

UN FILOSOFO DEL DERECHO FRANCES: ANDRÉ J. ARNAUD

MANUEL ATIENZA

Profesor de Filosofía del Derecho

1. La filosofía del Derecho en lengua francesa no tiene hoy en España una presencia acusada. Ello es, quizás, una muestra más de las difíciles relaciones entre países vecinos, pero distantes. De todas formas, no cabe duda de que nombres como los de M. Villey, G. Kalinowski, N. Poulantzas, K. Stoyanovitch, Ch. Perelman, J. Carbonnier y algunos otros resultan familiares en la cultura jurídica española y han sido traducidas al castellano —aunque no siempre en España— algunas de sus obras fundamentales. A esta lista me parece que sería interesante añadir el nombre de autores más jóvenes como André J. Arnaud.

La obra de este último —en cierto modo ligada a la experiencia del mayo francés, pero absolutamente ajena a la de los *nuevos* (¿?) filósofos franceses— comienza en 1969 con *Les origines doctrinales du Code civil français*(1); sigue luego *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, en 1973(2); *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, en 1973(3); *La justice*(4) y *Le droit trahi par la philosophie*(5) en 1977; y *Critique de la raison juridique. 1. Oú va la sociologie du droit?*, en 1981(6).

En la presente nota bibliográfica me ocuparé de dos trabajos de Arnaud: el de 1973, traducido al castellano, en Venezuela, en 1978(7) y, el

(1) L.G.D.J., Paris.

(2) L.G.D.J., Paris.

(3) P.U.F., Paris.

(4) Ed. Seghers, Paris.

(5) C.E.S.P.J., Rouen.

(6) L.G.D.J., Paris.

(7) *La regla del juego en la paz burguesa; ensayo de análisis estructural del código civil frances*, trad. de B. Bernard, Ed. Luz, Maracaibo, Venezuela, 1978.

último, de 1981, que constituye la primera aportación del autor a una trilogía sumamente ambiciosa y cuyos títulos sucesivos deberán ser: 2. *L'Homme-droit. Éléments pour une anthropologie juridique* y 3. *Épistémologie juridique*.

Hay dos particularidades de Arnaud que quizás se puedan reconocer ya en los títulos de sus obras. Por un lado, se trata de un filósofo del Derecho *jurista*: su objeto de reflexión es, en buena medida, el propio Derecho positivo y el trabajo efectivo de los juristas. Por otro lado —y no es contradictorio con lo anterior— estamos ante un autor que muestra una enorme amplitud intelectual: no solo ha tratado de poner al Derecho en contacto con nuevas metodologías —singularmente con el estructuralismo— sino también con fenómenos simplemente culturales como la literatura o el cine. El que al final de su último libro figure, junto con el inevitable capítulo de bibliografía, una *filmografía* es un síntoma que no debería pasarse por alto. Como tampoco debería hacerse con los numerosos esquemas, formalizaciones e ilustraciones que aparecen en sus escritos y que —desgraciadamente— suelen ser un signo más de diferenciación de una distinción desdichada que en España se produce como en pocos lugares: la escisión (al parecer también tipográfica) entre la cultura de “ciencias” y de “letras”.

2. Como se sabe, el estructuralismo fue un método (y probablemente algo más que un método: una moda) que invadió la filosofía y las ciencias humanas a finales de los años 60 y comienzos de los 70. Una década después, nadie pone en cuestión la importancia de los logros estructuralistas en campos como la lingüística (Saussure) o la antropología cultural (Lévi-Strauss). Pero este no parece ser el caso del Derecho.

La aplicación del método estructuralista al Derecho —como ocurrió, paralelamente, con otros ámbitos y disciplinas— fue visto por muchos como el remedio al secular cuestionamiento de la cientificidad de la Jurisprudencia⁽⁸⁾. Si el método había dado rigor y prestigio a disciplinas humanas como las anteriormente indicadas, ¿por qué no habría de ocurrir lo mismo con el Derecho —o, mejor, con la ciencia del Derecho?⁽⁹⁾. Sin embargo, en un escrito reciente, Losano mostraba un

(8) Cfr., por ejemplo, A. Hernández Gil, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

(9) En opinión de Mario Losano (*Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, Rivista di diritto processuale, XXV, 1970, n.º. 3 Padova) el Derecho (como la economía o la sociología) son objetos demasiado vastos y no delimitados, a diferencia de la lingüística o la antropología, lo que hace imposible, o al menos muy difícil, la utilización del método estructuralista (p. 474).

