

REPENSANDO EL CONCEPTO DE CULTURA JURÍDICA*

David NELKEN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Definiendo la cultura jurídica*. III. *Un concepto conflictivo*. IV. *Alternativas a la cultura jurídica*. V. *Cultura jurídica y el problema de la tautología*. VI. *Diferentes usos de cultura jurídica en el análisis explicativo*. VII. *Trabajando con el concepto de cultura jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

El término cultura jurídica es extensamente utilizado por los académicos.¹ Aunque esto sugiere la necesidad del término, los usos no necesariamente prueban su utilidad. En un principio, el término se utiliza indudablemente en una variedad de formas inconsistentes, y su popularidad puede demostrar más la falta de algo mejor que algún mérito intrínseco. Para los sociólogos del derecho —incluyendo al autor de este texto— la promesa del término es la esperanza de que éste pueda “ayudar a hacer comparaciones de los sistemas jurídicos desde una perspectiva sociológicamente relevante”.² Pero para muchos comentaristas, el término no puede cumplir esta promesa. Sorprendentemente, un académico socio-jurídico holandés, quien originalmente empleó el término de cultura jurídica

* Esta es una versión revisada de la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Sociología del Derecho, celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en octubre de 2005, el cual ha sido publicado en su versión original, en inglés, en Freeman, Michael (ed.), *Law and Sociology*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 200-225.

** Universidad de Macerata, Italia.

¹ Por ejemplo, Google Scholar lista alrededor de 48 mil usos recientes del término en la literatura académica.

² Cotterrell, Roger, “The Concept of Legal Culture”, en Nelken, David, *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 14.

en el título de su libro acerca del derecho en Holanda, actualmente ha comenzado a rechazar el término.³ Incluso Lawrence Friedman, quien introdujo el concepto a la sociología del derecho, ha descrito este término como “una abstracción resbalosa”.⁴ En este replanteamiento sobre el concepto de cultura jurídica, comenzaré desde la perspectiva de Friedman, primero porque ésta representa la utilización más debatida del término, y segundo, porque en un escrito recientemente publicado, Friedman admite que el término de cultura jurídica es “un concepto conflictivo”, el cual “encuentra un serio problema de definición”, y que si él —Friedman— pudiese empezar de nuevo, probablemente no utilizaría el término otra vez. Desafortunadamente, Friedman no nos dice mucho respecto a cómo él ha lidiado con las críticas a las que ha estado expuesto.

El presente ensayo no intenta ser una defensa del concepto de cultura jurídica de Friedman, como tal. Por ejemplo, no estoy considerando sus supuestos teóricos; su negación de la autonomía del derecho; su modelo de sistemas sociales divididos en factores internos y externos; su modelo pluralista de poder, etcétera. Tampoco examino sus afirmaciones sustantivas, como la importancia del cambio tecnológico, o la inevitable convergencia de las culturas jurídicas nacionales. En este ensayo, plantearé la pregunta respecto a qué tanto el término de cultura jurídica puede ser utilizado incluso por aquellos que no comparten los inicios o las conclusiones de Friedman.⁵ No obstante que ha aparecido un gran número de problemas relacionados con cualquier uso del concepto de cultura jurídica, yo sólo puedo lidiar con algunos en este texto.⁶

³ Bruinsma, Fred J., *Dutch Law in Action*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2003.

⁴ En la búsqueda con Google Scholar, Friedman obtiene 5,610 citas en relación con cultura jurídica.

⁵ Los puntos, tanto teóricos como metodológicos, desde los que parte Friedman, estructuran algunos límites para este intento de repensar el concepto de cultura jurídica. Para los fines presentes, yo he supuesto que este entendimiento implica también explicar los patrones de conducta e ideas en la sociedad. Pero como podrá observarse más adelante, las presuposiciones de este tipo de esfuerzo han sido cuestionadas desde el periodo en que Friedman usó por primera vez este término. Incluso pienso que aún existen académicos que persiguen este fin. Sobre un análisis más detallado de las aproximaciones interpretativas, véase mi artículo “Using the Concept of Legal Culture”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2004, pp. 1-28.

⁶ Para ejemplos más detallados véase Nelken, David, “Understanding/Invoking Legal Culture”, en Nelken, David (ed.), *Legal Culture, Diversity and Globalization*, núm. especial de *Social and Legal Studies*, vol. 4, 1995, pp. 435-452, y Nelken, David, “Puzz-

En la primera parte, revisaré algunas de las críticas generales referentes al valor de los conceptos, incluyendo la palabra “cultura”; asimismo menciono algunas de las alternativas propuestas. Después, me concentro en una de las objeciones más serias y que muchos comentaristas consideran fatal para el uso del concepto de cultura jurídica, con el propósito de establecer algunas explicaciones. Esta objeción consiste en decir que, debido a que el término de cultura jurídica tiende a ser aplicado a los elementos de una sociedad y a las sociedades compuestas por estos elementos, resulta fácil que el concepto concluya explicándose a sí mismo. En mi trabajo anterior, he tratado de evadir este problema mediante el tratamiento del término cultura jurídica como algo que tiene que ser explicado antes que ofrecer cualquier tipo de explicación.⁷ Sin embargo, en este trabajo busco ofrecer un esquema de análisis que pueda incluir también un lugar para el concepto de cultura jurídica como explicación.

II. DEFINIENDO LA CULTURA JURÍDICA

Con dos términos tan difíciles de definir como son derecho y cultura, cada uno de los cuales tiene significados múltiples y controvertidos, resulta difícil convertirse en una especie de guía, cuando ambos términos se presentan juntos. Para los científicos sociales y para los estudiosos del derecho, el rango de las posibles implicaciones de los términos cultura y derecho es muy amplio e incluyen al derecho visto como un artefacto cultural, más que como una forma de ingeniería social solamente.⁸ Desde esta perspectiva, el derecho se convierte en algo presente en la vida cotidiana y en la experiencia o alrededor de los medios,⁹ tanto como la importancia del

ling Out Legal Culture”, en Nelken, David (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 58-88. En la reseña que hace de mi libro publicado en 1997, Mary Volcansek señala que esto muestra “la casi insuperable dificultad para emplear el concepto”. Véase Volcansek, M. L., *Law and Politics Book Review*, vol. 8, núm. 5, mayo de 1998, pp. 244-246.

⁷ Véase Nelken, *op. cit.*, nota 6.

⁸ Kahn, Paul, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, Chicago University Press, 1999.

⁹ Sarat, Austin y Kearns, T. R. (eds.), *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993; *idem* (eds.), *Law in the Domains of Culture*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1998.

derecho en introducir defensas o protecciones a los tesoros culturales.¹⁰ Ambos términos —derecho y cultura— son palabras cuyas interpretaciones y definiciones tienen efectos *ilocucionarios* (“esto es el derecho”, “tal conducta es inconsistente con nuestra cultura”) y el término cultura jurídica es, por sí mismo, usado por jueces u otros quienes están dentro del sistema jurídico, o por actores políticos que tienden a emitir comentarios sobre éste, cuando se pronuncian acerca de qué es o no concordante con un sistema de normas dado, prácticas o ideales.¹¹ Este uso, tanto prescriptivo como descriptivo, o prescriptivo siendo descriptivo, puede “elaborar” los hechos que describe o explica.¹²

Más generalmente, algunos usos del término lo equiparan con la noción de “cultura de la legalidad”, es decir, el más cercano, aunque no perfectamente equivalente, a lo que en inglés se conoce como “*the rule of law*”.¹³ Este significado es particularmente común en aquellas jurisdicciones, o en parte de ellas (por ejemplo en la extinta Unión Soviética o en Latinoamérica, o en el sur de Italia), donde algunas reglas estatales son sistemáticamente evadidas o ignoradas. En este contexto, hablar de cultura jurídica es un intento por centrarse en el objetivo normativo de adquirir “legalidad” dentro de la cultura cotidiana política y social, así como de reorientar la conducta de este tipo de poblaciones alrededor del derecho (estatal).

Una aproximación que podemos tomar consiste, entonces, en rastrear este tipo de usos prácticos del término cultura jurídica, así como examinar el sentido, las implicaciones y los efectos que tienen. Así, el estudio sobre la cultura jurídica puede ser reformulado como un ejercicio para entender los propios intentos que los actores hacen para describir, adscribir o producir una coherencia legal en su propio proceso de elaboración de decisiones.¹⁴

¹⁰ Cotterrell, Roger, “Law in Culture”, *Ratio Juris*, vol. 17, 2004, pp. 1-14.

¹¹ Por ejemplo, en febrero de 2005, Rosy Bindi, un líder de centro-izquierda en Italia, ante las noticias de que la Corte Constitucional había declarado inconstitucionales algunas partes de la llamada “Ley Bossi-Fini” que restringía el derecho de inmigración, opinó que esto demostraba que la ley era incompatible con la cultura jurídica (italiana).

¹² Más generalmente, porque la cultura es tanto un sujeto como un objeto, los discursos sobre la cultura (incluso en algunas formas equivocadas acerca de su objeto) ayudan en parte a constituir el objeto que describen.

¹³ Aunque en español tenemos el término “Estado de derecho”, éste no tiene el valor simbólico e ideológico de lo que los angloamericanos entienden por *the Rule of Law*, razón por la cual el término se usa en su idioma original (N. del T.).

¹⁴ Webber, J., “Culture, Legal Culture, and Legal Reasoning: A Comment on Nelken”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2004, pp. 25-36, señala: “The concept of

En algunos casos, tanto los filósofos como los comparatistas del derecho, han definido el término como una forma de capturar las actividades que desempeñan los profesionistas del derecho, abogados y juristas, quienes tienen la responsabilidad de (re)producir tal supuesta coherencia.¹⁵ Pero estos autores dicen muy poco sobre cuál es el tipo o la forma de medir la coherencia requerida en la práctica actual. Y esta forma de usar el término es algo limitada para muchos de los propósitos de la investigación socio-jurídica. Por otra parte, los usos más comunes del término son demasiado amplios como para ser útiles.¹⁶ Aquí, más que como “sistema jurídico” o “proceso legal”, el término sirve meramente como referencia para las bibliotecas o posibles lectores de que algún trabajo podría tratar, en algún sentido, sobre instituciones jurídicas, actores, reglas, procedimientos o prácticas en referencia a sus contextos filosóficos, históricos o

culture is not so much a way of identifying highly specified and tightly bounded units of analysis, than a heuristic device for suggesting how individual decision-making is conditioned by the language of normative discussion, the set of historical reference points, the range of solutions proposed in the past, the institutional norms taken for granted, given a particular context of repeated social interaction. The integrity of cultural explanations does not depend upon the ‘units’ being exclusive, fully autonomous, or strictly bounded. Rather, it depends upon there being sufficient density of interaction to generate distinctive terms of evaluation and debate. When there is that density, any examination of decision-making in that context will want to take account of those terms” (“El concepto de cultura no es tanto un modo de identificar unidades de análisis altamente especificadas y estrictamente delimitadas sino un medio heurístico para mostrar cómo la toma de decisiones individuales está condicionada por el lenguaje del debate normativo, el conjunto de puntos de referencia históricos, la gama de soluciones propuestas en el pasado, las normas institucionales que se dan por sentadas, dado un contexto particular de interacción social reiterada. La integridad de las explicaciones culturales no depende de que las ‘unidades’ sean excluyentes, plenamente autónomas o estén estrictamente delimitadas. Más bien, depende de que exista suficiente densidad de tal densidad existe, cualquier examen de la toma de decisiones en ese contexto tendrá que tomar en cuenta tales términos”).

