisis como el que hemos indicado no puede realizarse en este lugar. De manera que las consideraciones que siguen intentan estudiar la confiabilidad de determinadas hipótesis y líneas de investigación, remitiéndose por completo a la lógica que inspira la última parte de este trabajo, es decir, la lógica de las problemáticas del derecho y de la justicia actualmente en desarrollo, de las que poco sabemos, excepto que su evo-