panorama verdaderamente pesimista. Según él, la abundante literatura —aunque interrumpida o definitivamente terminada⁽¹⁰⁾— sobre estructuralismo y Derecho podría clasificarse en dos apartados: 1) el de las obras que se limitan a plantear la fecundidad de utilizar dicho método en el Derecho, pero sin descender nunca del terreno de las generalidades y las abstracciones⁽¹¹⁾; 2) el de los escritos que parten de la ineliminable presencia del pensamiento estructuralista en toda ciencia humana, incluyendo la ciencia jurídica, y terminan por equiparar el tradicional pensamiento jurídico sistemático con el método estructuralista⁽¹²⁾.

La obra de Arnaud objeto de este comentario, y dirigida a analizar estructuralmente el Código civil francés de 1804, constituye probablemente una excepción: no se queda en el terreno de las generalidades y las propuestas abstractas, sino que desciende al terreno de lo concreto, y realmente *sí* que aporta algo nuevo al método jurídico tradicional, aunque quizás sea cierto que, en ocasiones, utilice una terminología tomada de la lingüística pero que no implica novedades sustanciales⁽¹³⁾.

(10) Cfr., sin embargo, A. Montoro, *Análisis estructural y conocimiento jurídico* (prólogo de M. Hurtado), Universidad de Murcia, 1982.

(11) En este apartado podría incluirse seguramente la obra, sin duda interesante, de A. Hernández Gil que es, por otro lado, uno de los juristas que han mostrado mayor sensibilidad hacia los problemas epistemológicos en el Derecho y firme partidario de la utilización de nuevas metodologías como el estructuralismo o la lógica.

En *Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho* (en *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, cit.) trabajo publicado anteriormente en *Estructuralismo y Derecho* (varios autores, Alianza Universidad, Madrid, 1973), después de distinguir el estructuralismo como método y como ideología, considera que la aplicación de la perspectiva (metodológica) estructuralista al Derecho tendría que preocuparse por fijar la especialidad de lo jurídico, por explicar el Derecho como Derecho y no como condicionado por fuerzas socioeconómicas; el método estructuralista no sería investigación comparativa de los diferentes sistemas jurídicos, sino análisis de un sistema en su interioridad. Así, Hernández Gil establece las equivalencias jurídicas de lengua (relaciones jurídicas) y habla (normas jurídicas, ordenamiento jurídico). Las reglas de las reglas jurídicas serían, pues, las relaciones jurídicas, los elementos que preceden al ordenamiento jurídico: por ejemplo, la voluntad podría ser el equivalente de lo que en lingüística es un fonema, el consentimiento de un monema, y el consentimiento de comprar y vender de un sintagma. Pero su análisis no pasa de ahí.

(12) Cfr. M. G. Losano, *Corso di informatica giuridica*, vol. 1, Ed. Unicopli, Milan, 1981, pp. 10 y ss. Losano parece, sin embargo, pensar que cabría salir del impasse, siempre que la atención se dirija más que a los resultados alcanzados por la lingüística o la antropología cultural, al método con que se obtienen dichos resultados (cit., p. 12).

(13) En el interesante postfacio de G. Mounin a la obra de Arnaud (cito siempre por la ed. castellana), aquel considera que Arnaud no introduce en realidad en su obra ningún análisis que deba algo a la lingüística (p. 267) y le reprocha que en ocasiones utilice una terminología superficial que oculta el hecho de que no se ha explicado lo que se pensaba explicar (p. 268). Junto a ello, hay que decir que Mounin considera que la obra de Arnaud

El método que trata de seguir Arnaud consistirá en descubrir detrás de la estructura aparente y superficial del *Code* de 1804 su estructura profunda, para acabar proponiendo una significación de dicha estructura real. Arnaud sigue, cabe decir, la sugerencia de Lévi-Strauss, quien —en carta al propio Arnaud— escribe que, aplicado al Derecho de las sociedades contemporáneas, el análisis estructural descubriría en él, códigos que desmintirían muchas veces al Código. La cuestión —sigue Lévi-Strauss— gira en torno a la noción de “descifre del código”: todo estructuralista es por esencia un jurista, pero que reprocharía con gusto a los juristas de profesión el no buscar “el código” donde está (p. 64). Dicho de otra manera, se trataría de buscar la regla del código de la regla del Código, como en una ocasión escribe Arnaud.