¹⁵ Véase, por ejemplo, Rebuffa, Giorgio y Erhard Blankenburg, voz “Culture Juridique”, en Arnaud, André-Jean (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, París, LGDJ, 1993, pp. 139-142, la cual habla de las técnicas de exposición e interpretación usadas por los abogados y actores jurídicos. En Italia existe una publicación periódica bajo el nombre de *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Materiales para una historia de la cultura jurídica). Como intento de ampliación de este uso del término véase Bell, John, *French Legal Culture*, London, Butterworths, 2001.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Gessner, Volkmar, Armin Höland y Varga, Czaba (eds.), *European Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1996, y Varga, Czaba, *Comparative Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1992.

sociales.¹⁷ Por el contrario, el uso que Friedman hace del término tiene el mérito de mostrar cómo el concepto puede servir como una herramienta propuesta para ayudar a la investigación socio-jurídica. Introducida a finales de los años sesenta como equivalente a la idea de cultura política usada en el análisis sobre patrones de voto y los tipos de sistemas políticos,¹⁸ la cultura jurídica es principalmente utilizada para referirse a “lo que la gente piensa acerca del derecho, los abogados y el orden legal, es decir, las ideas, actitudes, opiniones y expectativas en relación al sistema jurídico”.¹⁹ Friedman distingue la cultura jurídica “interna” —que se refiere al rol que tienen los profesionistas jurídicos dentro del derecho— de la cultura jurídica “externa”, la cual se refiere especialmente a aquellos individuos o grupo de individuos quienes, mediante la presión jurídica, buscan producir un cambio social. Controversialmente, sin embargo, Friedman ha aplicado el término no sólo a las variables, sino también a los agregados de tales variables. Por una parte, Friedman ve a la cultura jurídica como una causa de las “dinámicas legales”; por la otra, él mismo usa también el término para describir los resultados de estas causas, escribiendo por ejemplo algunos tratados sobre una gran variedad de agregados, tales como la cultura jurídica americana, la cultura jurídica latinoamericana, la cultura jurídica moderna, e incluso la cultura jurídica global.

La misma variedad de referentes se encuentra también en el trabajo de otros destacados investigadores. En su libro intitulado *Dutch Legal Culture*, Blankenburg y Bruinsma, por ejemplo, definen el término como algo integrado por cuatro componentes: el derecho en los libros, el derecho en acción dirigido por la infraestructura institucional, los patrones de conductas jurídicamente relevantes, y la conciencia jurídica, particularmente una actitud distintiva entre los profesionistas jurídicos, más allá del derecho.²⁰ Al mismo tiempo, sin embargo, en otros escritos Blankenburg ha señalado al segundo de estos componentes como crucial. Blan-

¹⁷ Desde luego, sería un error subestimar este uso del término. Esto implica que existe algo en común entre un cuerpo de reglas, procedimientos o prácticas, lo cual los mantiene unidos. De esta forma, esto adquiere un mensaje significativo, incluso ideológico, para reproducir más que para cuestionar las presuposiciones de los actores legales.

¹⁸ Almond, Gabriel A. y Sidney Verba, *The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Boston, Little Brown, 1963.

¹⁹ Friedman, *cit.*, nota 6.

²⁰ Blankenburg, Erhard y Bruinsma, Fred, *Dutch Legal Culture*, 2a. ed., Deventer-Boston, Kluwer, 1995, pp. 13 y 14.

kenburg argumenta que es necesario abrir la “caja negra” de la cultura jurídica para revelar las influencias que tiene la estructura en las decisiones respecto al uso del derecho. Al presentar un “experimento natural” mediante la comparación entre ciudades vecinas de Holanda y Alemania con diferentes niveles de litigiosidad, Blankenburg se propone demostrar “que no existe la cultura jurídica fuera de las instituciones jurídicas: las influencias de la cultura popular o general pueden entonces ser libremente ignoradas”.²¹ Al igual que Friedman, Blankenburg utiliza también la idea de cultura jurídica para referirse tanto a los agregados como a las variables que juegan un papel crucial en la producción de éstos.

Algunos comentaristas más recientes han preferido enfatizar la importancia de uno de estos dos referentes. Por ejemplo, Susan Silbey ha retomado el interés de Friedman por las actitudes populares hacia el derecho, incluso cuando ella prefiere llamarles conciencia jurídica más que cultura jurídica.²² Por otra parte, Nelken²³ se inclina por una descripción más amplia de cultura jurídica, en tanto sus agregados: “Cultura jurídica, en su sentido más amplio, es una forma de describir algunos patrones, relativamente estables, de conductas y actitudes sociales jurídicamente orientadas”. Pero ningún autor desea realmente excluir los otros aspectos de la cultura jurídica, sobre los cuales Friedman ha puesto atención. Sin importar el interés de Silbey en un nivel de acción micro-social, ella está también interesada en el cuadro amplio que surge una vez que uno observa cómo se interconectan las instituciones jurídicas formales y las relaciones sociales cotidianas. Y Nelken va más allá, abarcando los diferentes orígenes de la cultura jurídica, cuando establece que

...la identificación de elementos de la cultura jurídica varía desde los datos institucionales, tales como el número o el papel de los abogados, o las vías por las que se designa o se controla a los jueces, hasta las distintas formas de conducta como las tasas de litigiosidad o de personas en prisión, y has-

²¹ Blankenburg, Erhard, “Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture”, en Nelken, David (ed.), *Comparing Legal Cultures*, cit., nota 6, pp. 41-68.

²² Silbey, Susan S., “Legal Culture and Legal Consciousness”, en *Interational Encyclopaedia of the Social and Behavioral Sciences*, Nueva York, Elsevier-Pergamon Press, 2001, pp. 8623-8629; véase también Silbey, Susan y Ewick, Patricia, *The Common Place of the Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

²³ Nelken, *op. cit.*, nota 5.

ta el otro extremo, aspectos más nebulosos como las ideas, valores, aspiraciones y mentalidades.²⁴

III. UN CONCEPTO CONFLICTIVO

Tal como lo sugiere la variedad de definiciones, aún no existe un acuerdo general respecto al significado o lo que debería entenderse por cultura jurídica. Sin embargo, debemos considerar que los debates alrededor de sus usos, pueden (al menos) clasificarse en tres tipos. El primer tipo de argumentos es el que presupone una definición compartida de cultura jurídica, pero compromete la precisión respecto de algunas discusiones sobre la cultura jurídica en general, o respecto de una cultura jurídica específica. Por ejemplo, aquellos trabajos que utilizan la aproximación de Friedman al concepto de cultura jurídica, frecuentemente han discutido respecto a si son las “estructuras” (tribunales, abogados y métodos alternativos para solucionar conflictos) o las actitudes (expectativas y valores) los factores más importantes para explicar cuándo las personas usan el derecho. Asimismo, quienes se encuentran dentro de esta postura podrían debatir si Japón es realmente una sociedad que muy pocas veces recurre al derecho.²⁵

Un segundo tipo de discusiones es más radical y tiene que ver con el cómo puede definirse mejor la cultura jurídica. Como hemos visto, puede existir una variedad de referentes para la cultura jurídica. Algunos académicos incluyen las reglas jurídicas (“derecho en los libros”) en sus definiciones, otros no; algunos restringen la cultura jurídica a las actitudes, otros incluyen la conducta; algunos contraponen estructura y cultura, otros incluyen ambas; algunos suponen que sólo forman parte de la cultura aquellas actitudes o conductas que han sido relativamente duraderas; otros no llegan a ningún acuerdo, etcétera. Incluso en algunas ocasiones los mismos autores cambian de opinión con el tiempo.²⁶

²⁴ *Ibidem*, nota 71.

²⁵ Véase Feldman, E., “Patients’ Rights, Citizen Movements and Japanese Legal Culture”, en Nelken, David (ed.), *Comparing Legal Cultures*, *cit.*, nota 6, pp. 215-236, y Feldman, E., “Blood Justice, Courts, Conflict and Compensation in Japan, France and the United States”, *Law and Society Review*, vol. 34, núm. 3, 2001, pp. 651-702.

²⁶ Friedman, por ejemplo, acostumbraba incluir la noción de conducta, aunque ahora restringe su definición a las actitudes (pues lo que importa para él es la presión que éstas

Obviamente, sólo si se asigna al término (más o menos) el mismo significado es posible tener desacuerdos, empíricamente verificables, sobre las características del mundo social.²⁷

El tercer tipo de discusión es aún más básico. Aquí, los críticos formulan algunas objeciones fundamentales sobre el uso de cultura jurídica como tal que, *sin embargo, tiene que ser definida*. Ellos proponen sustituir el de cultura jurídica por otros términos. Estos críticos discuten principalmente el uso del término cultura. La gran popularidad de este término en las ciencias sociales (donde una vez fue tan importante como la idea de evolución en las ciencias exactas) ha contribuido a su caída. Una palabra que tiene más de 150 definiciones sólo puede crear confusión. Los avances de las ciencias sociales tales como “la visión interpretativa” han hecho de la cultura más un método que un objeto de investigación. Y las transformaciones en la realidad, tales como las relacionadas con la globalización, han hecho algo cuestionable que alguien hable de los propios contenidos de las culturas regionales o nacionales. Como ha declarado Sally Merry (una de las antropólogas más reconocidas dentro del movimiento socio-jurídico de los Estados Unidos):

Durante las pasadas dos décadas, la antropología ha elaborado una concepción de cultura como algo ilimitado, resistido y conectado con relaciones de poder. Esto no sólo consiste en verdades y valores, sino que también incluye prácticas, hábitos y formas de sentido común de hacer las cosas. La antropología contemporánea entiende los diversos enfoques que se tienen de cultura más como un conjunto de valores y prácticas más fluidas, contestatarias y cambiantes que como un concepto dado para designar una tradición. Cultura es el producto de influencias históricas más que un cambio evolutivo. Sus límites son fluidos, sus significados son contestatarios, y su significado es producido por las actividades institucionales y la política económica. La cultura es marcada por la hibri-

pueden producir en el sistema jurídico). Silbey, por otra parte, sugiere que no existe un motivo real para separar actitudes y conductas.

²⁷ Algunos debates son más difíciles de seguir debido a su carencia de un lenguaje común. Blankenburg, por ejemplo, señala que es el lado de la oferta “infraestructural” que genera las alternativas al proceso legal lo que explica el recurso al derecho, más que los factores de la demanda, y denomina “cultura jurídica” a estas alternativas. Pero otros, en debates similares sobre la relativa importancia de los grandes factores culturales o estructurales en la explicación del escaso uso de los tribunales en Japón, usan el término “estructura” para caracterizar las alternativas que Blankenburg denomina “cultura”.

dación y la criollización más que por la uniformidad y la consistencia. Los sistemas locales son analizados en el contexto de los procesos nacionales e internacionales y son entendidos como el resultado de trayectorias históricas específicas. Esto es un camino más dinámico, histórico e individualizado para entender la cultura.²⁸

Sin embargo, leyendo detenidamente, es claro que Merry no está intentando superar el concepto de cultura en general, sino sólo una idea específica de cultura. De cualquier forma, puede ser difícil deshacerse enteramente de este término, así como de los ataques realizados a viejas versiones del culturalismo, los cuales se concentran en un campo de estudio conocido como la teoría culturalista. Lo mismo se aplica a las investigaciones sobre las consecuencias de la globalización. Si no intentamos distinguir, de alguna forma, lo local de lo global entonces, ¿cómo podremos investigar sus efectos? Esto es lo más relevante del estudio de la interrelación de las unidades de la cultura jurídica, una vez que uno abandona la vieja visión de la cultura a favor de una que enfatice los cambios, las fragmentaciones y los límites porosos. Ciertamente algunos afirman que la cultura jurídica debe ser vista actualmente como un camino para construir y destruir los límites.²⁹ Sin embargo, esto no implica que las jurisdicciones nacionales hayan perdido toda su importancia.³⁰

En la medida en que es sólo el viejo significado de cultura lo que los críticos intentan desacreditar, necesitamos tener en cuenta que algunos usos específicos del término cultura jurídica son de hecho vulnerables a estos ataques. Sin importar qué tan cierto pueda ser el significado que algunos comparatistas del derecho o historiadores sociales dan a una cultura jurídica específica, los sociólogos del derecho parecen ser menos propensos a adoptar explicaciones abiertamente “culturalistas”. Por ejemplo, una buena parte del extenso debate sobre la cultura jurídica japonesa ha subrayado la importancia de la estrategia gubernamental más que la cultura popular, e incluso aquellos quienes argumentan a favor de la relevancia de la cultura, no abordan a ésta como una cuestión de valores populares, sino que enfatizan los cambios que han tomado lugar.

