

PARTE II

Críticar y justificarse

CAPITULO 5

El imperio de la crítica

Sobre la sociológica del riesgo y el delito tecnológicos

Si el científico, extraviado por el objeto propio de su investigación, empieza a hacerse pasar por un experto en política y a despreciar la comprensión popular de la que partió, pierde inmediatamente el hilo de Ariadna del sentido común que es el único que lo puede guiar con seguridad a través del laberinto de sus propias conclusiones. (Arendt, 1995a [1953]: 33)

Introducción

A través de la exposición (que pretendo no aburra demasiado al lector con el exceso de jerga supuestamente ‘especializada’) de algunos de los debates más agitados de la investigación sociológica actual en los campos de la sociología política, la sociología del derecho, la sociología de la cultura y la sociología de la ciencia, intentó revelar cuales son las operaciones cognitivas y morales específicas que lleva a cabo la crítica sociológica de la realidad social para trazar las fronteras entre responsabilidad individual y los riesgos colectivos. Defenderé el argumento siguiente: el conocimiento que puede llegar a producir la investigación científico-social tanto sobre la conducta delictiva como sobre la asunción legítima de riesgos, indudablemente valioso e indispensable para los ciudadanos de una sociedad democrática, no puede en ningún caso elevarse por encima del conocimiento legal al respecto. Es decir, no se aceptará como *a priori* de esta investigación el axioma de base de la sociología crítica que sostiene que el sociólogo *investiga mejor la realidad social que los agentes sociales*, y en particular mejor que los tribunales de justicia. Son más bien los hechos objetivos de nuestra moralidad pública, aquellos hechos que poseen, como se dice, *valor legal*, quienes subsumen en su interior tanto nuestra concepción del valor material de las cosas como nuestra idea del valor inmaterial de la verdad.

Los delitos tecno-económicos

Según la famosa definición formulada por el sociólogo norteamericano Edwin Sutherland (2000 [1949]) los delitos pintorescamente denominados “de cuello blanco” son aquellas violaciones de la ley cometidas como parte del desempeño ordinario de una actividad profesional o de tareas de gestión ejecutiva en el seno de organizaciones empresariales, sistemas de producción industrial o burocracias públicas. Junto con la corrupción política y judicial, la criminalidad de los profesionales liberales, las estafas bancarias o el ocultamiento empresarial de riesgos industriales prohibidos, la abundante literatura investigadora que se ha ocupado de este tipo de actos delictivos (Weisburd and Schlegel, 1994; Nelken, 1994a y 1994b; Geis, Meier and Salinger 1995) suele incluir entre los más blancos de los delitos de cuello blanco aquellos delitos más puramente económicos para cuya comisión se emplean herramientas tecnológicas sofisticadas (eg. redes informáticas) y/o es necesaria una manipulación fraudulenta de los requisitos legales de veracidad o publicidad informativa en materia de precios y calidades de productos mercantiles.

Los delitos contra la seguridad informática

Suele destacarse como una de las características más peliagudas de la persecución legal de los delitos de sabotaje o manipulación fraudulenta de sistemas de seguridad informática el hecho de que su jurisdicción relevante suele desbordar los estrechos límites de las leyes nacionales. Y sin embargo el problema más fundamental que afrontan aquí los estándares del procedimiento de investigación y prueba penal es de naturaleza bien diferente. La cuestión práctica fundamental en la investigación policial y judicial de los delitos contra la seguridad informática es la de la integridad de las evidencias probatorias. En este sentido el trabajo del perito forense en la materia está plagado de obstáculos relacionados con la definición extremadamente lábil de la “escena del crimen” y el carácter estructuralmente frágil e inestable de las pruebas que en ellas pudieran hallarse. Básicamente, la conocida tarea de recogida de muestras en la escena del crimen por parte de los agentes de la policía judicial cambia completamente de significado (Casey, 1999). Nada tiene que ver la recogida de

muestras de cabello o de tejido con la realización de una foto fija del contenido de un disco duro.

Si la complejidad técnica del repertorio estándar de las pruebas forenses de autenticación de muestras de información digital desarrolladas por los expertos de las agencias de seguridad gubernativas encargadas de supervisar y proteger las comunicaciones telefónicas y las redes informáticas ha mejorado espectacularmente durante la última década, ha sido principalmente como subproducto de acciones *ad hoc* de persecución de delitos emprendidas nuevas formas cada vez más sofisticadas de fraude de “identidades digitales”, como el llamado “*IP spoofing*” -la falsificación del protocolo de indentificación que permite la comunicación de datos entre ordenadores conectados en red- y un montón de otras formas imaginativas de forzamiento de los sistemas de seguridad de las redes informáticas (Hurewitz y Lo, 1993; Hollinger, 1997; Parker, 1998).¹

La infinita casuística sobre virus informáticos tiene su incidente clásico en el famoso “gusano de Morris”. El 2 de noviembre de 1988, Robert T. Morris, un conocido investigador universitario en ciencias de la computación e hijo del director general del Centro Nacional de Seguridad Informática de EE.UU., introdujo un virus informático en la red ARPANET, la precursora de Internet, desde un supercomputador del MIT. En pocas horas el programa penetró en multitud de sistemas informáticos del entorno UNIX, principalmente estaciones SUN y ordenadores VAX. Se estima que el programa infeccioso, que contenía una subrutina de replicación que se activaba inmediatamente después de alojarse en el sistema receptor, llegó a paralizar entre 2000 y 3000 máquinas de este tipo.² Por su parte, el affaire pionero en la no menos larga historia de la intrusión informática fue la penetración de las máquinas el Lawrence Berkeley Laboratory un laboratorio con conexiones militares, por un grupo de

¹ Para una temprana perspectiva sobre las técnicas de intrusión en redes telefónicas e informáticas y la amplia variedad de procesos de fabricación y distribución de virus informáticos de carácter destructivo como problema central de la teoría de la seguridad informática cf. Denning (19990). Para una descripción de las técnicas de “*IP spoofing*”, cf. Shimomura y Markoff (1997: 142-145).

² Eugene Spafford, “Crisis and Aftermath”, en Denning (1990: 223-243). Cinco días después del incidente, el FBI emprendió una investigación que concluyó con la detención y la condena judicial en julio de 1986 a Morris por un delito de abuso informático codificado en la sección 1030 (a)(5) del código Penal de EE.UU., que lo define como el acceso intencionado “a ordenadores de interés federal sin autorización y por medio de uno o más ejemplos de tal conducta, altere, dañe, o destruya información de alguno de estos ordenadores de interés general, o impida su uso autorizado o de la información en ellos contenida, o bien que cause pérdidas a uno o varios terceros por un valor agregado anual igual o superior a 1000 dólares”. La sentencia judicial estableció que Morris efectivamente “accedió intencionalmente y sin autorización a ordenadores de interés federal impidiendo su uso autorizado y causando pérdidas económicas por un valor superior a 1000 dólares”, condenándole a una multa de 250.000 dólares y a cinco años de prisión (Lynn B. Montz, “The Worm Case: From Indictment to Verdict”, en Denning, 1990, 260-263).

hackers alemanes en agosto de 1986.³ Pero tal vez la mejor entrada en el intrincado pormenor de este dominio específico de reflexividad y perversidad del expertizaje técnico de naturaleza pública es el caso de la larga persecución de uno de los más legendarios ciberdelincuentes internacionales, Kevin Mitnik, emprendida por un amplio y heterogéneo equipo de agentes de la ley policiales e investigadores universitarios, como Tsutomu Shimomura, un profesor de informática e investigador del laboratorio nacional de supercomputación de la Universidad de San Diego San Diego, vinculado con los servicios de seguridad federales de EE.UU., cuyos ordenadores habían sido forzados por Mitnik.