Considerado en su estructura manifiesta, el *Code* de 1804 viene a ser la solución pacífica de la defensa del hombre contra la injusticia, el error, el desorden y la violencia (p. 47). El *Code* vendría a constituir la garantía del respeto al individuo y a sus derechos. Sin embargo, su estructura profunda muestra, según Arnaud, que el Código es una regla de juego de la sociedad burguesa. Concretamente, el objetivo del Código sería el de establecer una regla de juego de los intercambios entre los individuos. Las disposiciones jurídicas se considerarán, pues, como un medio de asegurar la circulación de las personas y de los bienes en el seno del grupo social. De esta forma, Arnaud sigue muy de cerca —aunque sin explicitarlo— la concepción del Derecho de Marx: el Derecho como mecanismo que asegura la realización de un determinado sistema de intercambios económicos; en el caso de la sociedad capitalista, el intercambio de equivalentes.

Continuando con esta idea —el Derecho como relación entre intercambiantes de mercancías equivalentes— nuestro autor analiza la idea de equivalencia a partir de sus componentes lógicos: las relaciones de equivalencia son relaciones *reflexivas, simétricas y transitivas*. En consecuencia, de las reglas de juego del *Code* quedarán excluidos quienes rompan esta equivalencia, quienes entren —o puedan entrar— en rela-

“ofrece un terreno de ejercicio y de reflexión simiológicos que sin duda no tiene comparación desde los trabajos de Lévi-Strauss sobre los mitos” (p. 273); lo que, sin duda, no es decir poco.

Es importante ver también la presentación de J. M. Delgado Ocando a la traducción castellana, así como el prefacio de M. Villey. El primero de estos trabajos, fundamentalmente descriptivo, ofrece un magnífico resumen de la obra, y en el segundo, inteligentemente crítico, se le reprocha a Arnaud el incurrir en ocasiones en una cierta simplificación ideológica. Véase también, en fin, el comentario de G. Tarello *Code civil e regola del gioco borghese*, en “Sociologia del diritto”, n.º. 1, 1974, pp. 143-148.

ciones en las que falte la reflexividad, la simetría o la transitividad. Aplicando estas nociones lógicas en sentido algo metafórico, Arnaud caracteriza la situación del *vagabundo* (el que no tiene domicilio) como de falta de reflexividad (una relación R es reflexiva cuando una entidad x tiene la relación R consigo misma; por ejemplo, *idéntico a*). La del *extranjero* como de falta de simetría —en el caso de que no haya simetría entre las reglas de los dos grupos en presencia, es decir, cuando falta la reciprocidad (una relación R es simétrica cuando $Rxy \rightarrow Ryx$; por ejemplo, *primo de, hermano de*). Y la del *ausente* como de falta de transitividad, en cuanto que la ausencia rompe la cadena de transitividad (una relación R es transitiva cuando $Rxy \wedge Rxz \rightarrow Ryz$; por ejemplo, *compatriota de*). En consecuencia, fuera del *Code* —como regla del juego de la sociedad burguesa, capitalista— quedan el vagabundo, el extranjero y el ausente. Así, la estructura profunda del Código desmiente al propio Código: lo que el mismo protege no son los derechos del hombre —como proclama su artículo 7— sino los derechos del ciudadano (francés).

Por otro lado, para tener opción a jugar en el juego de la sociedad burguesa se necesita también la integración en un status pre-existente. Arnaud distingue los 5 siguientes que vienen determinados, respectivamente, por otras tantas características: A) el de la edad adulta; B) el de la hija mayor de edad; C) el de la mujer casada; D) el del niño, E) el del muerto civil. A los jugadores de la clase A) y B) les basta con sentarse a la mesa del juego para ser admitidos en el mismo (para poder hacer intercambios). Los jugadores de la clase C) y D) necesitan como intermediario a un personaje de la clase A) o B). Y los de la clase E) quedan completamente excluidos del mismo. No hace falta ir más adelante para darse cuenta de hasta qué punto es falsa la idea de que el *Code* es un monumento a la libertad del individuo.