²⁸ Merry, Sally Engle, “Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way)”, *Polar: Political and Legal Anthropology Review*, vol. 26, núm. 1, 2003, pp. 55-77.

²⁹ Véase Webber, *op. cit.*, nota 14.

³⁰ Véase Nelken, *op. cit.*, nota 5.

Es instructivo observar cómo sólo algunas pequeñas objeciones contenidas en una crítica reciente sobre la cultura jurídica, elaborada por Patrick Glenn —uno de los comparatistas más destacados— pueden ser aplicadas a la aproximación de Friedman. Para Glenn, la idea de cultura resulta sospechosa tanto por sus orígenes como por sus consecuencias.³¹ Esto ha venido, según Glenn, a sustituir el trabajo sucio realizado por la idea de “raza” y los resultados de utilizar este tipo de términos pueden ser negativos, pues esto implica que los patrones de conducta y actitudes son estáticos y necesariamente están condenados al conflicto.³² Pero Glenn omite hacer notar que así como el término “cultura”, el término de cultura jurídica también tiene su propia historia. La palabra alemana *Kultur* apareció como un término defensivo, para ser utilizado en romántica oposición al concepto universalista francés de *civilisation* (para los cuales los discursos actuales sobre democracia y derechos humanos pueden ser considerados equivalentes). Pero curiosamente, el uso que Friedman realiza del término cultura respecto de la cultura jurídica se encuentra de hecho más relacionado con la idea francesa —*civilisation*—, tal y como puede ser observado en sus estipulaciones de que nos estamos moviendo hacia una cultura jurídica global, estructurada en torno al individualismo, la igualdad y los derechos humanos.³³

En casi cada punto, la crítica realizada por Glenn parece perder el objetivo casi tanto como la forma en que Friedman aborda el tema de cultura. Por ejemplo, Glenn insiste en que el término de cultura implica un consenso general,³⁴ mientras que Friedman argumenta específicamente que todos los grupos tienen su propia cultura jurídica; incluso, si vamos más lejos, podríamos decir que esto se aplica también a cada individuo. Y la distinción analítica de Friedman entre cultura jurídica interna y externa también nos invita a investigar la posibilidad de una gran diferencia entre los profesionistas del derecho y los demás. Glenn señala que aquellos que usan la cultura como explicación ponen mucha atención en un

³¹ Glenn, H. Patrick, “Legal Cultures and Legal Traditions”, en Van Hoeck, Mark (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart, 2004.

³² Kuper, Adam, *Culture: The Anthropologist's Account*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

³³ Véase, por ejemplo Friedman, Lawrence, “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, pp. 117-131.

³⁴ Sin embargo, resulta complicado observar cómo cada quien puede creer esto cuando términos como “cultura occidental” son libremente utilizados y entendidos.

pasado que gobierna el presente. Pero el uso que realiza Friedman del término se refiere sobre todo al cambio. En un texto publicado recientemente, Friedman va hacia el otro extremo, diciendo que su uso de cultura jurídica no presupone algo “duradero”. Glenn argumenta que los análisis culturales unifican y esencializan la noción de cultura, por lo que estos académicos están tentados a clasificar las conductas como extrañas e irracionales e ignorar o reducir la importancia de los factores económicos y políticos como conductores del cambio. Los argumentos culturalistas, continúa Glenn, también tienden algunas veces a observar a las personas como si éstas estuvieran “programadas” para actuar de acuerdo a formas específicas, más que verlas como personas capaces de escoger la cultura como una herramienta y usarla de manera estratégica. Pero, de nueva cuenta, en los escritos de Friedman (o Blankenburg) existe muy poca referencia a lo irracional. Las consideraciones estratégicas que realizan los actores se encuentran en el centro de su análisis.

Glenn atina en recordarnos que las culturas no deben ser tratadas como algo “supraorgánico”, o “sustantivo, o como entidades delimitadas”, sino que más bien pueden ser vistas como “trozos y parches rehaciéndose a sí mismos.” Pero mientras que los actores jurídicos trabajan (¿tal vez por deber?) con algunas ideas como presuposiciones normativas, es difícil encontrar sociólogos del derecho que hagan tales suposiciones.³⁵ En este contexto de exportaciones e importaciones de instituciones jurídicas e ideas puede ser verdaderamente poco plausible ver a las culturas como algo cerrado y autorreferencial. Friedman, por el contrario, señala que el derecho es necesariamente convergente, y ha escrito acerca del desarrollo de una cultura global, nuevamente, subestimando la importancia que siguen teniendo las fronteras nacionales. Por otra parte, una clara crítica a la aproximación de Friedman hacia la cultura jurídica es establecer que no parece haber sido influenciada por la “aproximación interpretativa” de las ciencias sociales. Tal como señala Glenn, a Friedman no parece preocuparle que la “cultura puede ser un efecto de nuestras descripciones, y no su precondition”.³⁶

³⁵ Las críticas pueden aplicarse al trabajo de Pierre Legrand, que se enfoca conceptual y normativamente a proteger las especificidades culturales. Sin embargo, no obstante que intitula una colección de sus ensayos como *Fragments on Law as Culture*, Deventer, W. E. J. Tjeenk Willink, Schoordijk Institute, 1999, al exponer sus tesis Legrand prefiere el término de “legal episteme”. Y probablemente no se considere a sí mismo un científico social.

³⁶ Sin embargo, no es obvio que otros términos tengan alguna pretensión ontológica fuerte.

Este reconocimiento, que intenta interpretar a la cultura como una parte de sí misma,³⁷ es ciertamente un camino clave en el que las nociones de cultura han cambiado desde que Friedman tomó el término de las discusiones sobre cultura política. Sin embargo, no es obvio en qué cambia el tipo de explicación que se realiza.³⁸ Mientras que hablar de “guerras entre culturas” puede ser exagerado, igualmente equivocado sería suponer que las culturas jamás pueden chocar, o negar que algunas veces los actores sociales hablan y actúan como si las culturas particulares pudiesen y debiesen ser defendidas. Lo mismo vale para las implicaciones políticas. Cualquier consideración acerca de que los patrones históricos que han perdurado a lo largo del tiempo no pueden ser transformados fácilmente, puede ser, por sí misma, distópica y bloquear las reformas posibles.³⁹ Pero puede ser que igualmente acarree su propio cumplimiento al invocar las condiciones actuales o la inevitable homogeneización de tendencias como la globalización en el futuro.⁴⁰ Glenn se opone a usar el término cultura, porque quiere negar que existen barreras insuperables entre los grupos humanos. Pero, en la actualidad, Friedman pretende lograr casi lo mismo al señalar el crecimiento de la cultura global.

IV. ALTERNATIVAS A LA CULTURA JURÍDICA

Dadas las dificultades y ambigüedades que surgen para hablar sobre cultura, parece razonable al menos considerar si tenemos alternativas

³⁷ Como señala Friedman, Jonathan, *Cultural Identity and Global Process*, London, Sage, 1994, la cultura es vista ahora como una interpretación sin fin de interpretaciones, una parte del conjunto de significados (“the enormous interplay of interpretations in and about a culture, to which the scholar herself also contributes”).

³⁸ Sería equivocado pensar que la “corriente interpretativa” es una licencia para ignorar las preguntas sobre las causas y consecuencias del derecho. Por ejemplo, en el estudio sobre la dilación judicial es ciertamente importante preguntarnos quién percibe tal dilación, y por qué es percibida. Sin embargo, esperar diez años en vez de dos o tres para recibir una indemnización después de un accidente vial es algo que necesitamos no sólo interpretar, sino también explicar y cambiar.

³⁹ Zedner, Lucia, “Dangers of Dystopias in Penal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, verano de 2002, pp. 341-366.

⁴⁰ Véase la discusión de Krygier sobre la idea de autocumplimiento, en relación con el hecho de que los países del este de Europa, al carecer de una cultura tradicional de democracia liberal, podrían tener dificultades en desarrollarla. Krygier, Martin, “Is There Constitutionalism After Communism? Institutional Optimism, Cultural Pessimism, and the Rule of Law”, *International Journal of Sociology*, vol. 26, núm. 4, 2002, pp. 17-47.

conceptuales al alcance. El término que se encuentra más frecuentemente en la literatura académica, sobre todo en los estudios jurídicos comparados, es el de tradición jurídica.⁴¹ Instando las ventajas de esta alternativa, Glenn señala que es más natural hablar sobre conductas no tradicionales que usar el término de cultura para hacer referencia al mismo punto. Hablar sobre tradiciones, según Glenn, sugiere superponer más que cerrar. Dentro de una cultura específica, existe siempre un rango de posibilidades creativas. La existencia de una tradición es necesariamente el resultado de argumentos e interpretaciones persuasivas. Para Glenn, como consecuencia de que es una cuestión de información, es difícil reificar la tradición como algo “entre nosotros”.

Por otra parte, las alternativas más comunes dentro de la sociología del derecho, son el “derecho vivo” —*living law*— y el “derecho en acción” —*law in action*—. Bruinsma, el coautor del libro intitulado *Dutch Legal Culture (La cultura jurídica holandesa)* cambió el título de su libro para la tercera edición por el de *Dutch Law in Action*” (*El derecho holandés en acción*). Derecho vivo sugiere la necesidad de observar la pluralidad de sistemas normativos en los órdenes jurídicos nacionales, pero no hay que confundir ambos términos⁴² Aunque no se ha planteado una respuesta a la pregunta de Friedman sobre por qué las personas recurren a la idea de “derecho vivo”, esto tiene algo importante que decir sobre por qué y cuándo las personas recurren al derecho oficial, en vez de confiar en otros sistemas normativos. Por otra parte, el derecho en acción simplemente nos señala que no es posible predecir lo que pasa en la práctica solamente a partir de las reglas jurídicas. Otra posibilidad, la cual señala Roger Cotterrell en el curso de su conocida crítica al concepto de cultura jurídica desarrollado por Friedman,⁴³ es la de “ideología jurídica”.⁴⁴ Cotterrell argumenta que un término centrado en las ideas de los profesionales del derecho y los juristas, así como su gran influencia, nos permite tener un tópico muy bien definido y disponible para realizar investigación empírica. Por ejemplo, una de las preguntas más relevantes que le interesan a Cotterrell es cómo el derecho logra ser tan particular y fragmentado, pero al mismo tiempo

⁴¹ Los registros de Google Scholar señalan 56 mil usos del término “tradición jurídica”.