El detallado reportaje periodístico sobre el caso, firmado por el propio Shimomura y de un periodista de *The New York Times*, pionero del tratamiento informativo de la comunidad hacker, se ha convertido en uno de los más conocidos *best-sellers* del género policía-informático (Shimomura and Markoff, 1997). Para nuestros propósitos aquí, el aspecto más interesante del relato de la “caza” de Mitnik construido por Shimomura y Markoff es cómo en él se modulan los pormenores más técnicos de la investigación policial mediante una interesante mezcla de estilos narrativos, que comprende básicamente tres modalidades narrativas: la del duelo entre pistoleros típica del *western*, la del combate de judo en el que los contricantes tratan de convertir las fortalezas del adversario en sus puntos débiles, y, curiosamente, la de la historia de amor trágica, el encuentro entre dos personas que se admiran mutuamente pero que se hallan separadas por una barrera social infranqueable.⁴ Lo que delata la estructura narrativa de informes sobre el crimen informático como el de Shimomura y Markoff, finalmente, es la poderosa seducción que ejerce el carácter moralmente ambivalente del *hacker* o “intruso informático”, verdadero híbrido antropológico, mitad investigador y mitad falsificador, que, a diferencia de ejemplares mejor definidos como el *phraker* (saboteador informático) o el *cracker* (violador de códigos de acceso de productos protegidos), compromete seriamente las fronteras morales y legales que tradicionalmente separane la crítica constructiva del experto forense de la crítica destructiva del defraudador informado (Hollinger, 1991; Black, 1993).⁵ El extraordinario poder de

³ El ataque fue detectado por el astrónomo Clifford Stoll, un *tracker* que llevó a cabo la labor de rastreo informático que concluyó con la identificación de los intrusos. Véase el relato del caso por el propio Stoll en su artículo “Stalking the Wily Hacker”, en Denning (1990: 156-183) y en el libro *The Cuckoo's Nest*, Nueva York, Simon & Schuster, 1989.

⁴ El punto álgido de la historia de amor imposible entre el hacker y el experto en seguridad informática es el capítulo 13 del libro, titulado “Kevin”.

⁵ La cualificación jurídica de la conducta de los intrusos informáticos se halla en el momento actual en un estado total de incertidumbre, demasiado venial para ser sometida a la jurisdicción penal pero demasiado

atracción cultural, determinado menos por su exhuberancia tecnológica que por su “incertidumbre actancial” (materializada en las incontables historias sobre antiguos hackers co-optados por grandes corporaciones informáticas o convertidos en consultores independientes en seguridad informática con honorarios astronómicos), que ejerce el nuevo mundo criminológico de las violaciones cometidas contra las leyes aun no escritas y, en todo caso, siempre cambiantes de la seguridad en el acceso a redes informáticas, se observa de forma más amplia en el tratamiento periodístico de esta clase de conductas. El estilo, en absoluto solemne y con frecuencia desenfadado, de las noticias de prensa, los reportajes o los artículos de opinión sobre casos de propagación de virus informáticos de carácter destructivo, o bien de descerrajamiento de sistemas de seguridad informática seguido de intrusión en redes informáticas privadas y violación del contenido ordenadores individuales, poco tiene que ver con el tratamiento de delitos similares, por ejemplo, con los fraudes financieros.⁶

Los delitos de competencia desleal

Junto con los delitos informáticos, otra variedad mayor de delitos tecno-económicos modernos son sin duda las violaciones cometidas contra las leyes antimonopolio (*antitrust*

inquietante como para no someterle a un estricto régimen de libertad condicional mediante sistemas preventivos de vigilancia profesional empresarial y policial. Mientras que nuestro flamante Código Penal de 1995, mal que bien intenta meter en vereda las conductas de *sniffers* (husmeadores) *spammers* (publicidad indeseada por correo electrónico) y *crackers* (sabotaje informático) en base a artículos como el 197 (atentados contra la privacidad), 264 (daños ocasionados a sistemas, programas y datos informáticos) o el 270 (delitos relativos a la propiedad intelectual), la conducta de “acceso no autorizado” del hacker permanece en el limbo de la indistinción legal, demasiado ‘educada’ como para caer bajo la jurisdicción del artículo 256 sobre utilización abusiva de equipos terminales de telecomunicación o bien demasiado inespecífico como para ser atrapado en las redes del 278.1 sobre vulneración de información legal de carácter sensible (Morón Lerma, 1999: 36-75).

⁶ Aun cuando puedan situarse bajo encabezados tan espectaculares como el de “Terrorismo informático”, el tono condenatorio de las noticias sobre propagación de virus informáticos de carácter destructivo dista mucho del de las noticias sobre casos de terrorismo “real” (vid. Javier Valenzuela, “Mutaciones del virus ‘I love you’ atacan por segundo día a ordenadores de todo el planeta”, *El País*, 6 de mayo de 2000, 32 y “Piratas informáticos asaltan Microsoft y logra copiar sus códigos secretos”, *El País*, 28 de octubre de 2000, 34). Otro buen ejemplo son los análisis periodísticos de una serie de “ataques de denegación de acceso” contra populares portales de Internet como Yahoo o eBay que tuvieron lugar a principios del año 2000, cuya calificación periodística está más cerca de la travesura que del delito (Mercè Molist, “Los pies de barro de Internet”, *El País*, 20 de febrero de 2000, 36), a pesar del carácter flagrantemente delictivo de este tipo de acciones, tenebrosas operaciones de “secuestro informático” en las cuales los delincuentes se hacen con el control operativo una serie de ordenadores potentes, propiedad de instituciones o individuos, a través de los cuales envían peticiones de acceso cuyo rechazo consigue bloquear un servidores. En esta misma línea véase Francis Pisani, “La poli, contra el delito electrónico”, *Ciberp@is*, 11 de mayo de 2000, 2. Finalmente, el tratamiento informativo de los “encuentros hacker” es mucho más amable que el de, pongamos, los encuentros que reúnen a organizaciones que simpatizan con el terrorismo de ETA (vid. Mercè Molist “Euforia del movimiento ‘hacker’ en su encuentro

law) o, como se conocen en Europa, las leyes de defensa de la competencia⁷ (connivencia empresarial para la fijación abusiva de precios, fraudes de calidad, violación de patentes, piratería de marcas protegidas y de derechos de autor, etc.). Junto con su homólogo macroeconómico -los delitos de fraude fiscal (véase el capítulo 4)- los delitos contra la competencia han constituido tradicionalmente uno de los laboratorios de prueba predilectos de la investigación sociológica basada en el reconocimiento de la validez general de la hipótesis de Sutherland sobre la delincuencia de cuello blanco.

El trabajo clásico sobre el tema es el estudio de uno de los discípulos de Sutherland, Gilbert Geis, de las actas de un juicio por violación de la Sherman Antitrust Act celebrado en 1961 en un tribunal federal de Philadelphia, en el que varios altos ejecutivos de los dos mayores fabricantes de equipos eléctricos industriales, General Electric y Westinghouse, fueron hallados culpables de conspiración ilegal para fijar ofertas artificialmente altas en concursos públicos para la provisión de material eléctrico convocados de forma rutinaria por multitud de autoridades municipales de EE.UU. (Geist, 1967). Desde entonces hasta nuestros días, los delitos de colusión empresarial para restringir la producción y el comercio e imponer precios artificialmente altos a los consumidores se han sofisticado cada vez más.⁸ Así lo muestra el análisis de casos recientes de violaciones de las leyes de defensa de la competencia tan publicitados como la demanda interpuesta por el departamento de justicia EE.UU. contra el emporio informático de Microsoft por prácticas ilegales de abuso de poder de monopolio y acaparamiento de mercado, resumidas en el apalancamiento ilícito de su poder de mercado, lícitamente obtenido, en el segmento de los sistemas operativos para “barrer del mapa” a sus competidores (Netscape) en el nuevo área de negocio de los programas de navegación en Internet. En 1994 el Departamento de Justicia de EE.UU. abrió diligencias contra Microsoft por estructura de precios empleada para licenciar su sistema operativo MS-DOS a los fabricantes de ordenadores. En este sistema, conocido popularmente como “licencias por

anual en Italia”, *Ciberp@is*, 22 de junio de 2000, 16).