El análisis de Arnaud se concreta, sobre todo, en el terreno del Derecho de las obligaciones. Aplicando, de nuevo un tanto metafóricamente, las relaciones lógicas de reflexividad, simetría y transitividad, nuestro autor considera la compraventa como una relación simétrica imperfecta (se intercambia cosa por dinero), a diferencia de la permuta, en donde existiría una simetría perfecta (intercambio de cosa por cosa). El contrato de sociedad sería un ejemplo de relación reflexiva cuando se considera desde el punto de vista de las relaciones internas de los socios, y simétrica en cuanto se considera como relación de la sociedad hacia afuera (con terceros). En fin, el contrato de fianza —así como el mandato o las sucesiones— sería un ejemplo de relación transitiva y antisimétrica.

Aunque pueda pensarse que este tipo de análisis lógico necesita un desarrollo más pormenorizado que el realizado por Arnaud, no cabe dudar del interés del mismo. Por otro lado, y siguiendo con el tema de las obligaciones, Arnaud, a partir de tres distintos criterios: a) intervención de la voluntad (voluntario/involuntario), b) acción: ley/acto (convencción/hecho personal), y c) consecuencias (perjudiciales/no perjudiciales), presenta un cuadro general de las fuentes de las obligaciones (p. 163), que mostraría que el consensualismo (la autonomía de la voluntad) no es el verdadero motor de las obligaciones. De una parte, porque el Derecho de las obligaciones del Código no es, sin más, el Derecho del contrato. De otra parte, restringiendo el campo de análisis a las relaciones jurídicas contractuales (subclase de las relaciones obligacionales) nos encontramos —dice Arnaud— con que el Código de Napoleón (como el Código civil español) se adhiere a la teoría de los contratos innominados; es decir, al partir de la idea de la autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones, parte también de la idea de que el número de las relaciones jurídicas contractuales es infinito (no se puede poner, a priori, un límite a la inventiva humana, a las nuevas necesidades, etc.). Ahora bien, para Arnaud, esto último no es cierto, o al menos no lo es sin matices. En efecto, si se parte del propio criterio clasificatorio del Código que en sus artículos 1101 y ss. divide los contratos, por un lado, en: sinalagmáticos o unilaterales, gratuitos u onerosos, commutativos o aleatorios y, por otro lado, en contratos consistentes en dar, hacer o no hacer, tenemos que el número de relaciones jurídicas contractuales es tan sólo de 18 (o bien de 32, utilizando otro modelo clasificatorio establecido por Arnaud y del que aquí prescindo) como lo muestra el siguiente cuadro (p. 198):

+	—	Dar	Hacer	No hacer
sinalagmático/unilateral		+++ ----	+++ ----	+++ ----
gratuito/oneroso		+ --- + ---	+ --- + ---	+ --- + ---
commutativo*/aleatorio		+ - + -	+ - + -	+ - + -

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18

*(subdivisión únicamente de los contratos onerosos)

De ello, Arnaud deriva las dos siguientes conclusiones: 1) El legislador podía haber seguido otro sistema. Es decir, en lugar (o además) de considerar algunos contratos específicos (venta, arrendamiento, etc.) que han sido regulados por su frecuencia, importancia económica, etc.,

podía haber regulado —al menos básicamente— los diversos tipos posibles que cubrirían la totalidad de las relaciones posibles. El legislador habría podido optar así por un sistema distinto en el que la interpretación y las decisiones de los jueces se acercarían al máximo a la certidumbre matemática, haciendo de esta manera posible el uso de computadoras. 2) La autonomía de la voluntad (la libertad) es un espejismo, no sólo desde el punto de vista social y económico, sino también desde el punto de vista lógico: sólo significa la posibilidad de elegir entre un número finito de clases de relaciones jurídicas.

Pero la postura de Arnaud en este punto incurre quizás en una cierta exageración. A su primera consideración cabría objetarle que la misma resulta francamente anacrónica si se considera que viene referida al Código ¡de 1804!. Y, respecto de la segunda, si la libertad se considerase —como él parece hacerlo— como la posibilidad de elegir irrestrictamente, lo cierto es que nunca podría hablarse de libertad en el campo de las relaciones sociales, al menos mientras estas sean reguladas por normas.

