

## TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BENVENUTI, Feliciano, "Semantica di funzione", *Jus*, Milán, año XXXII, núm. 1, enero-abril de 1985, pp. 3-19.

Este artículo del profesor ordinario de derecho administrativo en la Facultad de Economía y Comercio de la Universidad Ca'Foscari de Venecia, que reseñamos por el interés que reviste para el derecho penal del servicio público en que estamos actualmente ocupados, se propone volver a considerar, aunque sea en forma sumaria, el significado de la expresión "función" ante los problemas que se han planteado los juristas puestos a dilucidar, sobre la base de conceptos, el importante fenómeno que se halla bajo el nombre de Estado contemporáneo y su correspondiente ordenamiento jurídico.

Anuncia el autor que su pesquisa se orienta más bien al reconocimiento del desarrollo de los sistemas jurídicos en su positividad así como en su interpretación y reconstrucción teórica, sin proponerse, por precisa decisión metodológica, asumir ninguna posición crítica o dogmática.

Parece a Benvenuti que la indagación debe partir de la idea, o del ideal, del Estado moderno, sin dejar de tener en cuenta, sin embargo, los precedentes, que se remontan a la antigüedad, cuando era ya posible identificar dos significados de la palabra "función", esto es, un significado relativo a la justificación política del poder soberano erigido en derecho-poder, y un significado concerniente a los modos de desplegarse ese derecho-poder. De este último se extraían funciones diversificadas entre sí en cuanto al logro de los fines políticos que incumbían al Estado, y que no correspondían siempre en sus contenidos a lo que ellas identificarían hoy: se habló, en efecto, de una función real, de una legislativa, de una ejecutiva, de una militar asociada al derecho de la guerra y de la paz, de una fiscal, de una judicial, y así sucesivamente. Enseguida, estas funciones se asociaron sin mayor rigor lógico a los respectivos funcionarios, por donde se llegó a una subdivisión organizada del Estado, dependiente de la existencia de conjuntos de cargos más que de funciones singularmente definidas. De ello que en la división de Montesquieu y en las de los autores y constituciones que lo siguieron, la actividad desenvuelta por los poderes es sólo consecuen- cial de la existencia de ellos, y se justifica por representar uno de los polos de la soberanía, capaz de constituir, en un régimen de *checks and balances*, el contrapeso de los otros. La función tiene un valor propia-

mente político sin mirar a su connotación interna. Lo que se agregó a la primitiva concepción de las funciones como expresión de cometidos soberanos fue un perfeccionamiento de la concepción de la función misma como relación entre poder y ciudadano: la división de los poderes dio, en efecto, respuesta a las tentativas de conciliar el momento autoritario y el garantizador, equilibrio no logrado prácticamente antes de la revolución francesa. Con ésta se afirmó el concepto de "función", pero no mudó su esencia, y se le utilizó para dar una nueva configuración al Estado y resolver el problema de sus relaciones con los ciudadanos. Pero al referir a grupos de órganos o poderes de cierto tipo de actividad, si bien ligada originariamente al cometido de garantía, se terminó por iluminar características comunes de las actividades ejercidas por cada uno de los poderes. Del reconocimiento de estas características comunes surgió la nueva consideración, que se dice jurídica, de las funciones.

En realidad, la consideración jurídica siguió teniendo por fundamental la identificación de las funciones en razón de la pertenencia de éstas al poder, y buscó, por una parte, una identidad de contenido en las diversas funciones del Estado, observando que el Poder Legislativo daba existencia a actos que manifestaban una "voluntad general", que el Poder Ejecutivo efectuaba actos que hacían realidad aquella voluntad general, y que el Poder Judicial daba expresión a una actividad de enjuiciamiento de los comportamientos singulares respecto de esa voluntad general. Por otra parte, continuó desenvolviéndose una corriente de pensamiento que profundizaba el valor, se diría político, de las tres funciones como instrumentos de un Estado en que de manera diversa confluían distintos portadores de los intereses sociales, como el rey y sus electores en el Poder Legislativo, el rey y el gobierno en el Poder Ejecutivo y el rey y los magistrados en el Poder Judicial. En esta última perspectiva el problema de las funciones se sigue viendo en su importancia para que el equilibrio del Estado, entendido como persona jurídica, mientras que en la primera se atiende a las instancias lógicas atinentes al objeto mismo de la voluntad estatal.