⁷ Para una introducción al desarrollo conjunto de las leyes antitrust en EE.UU. y de la moderna teoría de la organización industrial, véanse Baker (1999) y Kovacic y Shapiro (2000). Para la política de defensa de la competencia en España y la Unión, véase Fernández Ordóñez (2000). Para una introducción a los desafíos específicos que plantean a las herramientas legales clásicas de la política de defensa de la competencia las complejas estructuras y dinámicas de competencia e innovación en los mercados de productos y servicios informáticos, véase Shapiro y Varian (2000).

⁸ Uno de los casos más recientes de persecución de este tipo de delitos en España es la investigación emprendida por la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos contra los distribuidores de carburantes en el llamado “caso de las petroleras” por supuesta connivencia empresarial para la fijación abusiva de precios (cf. “Las petroleras declararán este mes ante el fiscal anticorrupción”, *El País*, 1 de noviembre de 2000, 72).

procesador”, los comerciales de Microsoft calculaban la tarifa que había de pagar el fabricante de *hardware* por cada copia de *software* instalada sobre *el número total de ordenadores producidos* y no sobre el número de aquellos en los que efectivamente había decidido instalar MS-DOS, con lo cual casi se obligaba al fabricante a acabar instalando el programa de Microsoft en todos sus ordenadores, ya que de hecho estaba pagando como si así fuese.⁹

Finalmente, uno de los ejemplos más extraordinarios de sofisticación delictiva en este dominio, son los casos de supuesta perversión o falsificación de las reglas de procedimiento de los juegos de subasta pública empleados por corporaciones y gobiernos para la negociación de valores de inversión o para la adjudicación de títulos de deuda pública o la concesión de derechos de emisión y frecuencias en el espectro radioeléctrico. El submundo estrictamente maquiavélico de las infinitas manipulaciones anti-competitivas a las que se presta la existencia de reglas de juego estables para conducir de forma descentralizada la negociación pública del precio de compraventa de inversiones especulativas -y del que los delitos de *insider trading* (véase el capítulo anterior) son sólo la punta de iceberg: “siempre que se puede apostar se puede manipular”, afirma un conocido dicho bursátil- tiene su mejor catálogo de monstruos en la amplia literatura académica disponible sobre la “microestructura” de las diversas especies de mercados de doble subasta. Particularmente interesantes aquí son los análisis formales sobre el grado de robustez de diferentes estructuras de mercado ante el comportamiento modelizador estratégico de los agentes que en ellos negocian (O’Hara, 1995: cap. 4) así como los estudios sobre la consistencia económico-legal de la variada jurisprudencia internacional en materia de colusión entre intermediarios y creadores de mercado para la malversación de información o la diferenciación anti-competitiva de precios (Lee, 1998: 158ff).

Una buena ilustración de las maquinaciones específicas que pueden socavar la legalidad de las subastas administrativas de títulos de deuda pública nos la proporciona un conocido caso de manipulación estratégica de las subastas de letras del tesoro a dos años perpetrado por varios *dealers* del banco de inversiones Solomon Brothers y destapadas por una investigación emprendida en 1991 por la Securities and Exchange Commission (Comisión de Valores y Cambios) de EE.UU. En el concurso de licitación pública los operadores de Solomon presentaban ofertas de compra a precios desorbitados para acaparar la

⁹ Para la sentencia del juez condenatorio dictada por el Juez Thomas Penfield Jackson a principio de noviembre de 1999, véanse los dossiers especiales sobre “La gran batalla” publicados en el suplemento [Ciberp@is](#) del diario *El*

práctica totalidad de los valores subastados. Su plan -conocido en los mercados como *short squeeze*- era “estrangular” a los tenedores de contratos de venta futura de letras del tesoro a punto de vencer a quienes se las revendían luego en el mercado secundario a precios aun más desorbitadas (Bikhchandani y Huang, 1993: 131-32).

Por su parte, la manipulación de subastas de bandas de frecuencia radioeléctrica, ha sido sacada a la luz por unas recientes investigaciones iniciadas por la policía, la fiscalía y los tribunales italianos para aclarar las supuestas responsabilidades de ejecutivos empresariales y cargos gubernamentales por las graves anomalías -fallos en el diseño técnico de la subasta, defectos en el procedimiento de aceptación de solicitudes de participación, retirada anómala de uno de los participantes nada más iniciarse la subasta, recaudación final muy inferior a la prevista, e irregularidades en el procedimiento de aprobación final del resultado por parte del gobierno- detectadas en el resultado de la subasta pública de licencias de telefonía móviles con tecnología UMTS.¹⁰

En todos estos casos, la infracción del procedimiento legalmente establecido exige que los delincuentes -¡y los policías!- posean un conocimiento experto de alto nivel de las sutilidades de los modelos microeconómicos de la teoría de los juegos y del diseño de mecanismos para incentivar el revelamiento de información en contexto estratégico - justamente otro de los campos de investigación cuya excelencia científica ha sido últimamente bendecida por la mano sagrada del Comité Nobel de la Academia Sueca.¹¹

País, en sus números del 11 y el 15 de noviembre de 1999.

¹⁰ Cf. Lola Galán, “Rebajas en los móviles de Italia”, *El País Negocios*, domingo 29 de octubre de 2000, 8 y “El tribunal de la competencia italiano investiga a los consorcios que optaron a las licencias UMTS”, *El País*, lunes 30 de octubre de 2000, p. 78. Algunas de las autoridades académicas más reputadas internacionalmente en el dominio investigador de la teoría de subastas, como el profesor Paul Klemperer de la Universidad de Oxford, que había asesorado previamente al gobierno británico sobre el diseño técnico y la eficiencia relativa de diferentes procedimientos concurso de méritos y subasta pública para la concesión de licencias administrativas, ha ofrecido argumentos contundentes (como el pequeño número de competidores o la debilidad conocida de uno de ellos) para aquellos ciudadanos italianos dispuestos a exigir responsabilidades legales por negligencia profesional manifiesta de parte de los técnicos económicos que diseñaron un procedimiento de subasta ascendente que se prestaba de manera flagrante a la manipulación estratégica por parte de los jugadores (Paul Klemperer, “¿Son las subastas lo mejor?”, *El País*, suplemento Negocios, 19 de noviembre de 2000, p. 10).

¹¹ Los trabajos seminales sobre el diseño de incentivos económicos eficientes para la extracción de información privada publicados por el economista británico James Mirrlees (sobre modelos de imposición fiscal óptima en condiciones de información asimétrica) y del matemático canadiense William Vickrey (sobre el diseño de mecanismos de asignación óptima mediante subasta en condiciones de información asimétrica) les valieron la concesión del Premio Nobel de Economía de 1996 (Sandmo, 1999). Para un estudio sociológico sobre el papel del testimonio experto de los economistas académicos en la controversia judicial sobre la legalidad del particular método de fijación horizontal de precios (conocido como “basing point system”) imperante en la industria cementera durante los años 30 y 40 véase Dumez y Jeunemaître (1998).

Riesgo, fiabilidad y delincuencia

Desde el mítico escape radiactivo ocurrido el 28 de marzo de 1979 en el segundo reactor de la planta nuclear de Three Mile Island en la localidad de Harrisburg, en el Estado de Pennsylvania, EE.UU. (Perrow, 1999: cap. 1), los últimos veinte años han sido testigos de la más larga y devastadora racha (o ‘plaga’) de catastrofes accidentales asociadas al fallo de sistemas tecnológicos de escala industrial. La larga lista de los accidentes industriales más terroríficos de las últimas décadas (Clarke y Short, 1993; Punch, 1996: 22-39) incluye en primer y más destacado lugar la explosión, en 1986, del reactor de la central nuclear de la central nuclear de Tchernobil, en Ucrania; junto con la explosión de la factoría química de la empresa multinacional Unión Carbide en Bhopal, India (1984) que liberó a la atmósfera un gas mortífero de isocianato metálico; o las inmensas ‘mareas negras’ provocadas por el hundimiento accidental de grandes petroleros, como en los casos de los buques Exxon-Valdez (1989), Mar Egeo (1992) y Erika (1999) frente a las costas de Alaska, Galicia y Bretaña respectivamente. Parte fundamental de la memoria colectiva de los miembros de la última generación nacida a finales del siglo XX, la magnitud de las pérdidas humanas, materiales y medioambientales ocasionadas por los desastres de origen nuclear, químico y petroquímico sólo encuentra parangón en los gravísimos accidentes micro y macroeconómicos recientemente provocados por los defectos de diseño de las modernas tecnologías de ingeniería financiera (Summers, 2000).

