

Metodología

DIFICULTADES CON LAS QUE SE ENFRENTA EL ANALISIS FUNCIONAL DEL DERECHO

Norberto Bobbio: *Contribución a la Teoría del Derecho* (Valencia, Fernando Torres - Editor, 1980, pp. 278-287. Estudio preliminar, recopilación y traducción de Alfonso Ruíz Miguel. Notas suprimidas).

He indicado algunos motivos que reclaman y justifican un análisis funcional del Derecho. Ese análisis está llamado a extender su mirada a problemas que eran completamente desconocidos para las teorías generales del Derecho llevadas a cabo mediante el análisis estructural del ordenamiento jurídico y que son problemas que, en cambio, entran de pleno derecho en el campo de investigación de la sociología del Derecho. Y ello, al menos por dos razones: primero, porque son problemas conectados con la consideración del Derecho como subsistema del sistema social considerado en su globalidad y, por tanto, para ser enfrentados requieren el estudio de las relaciones entre el Derecho y la sociedad, que es el único que, entre otras cosas, permite darse cuenta de las repercusiones que las transformaciones de la sociedad tienen sobre la transformación del Derecho; segundo, porque problemas como aquél al que he aludido del cambio de función del Derecho, de la función negativa, de la disfunción, de la despotenciación, etcétera, para ser tratados exhaustivamente, exigen, si se quiere ir más allá de las generalizaciones teóricas, técnicas de investigación empírica que son propias de las ciencias sociales y que se distinguen en cuanto tales de las técnicas de las que se valen los juristas para desarrollar su tarea de intérpretes y críticos de un determinado Derecho positivo.

Diré rápidamente que el interés por el problema de la función o funciones del Derecho, tal y como se ha ido de-

sarrollando en estos últimos años, no debe cerrarnos los ojos frente al hecho de que los resultados hasta ahora alcanzados por este tipo de análisis están bien lejos de ser satisfactorios. Cualquiera que hojee las enumeraciones de las funciones que se atribuyen al Derecho en la mayor parte de estos escritos no puede dejar de quedarse con la impresión de que estas enumeraciones son por un lado una recopilación de cosas más bien obvias que añaden poco o nada a nuestro conocimiento del fenómeno jurídico y por otro lado están compuestas de elementos heterogéneos, por lo que inmediatamente nace la sospecha de que en la expresión "función del Derecho" tanto el término "función" como el término "Derecho" son usados en diferentes significados sin declararlo. En esta segunda parte de este escrito me detengo en algunas de estas dificultades de orden teórico, porque una investigación empírica, hacia la que tiende la sociología jurídica, tiene mucho que ganar de una clarificación de sus presupuestos conceptuales y de una eliminación de las confusiones terminológicas más toscas. Dejo las dificultades que nacen del uso de un término enteramente por hacer como "función" (sobre el que se han vertido ríos de tinta). Me limito a emplearlo en el uso corriente de las teorías funcionalistas; y es un uso, como ha sido repetido varias veces, que nace en el terreno de las ciencias biológicas de la analogía de la sociedad humana con el organismo animal, en las que por "función" se entiende la prestación continuada que un determinado órgano da para la conservación y desarrollo, según un ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte, de todo el organismo, es decir, del organismo considerado como un todo.

Primera dificultad: función ¿respecto a qué?

La primera dificultad sobre la que pretendo detenerme deriva del hecho de que cuando se nos interroga sobre la función del Derecho, la respuesta es distinta, como ya se ha puesto de relieve, según la respuesta que se dé a la pregunta: "Función. ¿respecto a qué?". En toda teoría social están siempre presentes dos polos: a) la sociedad como totalidad, no importa que esta totalidad se considere como un organismo en más o menos estrecha analogía con el organismo biológico o como un sistema en equilibrio (por lo demás, los dos modelos del organismo y del sistema no son en absoluto incompatibles y a menudo uno viene utilizado para interpretar el otro); b) los individuos, que son las partes componentes de esta totalidad, y que interaccionan entre sí y con el todo. Quien se plantea el problema de la función del Derecho, ¿a cuál de los dos polos se refiere? ¿Se plantea el problema de cuál es la función del Derecho respecto a la sociedad como totalidad o respecto a los individuos que forman parte de ella? Probablemente respecto a ambos, lo que es perfectamente lícito. Lo que no es lícito y crea confusión es que no sean claramente diferenciados los dos problemas. Si digo, como dice el príncipe de los funcionalistas, que la función principal del Derecho es la integración social, me pongo en el punto de vista de la sociedad y me planteo un determinado problema, que es el de la función del Derecho en relación con la sociedad en su conjunto. Si digo, como generalmente dicen los antropólogos, que la función del Derecho es hacer posible la satisfacción de algunas necesidades fundamentales del hombre, como son las de la nutrición y el sexo, y sucesivamente otras necesidades de carácter cultural en las sociedades más evolucionadas, me pongo en el punto de vista del individuo y me planteo otro problema que es el de la función del Derecho respecto a los individuos en particular. Ya ha sido justamente