La investigación jurídica es llevada adelante sobre todo por los alemanes, a partir de Gerber, Ahrens y Schmitthener. Estos dos últimos la emplazan en la identificación de los actos de las singulares funciones individualizando su sentido sustancial o material y su sentido formal. Pero son principalmente Laband y Otto Mayer quienes trazan los primeros lineamientos de una indagación estrictamente jurídica del tema. Tras separar la proveniencia de un acto de un poder, que define tal acto y la función en sentido formal, intentaron una definición del uno

y de la otra en su perfil sustancial o material, esto es, en referencia a su contenido, que podría considerarse el aspecto objetivo de la función pública. Otto Mayer, llevando más adelante el razonamiento, consideraba las funciones como fuerzas jurídicas dependientes de una singular facultad de obrar conferida a los singulares poderes y que se desplegaban en una voluntad poseedora de una "propiedad jurídica propia". Jellinek retomó la investigación sobre la base de la materialidad de las funciones, situando en segundo plano los aspectos formales. Así pues, la corriente de pensamiento que dominó en la segunda mitad del siglo pasado y en los primeros decenios del presente, estaba condicionada por una preocupación garantizadora y por la metodología dogmática transferida del derecho privado al público, como aplicación de una lógica rigurosa en la formulación del contenido de las funciones. Esta formulación debía expresarse en las formas típicas de una acción en que pudiese destacarse el momento de la concepción de proposiciones de carácter general (legislación), el de carácter aplicativo de la manifestación de voluntad dirigida a un resultado (administración), y, en fin, el consistente en la aplicación de un puro juicio (jurisdicción) como actividad declarativa.

Es sabido que Kelsen, con su "teoría pura del derecho", orientada a eliminar los elementos espurios y, en particular, los derivados de todo contenido de tipo teleológico, sostuvo que las normas no son válidas en razón de contenido, y que ellas valen como normas jurídicas siempre y sólo porque se presentan de un modo particularmente establecido, porque han sido producidas conforme a una regla determinada del todo, según un método específico. La función asume en su doctrina un valor particular, como momento fundamental del sistema de producción jurídica y, sobre todo, del ordenamiento jurídico positivo, adosada, si no incluso parificada, al momento del procedimiento de producción, y al mismo tiempo, de justificación (validez y efectividad) del propio ordenamiento.

Benvenuti destaca que la doctrina italiana del derecho constitucional y administrativo no aceptó esa posición, en gran parte por influencia de Santi Romano, cuyo pensamiento alcanzó la síntesis entre el elemento social de la realidad jurídica, postulado en Francia por Hauriou, y su elemento jurídico, síntesis que llegó a concretarse en la equiparación del Estado-institución y del Estado-ordenamiento jurídico. Santi Romano planteó un concepto diverso de función, no ligado ya a los poderes y a la soberanía del Estado, sino individualizado en el ámbito de la distinción entre derechos, obligaciones, deberes, poderes y potestades.

Podere y potestades tienen de común un señorío o potestad de querer cuyo objeto es la ejecución de un acto. En las varias categorías de potestades, son funciones aquellas que no se ejercen por un interés propio o, al menos, exclusivamente propio, sino por un interés ajeno o por un interés subjetivo. De ahí que, habida cuenta del Estado-institución, en el "derecho público" la figura de la función es predominante, pues los intereses objetivos tutelados por el Estado, y aquellos que en él se personifican, son también intereses de la colectividad considerada en su conjunto, y prescindiendo de los individuos que la componen. Miele, uno de los seguidores de Santi Romano, define la función como la "actividad dirigida al cuidado de intereses ajenos, caracterizada por el carácter global de la significación y la potestad que en ella se inserta". El mismo autor sostiene que con la expresión función "se califica un complejo de actividades ordenadas y coordinadas hacia una dada destinación", y, al mismo tiempo, como una "actividad singular en referencia a su ejercicio por parte de un individuo legitimado para ello". Este último esclarecimiento pasa a ser el punto de concordancia entre las funciones públicas de gobierno, entendidas como suma de funciones por actos singulares, y estas mismas funciones en su singularidad. Con ello llegaba la doctrina italiana a la síntesis teórica buscada.