Desde el punto de vista disciplinar de la teoría y la investigación sociológica, los accidentes catastróficos se abordan comúnmente bajo la forma de eventos causales producidos por la acción de un complejo multifactorial de variables socio-técnicas que deben ser separados y aislados por el análisis científico para alcanzar una correcta comprensión del suceso en términos de estructura y acción social, esto es, de riesgo y delincuencia tecnológica.

La crítica sociológica del derecho de responsabilidad civil

El estándar legal empleado actualmente en una mayoría de sistemas doctrinales para

decidir sobre reclamaciones judiciales de daños y perjuicios causados a las personas o a su medio ambiente por la comercialización de productos industriales defectuosos o tóxicos, asigna en primer lugar la responsabilidad del daño a la parte situada en mejor posición para prevenir el daño. Además, cuando se considera que el daño producido habría podido evitarse, el criterio legal establece que la responsabilidad por el mismo deberá recaer en la parte que mejor pueda distribuir su coste. En suma lo que el juez debe evaluar en este tipo de casos es cual de las partes en conflicto, el fabricante o el consumidor, se halla en mejor posición para prevenir el daño o para internalizarlo. Los jueces y, con posterioridad, los legisladores, han tendido en este sentido a atribuir la responsabilidad por productos defectuosos de carácter industrial a las empresas fabricantes, con el doble objetivo de asegurar individualmente a las víctimas una compensación económica y para obtener a nivel social niveles económicamente eficientes de cantidad y calidad de producto en los mercados.

Sin embargo el modelo de razonamiento legal en materia de responsabilidad civil por riesgos industriales inadmisibles ha sido denunciado por los sociólogos como una traducción casi literal al ámbito de la argumentación legal de la solución analítica formulada por la teoría neoclásica de la organización industrial al llamado “problema del coste social” o de las “externalidades del mercado” en términos de un cálculo del coste diferencial de los distintos tipos de transacciones económicas y legales (Coase, 1964).¹² La crítica sociológica del modelo de conocimiento social que se expresa a través de estos criterios legales de interpretación de acontecimientos y asignación de responsabilidades, ha denunciado en particular el tipo de construcción *individualista* de la accidentalidad, la causalidad y la negligencia que lleva a cabo el derecho moderno. La sociología crítica imputa aquí al derecho por legitimar como “hecho natural” una distribución asimétrica del conocimiento social que

¹² Efectivamente, el argumento de la teoría económica del coste social presupone que, mientras el fabricante del producto defectuoso obtiene el beneficio total derivado del mismo, y como consecuencia del alto coste de transacción que implicaría la formalización de un contrato de compraventa donde se especificasen de forma exhaustiva los derechos y deberes de cada una de las partes en todas las circunstancias imaginables de uso futuro del producto, una parte del coste social de la producción del mismo recae indirectamente en aquellos que lo adquieren. El resultado de una situación semejante es lo que en términos económicos se conoce como una externalidad y sus consecuencias son distorsiones en el mercado y resultados ineficientes en las transacciones que en él tienen lugar –se supone que al no reflejar los precios el coste total asociado a un producto se tenderá a producir y consumir más de lo que resultaría socialmente óptimo en términos de eficiencia económica, además el producto será de inferior calidad a la deseable. El derecho de daños se ha utilizado para corregir este tipo de externalidades haciendo responsable al productor de los daños causados por sus productos, forzándolo a internalizar el coste total de los mismos. La llamada Escuela del Análisis Económico del Derecho (*law and economics*) surgida en la Universidad de Chicago en la década de los 60 (Mercado Pacheco, 1994) ha producido sin duda el cuerpo más influyente de pensamiento académico e interpretación doctrinal en el campo de la responsabilidad por productos. Véase el estudio clásico de Calabresi (1984 [1970]) y Posner (1998: cap.6).

sería en realidad una “construcción social”. La operación metodológica que permite al sociológico llevar a cabo la crítica social del derecho de responsabilidad civil consiste en suponer una asimetría radical entre el conocimiento local de la realidad social que poseen los agentes y el conocimiento global o agregado de la misma que posee el sociólogo.

El famoso estudio de Charles Perrow (1999 [1984]) sobre la naturaleza ‘sistémica’ o normal, y por tanto inevitable, de aquellos accidentes producidos en los grandes complejos tecnológicos por “un pequeño error que interactúa con otro pequeño error”, estableció algo así como un moderno canon teórico para la aplicación, al fenómeno de los accidentes industriales, del dogma weberiano clásico de la “neutralidad valorativa”, axioma sociológicamente incuestionado sobre el que ha querido asentarse desde entonces el anhelo de cientificidad de la crítica sociológica de la realidad social.¹³ La sociología del accidente se configurará así como un hábil ejercicio de hibridación teórica entre el modelo neofuncionalista de los mecanismos de control en las organizaciones complejas y el modelo cognitivista de los esquemas de percepción de riesgos.¹⁴ Representante perfecto de este estilo a la vez crítico y científico de tratamiento sociológico del accidente como producto de “asimetrías cognoscitivas socialmente estructuradas”, es un interesante estudio llevado a cabo por la sociología neozelandesa Kim Scheppele (1991) sobre el modelo de conocimiento social que se expresa a través del derecho consuetudinario angloamericano de responsabilidad por daños (*tort law*).¹⁵

La hipótesis de trabajo de Scheppele establece que, al margen de las diferentes interpretaciones legales que pueden encontrarse en la doctrina jurisprudencial y la literatura académica en este área, el criterio relevante de atribución de responsabilidades que emplean los tribunales para decidir los casos de demanda por daños de carácter accidental que se les

¹³ “No es sino al precio de una clarificación de su escala de valores implícita que la sociología crítica puede hacer progresar su cientificidad. Pero los análisis críticos hacen en general abstracción de este trabajo de clarificación en nombre de una separación entre juicios de hecho y juicios de valor que suele apoyarse sobre la autoridad de Max Weber, y que constituye sin duda uno de los dogmas menos cuestionados de la epistemología práctica de la sociología.” (Boltanski, 1990: 51).

¹⁴ Para una revisión de la literatura sociológica sobre el papel de los factores organizacionales en la prevención de riesgos y la respuesta frente a los accidentes, véase Clarke y Short (1993) y Heimer (1988) para las investigaciones sobre la psico-sociología cognitiva de la percepción y la evaluación de riesgos véanse Heimer (1988). Para una revisión castellana de ambos cuerpos de literatura vid. López Cerezo y Luján (2000). Desde el campo de la sociología y la antropología culturales de raíz durkheimiana también se han realizado importantes contribuciones a la sociología empírica del riesgo (Douglas, 1996).

¹⁵ El sociólogo francés Paul Fauçonnet, uno de los miembros más destacados del equipo de *L'Année Sociologique* dirigido por Durkheim, había publicado ya en 1920 una monografía titulada *La responsabilité. Étude de sociologie* con el ambicioso objetivo de reformar sociológicamente las bases doctrinales del tratamiento - eminentemente individualista - de la responsabilidad en el derecho civil europeo-continental. Para

presentan, se estructuran torno al principio (sociológico) de la *distribución social desigual del conocimiento objetivo sobre la sociedad*. El corolario de esta hipótesis es que la actividad investigadora y cívica del sociólogo, en la medida en que contribuye a producir conocimiento objetivo, en el sentido muy preciso de *conocimiento estadístico*, sobre la composición de las estructuras y la dinámica de los procesos sociales agregados, y a redistribuir ese conocimiento científico de forma más equitativa a través de los diferentes estratos sociales, no sólo contribuirá a reducir el número de accidentes producidos. Eventualmente, la producción de conocimiento sociológico objetivo terminará por desterrar de nuestro vocabulario la noción misma de accidente.