⁴² Nelken, David, “Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law”, *Legal Studies*, vol. 4, 1984, pp. 152-174.

⁴³ Cotterrell, *op. cit.*, nota 2.

⁴⁴ Google Scholar indica 26 mil referencias al término “ideología jurídica”.

abstracto, y cómo pretende ser un sistema con pocas lagunas, si lo que intenta es llenar las lagunas. En oposición a la idea de Friedman sobre la permeabilidad del derecho hacia las demandas sociales, el concepto de ideología nos permite explicar cómo las reglas y los valores del derecho resisten la modificación y prosperan en sus propias inconsistencias.

Por supuesto, estos ejemplos no agotan el rango (aún menos que el potencial) existente de alternativas respecto al término de cultura jurídica. Quienes se encuentran más interesados en analizar qué es lo que conforma la cultura jurídica interna de los profesionales del derecho, tienden a ser atraídos por algunas nociones tales como *legal mentalities*, *legal epistemes* o *legal formants*. Quienes buscan enfatizar el contraste entre la organización y los efectos de las instituciones jurídicas, en diversos lugares, prefieren hablar de *legal fields*, *legal style*, *regulatory style*, e incluso de *path dependency*. Y en la medida en que la discusión fundamental es sobre el sistema jurídico y social en su conjunto, un reto para todo el paradigma sobre “derecho y sociedad” viene desde la teoría de la autopoiesis, la cual tiene su propia aproximación acerca de por qué las comunicaciones jurídicas se encuentran conectadas con el resto del sistema social y otros subsistemas diferenciados.⁴⁵

¿Debemos abandonar el concepto de cultura jurídica a favor de una de estas alternativas? No existe una forma fácil de resolver esta pregunta de segundo orden acerca de cuál es el término ideal a usar. Ciertamente, cualquier alternativa que escojamos se encuentra propensa a tener sus propias limitaciones.⁴⁶ Glenn argumenta que la tradición es un concepto popular ampliamente utilizado, mientras que el de cultura es usado solamente en Occidente. Pero esto evade la pregunta sobre si, y cuándo, los términos de nuestras explicaciones necesitan estar ligados a aquellos que acostumbran los actores sociales. En general, muchos podrían decir que el término de tradición también lleva muchos de las implicaciones conflictivas que

⁴⁵ Nelken, David, “Beyond the Study of Law and Society”, *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 11, 1986, pp. 323-338, y Nelken, David, “Changing Paradigms in the Sociology of Law”, en Teubner, Gunther (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pp. 191-217.

⁴⁶ Para algunos críticos, la cultura jurídica presupone más cohesión de los diversos niveles y regiones jurídicos en la sociedad (Cotterrell, *op. cit.*, nota 2). Pero para otros, como aquellos que están influenciados por la teoría de la autopoiesis, esto implica muy poco, o al menos un tipo equivocado de cohesión (King, M., “Comparing Legal Cultures in the Quest for Law’s Identity”, en Nelken, *Comparing Legal Cultures*, *cit.*, nota 6, pp. 119-134). La teoría sistémica de Luhmann evita el término “cultura”.

Glenn le atribuye al término cultura. Por ejemplo, esto ha sido severamente criticado por negar las influencias socio-económicas y políticas, así como por cometer la conocida falacia “intencionalista”.⁴⁷ Por su parte, el derecho vivo sólo se refiere a una parte de lo que Friedman y otros tratan explicar con cultura jurídica, y tampoco es de fácil uso en la comparación de sistemas jurídicos. El concepto de ideología es por sí mismo difícil de manejar, al menos porque nos exige justificar nuestra posición privilegiada en la descripción de las ideas de otras personas. El término tampoco es necesariamente accesible para todos los propósitos de quienes utilizan el de cultura jurídica; adoptando este concepto como si nada pudiera cambiar la naturaleza de la investigación. Por lo que se refiere a la autopoiesis, mientras que uno de los propósitos de usar el término cultura jurídica era examinar la extensión de la autonomía de la cultura jurídica interna y cómo se produce, la teoría de Luhmann resuelve este problema mediante una arbitrariedad teórica.

Resulta claro, entonces, que el término cultura jurídica se mueve en un terreno de alternativas,⁴⁸ y que tiene que probar su valor en este sentido. Si estamos interesados, por ejemplo, en explicar por qué es tan grande la dilación judicial en Italia, en comparación con sus vecinos europeos, tenemos que mostrar por qué ni la tradición ni la ideología son tan útiles como puntos de partida. Al mismo tiempo, tampoco existe una razón para asumir que la cultura jurídica debe ser empleada para excluir los otros términos.⁴⁹ Las aproximaciones a la cultura jurídica también necesitan ser sensibles hacia los avances teóricos y metodológicos más amplios. La reciente contribución de Friedman parece querer buscar nuevos caminos para formular sus ideas de cara a los retos que presentan las considera-

⁴⁷ Whitman, James Q., “A Simple Story”, *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, pp. 206-208, en comentario a Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000 (2a. ed. 2004).

⁴⁸ Friedman utiliza algunas veces el término “sistema jurídico” cuando describe los efectos de la reacción que podríamos esperar para verlos discutidos con respecto a la relación entre cultura jurídica interna y externa.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el estudio sobre las tradiciones procesales en derecho penal “como el lugar de las intersecciones alrededor de cuatro aspectos de la cultura: tradiciones, instituciones, formaciones intelectuales y estructuras vivas de sentimiento”, en Brants, Chrisje y Stewart Field, “Legal Culture, Political Cultures and Procedural Traditions: Towards a Comparative Interpretation of Covert and Proactive Policing in England and Wales, and The Netherlands”, en Nelken, David (ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot, Dartmouth, 2000, pp. 77-116.

ciones fundamentales de su esquema. Friedman admite que esto tiene escaso sentido respecto a la distinción entre “derecho” y “sociedad”. Enfatizando la importancia de la opinión pública y los intereses sociales, Friedman se refiere ahora más a las legislaturas que a los tribunales. Y tal vez en respuesta al desafío que plantean los partidarios de la autopoiesis, Friedman prevé ahora un rol más independiente de la cultura jurídica interna y habla de “traducir”⁵⁰ las demandas hacia la sociedad, porque “lo social es más crudo para actuar directamente en el sistema jurídico”.⁵¹

Sin embargo, si nosotros deseamos hacer aún más progreso, necesitamos tener claridad acerca de qué “trabajo” le estamos pidiendo al término que se utilice. Y nosotros debemos reconocer también que muchos estudios pueden ser relevantes para la cultura jurídica incluso sin hacer uso de este término.⁵² Un rol importante del término puede ser, de hecho, la forma en que nos permite traer de manera conjunta sólo una variedad de debates perdidos conectados, así como mostrar las discusiones cruciales que están en juego. Los propios escritos de Friedman ilustran el amplio rango de importantes preguntas que presuponen y contribuyen a plantear las grandes preguntas acerca de cómo, cuándo y por qué “el derecho” está superpuesto en lo “social” o lo “cultural”. Friedman sugiere que el término es útil para analizar por qué las personas usan o no el derecho, como por ejemplo, el crecimiento de lo que el denomina “el deseo de una justicia total”, o en ejercicios comparativos que intentan describir por qué las mujeres buscan o no el auxilio de la policía en Italia o en Francia,⁵³ o, en su reciente publicación, por qué los conductores italianos son menos propensos que los ingleses a usar el cinturón de seguridad. Friedman recomienda el término para el estudio de los problemas que

⁵⁰ Es difícil saber qué tanto hay que interpretar dentro de las metáforas comunes de Friedman. Pero la idea de “traducción” parece implicar un tipo de proceso de reconstrucción interna similar al que sugieren los teóricos de la autopoiesis, mucho más que el lenguaje de causa y efecto y los “impactos”, los cuales Friedman tendía a usar en el pasado.

⁵¹ Donde Friedman acostumbraba comparar al derecho con un lazo tirado por intereses en competencia, ahora habla del “hueso y el metal duros de la ley formal y el cambio institucional”. Véase nota 6.

⁵² Solamente como muchos de aquéllos quienes usan el término cultura jurídica lo hacen en formas que tienen poca relación con lo que es significativo para los intereses de Friedman.

⁵³ Friedman, Lawrence, “The Concept of Legal Culture: A Reply”, en Nelken, *Comparing Legal Cultures*, cit., nota 6.

son definidos o redefinidos como jurídicos, del cómo los cambios en las estructuras sociales y económicas, así como los avances tecnológicos, transforman los sistemas jurídicos, y cómo estos resultados vienen desde la convergencia en las reglas jurídicas y las instituciones y ayudan a reforzarla, tal como la difusión de los tribunales constitucionales y el control judicial de la constitucionalidad. Las investigaciones inspiradas por la aproximación de Friedman hacia el tema de la cultura jurídica pretenden explicar las diferencias existentes en los patrones de litigiosidad, los índices de encarcelamiento o de la dilación procesal, así como clarificar los argumentos sobre las diferencias y similitudes desarrolladas dentro del derecho.

En este ensayo debemos buscar la forma de mostrar que muchos debates pueden, de hecho, ser clarificados mediante el uso del concepto de cultura jurídica. Por ejemplo, en el área de textos sobre justicia penal, Garland, en *The Culture of Control*,⁵⁴ observa esto como algo vinculado a la modernidad tardía. Al igual que Friedman, Garland tiende a poner el énfasis en la convergencia. Otros, como Crawford, subrayan las diferencias.⁵⁵ Algunos investigadores marcan estas diferencias a lo largo de la historia.⁵⁶ Este tipo de debates podría hacerse más fructífero si todos los participantes hablaran en términos de cultura jurídica. Lo mismo puede decirse de los desacuerdos acerca de la justicia civil, cuando, de nueva cuenta, algunos le llaman *adversarial justice* en los Estados Unidos meramente como una versión amplia de las tendencias hacia una “justicia total”, mientras otros abogan (sin usar este término), porque esto es el producto de una cultura jurídica muy especial.⁵⁷

V. CULTURA JURÍDICA Y EL PROBLEMA DE LA TAUTOLOGÍA

Para poder usar el término cultura jurídica debemos evitar el peligro que representa el razonamiento circular. El concepto de cultura jurídica (como sucede con la cultura) resulta prometedor en virtud de su propio

⁵⁴ Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁵⁵ Crawford, Adam, “Contrasts in Victim/Offender Mediation and Appeals to Community in Comparative Cultural Contexts: France and England and Wales”, en Nelken, *op. cit.*, nota 49, pp. 205-229.

⁵⁶ Whitman, James Q., *Harsh Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁵⁷ Nelken, David, “Beyond Compare? Criticizing the American Way of Law”, *Law and Social Inquiry*, vol. 28, 2003, pp. 181-213.

rango y de toda su inclusividad; no obstante, en ello radica también su debilidad. Existe el peligro, siempre latente, de caer en las trampas del “esencialismo” dentro del análisis cultural, donde los valores culturales son utilizados como la causa responsable de ciertos eventos: para citar a Keesing,⁵⁸ este tipo de argumentos son algunas veces “no explicaciones en disfraces seductivos”. Si hablamos, por ejemplo, de la cultura jurídica americana o la japonesa, ¿estamos ofreciendo algún tipo de explicación o sólo indicando que éstas necesitan ser explicadas? Como ha señalado Glenn, los defectos del término cultura jurídica “salen a relucir cuando algo cambia de lugar al ser descrito, interpretado, e incluso tal vez explicado, y es tratado como fuente de explicación en sí mismo”.⁵⁹ Hasta que no se encuentre una solución a este problema, el término cultura jurídica se encuentra en riesgo, como recientemente ha señalado Jeremy Webber:

...de ser un concepto superficialmente atractivo, pero desesperante en última instancia, insistiendo en la interdependencia, pero disimulando entonces la interdependencia dentro de la rúbrica de un solo concepto, sin hacer nada para destacar hacia fuera las relaciones específicas de causa y efecto dentro de cualquier campo social.⁶⁰

Quizá los términos alternativos a cultura jurídica sean mucho más atractivos en relación con el grado en que sean menos propensos a generar argumentos circulares en los que las explicaciones son también cuestiones que necesitan ser explicadas.⁶¹

Una forma de solucionar el problema puede ser la de distinguir los diferentes usos que se hacen de cultura jurídica por su pedigrí disciplinario. En consecuencia, Friedman describe (en su último trabajo) investigaciones orientadas a caracterizar grandes unidades, tales como la cultura jurídica americana, como “el uso antropológico” de cultura jurídica. Su énfasis en por qué las personas recurren al derecho puede entonces, tal vez, ser el uso “sociológico”, o mejor, el uso dentro de la “ciencia política” del término.