subrayada la diferencia entre la función del Derecho respecto al sistema (las *systemfunktionale Bestimmungen des Rechts* de Helmut Schelsky) y la función antropológica del Derecho. Pero no hay ninguna necesidad de molestar a sociólogos y antropólogos para poner de relieve esta distinción. Cuando Kelsen, que no era ni sociólogo ni antropólogo, afirma que el Derecho es una técnica de organización social cuya función es la de hacer posible la paz social, se coloca en el punto de vista de la sociedad como un todo. Cuando Jhering, que como Kelsen era antes que nada un jurista, afirma, como ya se ha visto, que el fin del Derecho es garantizar las condiciones de existencia de la sociedad, y por condiciones de existencia entiende "los presupuestos a los que subjetivamente está ligada la vida" física o espiritual de los individuos y ejemplifica hablando del "honor", de la "libertad" o de la "vida", se coloca, evidentemente, en el punto de vista de los individuos en particular y de sus intereses específicos (no importa luego que la satisfacción de estos intereses redunde en beneficio de la sociedad en su conjunto). Se entiende que estos dos puntos de vista no son arbitrarios: representan dos distintas concepciones globales de la sociedad; la universalista, para la que lo que cuenta es el bosque y no los árboles, y la individualista, para la que cuentan los árboles y no el bosque. También pueden representar dos modos diferentes de mirar los problemas sociales, el *ex parte principis* y el *ex parte populi*: la función social del Derecho es la relevante para los gobernantes, esto es, para quienes el Derecho es un instrumento de gobierno; la función individual del Derecho es la relevante para los gobernados, esto es, para quienes ven en el Derecho un instrumento de protección, de garantía, de liberación, etcétera, de los miembros individuales de la sociedad. Estas dos perspectivas no son en absoluto incompatibles: al contrario, pienso que un análisis funcional que pretenda ser completo deberá tener en cuenta las dos. Pero para tenerlas en

cuenta hay que haber tomado antes de nada clara conciencia de ellas, cosa que me parece que no siempre ha ocurrido en la copiosa literatura sobre el tema.

Segunda dificultad: función ¿a qué nivel?

Una segunda razón de confusión nace del hecho de que las funciones enumeradas no se colocan siempre en el mismo nivel, sino que representan grados o momentos distintos de la influencia del Derecho en la sociedad. La lógica del análisis funcional es la lógica de la relación medio-fin, para la que un fin, una vez conseguido, se convierte en medio para la consecución de otro fin y así sucesivamente hasta que se detiene en un fin puesto o aceptado como último. También aquí es claro que la respuesta a la pregunta: "¿cuáles son las funciones del Derecho?" cambia según nos paremos en los fines intermedios o se quiera mirar al fin último (o a lo que se cree tal) o bien incluso solamente a los fines que, aun siendo intermedios, son a su vez el resultado de la consecución de fines que en contraposición a los últimos podemos llamar "primeros". Quien, por ejemplo, pone en su enumeración de funciones del Derecho tanto la seguridad (o el orden social) como la resolución de los conflictos de intereses o la organización del poder político, pone en el mismo plano funciones que en realidad están en niveles distintos y que probablemente podrían ser puestas para mayor claridad en concatenación una con otra. Más específicamente, la función de seguridad y la de resolución de conflictos no se encuentran una junto a otra, sino, si puedo expresarme así, una dentro de otra, puesto que es cierto que uno de los modos a través de los cuales el Derecho desarrolla la función de garantizar la seguridad colectiva es también el de ser un modo eficaz, quizá el más eficaz en última instancia, de resolver los conflictos. No de manera diferente se plantea el problema de la relación