“Los accidentes son constructos sociales que existen porque hemos escogido mirar a los acontecimientos de una forma particular, desenredando la enmarañada e invisible malla de conexión entre eventos en la forma de tipo un particular de orden implícito, las relaciones causa-efecto, para poder interpretar así ocurrencias particulares como el residuo inexplicado e inexplicable de patrones sociales más amplios. [...] Los científicos sociales saben mucho más de lo que solían saber sobre el tipo de cosas que produce lo que son considerados como accidentes al nivel de los individuos afectados. Sabemos ahora un montón de cosas sobre cómo se producen los accidentes y con qué frecuencia lo hacen -de suerte que, a nivel agregado, queda poco margen para las sorpresas [*there are few surprises left*]. Si, como imaginamos, la teoría social nos dará cada vez más conocimiento del mundo social, particularmente de esa parte del mundo social que ha sido deliberadamente construida, entonces llegará un momento que seremos capaces de decir que difícilmente existen accidentes completos.” (Scheppelle, 1991: 267-69).

La sociología del derecho se impone aquí la tarea de denunciar públicamente el trabajo violencia simbólica que lleva a cabo el derecho de daños al ocultar al público la verdad objetiva de categorías como las de “accidente imprevista” y “responsabilidad individual” -a saber: *su carácter ficticio*. El sociólogo acusa al razonamiento legal de falta de científicidad en nombre del sacrosanto poder de totalización cognitiva y reificación social de los métodos estadísticos de tratamiento de la información (Desrosières, 1990). Sin embargo, a mi juicio, la absurda pretensión del sociólogo de erigirse en “juez científico de última instancia” de los hechos sociales, le impide, en éste como en tantos otros casos aprender, de los demás.

En cambio, la historia de los criterios y los conceptos legales empleados por los tribunales de justicia para juzgar demandas de daños y perjuicios causados por los procesos industriales (vid. cap. 3), nos ofrece un retrato incomparablemente más rico de lo que entendemos por “riesgo” y “responsabilidad” en nuestras sociedades del que pudiera obtenerse recopilando todos los datos actuariales disponibles sobre tasas estadísticas de

una crítica del trabajo de Fauçonnet cf. Chateauraynaud (1991: 66-72).

accidentalidad.¹⁶ Tomadas en su conjunto, las varias innovaciones legales que configuran el moderno derecho de responsabilidad por riesgos industriales prohibidos esbozan algo así como un modo de razonamiento de sentido común en el que, básicamente, tiende a imponerse el conocimiento de la *causa física* del daño sobre el (des)conocimiento de la *acción humana* propiamente responsable del daño. Esquema de pensamiento en base al cual parece observarse un sesgo, en favor de la parte más débil (la víctima, el demandante), a la hora de resolver algunos de los dilemas más importantes (e insolubles) que ha planteado el desarrollo a gran escala de sistemas de producción industrial al sostenimiento de nuestras formas locales de vida en común. Aunque para ello, como parece haber sido eventualmente el caso en EE.UU., haya que pagar el alto precio de vivir en una “sociedad litigante”.¹⁷

Por su parte, las corrientes teórico-críticas más novedosas de la sociología del riesgo y la delincuencia tecnológica han venido a interpretar ambos fenómenos como síntomas mayores de la emergencia de un nuevo régimen de dominación política -el liberalismo avanzado- y un nuevo modelo de integración cultural -la modernidad reflexiva.

Del poder al riesgo

El concepto de *gubernamentalidad* o *mentalidad de gobierno* se emplea en la sociología contemporánea en el sentido específico sugerido por el filósofo e historiador francés Michel Foucault en una serie de escritos tardíos de mediados de los 70 sobre ‘biopolí-

¹⁶ Como veremos en el capítulo 8, los datos estadísticas no son sino “evidencias mudas” cuyo sentido científico último no es ajeno a la resolución de un caso legal sino parte de fundamental que lo que en ella está en juego. Por otra parte, como intento mostrar en el Epílogo final de este trabajo, las controversias públicas que suelen acompañar a los “grandes casos judiciales” de responsabilidad *penal* por daños industriales, ofrecen un material empírico especialmente adecuado para explorar los nuevos tipos de capacidades críticas desarrolladas por nuestro sentido común de la justicia para moralizar la vida en común que se desarrolla en ambientes tecnológicos de alto riesgo.

¹⁷ “Los casos judiciales que transformaron las leyes de responsabilidad por productos en un instrumento para la diversificación social del riesgo consideraron que la certeza sobre las causas físicas de un suceso era justificación suficiente para modificar las normas de responsabilidad imperantes en una sociedad... Sin embargo los cambios doctrinales que ampliaron los derechos de los demandantes en estos casos, abrieron la puerta de los tribunales a un aluvión de casos en los que la única certidumbre del daño era la aflicción o mala salud del demandante. En el caso de las demandas por productos tóxicos, la existencia del daño sufrido por las víctimas se hizo más difícil de probar, y los tribunales no pudieron ya seguir evitando inmiscuirse en las controversias técnicas sobre el significado de los datos científicos [de ciencias como la epidemiología o la toxicología]. Así pues la liberalización progresiva de las leyes de responsabilidad por productos para poder compensar a un número mayor de víctimas acabó fomentando una cultura litigante apoyada en teorías causales inciertas y atrajo hacia los tribunales controversias científicas insolubles.” (Jasanoff, 1995: 31).

tica' y genealogía de las técnicas de gestión de poblaciones (Foucault, 1991 y 1997) y codificado posteriormente por un grupo de sociólogos británicos (Graham Burchell, Nikolas Rose, Peter Miller y otros) en el marco del análisis crítico de la revolución política thatcherista de los años 80.¹⁸ Contrapuesta a la concepción clásica de *gobierno político* (el conjunto de artes y técnicas de dirección del Estado -procedimientos legislativos y ejecutivos en general- que operan de manera exclusiva en el interior de una esfera relativamente autónoma de instituciones sociales *centrales*: las administraciones públicas), la *gubernamentalidad* designa el fenómeno de economía (en el sentido de ahorro) de medios de gobierno que permite el uso masivo a la vez que *descentralizado*, por parte de los individuos autónomos, de una amplia variedad de tecnologías de 'gobierno de sí' que abarcan desde la psicoterapia a la contabilidad doméstica o los impresos de auto-liquidación fiscal.¹⁹ En su estado más avanzado -la forma liberal- este arte racional del gobierno se fija como objetivo prioritario minimizar la cantidad de recursos humanos y materiales necesaria para ejercer el poder político de unos sujetos sobre otros.

La genealogía foucaultiana de los modelos de reflexión intelectual sobre el "arte del buen gobierno" capaces de cobrar vida práctica en la forma de racionalidades, programas y

¹⁸ "Por [gubernamentalidad] entiendo... el conjunto de instituciones, procedimientos de análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que han permitido ejercer esta forma específica y muy compleja de poder que tiene por blanco la población, por forma principal de saber la economía política y por instrumentos técnicos esenciales los dispositivos de seguros... [así como] la tendencia que en Occidente no ha dejado de conducir, desde hace mucho tiempo, hacia la preeminencia de este tipo de poder que se puede llamar gobierno sobre todos los otros: soberanía, disciplina, etc., y que ha implicado, por una parte, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno, y por otra, el desarrollo de un conjunto de saberes." (Foucault, 1991: 25) El programa investigador de los *governmentality studies* se propone como una vuelta de tuerca auto-referente sobre la ciencia política tradicional que intenta definir y articular la historia social de las ciencias sociales teóricas y aplicadas como un elemento esencial dentro del objeto de estudio, el poder político, que definen la sociología política y la ciencia política. Para una panorámica de estos trabajos véanse las contribuciones a los volúmenes colectivos de Burchell, Gordon y Milller (1991) y Barry, Osborne y Rose (1996), así como la monografía de Rose (1999a). Sobre el lugar que ocupa el concepto de gubernamentalidad en el contexto general de la obra de Michel Foucault véase De Marinis (1999). Para una evaluación crítica de las aportaciones metodológicas más significativas de los *governmentality studies* y una agenda de los principales desafíos investigadores que enfrenta este programa investigador a finales de la década de los 90 véase O'Malley, Weir y Shearing (1997).