⁵⁸ Keesing, R., “‘Culture’ and Asian Studies”, *Asian Studies Review*, vol. 15, núm. 2, 1991, pp. 85-92.

⁵⁹ Glenn, *op. cit.*, nota 31.

⁶⁰ Webber, *op. cit.*, nota 14.

⁶¹ Aunque de hecho algunos términos alternativos como tradición jurídica o ideología jurídica pueden ser también ambos explicaciones y algo que necesita ser explicado.

Pero hacer distinciones sólo en términos de disciplinas académicas, tales como la sociología o la antropología, son poco claras y constantemente cambiantes, y al mismo tiempo tampoco nos muestran qué es lo que esta anclado en estas diferencias.

Un segundo camino para contrastar los diferentes usos de cultura jurídica es el de distinguir cómo se habla de cultura jurídica en cualquier sentido, como variable o como agregado. La pregunta de por qué las personas recurren al derecho involucra una variable, la cual se propone explicar la forma del derecho en un escenario o sociedad dados, mientras que los libros con títulos como *Dutch Legal Culture (La cultura jurídica holandesa)* o *French Legal Cultures (Las culturas jurídicas francesas)*, por otra parte, deben ser vistos sólo como meras descripciones de los agregados de una cultura jurídica. Tales “significantes holísticos”, como Glenn los llama,⁶² no tienen la pretensión de explicar nada.

Pero esta solución puede ser vista sólo como otro camino para representar el problema. Esta postura señala que es la coexistencia de diferentes referentes para la cultura jurídica lo que provoca malos entendidos, incluso a menudo los mismos autores usan el término cultura jurídica en referencia a variables y agregados, en formas tales que hacen difícil identificar las diferencias. Friedman es, por supuesto, un pionero en el uso del concepto de cultura jurídica como variable explicativa discreta. Pero, como hemos señalado, él no sólo reserva el concepto de cultura jurídica para tales usos, sino que también utiliza el término para describir grandes agregados. Aunque lo que él entiende por cultura jurídica, cuando habla de esos agregados, tiene mucha relación con las expectativas de las personas frente al derecho, los “rasgos” que él señala como características de la cultura jurídica moderna no se refieren sólo a las expectativas y tienen tanto que ver con los resultados de tales expectativas como con las expectativas mismas.

Roger Cotterrell ha diseccionado cuidadosamente, en un extenso análisis crítico sobre lo que él considera como un término que carece de rigor y coherencia teórica, los desacuerdos que pueden derivar de los diferentes referentes sobre cultura jurídica. Correctamente, Cotterrell apunta que Friedman utiliza la cultura jurídica en una variedad de formas que van desde la cultura de un individuo a la cultura de todas las sociedades.

⁶² Glenn, comunicación personal al autor vía correo electrónico (24 de junio de 2004).

Esto significa que la cultura se convierte, según sus palabras, en “un inmenso, multi-texturizado recubrimiento de niveles y regiones de cultura, variando en su contenido, alcance e influencia y en su relación con las instituciones, prácticas y conocimientos respecto a los sistemas jurídicos estatales”.⁶³ Para Cotterrell, esto tiene implicaciones cruciales en relación con la posibilidad de utilizar el término de cultura jurídica en análisis explicativos. Aunque él mismo señala que tal variedad de niveles, que van de unidades supra a sub-nacionales, puede en teoría proveer un vasto terreno para la investigación, nosotros debemos, no obstante, rechazar la idea de que la cultura jurídica puede ser reflejada en “diversidad y niveles” si al mismo tiempo tiene una “unidad”.⁶⁴ Para él,

...si cultura jurídica se refiere a los muchos niveles y regiones de cultura (con el alcance de cada uno de éstos últimamente indeterminado por la indeterminación de los alcances de la idea de cultura jurídica) el problema sigue siendo especificar cómo usar el concepto como un componente teórico en los restos de la sociología jurídica comparada.⁶⁵

Pero, en parte por la prudencia que le es característica, la crítica que realiza Cotterrell es debatible en algunos puntos. Él admite que “no existen problemas serios si la cultura jurídica es usada como una categoría residual referente al ambiente general de ideas, conductas, etcétera, en los que el derecho existe”. Sin embargo, no es claro si lo que él está sugiriendo es que tal idea residual de cultura es un mero “significante holístico” y, en consecuencia, que no tiene la relevancia en el terreno explicativo, o en otros terrenos, que algunos otros le han atribuido, o bien, si puede también tener alguna utilidad como una explicación residual, cuando las explicaciones alternativas no han funcionado.⁶⁶ Asimismo, él argumenta que el término cultura jurídica puede ser usado como “una caracterización provisional donde la relación exacta de elementos no es clara o no es el tema de preocupa-

⁶³ Cotterrell, *op. cit.*, nota 2, pp. 16 y 17.

⁶⁴ Sin embargo, véase Nelken, *op. cit.*, nota 5, como intento de mostrar unidad a pesar de la diversidad interna respecto a los patrones de dilación judicial en Italia en comparación con otros países.

⁶⁵ Cotterrell, *op. cit.*, nota 2, p. 17.

⁶⁶ Prosser, T., “The State, Constitutions and Implementing Economic Policy: Privatisation and Regulation in the UK, France and the USA”, en Nelken, *Legal Culture, Diversity and Globalization*, *cit.*, nota 6, pp. 507-516.

ción”.⁶⁷ Con todo eso es ya una cierta concesión decir que la cultura jurídica tiene algún valor heurístico. Adicionalmente, existe también alguna pequeña diferencia entre usar el término provisionalmente, cuando la relación entre elementos “no es (aún) clara”, y por otra parte, utilizarla provisionalmente (¿pero con qué propósitos?), cuando esta relación no es un objeto de “preocupación” para el investigador.

Sin embargo, la parte en que el argumento de Cotterrell es más problemática, es aquella en la que él niega que la cultura jurídica pueda servir como una ayuda a la explicación del derecho en cualquier sociedad “compuesta de muchos factores diversos y posiblemente sin relación”. Esto puede ser, dice Cotterrell, tratado como una “categoría empírica” sólo en el estudio de escenarios pequeños, aislados y cerrados, en los cuales los etnógrafos son hábiles para describir y registrar “en toda su riqueza y complejidad, un conjunto o agregado de actitudes, valores, costumbres y patrones de acción social” y “donde no existen problemas serios en distinguir y diferenciar culturas”.⁶⁸ Pero la distinción que realiza Cotterrell entre escenarios de pequeña escala disponibles para el estudio etnográfico, donde puede ser realizada la investigación empírica sobre la cultura, y otros escenarios más extensos, con agregados más complejos, donde, en su punto de vista, es mejor proceder mediante la utilización de categorizaciones basadas en “tipos ideales”,⁶⁹ parece confundir teoría con metodología. Si el de cultura es un concepto incapaz de ser defendido, entonces el tamaño o complejidad del escenario (o unidad) debería ser irrelevante. La posibilidad que, como Cotterrell señala, lo que llamamos cultura esté “compuesto de muchos factores diversos y posiblemente sin relación”, continúa presente incluso para aquellos espacios que están más delimitados como pequeños mundos sociales u organizaciones. Desde luego, los escenarios pequeños son más fáciles de estudiar y la relación entre factores es más manejable que cuando discutimos sociedades a gran escala. Pero nunca es posible describir y registrar, incluso los escenarios más pequeños, “en toda su riqueza y complejidad”.⁷⁰

⁶⁷ Cotterrell, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁹ Cotterrell explica, en varios puntos, que los tipos ideales que tiene en mente son tipos de comunidad. Él utiliza el término comunidad básicamente como un resumen de las formas weberianas de conectividad social. (Por lo demás, el término es problemático).

⁷⁰ En contraste, los etnógrafos que estudian pequeñas comunidades en Tailandia o en otras partes, no dudan en usar los estudios en Tailandia como fuente de una valiosa evi-

Cotterrell pisa terreno más sólido cuando argumenta que, como actualmente opera, cualquier explicación de la cultura jurídica dice mucho sobre las fallas que ocurren en el sistema jurídico o en cualquier otro escenario pequeño; en consecuencia, nunca podemos decir cuáles son los factores importantes.⁷¹ Por otra parte, no obstante que él toma como su principal objetivo a Friedman, Cotterrell argumenta que el problema de la tautología es inevitable cuando usamos el concepto de cultura jurídica en ambos sentidos, como variable y como agregado. Sally Kenney, una politóloga que se especializa en el estudio del sistema de justicia, ha hecho el mismo tipo de críticas sobre la forma en que Blankenburg utiliza el término. Cuando revisa la segunda edición del libro de Blankenburg y Bruinsma sobre la cultura jurídica holandesa, resume primero lo que tienen que decir sobre la cultura jurídica como un agregado:

La cultura jurídica holandesa es pragmática y flexible, más que rígida y formalista. Favorece el consenso, la inclusión, la discusión y la negociación (quizás sólo entre las elites relevantes), más que el conflicto y las dicotomías o los resultados legalmente ejecutables. La ausencia de una reforma legislativa coexiste con la red judicial, la administrativa y la discrecionalidad persecutoria. La europeización de las prácticas jurídicas, el gran interés del público en cuestiones criminales, y una reducida voluntad para encontrar un estado benefactor generoso, sin embargo, están erosionando los aspectos distintivos de la cultura jurídica holandesa.

Pero entonces comienza a expresar sus dudas sobre la búsqueda de un agregado para desempeñar el papel de variable: “Concuerdo en que cultura jurídica no se reduce solamente a opinión pública o actitudes de los profesionales del derecho. Las instituciones reflejan la cultura más amplia y la forman. Las instituciones y la cultura jurídica son, como decimos, mutuamente constitutivas”. Pero se queja de que esta forma de usar el término cultura jurídica significa que la cultura jurídica tiene esta resbalosa calidad de “variable residual” al respecto, compartida por el con-

dencia sobre Tailandia. Véase Engel, David M., “Globalization and the Decline of Legal Consciousness: Torts, Ghosts, and Karma in Thailand”, *Law and Social Inquiry*, vol. 30, núm. 3, julio de 2005, pp. 469-514.

⁷¹ Cotterrell, *op. cit.*, nota 2, p. 20.

cepto de cultura política. Es todo y nada al mismo tiempo. Es la totalidad de leyes, prácticas, y opiniones. Es al mismo tiempo causa y efecto.⁷²

VI. DIFERENTES USOS DE CULTURA JURÍDICA EN EL ANÁLISIS EXPLICATIVO

¿Puede ser utilizado el término cultura jurídica sin tautología? Para responder este reto, podemos comenzar por señalar, como se ilustra en la tabla 1, que el término de cultura jurídica elaborado por Friedman no es una simple categoría y refiere, al menos, a cuatro diferentes fenómenos.