entre estas dos funciones y la tercera, la relativa a la organización del poder: garantía de la seguridad colectiva, resolución de los conflictos, y organización del poder son tres tareas teleológicamente ligadas, hasta el punto de que la resolución de conflictos, que es un medio respecto al fin de la seguridad, pasa a ser un resultado si se pone en relación con la organización del poder; y se hace posible por tanto establecer una concatenación de este tipo: la organización del poder tiene la función de hacer posible la resolución de los conflictos y la resolución de los conflictos tiene la función de hacer posible la seguridad colectiva. Por dar otro ejemplo, nada obsta a que se afirme que la (verdadera) función del Derecho, esto es, la función que permite distinguir ontológicamente el Derecho, es la de realizar la justicia como modo específico de superar la inseguridad colectiva. Sin embargo, esta definición no impide, antes bien en un cierto sentido implica, que sean también funciones del Derecho —si bien intermedias y, para quien busca la "verdadera" función, no específicas— todas esas otras operaciones que suelen venir enumeradas como funciones por los sociólogos y los antropólogos. Si acaso se podrá decir que, además del punto de vista del sociólogo y del antropólogo, hay que tener en cuenta también el punto de vista del filósofo. Párese mientes en la función que se ha llamado distributiva, es decir, en aquella serie de operaciones a través de las cuales el Derecho persigue el fin de repartir los recursos. Nada obsta a que frente a la presentación de esta función se nos plantee una pregunta posterior: "¿Cuál es la función del reparto de los recursos?". Es probable que la respuesta sea de este tenor: "La actuación de la justicia social". Como se ve, ver el Derecho en función de la justicia no excluye en absoluto verlo en función de aquellas operaciones que pueden ser consideradas como los instrumentos más idóneos para la obtención del resultado final. Si acaso, el riesgo que corre el filósofo

que va en busca de la función última es el de cambiar el ser por el deber ser y de saltar sin darse cuenta desde el problema de cuál es la función del Derecho en una determinada situación al problema de cuál debe ser.

Tercera dificultad: ¿qué Derecho?

Las dificultades hasta ahora puestas de relieve derivan principalmente del uso del término "función". Pero no menos, sino quizá más graves, son las dificultades que nacen de la ambigüedad, o por lo menos de la generalidad, con que se usa el otro término, "Derecho". En la expresión "función del Derecho", ¿qué se entiende específicamente por "Derecho"? ¿Estamos realmente seguros de que todos los que van a la búsqueda de la función del Derecho atribuyen a "Derecho" el mismo significado (ver *sub a*)? Y aun, admitiendo que haya un acuerdo tácito sobre el significado general a dar al término "Derecho" en esta expresión, ¿el término no es demasiado amplio para ser usado útilmente en un análisis de las funciones que, como se ha visto, no son en sí mismas algo bien definido sino que pueden ser individuales y sociales, o de primero, segundo o tercer grado (ver *sub b*)?

a) La mejor prueba del distinto significado con que el término "Derecho" es usado en el análisis funcional viene dada por la constante presencia, en la argumentación de quienes se han planteado el problema de las funciones del Derecho, de dos pares de atributos que son perfectamente legítimos, pero que, al no tener ninguna correspondencia entre sí, deben ser explicados con el distinto significado del sustantivo al que se refieren. El análisis funcional, en efecto, se ha venido concentrando sobre todo en estos dos órdenes de cuestiones: si el Derecho tiene una función represiva o también distributiva, promocional, etcétera; y si tiene una función de conservación (o de estabilización) o también de innovación (se ha hablado incluso de "función revolucionaria" del Derecho)

y dentro de qué límites. Las dos cuestiones son distintas aunque se pueda ver un cierto nexo entre función represiva y conservadora por un lado y entre función promocional e innovadora por otro. Se trata, sin embargo, de un nexo muy lábil, porque se puede usar el instrumento del Derecho para reprimir el cambio, pero también para promover la conservación, y para promover el cambio, pero también para reprimir la conservación. Son distintas porque la primera se refiere a los remedios empleados por el Derecho para ejercitar su función primaria (pero no exclusiva), que es la de condicionar el comportamiento de los pertenecientes a un determinado grupo social, la segunda se refiere a los resultados obtenidos respecto a la sociedad considerada en su conjunto. Pero parecerán distintas solamente a quien se dé cuenta de que el Derecho del que se habla a propósito del primer par no es el Derecho del que se habla a propósito del segundo. En el primero el Derecho viene tomado en consideración como un determinado tipo de instrumento para el condicionamiento de los comportamientos; en el segundo viene tomado en consideración en referencia con los comportamientos que consigue condicionar a través de los medios de que dispone. En otras palabras, el efecto represivo o promocional del Derecho depende de que entendamos al Derecho como medio de condicionamiento de los comportamientos; el efecto conservador o innovador depende de que lo entendamos como regla o conjunto de reglas que tienen por objeto un determinado comportamiento cuyo cumplimiento o no cumplimiento influye en una cierta dirección —que puede ser tanto la de la conservación como la de la innovación— sobre la configuración de la sociedad en su conjunto. Quien se plantea el problema de la función del Derecho en términos de función represiva o promocional mira al medio con el que el Derecho actúa; quien se plantea el problema en términos de función conservadora o innovadora mira a lo que las reglas