Finalmente, el método estructural, el análisis de la estructura profunda del Código, de su estructura lógica, permitiría descubrir su significado económico, ideológico, psicológico o incluso antropológico. En este último sentido, Arnaud insiste en diversas ocasiones en considerar al Código como una solución a la angustia existencial, pero no del hombre sin más, sino del burgués. Como toda legislación —escribe (p. 111)— el Código civil es un monumento del miedo, pero el Código de un miedo muy particular: el del pequeño burgués que ha visto sus aspiraciones individualistas colmadas, y quiere precaverse contra el riesgo que corre de perder las ventajas adquiridas.

3.1. El segundo de los libros de Arnaud objeto de este comentario forma parte, como ya se ha dicho, de un conjunto más amplio al que da unidad la noción de “razón jurídica”. La razón jurídica es lo que hace que un sistema jurídico se organice de manera coherente para realizar ciertos fines (p. 27) y se caracteriza por las notas de unidad, eficacia, exclusividad, dinamismo y especificidad.

Junto a ello, es preciso aclarar desde el principio que Arnaud distingue entre: *Derecho en sentido estricto* —el Derecho positivo—, y *sistemas jurídicos*, siendo precisamente la existencia de una razón jurídica lo que permite hablar de sistema. El Derecho no es más que uno de los sistemas jurídicos; aquel que —entre los varios posibles— ha sido puesto e impuesto por un autor investido de poder (p. 20). Pero también son sistemas jurídicos lo concebido o vivido como Derecho —que no siempre

coincide con el Derecho positivo— y a lo que Arnaud denomina —con una terminología tomada de Carbonnier— “infra-Derecho”.

La sociología jurídica aparece como el primer momento, el primer acercamiento a la razón jurídica. La sociología jurídica ofrece el medio de aprehensión más material de los sistemas jurídicos, en cuanto que se ocupa de la realidad cotidiana, de la vida del Derecho. De esta forma, el concepto de sociología del Derecho de Arnaud es sumamente amplio, lo cual resulta: por un lado, de un concepto muy amplio del Derecho ya examinado y, por otro lado, de un concepto no menos extenso de la sociología en donde parece tener cabida, por ejemplo, la psicología.

En líneas generales, el libro de Arnaud se articula en dos partes. En la primera, efectúa un análisis histórico de la sociología del Derecho y de su situación actual, con una especial referencia a Francia y países francófonos (Bélgica, Quebec). Entre muchas otras cosas, es interesante destacar cómo la sociología del Derecho actual (anteriormente, tanto Duguit como Hauriou estuvieron vinculados a la escuela francesa de sociología inaugurada por Durkheim) surge en Francia con Henri Lévy-Brul, es decir, a partir de la obra de un historiador (lo que no ha dejado de tener consecuencias), y su institucionalización universitaria data de 1959. Esta parte del libro es, en fin, una exposición completísima de la sociología del Derecho de ayer y de hoy, realmente imprescindible para quien se interese por estos temas. La documentación que maneja Arnaud —en donde no falta la literatura en lengua castellana— es verdaderamente inmensa y su exposición resulta sumamente clara —sirva como ejemplo de lo último la que hace de la ya clásica polémica Luhmann-Habermas (p. 171 y ss.).

3.2. Por lo que hace a la aportación más personal de Arnaud (segunda parte de su libro), su concepción de la sociología del Derecho está, naturalmente, en función del concepto de razón jurídica, de tal manera que lo que pretende construir es una sociología jurídica susceptible de reducir las distorsiones de la razón jurídica y en la que distingue tres sectores. El primero de ellos es el de las interacciones jurídicas, en cuyo ámbito se define el concepto de desviación jurídica (la causa de la desviación se encuentra precisamente en la distorsión de la razones jurídicas); se trata, por tanto, de una *sociología de la desviación*. El segundo será el de la creación de normas jurídicas como fruto de las luchas habidas entre razones jurídicas divergentes: *sociología de la creación de normas jurídicas*. Finalmente, el tercero viene constituido por el discurso jurídico en cuanto expresión de la razón jurídica a través de la ideología: *sociología de los discursos de la razón jurídica*.