TABLA 1

EL CONCEPTO DE CULTURA JURÍDICA DE FRIEDMAN

<i>Variables</i>	<i>Agregados</i>
1. Cultura Jurídica Interna	3. Cultura Jurídica Externa + Cultura Jurídica Interna = Cultura Jurídica
2. Cultura Jurídica Externa	4. Relaciones distintivas entre Cultura Externa y Cultura Interna.

Friedman utiliza el término cultura jurídica para describir un número de variables. Pero está claro, desde las clasificaciones “interna” (celda 1) y “externa” (celda 2), que para él la cultura jurídica, como unidad agregada, representa la combinación de estos dos tipos o elementos de la cultura jurídica (véase la celda 3). Las comparaciones entre las unidades agregadas de las culturas jurídicas (las cuales no deben estar limitadas a las jurisdicciones nacionales) deben entonces funcionar a este nivel; y esto es lo que nosotros debemos llamar cultura jurídica. Adicionalmente, sin embargo, aunque Friedman no persigue esta opción, Blankenburg ha establecido que esto es de particular interés para los objetivos comparatistas, con el propósito de identificar los rasgos distintivos a lo largo de diferentes unidades en la forma en que se espera que la cultura jurídica interna y externa estén relacionadas y actualmente se relacionen entre sí (véase celda 4).

⁷² Kenney, S., en *Law and Politics Book Review*, vol. 6, núm. 9, agosto de 1996, pp. 122 y 123.

Como Blankenburg sugiere, esto varía enormemente incluso entre sociedades con sistemas de *common law* y *civil law*, sin importar qué tan lejos estén. Si no ponemos atención en ello, corremos el riesgo de imponer nuestros propios antecedentes culturales en lo que proponemos sea un esquema disponible para estudiar la cultura jurídica de manera comparada.

La influencia de los supuestos angloamericanos, como sugiere Blankenburg, podrían ayudar a explicar por qué Friedman está tan convencido de que lo que realmente importante es la cultura jurídica externa. Lo anterior significa que esto puede implicar un presupuesto cultural o una hipótesis abierta a la comprobación. De otra forma, el concepto propuesto por Friedman también suscita preguntas. Cotterrell está en lo correcto, por ejemplo, cuando dice que no está clara la distinción entre la cultura jurídica interna y la externa; los abogados, por ejemplo, parecerían pertenecer a ambos lados, incluso si Friedman los incluye dentro de la cultura jurídica interna. La separación rígida entre cultura jurídica interna y externa no tiene sustento; la división sirve sólo como prerrequisito analítico para examinar su relación, tal como Friedman concede ahora. Por otra parte, cualquier esquema analítico engranado con el análisis empírico puede ser útil sólo heurísticamente si no está preparado para contener, en sí mismo, todas las respuestas para un futuro análisis.

Algunas indicaciones sobre lo que deberían referirse tales investigaciones empíricas se encuentran señaladas en la tabla 2.

TABLA 2

TIPOS DE INVESTIGACIÓN QUE UTILIZAN EL CONCEPTO DE CULTURA JURÍDICA

<i>Coherencia Interna</i>	<i>Coherencia Externa</i>
1. La que liga los elementos individuales que componen una cultura jurídica interna o externa.	3. Cultura Jurídica en relación a la cultura en general.
2. Cultura Jurídica en relación a la cultura política, o económica, etcétera.	4. Culturas Jurídicas específicas, en comparación con otras culturas jurídicas.

El primer tipo de investigación (señalado en la celda 1) se refiere a los elementos que están, hipotéticamente, ligados en la cultura jurídica interna (o, más extrañamente, en la cultura jurídica externa). Las posibilidades incluyen asumir algún tipo de causas o influencias subyacentes, históricas, o bien, la idea de Damaška de que ciertas formas de hacer el derecho tienen una “afinidad” con alguna otra,⁷³ y la sugerencia de Cotterrell de que el elemento común puede ponerse sólo en los tipos ideales del observador que imponemos en la realidad. Tal coherencia puede trascender los límites nacionales. Crecientemente, quienes se especializan en un área específica del derecho pueden encontrar que tienen más en común.⁷⁴ La coherencia es algo que está construido, más que hallado por los profesionales del derecho; cualquiera siente el requisito o la ventaja de actuar en las formas que son coherentes, o al menos de hacer que creer que es el caso. Por otra parte, puede ser equivocado asumir que los actores sociales siempre buscan o reconocen los resultados modelados que producen. Este es el trabajo del observador, subrayar y explicar tales patrones.

El segundo tipo de investigación (celda 2) trata de explorar las formas en que las ideas y prácticas jurídicas están enraizadas en aspectos amplios de la sociedad. También pretende examinar cómo éstos pueden o no ser homólogos con aquellos comunes en la sociedad (tomando, por ejemplo, la insistencia en el gran formalismo en cuestiones de importancia jurídica; algunas veces esto presupone menos formalismo en la vida social).

El tercer tipo de investigación (celda 3) pregunta cómo la cultura jurídica se relaciona con lo que puede ser categorizado como cultura económica o política. Considerado comparativamente, vemos, por ejemplo, que los países con sistema de *common law* privilegian las conexiones entre el derecho y la economía, mientras que los sistemas continentales se enfocan más en la relación entre derecho y política. El último tipo de investigación (celda 4), intenta poner en evidencia las semejanzas y diferencias entre distintas culturas jurídicas y muestra cómo las diferencias percibidas (o imaginadas) pueden, ellas mismas, ayudar a reproducir los límites de las culturas.

Ahora estamos preparados para regresar a la pregunta incómoda de cómo evitar que la cultura jurídica sirva como una explicación de sí misma.

⁷³ Damaška, Mirjan, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.

⁷⁴ Bell, *op. cit.*, nota 15.

La Tabla 3 señala cuatro de los caminos en los que la cultura jurídica puede figurar en términos explicativos. En dos de ellos la cultura jurídica es lo que se explica, en los otros dos es lo que requiere ser explicado.

TABLA 3
 CULTURA JURÍDICA COMO EXPLICACIÓN
 Y COMO ALGO QUE ESTÁ SIENDO EXPLICADO

	<i>Conciencia Jurídica</i>	<i>Cultura Jurídica</i>
Como explicación	1. La decisión de utilizar el derecho como un factor que conforma el sistema jurídico.	3. La influencia ejercida por la cultura jurídica, por ejemplo: un patrón específico de actitudes, usos y discursos sobre el derecho.
Como algo que necesita ser explicado	2. Por qué las personas deciden utilizar o no el derecho.	4. Por qué las unidades específicas de cultura jurídica tienen diferentes patrones

La tabla 3 sugiere que, de hecho, puede haber ocasiones en las que queremos explicar la cultura jurídica (o la conciencia jurídica) y otros en los que pensamos que nos puede ayudar a explicar algo más. Pero la tabla también muestra por qué la diferencia entre cultura jurídica como variable y como agregado parece ser demasiado resbalosa. Tendemos a pensar en grandes agregados, algunas veces a nivel nacional, en unidades de cultura jurídica. Pero en la práctica, todas las variables son capaces de ser tratadas como agregados, del mismo modo como todos los agregados pueden tener un rol en las explicaciones (y no sólo servir como “significantes holísticos”). Por ejemplo, las actitudes hacia el derecho, las cuales Friedman trata principalmente como variables, podrían, en los lugares indicados, ser desagregadas en los distintos elementos que las sitúan por encima. Esto es cierto incluso en un nivel individual, donde las actitudes de las personas pueden ser tomadas para presentar la suma de opiniones examinadas en un instrumento de análisis. Inversamente, incluso los grandes agregados —como la cultura jurídica americana— se convierten en variables cuando actúan sobre o influyen en algo más. Entonces, es un error asumir que las variables siempre explican o que los agregados nunca lo hacen.

En el estudio de las formas en las que la cultura jurídica puede ser usada como una explicación, podemos comenzar por la tesis de Friedman que establece que las demandas sociales estructuran el derecho. Pero si nuestro interés consiste en entender las culturas jurídicas como agregados, tales como los patrones de los Estados-nación o incluso aquellos en los distintos tribunales, podría ser una imprudencia reducir la cultura jurídica meramente a la elección de cuándo usar o no usar el derecho.⁷⁵ Esto es sólo un elemento entre los muchos que hay que tomar en cuenta para darles un sentido de cultura jurídica. Tal como Friedman señala ahora, la estructura y la cultura están mutuamente relacionadas; por qué la cultura jurídica estadounidense presenta un nivel relativamente elevado de uso de los tribunales no explica, inversamente, una cuestión de demanda social o de oferta estructural, pero es un resultado de cómo y qué pasa cuando estos factores se conjugan. Para evitar la tautología, podría ser mejor denominar a la demanda social de derecho como algo distinto a la cultura jurídica, como la conciencia jurídica.⁷⁶

Como demuestra Susan Silbey en su invaluable introducción enciclopédica al concepto,⁷⁷ las figuras líderes en el movimiento de Derecho y Sociedad en Estados Unidos han seguido tomando en serio la necesidad de estudiar las expectativas y actitudes individuales y grupales respecto al derecho. Sin embargo, ellos utilizan una metodología diferente, basada más en la narrativa y menos interesada en mostrar cómo la demanda transforma el derecho. Los estudiosos de la conciencia jurídica buscan entender cómo y en qué medida las personas comienzan a pensar en sí mismas como sujetos de derecho y en describir la “legalidad” como una estructura de acción y significado. En muchos aspectos, estas preocupaciones pueden ser vistas como preguntas prioritarias para la sociología del derecho. Pero para evitar confusiones, necesitamos recordar que esta es una cuestión diferente de la que encontramos en la primera celda de la tabla 3. Involucra explicar una variable que nosotros podamos luego querer utilizar en nuestras explicaciones. Renombrando este asunto como

⁷⁵ Esto queda implícito cuando Friedman habla sobre cómo los “tipos de sociedad” demandan y producen “distintos tipos de sistemas jurídicos”. En algunas ocasiones su análisis se acerca al determinismo tecnológico.

⁷⁶ Aunque sería correcto señalar que las ideas de Friedman sobre la demanda de derecho, y los actuales estudios sobre conciencia jurídica, pueden complementarse, pero en algunas ocasiones se refieren también a distintos tipos de investigación.

⁷⁷ Silbey y Ewick, *op. cit.*, nota 22.

conciencia jurídica podemos evitar la necesidad de hablar de las causas de las causas de la cultura jurídica.