¹⁹ "El arte de gobernar tal como aparece en toda [la filosofía política del XVI] debe responder esencialmente a la demanda de cómo introducir la economía, es decir, el modo de dirigir correctamente los individuos, los bienes, las riquezas, en el interior de la familia, cómo hacer un buen padre capaz de dirigir a la mujer, a los hijos, a la servidumbre, etcétera, que sepa hacer prosperar la fortuna de la familia. Cómo introducir pues esta atención meticulosa, este tipo de relación del padre con su familia en el interior de la gestión del Estado. La introducción de la economía en el ejercicio político será, creo, la baza esencial del gobierno. [...] Gobernar un estado significará poner en práctica la economía, una economía al nivel de todo el Estado, es decir, ejercitar en los entrecruzamientos de los habitantes, de la riqueza y del comportamiento de todos y cada uno, una forma de vigilancia, de control tan atento como el que ejerce el padre de familia sobre su casa y sus bienes. [...] Creo que... el mercantilismo... ha sido el primer esfuerzo, y es más, casi la primera sanción, de este arte de gobernar tanto a nivel de la práctica política como de conocimiento del Estado." (Foucault, 1991: 14, 20)

tecnologías de gobierno, arranca en el siglo XVII con el episodio de la crítica intelectual que la filosofía política liberal clásica formuló al modelo político de la Razón de Estado absolutista. Proyecto crítico que se instanció históricamente en la forma de programas de reformas políticas como el mercantilismo y el *laissez faire*. Posteriormente, la crítica intelectual del marxismo al modelo liberal de “gobierno económico” a través del contrato mercantil, la libertad de empresa y los precios competitivos, fundamentó los programas de reforma del Welfare State (seguros sociales, políticas de rentas, nacionalización productiva). La penúltima “crítica de la crítica política” que asociamos con la etiqueta de neoliberalismo o, más exactamente, “liberalismo avanzado”, tiene como símbolos tangibles más conocidos los programas de reforma política puestos en práctica en EE.UU. y Gran Bretaña por los gobiernos conservadores de Thatcher y Reagan.

Según este relato de la historia política moderna, paralelamente a la ‘quiebra técnica’ de los programas socialdemócratas de legitimación política del orden social, habría comenzado a emerger, en la esfera de la regulación política de la vida social, un nuevo modelo de racionalidad de gobierno: el *liberalismo avanzado*. A diferencia de la racionalidad política macro-unificadora del Estado del Bienestar, la estrategia ‘micro-unificadora’ de control gubernamental ‘a distancia’, característica de este modelo de racionalidad política se define principalmente por la promoción de estándares de competencia mercantil y empresarial para la racionalización tecnológica de los procesos de decisión. Como lo sintetiza el sociólogo británico Nikolas Rose:

“El ejercicio liberal del dominio político está inextricablemente vinculado a las actividades y los cálculos de una proliferación de autoridades independientes –filántropos, doctores, higienistas, administradores, planificadores, padres y trabajadores sociales. Es un tipo de poder que depende de la autorización política de la autoridad de estas autoridades, de la conformación de alianzas entre los objetivos políticos y las estrategias de los expertos y del establecimiento de engranajes entre los cálculos de las autoridades y las aspiraciones de unos ciudadanos considerados libres. Describo su modo de operación como *gobierno a distancia*. Las fuerzas políticas instrumentalizan formas de autoridad otras que las de ‘El Estado’ para ‘gobernar a distancia’, tanto en el sentido constitucional como en el espacial –distanciado constitucionalmente por cuanto opera a través de las decisiones y los afanes de modelos no-políticos de autoridad; distanciado espacialmente en tanto que estas tecnologías de gobierno vinculan entre sí a una multitud de expertos que se hallan en lugares distantes respecto del centro donde otros llevan a cabo los cálculos que ellos emplean–, de suerte que el gobierno opera abriendo líneas de fuerza a través de un territorio que se despliega en el espacio y en el tiempo.” (Rose, 1999: 49-50).

La principal seña de identidad de esta nueva forma de ejercicio del gobierno es el empleo sistemático de programas formales de promoción e incentivación indirecta de la autonomía, la implicación, la responsabilidad y la libre elección personal de los sujetos como

fórmula administrativa maestra para dar nuevas soluciones “económicas” a viejos problemas de coordinación social (Miller y Rose, 1990). Se trataría, en efecto, de conseguir que sean los propios sujetos sometidos a control quienes, de diferentes maneras (asistiendo a cursillos para ponerse al día, midiendo su colesterol, llevando su propia contabilidad, participando en reuniones consultivas, iniciando campañas de concienciación, proponiendo mejoras en los procesos productivos...), muestren una cierta “propensión” a conducirse en sus decisiones, libres e incondicionadas en principio, de modo que acaben aportando parte de la energía-información necesaria para la mover la maquinaria, más sutil y por tanto más frágil, de esta forma de gobierno “a distancia” (Gordon, 1991: 43; Burchell, 1993: 273).

Una nutrida batería de nuevos dispositivos numéricos o “numerológicos” para la administración económica, a distancia, de poblaciones, necesita ser instrumentada al efecto: tests psicológicos aplicados en la enseñanza escolar, programas de dirección por objetivos implementados en las administraciones públicas, auditorías internas de todo tipo, sistemas de gestión de recursos hospitalarios, incentivos fiscales para cooperativas de viviendas y fondos de pensiones empresariales, códigos deontológicos para la auto-regulación de prácticas profesionales, normas de calidad para la homologación de productos y procesos industriales, etc. (Rose, 1999: cap. 6). Sin duda alguna, el análisis estadístico de patrones normalizados (como la famosa “campana” de Gauss o ley *normal* de distribución de probabilidades) de distribución social agregada de atributos y valores individuales se ha erigido en la tecnología más polivalente para inducir de forma insensible la presencia y aún la acción causal de una familia de virtudes morales *conservadoras*, como la responsabilidad (jurídica), la soberanía (consumista), la racionalidad (económica), la iniciativa (personal), la competencia (empresarial) o la previsión (familiar) (Hacking, 1993: 231ss.)

Este trabajo de construcción cultural, la reingeniería psicológica a gran escala, se apoya en los resultados de investigación obtenidos por una auténtica avalancha de estudios científicos e informes técnicos que utilizan las técnicas estadísticas de compresión de datos como herramientas explicativas todo terreno, los programas públicos de intervención se orientan cada vez en mayor medida a animar y hasta prescribir esta clase de valores y actitudes liberales en todos los ámbitos de la vida colectiva. Los perfiles actuariales de riesgos, las normas de auditoría de cuentas, la reingeniería de procesos, la dirección por objetivos o los estándares de control de calidad industrial se aplican ahora en la gestión de centros escolares y hospitalarios, en la supervisión de redes comunitarias, la planificación familiar o el autocontrol

personal, el ‘gobierno de sí’ (Micklethwait y Wooldridge, 1998).