Pero se da todavía en Italia una teoría situada en otra vertiente, que intenta mantener indemne el sistema jurídico a consideraciones sociológicas o politológicas, y para la cual el "realismo" en el derecho no consiste en introducir en él la realidad externa sino en considerar sólo como realidad el fenómeno jurídico que existe en un tiempo dado.

Esta doctrina divisa un momento de transformación del poder en acto, que ha designado como función, poniendo de realce que también en el lenguaje jurídico corriente es función legislativa hacer las leyes, función jurisdiccional hacer la sentencia, y funcionario quien ejerce el poder público, es decir, la función. Un planteamiento de este género no ha menester intervenir con parámetros, connotaciones o elementos extraños al mecanismo jurídico. Un deber de claridad lleva al jurista a limitar el uso de la expresión función a este restringido significado, mientras para otros fenómenos puede utilizar otras expresiones, como atribución, competencia, actividad, acción y, todavía, cometido, sobre todo si se tiene en mira el ligamen final entre acción de un sujeto y razón de ella.

Esta doctrina ha propuesto dos direcciones de indagación. La primera es la de determinar los tipos de función en relación con los efectos que sus actos producen. Observando los efectos del acto frente a otros

actos del ordenamiento, esto es, su eficacia formal u objetiva, cabe individualizar la cualidad de novedad de los actos normativos por poseer efecto automático de abrogación de actos precedentes del mismo tipo, que tienen la misma cantidad de efectos; la revocabilidad presupuesta, en cambio, de un efecto abrogativo expreso, y la típica irrevocabilidad de los actos con efecto de cosa juzgada. Los primeros conciernen a la función legislativa, los segundos a la ejecutiva y los terceros a la jurisdiccional. Considerados, enseguida, los actos en relación a la posición jurídica de los sujetos, y no ya a los efectos que producen, esto es, a su eficacia no ya formal sino sustancial, los actos normativos tienen idéntica eficacia ante todos los sujetos del ordenamiento, comprendido quien ejerce la función; los administrativos, efectos inversos en el autor y en el destinatario, enriqueciendo o empobreciendo, respectivamente, sus posiciones jurídicas, y los jurisdiccionales, efectos modificatorios sólo de las posiciones jurídicas de los destinatarios del acto, de modo que el autor es tenido por neutral o indiferente.

En virtud de la segunda línea de indagación, se descompone la norma en dos momentos, el del precepto y el de la sanción, el primero para determinar el efecto jurídico querido y el segundo para garantizar su juridicidad o indefectibilidad.

Es típico de la norma el poner un precepto sancionado; típico de la función administrativa la actuación del precepto, es decir, el acto o precepto concretado; típica de la función jurisdiccional, en cambio, la actuación de la sanción, dado que toda sentencia contiene fundamentalmente la comprobación de la juridicidad del precepto y, por consiguiente, la declaración de deber conformarse las posiciones jurídicas al precepto mismo.

Una construcción de esta clase, piensa Benvenuti, se sirve exclusivamente de elementos extraídos del seno del sistema jurídico, sin recurrir a la sanción o a la coacción, y superando la inútil discusión sobre la unidad y pluralidad de una norma fundamental.

Alvaro BUNSTER

BOURDIEU, Pierre, "La force du droit; éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, París, núm. 64, septiembre de 1986, pp. 4-19.

El reconocido profesor Pierre Bourdieu nos ofrece una sugestiva reflexión sociológica sobre el derecho o, más precisamente, sobre lo que

él denomina “el campo jurídico”. La riqueza de las proposiciones y el alcance teórico del artículo que reseñamos son muy importantes, por lo que resulta difícil resumir en unas cuantas líneas su contenido. Nos limitaremos así a esbozar algunas de sus ideas directrices.