3.2.1. El fenómeno jurídico puede entenderse y analizarse como un conjunto de interacciones entre individuos (y grupos) que ocupan diversos status y desarrollan diversos roles que se agrupan, a su vez, en instituciones. El conjunto de las interacciones jurídicas (una interacción se considera jurídica si interviene en un sistema jurídico) constituye un sistema dotado de una razón jurídica que, en relación con la razón del sistema de Derecho impuesto (positivo) de referencia, puede aparecer como conforme o divergente (desviación). Dicho de otra forma: de cada individuo se espera que, en el seno de su status, desarrolle un determinado rol; cuando se produce una disconformidad entre el rol esperado (en relación con la razón del sistema de Derecho impuesto) y el rol realizado (en relación con la razón de otro sistema jurídico) se habla de desviación, es decir, de comportamiento que se separa de una norma (la norma es el elemento que define los status y los roles). Dicho en forma quizás más precisa: la desviación jurídica es una simple hipótesis de falta de biyección en el interior de un sistema (un sistema es biyectivo si a cada expectativa corresponde uno y sólo un rol y a cada ejecución de rol corresponde una expectativa y sólo una).

Cabe hablar de diversos tipos de desviación jurídica en función del autor, del rol desempeñado, del tiempo, del lugar, de la manera como se desarrolle el rol o de los efectos de la desviación en el sistema. En este último sentido, la desviación aparece, en principio, como un peligro para la existencia del sistema jurídico en que se manifiesta, pero éste, a su vez, si quiere ser viable, debe ser capaz de secretar instituciones que puedan hacer frente a las desviaciones (no sólo la institución judicial, sino también, por ejemplo, la institución familiar o el propio divorcio). De esta forma, la desviación contribuye a hacer funcionar el sistema, a mantenerle bien aceitado, así como a la evolución del mismo.

En efecto, frente a la desviación, el sistema jurídico puede reaccionar esencialmente de dos maneras distintas: 1) Manteniendo la pauta (*retrait*) y rechazando tanto el rol desviado y el status a que se refiere, como los medios exteriores al sistema que se revelarían eficaces para acabar con la desviación. Es decir, cuando una interacción no se desarrolla según las normas establecidas, se busca dentro del sistema los medios para restablecerla y que pueden consistir: bien en un *refuerzo* del status o del rol respecto al que se ha manifestado la desviación; o bien (*contrainte*) en la utilización de la fuerza física (sanciones: penas, indemnizaciones, e tc.) o de la ideología. 2) Innovando el sistema, es decir, aceptando el comportamiento desviado. A su vez, la innovación puede ser de dos tipos: a) *radical*, cuando se aceptan también los medios externos al sistema (lo que puede traducirse bien en la supresión de una nor-

ma del sistema o bien en la creación de una nueva norma —ello significa, en realidad, pasar a un nuevo sector de la sociología jurídica— que se toma de otro sistema jurídico); o b) *integrativa*, cuando se rechazan aquellos medios que no sean los del propio sistema de referencia y que puede tener lugar extendiendo un status del Derecho impuesto al status que entra en conflicto con él o bien absorbiendo las situaciones exteriores al Derecho impuesto en los status basados en el Derecho impuesto⁽¹⁴⁾. En definitiva, la reacción del sistema a la desviación jurídica tiene un doble significado: hacia adentro asegura la autorregulación del sistema de Derecho; hacia afuera, funciona como un mecanismo de regulación social. Pero el Derecho funciona, sin embargo, como tal mecanismo de regulación social no sólo a través de la reacción a la desviación, sino también a través del establecimiento de normas jurídicas. Y, en todo caso, Arnaud también participa de las críticas que se dirigen al Derecho como sistema de control social: el control social realizado a través del Derecho —afirma Arnaud— no es tan eficaz como el control puramente ideológico (por ejemplo, a través de la religión) y, en parte, está siendo sustituido por el que se ejerce a través de la televisión o de la medicina.

3.2.2. En segundo lugar, la sociología jurídica aparece como una sociología de la creación de la norma jurídica: los status, roles e instituciones se definen —como hemos visto— en el marco de las normas. En este punto, hay que distinguir diversos momentos:

1) El momento anterior a la creación de la norma (*l'avant dire droit*) en el que se hace preciso explorar el infra-Derecho, es decir, lo que no constituye (aún) Derecho en sentido estricto, pero sí fenómeno jurídico en sentido amplio. Aquí, a su vez, debe distinguirse entre: a) lo concebido como Derecho, es decir, las imágenes, creencias, actitudes, representaciones —a nivel individual o colectivo— que pueden formar parte: a') bien de lo imaginado como Derecho (por ejemplo, la utopía comunitaria de los años 70), o a'') bien de lo pensado como Derecho (la doctrina jurídica —incluida la sociología del Derecho— en cuanto que no forma parte del Derecho impuesto, las concepciones de los magistrados que se convertirán en jurisprudencia, las concepciones de un legislador plasmadas en un proyecto que se convertirá en ley); b) lo vivido como Derecho, es decir, el conjunto de opiniones y comportamientos, en donde se