Del riesgo a la fiabilidad

Al objeto de desarrollar, en la forma de una “teoría general de la sociedad” el análisis post-foucaultiano del gobierno a distancia a través de la gestión de riesgos, se ha introducido recientemente el calificativo ‘reflexivo’ aplicado al sustantivo ‘modernidad’ en el campo de la teoría sociológica con el propósito de distinguir analítica e históricamente entre un movimiento moderno *primario* o espontáneo y un movimiento moderno *secundario* o construido. El específico movimiento de cambio social que Ulrich Beck ha llamado segunda modernización o modernización reflexiva implicaría una *modernización de las sociedades modernas*, en el sentido de que en el interior de las mismas surge un conjunto de análisis críticos que desvelan las consecuencias perversas del progreso económico asociado con la industrialización, que será ahora entendido él mismo como una *vieja tradición que es preciso modernizar*.²⁰

La teoría de la modernización reflexiva escoge entonces como blancos principales de su crítica el sistema mercantilista de asignación económica, el sistema industrial de división social y el sistema estatal de dominación política (Beck, 1998, Segunda parte). Ahora bien ¿en nombre de qué principio más básico se lleva a cabo esta crítica de la modernidad como tradición renovada? Si la justicia del precio, la eficiencia de la máquina y la presciencia del gobierno no son sino “mitos modernos” ¿qué es aquello que, salvándose al hundimiento del sueño moderno de la razón, nos permite darle nombre? Esta última vara de medir sería algún tipo de racionalidad científica ampliada, una curiosa mezcla de *crítica científica de la cultura* y *crítica cultural de la ciencia*, que Beck llama “ciencia reflexiva” -por oposición a ciencia simple- (Beck, 1998: 203) y Giddens denomina “doble hermenéutica científica”. En un sentido más amplio, entonces, la hipótesis de la modernización reflexiva intenta dar cuenta de la naturaleza progresivamente *circular* –pues este es el significado visual del adjetivo ‘reflexivo’- que ha acabado adoptando el pensamiento crítico de la modernidad ilustrada del dieciocho tras más de dos siglos de experimentación y entrenamiento colectivo.

²⁰ “Modernización reflexiva” significa la posibilidad de una (auto)destrucción creativa de toda una época: la de la sociedad industrial. El ‘sujeto’ de esta destrucción creativa no es la revolución, ni la crisis, sino la victoria de la modernización occidental. [...] Esta nueva etapa, en la que el progreso puede convertirse en autodestrucción, en la que un tipo de modernización socava y transforma otro, es lo que yo denomino fase de modernización

“La reflexión de la vida moderna consiste en el hecho de que las prácticas sociales son examinadas constantemente y reformadas a la luz de nueva información sobre esas mismas prácticas, que de esa manera alteran su carácter constituyente... Todas las formas de vida social están en parte constituidas por el conocimiento que los actores poseen sobre las mismas... En todas las culturas las prácticas sociales son rutinariamente alteradas a la luz de los progresivos descubrimientos de que se nutren. Pero sólo en la era de la modernidad se radicaliza la revisión de la convención para (en principio) aplicarla a todos los aspectos de la vida humana, incluyendo la intervención tecnológica en el mundo material. Se dice frecuentemente que la modernidad está marcada por el apetito de lo nuevo, pero esto quizás no es del todo correcto; lo que es característico de la modernidad, no es el abrazar lo nuevo por sí mismo, sino la presunción de reflexión general en la que naturalmente, se incluye la reflexión sobre la naturaleza de la reflexión misma.” (Giddens, 1993: 46)²¹

En el modelo teórico de la modernización reflexiva, los sistemas abstractos de control social a distancia (sistemas de control fiscal, asistencial, sanitario, massmediático, profesional, etc.) y las prácticas individuales de auto-identificación subjetiva (competitividad, narcisismo, esquizofrenia, solidaridad, cinismo, etc.) se comunican entre sí por medio de un código simbólico específico y característico, que se encuentra a caballo entre ambos mundos: el *cálculo del riesgo*.²² Las prácticas *explícitas* de objetivación y estimación de riesgos de todo tipo -desde los ecológicos a los laborales, pasando por los riesgos políticos, circulatorios, informáticos, mentales, educativos, etc.- son el engranaje que media entre el conocimiento personal y la estabilidad institucional en el tipo singular de configuración ‘reflexivamente’ moderna, que surge silenciosamente de la implosión destradicionalizadora que afecta a la modernidad industrial, y que se ha dado en llamar ‘sociedad del riesgo’ (Beck, 1998, Primera parte).

“La noción de riesgo reviste una importancia central en una sociedad que se despidе del pasado, de las formas tradicionales de hacer las cosas, y se abre a un futuro problemático. Esta constatación es aplicable tanto a los medios de riesgo institucionalizado como a otros ámbitos. La seguridad... es uno de los elementos fundamentales del orden económico del mundo moderno... El carácter ‘abierto’ de las cosas por

reflexiva.” (Beck, 1997: 14-15)

²¹ El interés por los fenómenos de interpelación y crítica entre la razón científica y razón ciudadana es así uno de los elementos distintivos centrales en la teoría sociológica del proceso de modernización de las tradiciones modernas. De modo que, en cierto sentido, la empresa sistemática de *estudio científico de la actividad científica* - que podemos asociar con la emergencia en el mundo universitario anglosajón, a finales de los años 60, de la disciplina académica de los *science studies* (Latour, 1992; Collins y Pinch, 1996; Bloor, 1998)- es, para la teoría de la modernización reflexiva, el equivalente más próximo a la empresa de Leibniz, Newton, Boyle y la Royal Society de Londres en el momento histórico de la crisis del industrialismo.

²² Cerrando el circuito de retroalimentación teórica entre la sociología política del riesgo post-foucaultiana y el modelo neo-funcionalismo de la Modernidad Reflexiva o Segunda Modernidad, el sociólogo australiano Mitchell Dean ha llevado a cabo una re-traducción explícita de las tesis “sustantivistas” de Beck y Giddens sobre modernidad reflexiva y sociedad del riesgo, en la forma de un análisis histórico-genealógico de la deriva evolutiva que conduce desde los programas de reforma política pergeñados sobre la base de una racionalidad de gobierno liberal avanzada a un estilo general de *gobierno* (tecnoeconómico) *reflexivo* (Dean, 1999, cap. 9).

venir expresa la maleabilidad del mundo social y la capacidad de los seres humanos para dar forma a las condiciones físicas de nuestra existencia. Atribuimos al futuro una incognoscibilidad intrínseca que le hace estar cada vez más separado del pasado; ésta es la razón de que el futuro se convierta en un terreno nuevo... Una vez establecido así, este terreno se presta a la invasión colonizadora del pensamiento contrafáctico y del cálculo del riesgo. El cálculo del riesgo... no puede ser nunca completo pues, incluso en circunstancias de riesgo relativamente delimitadas, se dan siempre resultados no pretendidos ni previstos... La introducción de los sistemas abstractos en la vida cotidiana, unida a la naturaleza dinámica del conocimiento significa que la conciencia de riesgo se infiltra en la casi totalidad de nuestras acciones.” (Giddens, 1995: 144).²³

Los modelos sociológicos más elaborados del proceso de la modernización reflexiva y la naturaleza de las sociedades del riesgo identifican en última instancia la pieza clave que regula, modulándolo, el sistema todo de la percepción formal de los riesgos como realidades calculables que permite engranar ambas estructuras de acción. Esta pieza clave está a la vez por encima y por debajo, más allá y más acá del ‘riesgo’ mismo como entidad perceptible, medible o calculable: es la *incertidumbre* -y su reverso, la *confianza* (Beck, 1998, pp. 57 y ss.; Giddens, 1995, cap. 4). Mas lo distintivo de la *incertidumbre* en el momento de la crisis de las convenciones tecnocientíficas y políticas del industrialismo, es que se refiere simultáneamente tanto al conocimiento experto –como *fiabilidad técnica (reliability)*- y a las relaciones sociales –como *confianza (trust)*.