El autor comienza por afirmar que el debate científico sobre el derecho está dominado por las concepciones “formalistas” —quienes afirman la autonomía de la forma jurídica en relación al mundo social— e “instrumentalistas”, para las cuales el derecho es un mero reflejo o instrumento de la clase dominante. Estas últimas se han limitado, en el mejor de los casos, a la afirmación, casi ritual, de la “autonomía relativa” de la esfera jurídica, pero han omitido interrogarse sobre los fundamentos sociales de dicha autonomía; su preocupación por situar al derecho en el fondo de las fuerzas históricas les ha impedido aprehender su especificidad.

Para el autor, ambas concepciones han perdido de vista que tanto las prácticas como el discurso jurídico son el producto de un “campo jurídico”, es decir, de un “universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas, al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece el Estado, y que puede estar acompañada del ejercicio de la fuerza física” (p. 3).

La lógica específica de este “campo jurídico” estaría doblemente determinada. En primer término por las relaciones de fuerza que le confieren su estructura y que orientan los conflictos de competencia que se dan a su interior. En efecto, el “campo jurídico” es el espacio social donde se desarrolla una concurrencia por el “monopolio del derecho de decir el derecho” (p. 4). En esta lucha estructuralmente regulada se enfrentan las instituciones y los profesionales del derecho, estos últimos agentes con una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste fundamentalmente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar un cuerpo de textos (el derecho) que consagran una visión legítima del mundo social. Tanto las instituciones como los agentes se constituyen en cuerpos jerarquizados.

La segunda determinación estaría dada por la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan a cada momento el universo de las soluciones propiamente jurídicas. Para el autor, estas son las condiciones que permiten explicar la autonomía relativa del derecho respecto de las demandas externas, así como el efecto simbólico que produce la ilusión de su autonomía absoluta frente a las fuerzas que sanciona y compone.

Para Bourdieu la retórica de la autonomía, la neutralidad y la uni-

versalidad que se inscriben en el discurso y la práctica jurídicas no son una simple máscara ideológica, sino la expresión misma del funcionamiento del "campo jurídico", y en particular del trabajo de racionalización al que están sujetos continuamente los sistemas de normas jurídicas. En efecto, el cuerpo de normas y de procedimientos con pretensión de universalidad sería el producto de una división del trabajo espontánea que resulta de la concurrencia entre las diferentes formas de competencia de los agentes, las cuales son, a la vez, antagónicas y complementarias.

El carácter antagónico reside en el hecho de que la significación práctica de la norma no se determina sino durante la confrontación entre los diferentes cuerpos de juristas (jueces, abogados, notarios) animados por intereses con frecuencia divergentes, y cuya especificidad esta dada principalmente en función de su posición interna dentro de la jerarquía del cuerpo, la cual corresponde siempre de manera estrecha a la posición de su clientela en la jerarquía social. A su vez, el carácter complementario está dado por el hecho de que el juez y el profesional se sitúan en el campo de la aplicación concreta, y por ello tienden a cumplir la función de adaptación y cambio del sistema jurídico; por su parte el jurista universitario, a través de su trabajo de racionalización y formalización, realiza una función de asimilación tendente a asegurar la coherencia y lógica del sistema, ofreciendo al mismo tiempo a los jueces la posibilidad de fundar "racionalmente" sus veredictos arrancándolos del arbitrio de una "justicia irracional".

Así, al dar fundamento racional a una decisión judicial que como lo han demostrado diversos estudios debe más a las disposiciones éticas de los agentes que al derecho, el trabajo de racionalización le confiere la eficacia simbólica que tiene toda acción cuando es reconocida como legítima. La decisión emana no de la voluntad del juez, sino de la "*voluntas legis*".

A esta eficacia simbólica coadyuva también la estructura del "campo judicial", espacio social organizado donde se opera una transformación de los conflictos, en un debate jurídicamente regulado entre profesionales, personal aparentemente independiente de las partes en conflicto, y que tiene en común el conocer y reconocer la norma jurídica. La entrada en este espacio supone una redefinición completa de la experiencia ordinaria y un principio de constitución de la "realidad".

Así, el veredicto del juez, producido dentro de este espacio "neutro", se constituye como un acto de nominación o de institución, paradigma

de la palabra autorizada y pública que se enuncia a nombre de todos, frente a todos, y que es capaz de ser reconocida universalmente.