consideradas prescriben o permiten en cada ocasión y a su eficacia. Una expresión como "función revolucionaria del Derecho" no tiene ningún sentido si "Derecho" se entiende como medio de coacción (porque con este medio quienes detentan el poder pueden revolucionar el estado de cosas existentes o pueden dejarlo como está); sólo adquiere sentido si se pretende hablar de los cambios sociales que pueden producirse a través de ese medio y, por tanto, de los contenidos políticos, económicos, sociales... que en cada ocasión pueden ser incluidos dentro de aquella forma. Para juzgar si el Derecho tiene función represiva o promocional basta tomar en consideración el remedio; para juzgar si tiene función de conservación o de innovación hay que tomar en consideración las medidas concretas que son impuestas o reclamadas a través de aquellos remedios. Esto permite concluir que el problema de la función del Derecho abre la puerta a dos respuestas distintas según se proponga estudiar qué efectos derivan del uso de un determinado medio de coacción y de promoción social al que de común acuerdo damos el nombre de Derecho o bien qué efectos derivan de los comportamientos que a través de ese medio han sido mandados o prohibidos, alentados o desalentados, etcétera, o más en general de las instituciones sociales que al estar reguladas por normas jurídicas llamamos igualmente de común acuerdo el "Derecho" de un determinado grupo social.

b) El concepto del Derecho es tan amplio que hace de escasa utilidad un análisis funcional que no proceda a las debidas distinciones. La primera distinción que debería tenerse en cuenta es la existente entre Derecho privado y Derecho público, a la que he llamado en otro lugar la "gran dicotomía". Cuando se afronta el problema de las funciones del Derecho, ¿a cuál de los dos Derechos nos referimos, al Derecho público o al Derecho privado? Tener en cuenta esta distinción es tanto más necesario en cuanto que mientras parece empresa

desesperada determinar el carácter específico del Derecho, como medio de control social a través de una enumeración de sus funciones que resulta siempre incompleta, la distinción entre Derecho privado y Derecho público es posible mediante el recurso a la distinta función que uno y otro desarrollan dentro del amplio campo de un sistema jurídico, o, por lo menos, la distinción funcional entre las dos formas de Derecho no es tan aberrante como la distinción funcional entre el Derecho en su conjunto y otras formas de control social, como la moral social, los usos sociales, las convenciones, etcétera. Diré más: la importancia fundamental que en toda teoría del Derecho asume la distinción entre Derecho privado y Derecho público reside, en mi opinión, precisamente en el hecho de que a ella se refieren y con ella se desarrollan las dos principales funciones que tradicionalmente vienen atribuidas a un ordenamiento jurídico: la función de permitir la coexistencia de intereses particulares divergentes, a través de reglas que deben servir para hacer menos frecuentes y menos ásperos los conflictos y de otras reglas que deben servir para resolverlos después de que hayan surgido; y la función de dirigir intereses divergentes hacia un fin común, a través de reglas imperativas y generalmente restrictivas.

Además, hay otras distinciones entre distintos tipos de normas ahora incorporadas al uso de la teoría general que deben su nacimiento al análisis funcional, aunque inconsciente, y que, por tanto, un análisis funcional no debería descuidar: me refiero a la distinción entre normas de conducta y normas de organización y a la formulada por Hart entre normas primarias y normas secundarias. En ambas distinciones el criterio discriminador es primordialmente funcional: con esto quiero decir que los autores que las utilizan recurren, para caracterizarlas, a las funciones para las que son apropiados, respectivamente, aquellos tipos de normas y no a otros elementos como la estructura, el contenido, etc.