En la tercera celda examinamos la influencia de la cultura jurídica, vista como un agregado, esto es, como un patrón específico de actitudes, usos y discursos sobre el derecho. Es aquí donde debemos ser más cautelosos para no caer en la tautología. Pero seguramente podemos defender las explicaciones que se refieren a los “efectos” de la cultura jurídica vista como un agregado. Incluso Kenney, cuando discute sus inquietudes sobre el problema del razonamiento circular, admite que “la evidencia más fuerte de la importancia de la cultura jurídica son los diferentes resultados producidos por estructuras similares en dos países diferentes”,⁷⁸ por ejemplo, tanto los holandeses como los británicos pueden tener tribunales informales para conflictos jurídicos sobre seguridad social, salud mental y trabajo, mientras que en Gran Bretaña los tribunales podrían operar formal y legalistamente y en Holanda informal y flexiblemente. El reclamo metodológico que ella realiza es uno cuya relevancia se incrementa en una época en la que las instituciones y las ideas jurídicas son más frecuentemente transferidas e imitadas. Esto es, que lo que actualmente ocurre en tales procesos puede estar influenciado mediante la identificación de grandes patrones de cultura jurídica. La opción de introducir o cambiar las reglas e instituciones jurídicas resulta a menudo del conocimiento de los patrones de cultura jurídica. Lo que podríamos llamar “cultura jurídica relacional” involucra el estudio de las implicaciones de tales conocimientos recíprocos. Las ramas nacionales del derecho, tales como el derecho de autor, pueden ser relevantes porque existen en jurisdicciones competentes.⁷⁹ Las elites gobernantes o judiciales pueden intentar marcar sus límites en relación con otros patrones culturales o velarlos para ser capaces de clasificarlos como “normales”. Por ejemplo, una vez que los índices comparativos de personas en prisión han sido publicados, naciones como Finlandia u Holanda intentan ajustar el número de las personas recluidas en prisión, a fin de permanecer dentro del promedio europeo. Para Finlandia, el objetivo fue reducir sus números; el ministro holandés de justicia, por otra parte, justificó su programa para construir edificios

⁷⁸ Cfr. Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

⁷⁹ Sherman, B., “Remembering and Forgetting: The Birth of Modern Copyright Law”, en Nelken, *Comparing Legal Cultures*, cit., nota 6, pp. 237-266.

penitenciarios en 1980 con el argumento de que su país estaba muy por debajo del promedio.⁸⁰

Finalmente, la última celda de la tabla 3 trata la cultura jurídica como agregado, como algo que necesita ser explicado en sí mismo, identificando cuáles son los factores relevantes, institucionales, sociales, políticos y factores generales culturales, en teoría ilimitados, como objeto para la comprobación empírica. Lo que necesita ser evitado, por otra parte, es la tentación de encontrar alguna explicación reducida, fijándonos en alguna característica legal importante, tal como las diferencias entre sistemas inquisitorios versus sistemas acusatorios, o incluso en características socio-jurídicas, tal como el “adversarialismo” en los Estados Unidos, el “pragmatismo” en Holanda o el “formalismo” en Italia.⁸¹ Como en todo estereotipo, puede o no existir alguna validez en estas etiquetas, pero tiende a perder de vista grandes fragmentos de lo que está sucediendo, y puede estar basados en información errónea o incompleta.⁸² También necesitamos evitar cualquier supuesto de que el agregado que está siendo explicado es, en algún sentido, un conjunto estable o internamente consistente de ideas y prácticas. Un estudio jurídico recientemente realizado en la Indonesia musulmana, describe muy bien el derecho como algo atrapado entre costumbres locales, derecho islámico, derecho occidental, intereses privados, y pragmatismo, cuando las combinaciones y colisiones del discurso público muestran un derecho robusto, con muchos niveles, y fundado de manera múltiple en valores y principios fundamentales. Entonces, esto no es simplemente un problema de resultados, sino un problema sobre las muchas meta-narrativas del razonamiento público.⁸³

⁸⁰ No obstante que tenemos que hacer mucho más con la cultura, necesitamos dejar en paréntesis preguntas importantes tales como si estos rangos realmente nos permiten compararlos con otros similares, si están manipulados, si las tasas de encarcelamiento son genuinas o sólo constituyen razones para construir reclusorios. Para los propósitos presentes es importante mostrar que “la cultura jurídica relacional” tiene “efectos”.

⁸¹ Como sofisticado estudio sobre la cultura de la regulación en Tailandia, véase Haines, Fiona L., *Globalization and Regulatory Character. Regulatory Reform after the Kader Toy Factory Fire*, Aldershot, Ashgate, 2005.

⁸² Sobre la construcción de los medios del “adversarialismo” americano véase Halton, William y McCann, Michael, *Distorting the Law. Politics, Media, and the Litigation Crisis*, Chicago, University of Chicago Press, 2004.

⁸³ Véase en *Law and Society Newsletter 2004* la reseña a John R. Bowen, *Islam, Law and Equality in Indonesia. An Anthropology of Public Reasoning*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2003.

Cuando estudiamos unidades discretas de cultura jurídica, debemos reconocer que lo que las hace distintivas es la especial (y cambiante) combinación de elementos desde los cuales son formadas y re-formadas. Eric Feldman, por ejemplo señala:

La cultura, igualmente, no debe ser tratada como una mezcla incoherente de ingredientes indiferenciados... La fluidez de la cultura, la forma en que es regularmente interpretada y redefinida, la hace particularmente una herramienta analítica incómoda. Los diferentes componentes de la cultura cambian en formas diversas; mientras unos pueden perdurar por generaciones, otros pueden tener una vida muy corta. Por lo tanto, es difícil entender el lazo entre derecho y cultura sin desagregar el término “cultura” en sus partes constituyentes. Hacer esto permite dar un paso al lado del debate aparentemente interminable sobre cómo definir cultura en lugar de concentrarnos en las características distintivas de las diferentes sociedades que forman sus propias fábricas culturales.⁸⁴

VII. TRABAJANDO CON EL CONCEPTO DE CULTURA JURÍDICA

En este ensayo he señalado que la aproximación pionera de Lawrence Friedman al concepto de cultura jurídica, si es formulada con cuidado en términos de un amplio esquema de investigación, puede verdaderamente ser utilizada como “una ayuda para realizar comparaciones de sistemas jurídicos, desde una perspectiva más sociológicamente significativa”. Para concluir resumiré rápidamente cómo el esquema explicativo que he presentado brevemente hasta ahora puede ser aplicado en el curso de la investigación en *un elemento específico de la cultura jurídica*. Después indicaré cómo éste puede ser útil también en la lectura, y entendimiento desde los estudios socio-jurídicos relevantes, en caso de que tales investigaciones hagan uso, explícito o no, del concepto de cultura jurídica.

La tabla 4 aplica el esquema indicado en la tabla 3 a un conjunto específico de conductas e ideas las cuales forman parte de la cultura jurídica italiana, tomándola como agregado (véase tabla 3 celda 4): el elevado ni-

⁸⁴ Feldman, E., *How Culture Shapes Law: International Norms, Domestic Legal Change, and the Disappearance of the Cigarette in Contemporary Japan* (borrador inédito, diciembre de 2004).

vel de dilación judicial que existe en Italia, en comparación con otras sociedades industrializadas similares.⁸⁵

TABLA 4
CULTURA JURÍDICA Y DILACIÓN JUDICIAL EN ITALIA

	<i>Conciencia Jurídica</i>	<i>Cultura Jurídica</i>
Como explicación	1. Actitudes sobre el uso del derecho en Italia y como esto afecta la dilación judicial.	3. Las dilaciones forman parte de la cultura jurídica italiana como una influencia en la conducta social y jurídica.
Como algo que requiere ser explicado	2. Causas de actitudes para usar el derecho en Italia.	4. Las causas de los distintos niveles de dilación judicial en Italia.

Lo anterior sugiere, tal como ahora esperamos, la necesidad de una serie de investigaciones interrelacionadas. La primera de estas dos (celdas 1 y 2) son aquellas en las cuales Friedman tiende a estar interesado, e implican explorar las consecuencias y causas de los rangos en los que los individuos, grupos sociales, intereses económicos, y otros acuden al derecho y los tribunales en Italia.

¿Quién está obligado a acudir a los tribunales? ¿Quién puede manejar esto y por qué? Necesitaríamos comprender la conciencia jurídica de los litigantes potenciales, quienes se mantienen asistiendo a los tribunales a pesar de las grandes demoras (¿estamos lidiando con fatalistas?), pero no podemos limitar nuestra investigación a esto. Debemos también tomar en cuenta en qué medida aumenta el uso del derecho en contra de un crecimiento mucho más pequeño en el número de jueces o de asistencia administrativa, lo cual es en sí mismo un factor que genera dilación.

Otro tipo de investigación que va más allá (como se indica en la celda 3 de la tabla 4) tiene que hacerse con explicaciones de los *efectos* de la cultura jurídica. Aquí estamos específicamente enfocados en las consecuencias de las dilaciones construidas dentro del sistema jurídico italiano y los intereses, prácticas y valores que sustentan éstas. Este es el caso complicado donde la tautología pensó quedar al acecho. *Ciertamente existe poco*

⁸⁵ Para una discusión más a fondo, véase Nelken, *op. cit.*, nota 6.

sentido en afirmar que es la cultura jurídica italiana lo que “explica” las dilaciones judiciales, si las dilaciones judiciales son uno de los ingredientes o rasgos que estructuran lo que nosotros hemos llamado la cultura jurídica italiana. Pero esto no debe impedirnos mirar los lazos entre dilación y otros aspectos de la misma cultura jurídica, los cuales pueden revelar una interdependencia que puede ser invocada en alguna forma para caracterizar las virtudes o vicios circulares de su cultura jurídica.

Dado el nivel actual de dilación en Italia, los litigantes en materia civil y los defensores penales, ahora pueden estar contando con o contribuyendo más a la dilación que a la resolución de sus casos. Y los abogados deben tener sus propias razones, en términos de la forma en que son remunerados, para aceptar un tal sistema jurídico tan ineficiente en apariencia. Por tanto, la dilación judicial puede ayudar a explicar por qué los abogados en Italia tienen relativamente un bajo rango de escenarios fuera de los tribunales en materia civil, y también por qué hacen poco uso de las posibilidades de *plea bargaining* introducidas en las reformas al procedimiento penal en 1989. Algunos abogados admiten que contar con la dilación (periodo durante el cual los testigos pueden morir u olvidar cosas, o las causas penales pueden “prescribir” sobre los límites temporales, más que buscar cualquier otra forma de resolución) es la mejor estrategia para sus clientes. Entonces, como opuesto al argumento tradicional que señala que los tribunales son utilizados cuando no existen alternativas rápidas disponibles,⁸⁶ aquí podemos sostener paradójicamente la hipótesis de que es la disposición de tribunales demasiado saturados lo que desincentiva el uso de alternativas.

La cultura jurídica italiana también tiene “efectos” mediante la influencia que ejerce sobre lo que otros actores o sistemas hacen. Esto deriva del proceso de imitación o rechazo. Por ejemplo, el debido proceso estricto en materia penal, que los defensores penales manipulan fácilmente en su beneficio, ha sido adoptado por muchos países latinoamericanos. Por otra parte, debido a su temor de que los asuntos nunca lleguen a resolverse, los empresarios internacionales rara vez están de acuerdo que Italia sea el país en que un potencial litigio sea llevado a juicio.

El escenario último de investigación (celda 4) tiene que ver con la identificación de varias causas sociales, económicas, políticas y otras causas de los patrones de la dilación judicial en Italia. Esto requiere mi-

⁸⁶ Blankenburg, *op. cit.*, nota 21.

rar más allá de la pregunta de si los litigantes deciden, o no, acudir a los tribunales. Las reglas jurídicas, los arreglos procesales e institucionales que promueven o permiten la dilación también necesitan ser apreciados como recursos para el “derecho en acción”, mediante los cuales los profesionales jurídicos y otros usan márgenes de maniobra para crear o reducir la dilación. Atribuyendo la dilación judicial a algunos estereotipos de cómo la cultura italiana funciona normalmente es mucho más simple. Existen, ciertamente, algunas otras características similares en otras esferas de la vida pública, tales como la ineficiencia de la administración pública o la importancia social enfocada en el tiempo que uno tiene que esperar su turno. Pero no debemos olvidar que si “la dilación” fuese realmente endémica en toda la vida social y económica, no podríamos explicar cómo Italia ha llegado a ser una potencia económica altamente eficiente y exitosa, con un envidiable nivel de vida. La relación es diferente. Debido a las demandas que se presentan en el sistema jurídico, la sobrecarga de los tribunales y la gran dilación son una característica de la cultura jurídica italiana del periodo de la posguerra, la Italia que surgió después de su milagro económico. En los años veinte y treinta, los jueces lograron resolver más asuntos de los que se interpusieron ante ellos.