En síntesis, Bourdieu muestra cómo la fuerza del derecho es en gran parte su forma; la codificación, las reglas de procedimiento y en general todo ese ritual interno que le da un valor universal y una fuerza performativa sin igual. En efecto, el derecho, forma por excelencia del poder simbólico de nominación, es un discurso que actúa, capaz de producir sus propios efectos consagrando al mismo tiempo un "orden" que establece una visión de Estado, garantizada por el Estado, pero con una pretensión de universalidad. Así, no es exagerado afirmar que el derecho "hace" el mundo social, a condición, advierte Bourdieu, de no olvidar que el primero está hecho por el segundo, siendo la labor del sociólogo interrogarse sobre las condiciones sociales, y los límites de esta eficacia casi "mágica" del derecho.

Sergio LÓPEZ AYLLÓN

CERVERA, Alejo de, "Los límites del supranacionalismo", *Persona y Derecho*, Pamplona, España, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, vol. 14, 1986, pp. 181 a 203.

En este artículo Alejo de Cervera hace un estudio de derecho internacional en el cual analiza la idea de un mundo sin fronteras, e involucra a los grupos humanos en su doble articulación de carácter vertical y de carácter horizontal.

Señala el autor que uno de los objetivos más firmes del socialismo-comunismo es el logro de un mundo sin fronteras, sin ejércitos ni soberanías nacionales que permitiría la redistribución de las riquezas y evitaría las guerras, tal objetivo será alcanzado mediante la emancipación del proletariado y la proscripción o desaparición de todas las clases sociales.

La Ley dejaría de ser sentida como coacción, lo cual equivale a decir que dejaría de ser lo que hoy llamamos ley.

Expone De Cervera que el pensamiento de un mundo sin fronteras es muy antiguo y lo muestra mediante los criterios de algunos autores como Vitoria, Grocio, Kant, Fichte, entre otros; Vitoria afirma que entre las naciones hay cierta solidaridad, que ha de ser fomentada. Nos dice que hay una comunidad que abarca a todos los hombres en orden

al bien común universal e invoca la comunidad internacional o de las naciones añadiendo que el mundo es en cierto sentido una república.

Grocio pasa a sugerir expresamente la necesidad de algo supranacional. Proclama que para regular las relaciones entre los Estados es necesario a veces sacrificar la soberanía con lo cual queda iniciado el pensamiento supranacionalista.

Según Kant una federación de todos los Estados es realizable e inevitable. Fichte afirma que con base en la Ilustración, el pensamiento que proclama un mundo sin fronteras resulta muy importante en nuestros días.

Plantea el autor varias preguntas: ¿en verdad vamos hacia un estado en que el pensamiento que plantea un mundo sin fronteras resulta actualizado? y, en caso afirmativo, ¿se trata de algo que depende de nosotros y, que por tanto podría quedar frustrado, o si por el contrario vamos hacia ello necesariamente?

Aborda De Cervera el estudio de los grupos, los cuales, dice, están articulados en forma vertical y horizontal; la articulación vertical es una relación el uno dentro del otro (barrios, municipios, provincias, regiones, Estados nacionales, asociaciones de Estados nacionales, naciones unidas).

La articulación horizontal es relación del uno fuera del otro en la cual están los grupos que pertenecen a series verticales diferentes, siempre que estén situados en el mismo nivel.

Los acuerdos entre los grupos soberanos responden a un esfuerzo al que conviene llamar "internacionalismo" que no cambia la situación de los grupos en cuanto a soberanía. Por el contrario, cuanto más internacionalismo más nacionalismo. Lo que conviene que llamemos "supranacionalismo".

Todo Estado nacional implica un grupo que en la articulación vertical en que ésta recibe su ser de sus fuerzas y de las fuerzas de los demás.

En el seno de cada grupo hay tensiones entre los grupos menores en él inscritos con el mismo juego de fuerzas centrifugas y centrípetas.

Concluye el autor señalando que el pensamiento en un Estado mundial es, en verdad, límite, y a su realización podemos tender y aproximarnos incesantemente, pero sin alcanzarlo jamás.

LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA

FRIEDMAN, Lawrence M., "La sociologie du droit est-elle vraiment une science", *Droit et Société*, París, núm. 2, enero de 1986, pp. 91-100.