(14) La integración juega un papel tan importante en la supervivencia de los sistemas jurídicos que muchos sociólogos —Arnaud cita el caso de Bredemeier— ven en el Derecho un sistema de integración. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que Bredemeier considera el Derecho como un sistema de integración *respecto al entero sistema social*.

incluyen los usos, el folklore, las reglas jurídicas efectivamente vividas y las diversas prácticas (incluida la judicial). Lo que Arnaud denomina “sistemas jurídicos vulgares” forma parte de este orden de lo vivido como Derecho pero que todavía no se ha convertido en Derecho impuesto. En general, puede decirse que al orden de lo vivido como Derecho pertenece, en parte, el Derecho impuesto y, en parte, el infra-Derecho (lo que produce la desviación). Un caso extremo de desviación es el comportamiento revolucionario, es decir, cuando lo vivido como jurídico perteneciente al Derecho impuesto es el conjunto vacío. Cuando, por el contrario, el Derecho vivido coincide con el Derecho impuesto (el orden de lo vivido como Derecho que se inscribe en el infra-Derecho es el conjunto vacío) se hablará de conformismo. Finalmente, cuando lo concebido como Derecho no tiene impacto sobre lo vivido como Derecho, se hablará de utopía.

2) El momento de la creación de la norma (*le dire-droit*) en donde cabe distinguir, a su vez, dos fases: la de la deliberación, y la de la toma de decisión (como consecuencia de ello podrá hablarse también —tercera fase— de cambio jurídico). En la fase de deliberación pueden distinguirse tanto elementos objetivos (base económica y social, necesidades a satisfacer, etc.) como elementos subjetivos (intención del legislador, concepciones jurídicas personales del legislador, del juez, etc. —ver el cuadro de la p. 359). La toma de decisión (*le dire-droit* propiamente dicho) aparece como una elección estratégica e histórica entre las diversas posibilidades planteadas por la existencia de diversos *sistemas* jurídicos.

En cuanto al cambio jurídico, Arnaud considera que éste sólo existe verdaderamente cuando se produce un cambio en la estructura profunda. Por ejemplo, aunque el Derecho civil francés de 1980 no se parece en nada al de 1804, Arnaud no considera que haya habido realmente un cambio jurídico, en cuanto que la razón que anima al sistema es la misma. Pueden existir diversas causas del cambio jurídico, pero la necesidad del cambio viene determinada: cualitativamente, por la aparición de un modelo alternativo (animado por una razón jurídica distinta a la del sistema de Derecho impuesto) que encuentra una audiencia tal que su inscripción en el campo vulgar lo pone directamente en concurrencia con la norma de Derecho impuesto; cuantitativamente, la determinación del umbral del cambio puede hacerse midiendo (por ejemplo, mediante escalas) la importancia de la desviación, para ver si los comportamientos conformes son minoritarios, lo que plantearía la necesidad del cambio. Desde el punto de vista del sistema en que tiene lugar, el cambio jurídico (que puede ser: lento o rápido, lineal u oscilante, impuesto o

querido...) al evitar que se bloquee la interacción jurídica, asegura el buen desarrollo del juego. En cuanto a la relación cambio jurídico-cambio social, no hay necesariamente una correspondencia: ni el cambio jurídico significa siempre cambio social, ni este último repercute siempre sobre el Derecho. Finalmente, el cambio jurídico ocupa para Arnaud un lugar muy importante en la sociología jurídica, al menos por un par de razones: porque la mayor parte de las investigaciones de sociología del Derecho tienen como fin medir la eficacia o ineficacia de una legislación; y porque la materia del cambio jurídico permite restituir a la experimentación su lugar específico en el estudio del Derecho (una decisión de decir el Derecho es siempre una apuesta, y sólo una experimentación continua permite corregir eventuales errores).