Siendo este el caso, lo que queda por ser explicado es por qué los intereses económicos en Italia no han presionado más a favor de un cambio y por qué tantos políticos están temerosos de hacer los tribunales más eficientes. Para evaluar la correlación de fuerzas para el cambio tenemos que mirar también fuera de Italia. Aquí resulta particularmente importante el rol del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo en sus condenas al Estado italiano por la dilación. La actual persistencia de la dilación, sin importar las diversas reformas elaboradas o las instancias generadas, sugiere que necesitamos ver cómo los factores “culturales” y “estructurales” están relacionados entre sí. Una parte de la respuesta puede ser que, por dilación, el derecho en Italia está condenado a un papel predefinido en la subordinación a un orden social basado más en sistemas de cooptación que en la justificación de los derechos individuales.⁸⁷

Como hemos dicho, el esquema resumido en la tabla 3 puede ser usado también como un medio para ordenar y acumular los resultados encontrados en otros estudios relevantes sobre cultura jurídica, aunque hagan o no uso explícito del término. Esto es particularmente útil si nos

⁸⁷ Nelken, *op. cit.*, nota 6.

permite marcar los argumentos que posiblemente están fuera de lugar, los cuales resultan de una sobresimplificación de un problema explicativo, mediante el colapso entre distintos tipos de investigación. Cuando Friedman ofrece, como ejemplo de investigación valiosa dentro de la cultura jurídica, la pregunta de qué tanto las mujeres en Italia, comparándolas con las francesas, están dispuestas a recurrir a la policía para solicitar su asistencia, está proponiéndonos, de hecho, un compromiso entre (al menos) dos tipos distintos de investigación. En términos de las posibilidades señaladas en la tabla 3, necesitamos preguntar primero por qué las mujeres (en comparación con los hombres) en *Italia* y en *Francia* recurren al derecho, y los efectos de hacer esto (celdas 1 y 2). Entonces, adicionalmente, necesitamos examinar qué es lo distintivo acerca de la forma que tiene la cultura jurídica en Italia y en Francia como el contexto agregado en el cual estas decisiones son estructuradas, y cuál es estructurada por ellos (véase celdas 3 y 4).⁸⁸

Otro ejemplo proporcionado por el análisis ampliamente documentado de Feldman es el de la rapidez con la que los japoneses han proscrito el fumar en público. De acuerdo con uno de sus argumentos clave, Feldman lo atribuye a lo que llama el “rasgo cultural de la conformidad”, el cual, según Friedman, “se demuestra aquí en el consentimiento de cambiar para implementar las normas internacionales”.⁸⁹ Pero, discutiblemente, la conformidad en este segundo sentido, lo que Feldman llama la “tendencia cultural a ser influenciado por las normas occidentales”, no puede ser el mismo factor que la conformidad que es algunas veces empleada para explicar el respeto que tienen los japoneses por sus propias normas legales y sociales. Un vistazo a la tabla 3 sugiere que podría ser mejor tratar esto como un aspecto de “una cultura jurídica relacional” conectada con la influencia de lo que son tomados como estándares internacionales “normales” (véase celda 3). Alguna confirmación de ello resulta de la evidencia de que Italia esta ahora también comprometida en lo que parece ser una campaña igualmente exitosa para abolir el fumar en público, y nadie puede señalar que Italia presente usualmente elevados niveles de conformidad con sus propias normas legales.

⁸⁸ La literatura sobre la cultura jurídica japonesa ofrece los mejores ejemplos de esta síntesis, ver, por ejemplo, Hamilton, V. y Sanders, Joseph, *Everyday Justice: Responsibility and the Individual in Japan and the United States*, New Haven, Yale University Press, 1992.

⁸⁹ Feldman, *op. cit.*, nota 84.

Por otra parte, el problema más común con las discusiones actuales sobre la cultura jurídica es la separación artificial de las investigaciones interrelacionadas señaladas en la tabla 3. Como se indica al principio de este documento, la literatura reciente tiende a dividirse entre aquellos quienes se concentran en algún enfoque sobre la conciencia jurídica y, por el contrario, los que ven en la cultura jurídica un agregado. Un buen ejemplo de este primer tipo de investigación es representado por importantes series de exploraciones sobre el uso del derecho en Tailandia, realizada por el investigador David Engel. Su investigación está principalmente enfocada en el uso de los tribunales por aquellos que han sufrido algún tipo de lesión, y respecto a cómo ese uso ha cambiado a lo largo del tiempo. En un reciente estudio, basado en entrevistas con 35 víctimas de lesiones,⁹⁰ Engel encontró que durante los pasados 20 años los efectos de la globalización han reducido el recurso al derecho. En sus palabras: “aunque la globalización ha podido transformar verdaderamente la conciencia jurídica en Tailandia, los relatos proporcionados por las víctimas de lesiones sugieren que —de alguna forma inesperada— ello ha disminuido el rol del derecho en la vida cotidiana y elevado la influencia de la religión en una forma nueva y más universal”. Engel explica esto cuando señala que “al parecer, los ciudadanos ven al derecho como algo que existe en tensión con sus convicciones religiosas, y ellos perciben las enseñanzas de Buda como moralmente superiores a la ideología del legalismo liberal”. Más importante, sin embargo, es que el “budismo aparece crecientemente como separado de sus conexiones con la vida de la aldea y es descrito en términos doctrinales mucho más abstractos y universalizados...”. Casi todos ellos escogen el budismo. La elección del budismo, separada de sus eficientes sistemas de remedio, con los cuales estuvo formalmente relacionado, significa que las víctimas de lesiones absorben el daño que se les ha causado sin ningún intento agresivo para obtener compensación. Existe poca evidencia aquí sobre la convergencia predicha por Friedman. Sin embargo, autores como Engel difieren de Friedman no sólo en sus resultados (¿quizá Tailandia, o esta parte de Tailandia, es una excepción del relato conjunto de convergencia desarrollado por Friedman?), sino en las preguntas que ellos formulan y la forma en que los exploran. Ellos están mucho menos interesados que Friedman (o Blankenburg) en preguntas causales, tales como si asignar

⁹⁰ Véase Engel, *op. cit.*, nota 70.

mayor prioridad a la demanda (cultural) o a la oferta (estructural) en las explicaciones sobre el uso del derecho. Como Engel pregunta:

¿Es la doctrina budista la causa de que las víctimas de lesiones renuncien a utilizar el derecho, o son los costos y riesgos del sistema jurídico los que ocasionan que las víctimas de lesiones invoquen al budismo después de la racionalización de hecho? Es probable que esta pregunta no pueda contestarse y la respuesta quizá se encuentra entre los dos extremos. Uno puede difícilmente decir que si las creencias de las personas son la causa para actuar de una forma específica o simplemente justifican acciones que ocurren por otras razones. Ciertamente, los entrevistados que proveyeron estas narraciones sobre lesiones no consideraron esto como una pregunta significativa. *Es suficiente para nosotros* observar que las creencias budistas proveen un poderoso, comprensivo y útil esquema interpretativo para los residentes del norte de Tailandia sobre cómo ellos intentan hacer coherentes sus experiencias con lesiones y con el derecho.⁹¹

Pero desde luego que lo que *es suficiente para nosotros* en cualquier investigación depende de sus propósitos. Una cosa que hay que decir es que una metodología dada no nos permite sacar conclusiones sobre la prioridad causal, lo que es diferente a decir que la pregunta no es importante. Encontrar la respuesta *podría* ser una cuestión relevante si estuviéramos involucrados en un gran proyecto para tratar de entender las especificidades de la cultura jurídica en Tailandia, o si tuviésemos una razón práctica para saber, por ejemplo, cómo incrementar el “acceso a la justicia”.⁹² En cualquier caso, hay más que ganar insertando una investigación sobre conciencia jurídica dentro de un largo esquema de investigaciones sobre cultura jurídica. Sólo de esta forma, por ejemplo, es posible tratar con el problema de quién gana y quién pierde al incentivar o desincentivar el uso de los tribunales. Y, de hecho, Engel se mueve entre el estudio sobre la conciencia jurídica y la investigación de cuestiones más amplias sobre las cambiantes estructuras que están relacionadas con la cultura jurídica como agregado. En una investigación más temprana, él señala algunos entendimientos sobre “lo propio que ha sido dañado y la comunidad de la cual él

⁹¹ *Idem* (cursivas mías).

⁹² Engel tiene razón en que sus entrevistados no están en posición de responder esta pregunta hipotética. Pero una comparación con los diferentes niveles en Tailandia donde el uso del derecho ha crecido o declinado puede ayudarnos a clarificar esta cuestión.

o ella son partes”. Y cuando explica sus últimos resultados, comienza por los efectos de la globalización, y señala muchos de los temas que hemos discutido en este documento al preguntar (en) qué medida la “coherencia interna” de la ideología sobre los derechos y el legalismo liberal han sido preservados o “perdidos” como los flujos de la globalización que nosotros hemos llevado a lo largo del paisaje social de Chiangmai.

Casi lo mismo podría decirse sobre la discusión que se concentra en la cultura jurídica como agregado. Tomemos la reciente y minuciosa crítica de Bob Kagan sobre la patología de lo que él llama “el estilo jurídico americano”.⁹³ Kagan argumenta que esto es la consecuencia de una “incompatibilidad fundamental” entre, por una parte, la demanda de justicia política y social en torno al derecho, junto con las expectativas sobre iguales oportunidades demandada por grupos de interés e individuos, y, por la otra parte, la dificultad de satisfacer esta necesidad, cuando el rol del gobierno central y local es deliberadamente incapaz.⁹⁴ Kagan mira hacia las culturas jurídicas europeas para buscar un equilibrio entre lo público y lo privado, un papel significativo para los diseñadores de las políticas públicas y los expertos. En términos del esquema señalado en la tabla 3, el análisis de Kagan desarrolla entonces la idea de Friedman sobre la importancia de la demanda de una “justicia total” (celdas 1 y 2) y el exitoso agregado de aspectos relevantes de la estructura política (celdas 3 y 4).

Pero podríamos también decir que algunas veces Kagan confunde la observación de que la dependencia americana de los tribunales es extrema en el contexto internacional (celdas 3 y 4) con un argumento algo distinto que prueba también que el uso americano de los tribunales es excesivo y necesita ser modificado (celdas 1 y 2). Debido a que la aproximación es principalmente en el agregado, damos también menos atención de la que deberíamos o quisiéramos al análisis de por qué o cuándo las personas o los grupos recurren al derecho. La debilidad del argumento se manifiesta aquí en la forma en la que Kagan recurre a las analogías o tropos. Su argumento oscila entre decir que las personas están tentadas a sobre-consumir el derecho, como si éste fuera un helado, y el argumento distinto de que los tigres (¿abogados?) esperan en los arbustos listos para

⁹³ Kagan, Robert, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 40.

propulsar al litigante dentro del proceso de la justicia “adversarial” en la primera oportunidad posible. Si bien es importante no usar conceptos que desemboquen en una tautología, también podemos obtener beneficios de usar el esquema señalado aquí, el cual puede ayudarnos a evitar metáforas compuestas.

Traducción de Rodrigo MENESES