Según la doctrina corriente, en efecto, la función de las normas de conducta es la de hacer posible la convivencia de individuos o grupos en los que cada uno persigue fines específicos, mientras que la función de las normas de organización es la de hacer posible la cooperación de individuos o grupos en los que cada uno persigue un fin común según su papel específico. Es bien sabido que Hart recurre a criterios funcionales tanto para caracterizar los tres tipos de normas secundarias que él ha creído individualizar como para distinguirlos de las normas primarias: las de reconocimiento tienen la función de poner remedio a la incertidumbre de un sistema compuesto solamente de normas primarias; las normas de cambio tienen la función de preservar de la inmovilidad a un sistema normativo; las de adjudicación tienen la función de proveer a su mayor eficacia. Con esta consecuencia: que un sistema jurídico, en cuanto que está compuesto de normas primarias y de normas secundarias, además de estructuralmente es también funcionalmente distinto de un sistema normativo no jurídico. Lo que es interesante advertir es que frente al problema típico de todo análisis funcional de la relación entre estructura y función, Hart explica la estructura partiendo de la función (en el sentido de que el Derecho tiene esa función porque tiene esa estructura) y no a la inversa, mientras que la teoría general del Derecho en sus expresiones más comunes, empezando por la de Kelsen, ha hecho lo contrario, ha explicado la función (el mantenimiento del orden) a partir de la estructura (el Derecho como ordenamiento de la fuerza).

Conclusión

He puesto de manifiesto algunas dificultades con las que se enfrenta el análisis funcional del Derecho, cuáles son las insidias en las que corre el riesgo de caer cualquiera que se aventure en este campo demasiado confiadamente y sin mirar a sus espaldas, para tratar de explicar el he-

cho de que, a pesar de la importancia adquirida por el análisis funcional como consecuencia y en proporción al aumento de las prestaciones de las distintas máquinas productoras de normas jurídicas, está todavía por llegar una teoría funcional del Derecho, y entiéndase por teoría funcional del Derecho una teoría general que busque el elemento caracterizador del Derecho, no en la especificidad de la estructura, como había ocurrido hasta ahora por obra de los mayores juristas teóricos, sino en la especificidad de la función. Los intentos hechos hasta ahora en esta dirección parecen más bien decepcionantes: porque, o terminan por mostrar justamente lo contrario de lo que se proponían, es decir, que a través de la puesta de relieve de la función no se llega a tocar el carácter específico del Derecho (como me parece que les ha ocurrido a Parsons y a sus intérpretes), o cuando van a la búsqueda de una función específica distinta de aquella o aquellas generalmente reconocidas caen en una desorientadora simplificación, como me parece que le ha ocurrido al más refinado (y complicado) teórico de la función del Derecho, Niklas Luhmann, que atribuye al Derecho la función de *congruente Generalisierung* de expectativas normativas. Como consecuencia de la complejidad del fenómeno jurídico les está ocurriendo a las teorías funcionales lo que les ocurrió a las teorías estructurales: que cuando eran demasiado específicas dejaban fuera de sus confines algún trozo del territorio (por ejemplo, el Derecho internacional), y cuando querían abrazar todos los campos tradicionalmente ocupados por el Derecho, o de los que se han ocupado históricamente los juristas, terminaban por ser demasiado genéricas. En este punto no quisiera que nadie creyese que podemos salir de apuros uniendo los rasgos estructurales con los funcionales a través de un sedicente análisis estructural-funcional: entre estructura (del Derecho) y función (del Derecho) no hay correspondencia biunívoca porque la misma estructura —por

ejemplo el Derecho considerado como combinación de normas primarias y secundarias— puede tener las más variadas funciones, así como la misma función —por ejemplo, la habitualmente atribuida al Derecho de hacer posible la cohesión y la integración del grupo— puede ser desarrollada mediante distintas estructuras normativas. (Lo que no quiere decir que estructura y función sean independientes: modificaciones de la función pueden incidir sobre modificaciones estructurales y viceversa). Tras lo cual, si se quiere

extraer una consideración final, esta es que el análisis estructural, atento a las modificaciones de la estructura, y el análisis funcional, atento a las modificaciones de la función, deben ser continuamente alimentados y proceder paralelamente, sin que el primero, como ha ocurrido en el pasado, eclipse al segundo, ni el segundo, como podría ocurrir en una inversión total de las perspectivas a la que tan especialmente favorables son las bogas, las modas, el gusto de lo nuevo por lo nuevo . . . eclipse al primero.