3.2.3. En tercer lugar, la sociología del Derecho aparece como sociología del discurso de la razón jurídica. Trátese del Derecho impuesto o de sistemas de lo vivido o concebido como Derecho, siempre será posible delimitar un corpus discursivo. El concepto central aquí es el de ideología (la ideología también es un discurso racional, pues todos los sistemas jurídicos resultan animados por una razón jurídica). Según Arnaud, hay ideología cuando se produce una distorsión (que se trata, pues, de ocultar) entre la razón del sistema impuesto y la de un sistema vulgar emergente. De esta manera, Arnaud es categórico al afirmar que la ideología (tanto al nivel de la génesis de la regla del Derecho como al nivel de los efectos de la misma aparecen elementos ideológicos) está ligada al Derecho de manera indisoluble: el discurso del Derecho no es nunca más que una presentación ideologizada de lo que debe ser la interacción social (cfr. p. 406).

El estructuralismo aparece como un método importante precisamente en este tercer sector de la sociología del Derecho. Como ya hemos visto, un método de análisis estructural implica, en realidad, los siguientes pasos: 1) observación de la estructura redaccional del discurso jurídico; 2) desvelamiento de la estructura real, es decir, paso del sentido aparente a la búsqueda de una estructura no manifiesta; 3) propuesta de una significación de la estructura real del fenómeno estudiado en donde interviene el contexto: el medio social o económico, las incidencias psicológicas, el inconsciente, la ideología, etc.

3.3. En conclusión, la sociología del Derecho propuesta y desarrollada por Arnaud trata de ser una alternativa a la sociología del Derecho tal y como se practica comunmente. Sería una sociología con un *objeto propio* y amplísimo: el fenómeno jurídico en su totalidad (cfr. p. 431) (la superioridad del sociólogo jurista respecto al jurista tradicional

—según Arnaud— radica precisamente en que no estudia sólo el Derecho impuesto, sino también los sistemas simplemente jurídicos); con una *función crítica*: contribuir al cambio de la realidad jurídica participando en el trabajo dialéctico de la transformación social, mediante un análisis crítico permanente; y un *método científico*: la sociología jurídica es ciencia porque tiene un método para poder dirigir (y redirigir) permanentemente la línea de conducta de una sociedad que aún tenga necesidad de imperativos.

Este último es, me parece, uno de los puntos que podrían reprocharse a Arnaud: el no haber aclarado suficientemente en qué sentido la sociología jurídica que él propone es verdaderamente una ciencia. Y otro tanto cabría decir con respecto al concepto de razón jurídica que aparece en todo momento como el concepto central de su obra. Teniendo en cuenta que de ambos conceptos nos promete un desarrollo en las obras sucesivas de su trilogía, habrá que esperar a un momento posterior para comprobar hasta qué punto el reproche resulta o no justificado.

Lo que quizás quepa plantear ya ahora es lo adecuado o no de su concepto de Derecho, del nuevo pluralismo jurídico que viene a defender. Creo que aquí radica, por ejemplo, su crítica —no demasiado explícita— al positivismo jurídico que —según él— reduciría el Derecho al Derecho impuesto. Así entendido, el positivismo jurídico tiene, efectivamente, el peligro de dejar fuera de su campo de estudio cuestiones importantes. Pero la postura de Arnaud (es decir, la no aceptación del positivismo jurídico, considerado exclusivamente al nivel del concepto de Derecho) puede implicar, me parece, el peligro de juridizarlo todo, lo que podría tener, en última instancia, efectos contrarios a los deseados por el propio Arnaud. ¿No implica su concepción, en efecto, el riesgo de contribuir a difuminar una distinción (la distinción Derecho-moral) que tantos esfuerzos costó establecer a la teoría del Derecho de los últimos tiempos? ¿No caería mucho —o gran parte— del fenómeno que Arnaud llama infra-Derecho dentro de lo que los positivistas (o neopositivistas) como Hart han denominado moral social? ¿No podría, a partir de una concepción flexiblemente positivista del Derecho, encararse un tipo de análisis de la amplitud y sentido crítico del que propone Arnaud, pero en donde el pluralismo jurídico aparezca sustituido por un enfoque inter o multidisciplinar (jurídico y no jurídico, en definitiva)? ¿Y no estaría todo ello más de acuerdo con el tipo de formación de la que hoy disponen los juristas, lo que significa —a fin de cuentas— una mayor probabilidad de que la propuesta no haya de caer en el vacío?