En el artículo que comentamos, presentado originalmente como ponencia al Congreso Mundial de Sociología del Derecho celebrado en Aix en Provence, Francia, en agosto de 1985, el reconocido profesor Friedman analiza, en la primera parte, el problema del carácter científico de la sociología del derecho. En la segunda parte, propone un cuadro general de las áreas de estudio de esta disciplina.

Friedman comienza por afirmar que la sociología del derecho presupone dos ideas relativamente modernas. La primera es que los sistemas jurídicos son creaciones sociales. La segunda, que el derecho varía en el tiempo y el espacio, según las condiciones culturales de cada sociedad. Estas dos ideas, aclara el autor, pertenecen a la sociología del derecho como ciencia, y no a su objeto de estudio. Por ello, las personas al interior de una sociedad no tienen necesariamente una visión sociológica de su propio sistema jurídico.

Así, sería posible establecer una analogía de la sociología del derecho con la sociología de la religión. De la misma manera que ésta estudia científicamente la religión como fenómeno social, sin hacer en principio juicios de valor sobre la verdad o falsedad de las creencias particulares de cada una, el derecho puede ser estudiado como fenómeno social sin juzgar sobre su contenido normativo. En este sentido, es posible afirmar que la sociología del derecho, como ciencia, no tiene un programa normativo propio. Sin embargo, añade Friedman, la idea misma de un estudio objetivo y no normativo del derecho puede llevar a poner en duda la existencia, o posibilidad de existencia, de una ciencia del derecho derivada de principios jurídicos autónomos.

Después de éstas y otras consideraciones previas, el autor aborda la pregunta central a la que intenta responder el artículo, a saber, si la sociología del derecho es realmente una ciencia. Friedman da en principio una respuesta negativa. Para él, esta disciplina no es científica, al menos en el sentido en que lo son las ciencias naturales. Para sostener su afirmación propone, entre otros argumentos, que la sociología del derecho no tiene un objeto que "puede ser definido explícitamente y sin ambigüedades, y que pueda ser cuidadosamente separado del resto del mundo social" (p. 94). Aún más, para Friedman "el derecho es el único proceso social estudiado en las universidades, que carece completamente de toda pretensión razonable de universalidad" (p. 95).

En el fondo, el autor es víctima de la ambigüedad de la expresión 'ciencia'. Lo que él niega es la posibilidad de construir una teoría sociológica general del derecho, en sus palabras "una ciencia social del derecho general y universal", y no la posibilidad de un estudio científicamente válido del derecho desde un punto de vista sociológico, así, cuando afirma que "la sociología del derecho debería ser una ciencia de descubrimientos pequeños y medios, y de teorías medias al menos en el corto plazo" (p. 97) acepta implícitamente la validez científica del estudio sociológico del derecho.

Es por ello que en la segunda parte del artículo, el autor puede proponer la organización del campo de estudio de la sociología del derecho, aunque limitada ésta al estudio de los sistemas jurídicos occidentales, en especial en los tiempos modernos, respecto de los cuales sería posible hacer cierto tipo de generalizaciones a partir de sus rasgos comunes, así como proponer una serie de hipótesis básicas respecto de las cuales los investigadores estuvieran de acuerdo.

El esquema de Friedman estructura los contenidos de la sociología del derecho a partir de tres categorías. En primer lugar, los estudios relativos al origen social del derecho. El segundo campo contendría las investigaciones sobre la manera de operar del sistema jurídico considerado en sí mismo. Finalmente, la tercera categoría comprende el estudio del impacto social del derecho.

El artículo concluye señalando cómo, entre la abundante literatura en materia de sociología del derecho, existe una gran diversidad en la calidad, pero sin duda un número importante de trabajos pueden reclamarse como propiamente científicos.

Sergio LÓPEZ AYLLÓN

## VARIOS

CASTELLÓN LEAL, Manuel, "La microinformática aplicada a los despachos de abogados", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 12, septiembre de 1984, pp. 241-252.

En el artículo de referencia se menciona, entre otras cosas, cómo es que las computadoras han facilitado las labores profesionales entre las que también se incluyen las de los abogados. Sin embargo, existe una gran reticencia, si no es que resistencia, al cambio, que requiere ser su-