“Será un aspecto básico de mi tesis que la naturaleza de las instituciones modernas está profundamente ligada con los mecanismos de fiabilidad en los sistemas abstractos, especialmente en lo que respecta a la fiabilidad en los sistemas expertos... [E]l carácter contrafáctico, orientado-al-futuro, de la modernidad, está estructurado principalmente por la fiabilidad conferida a los sistemas abstractos; fiabilidad, que por su misma naturaleza, está impregnada por la credibilidad en la experiencia establecida... La credibilidad que depositan los actores profanos en los sistemas expertos, no es solamente cuestión - como normalmente ocurría en el mundo premoderno- de generar una sensación de seguridad en un universo independientemente dado de acontecimientos. Es una cuestión de cálculo de beneficio y riesgo, en aquellas circunstancias en las que el conocimiento experto no sólo proporciona ese cálculo, sino que efectivamente crea (o reproduce) el universo de acontecimientos como resultado de la continua aplicación de ese mismo conocimiento.” (Giddens, 1993, pp. 84-85).

De la fiabilidad a la delincuencia

²³ En cierto sentido así, y de modo análogo a como Talcott Parsons y otros teóricos de la acción social de la década de los 40 se inspiraron en las líneas más progresivas de la dogmática jurídica alemana de entreguerras - como la teoría de la “persona jurídica” como “unidad de imputación” de Hans Kelsen (Lamo de Espinosa, 1989: 198-202)- los trabajos fundadores de la sociología del riesgo contemporánea -notablemente los de Ulrich Beck- no han hecho sino importar de nuevo al campo de la teoría sociológica los desarrollos más recientes de la teoría jurídica de la imputación penal. Notablemente la llamada *teoría de la imputación objetiva* erigida en base al principio formal del rebasamiento conductual de los niveles de riesgo permitido (Jakobs, 1996).

La gestión de las relaciones sociales de carácter anónimo implica el reforzamiento de una institución social característica: la *confianza impersonal* -una de cuyas modalidades más conspicuas es la *fiabilidad técnica*. Entendida como forma concreta de confianza impersonal, la fiabilidad puede definirse como una suerte de fe colectivamente sostenida, infundada pero inexcusable, en que aquellas cosas que no comprendemos y aquellas personas que no conocemos están más o menos bajo el control de *otros* que, actuando por nuestra cuenta, logran que se comporten de un modo previsible para nosotros, cuando no favorable a nuestros intereses. De modo que recurrimos a convenciones, certificados o test de fiabilidad abstracta “cuando no están disponibles las medidas de control social que hacen posible el vínculo social íntimo y el contacto directo entre agente y principal, cuando individuos o agentes organizacionales completamente desconocidos y prácticamente intercambiables ejercen un poder delegado considerable a cuenta de principales que son incapaces de especificar, escrutar, evaluar o restringir su actuación.”(Shapiro, 1987: 634). El uso cada vez más intensivo de sistemas expertos de conocimiento abstracto hace cada vez más visibles las aporías lógicas –aunque se diría que sociológicamente solubles- de la confianza impersonal.

“El potencial de formas complejas de organización social que permite las relaciones de agencia o delegación parece infinito: intercambios globales que no paran mientes por razones de distancia, tiempo, comodidad o familiaridad, economías de escala y alcance, liquidez transaccional, expansión de las posibilidades temporales, protección frente al riesgo, una mágica habilidad para crear todos que son mayores que la suma de sus partes, y una vida material y cultural más rica. Y sin embargo estos mismos factores que conducen a los principales a involucrarse en relaciones de agencia o delegación ofrecen también oportunidades para el abuso de los agentes que les representan... Los agentes disponen de oportunidades estructurales de ‘coger el dinero -en todas sus formas y manifestaciones- y salir corriendo’, mientras que sus inocentes representados, cegados por la distancia física, la estructura organizacional, el secretismo, y la falta de conocimientos, siguen ingenuamente esperando los dividendos futuros de promesas simbólicas realizadas por extranjeros de los que no conocen ni la cara. He aquí el problema de la confianza.” (Shapiro, 1987: 629).

El hecho de la pervivencia de relaciones de confianza en medio del anonimato creciente de sociedades diferenciadas estructuralmente y enfrentadas en medida creciente a la explosión perversa del riesgo como consecuencia del proceso de reflexión continuada del conocimiento crítico sobre su base de convencionalismos, plantea un interesante desafío a los diseñadores de tecnologías sociales. Por un lado, para mantener la creencia colectiva en la tecnología, las instituciones, los políticos, los extranjeros, el arte o el futuro se precisa de una jerarquía cada vez más espesa de niveles sucesivos de *vigilantes de la confianza impersonal* -las comunidades científicas, los cuerpos policiales, los colegios profesionales, las empresas de servicios, y todo tipo de fideicomisarios, inspectores, fedatarios, supervisores, auditores y peritos públicos y

privados. Por otro lado, ante el paisaje crecientemente contraproducente que presentan la moderna organización social, la *fiabilidad* de las actividades de los vigilantes de la confianza impersonal -la resistencia de las estructuras de control a la corrupción política, el sabotaje tecnológico, la delincuencia administrativa, la imprudencia o la simple incompetencia- demanda un volumen de confianza delegada -o, alternativamente, de nuevos controles burocráticos- igual o superior a aquel que se pretendía garantizar originalmente. Vale decir: el sostenimiento de la confianza precisa cada vez en mayor medida, en sociedades como las nuestras, de la *institucionalización social de la desconfianza*.

“La actividad de los guardianes de la confianza pretende simular las prácticas de diversificación de riesgo, personalización de relaciones y limitación contractual de la discrecionalidad de los agentes que los propios principales suelen ordinariamente ejercer por sí mismos cuando les es posible... Pero precisamente a causa de que estos guardianes ofrecen también un tipo de control social que es delegado, colectivo, impersonal y genérico, sus imitaciones de los mecanismos a través de los cuales los principales llevan a cabo personalmente el control, vuelven a presentar los mismos dilemas paradójicos de control de la confianza impersonal con los que querían acabar.” (Shapiro, 1987: 636).

En 1990, con motivo del cincuentenario de la publicación del trabajo clásico de Edwin Sutherland, la *American Sociological Review* encargó un artículo conmemorativo a una de las figuras emergentes de la sociología del derecho estadounidense, la profesora de la Universidad de Yale Susan P. Shapiro, con el propósito de evaluar la vigencia teórica de la teoría de la delincuencia de cuello blanco.²⁴ Shapiro argumenta en favor de “quitarle el collar al criminal y ponérselo al delito”, esto es, caracterizar sociológicamente un conjunto de sucesos relevantes desde un punto de vista penal, no en razón de la clase social de las personas que los cometen, sino en razón del bien jurídico protegido contra el que atacan. Y entiende así que los clásicos ‘delitos de oficinista’ o ‘delitos de ejecutivo’, que se perpetran por lo general mediante diversas operaciones de manipulación fraudulenta de información, constituyen en última instancia un verdadero atentado contra la relación social de delegación (*principal-agent relationship*), esto es, contra el sostenimiento colectivo de ese bien público extremadamente frágil e intangible que es la creencia o la confianza en la buena voluntad de los desconocidos.

²⁴ A través de hipótesis como la del efecto de “etiquetado” social (*labelling*), las nuevas corrientes pragmáticas y microsociológicas del interaccionismo simbólico y la etnometodología sentaria, en las décadas de los 60 y los 70, los postulados fundamentales para una crítica de las teorías criminológicas clásicas de la desviación social y la conducta delictiva (Larrauri, 1991). Sorprendentemente esta nueva sociología fenomenológica de la desviación se ha cuidado en buena medida de aplicar sus métodos de crítica y deconstrucción sociológico a la demolición del otro gran totem conceptual de la tradición positivista en la academia de la criminología sociológica: la teoría de la delincuencia de las clases poderosas.

“La violación y la manipulación de las normas de confianza -de revelación, desinterés y desempeño- constituyen el modus operandi del crimen de cuello blanco. [...] Los delincuentes “fiduciarios” se convierten en hombres, mujeres y organizaciones *de confianza* que inducen a sus víctimas a separarse de su dinero o propiedades con mentiras, falsificaciones y traiciones más que con el uso de la fuerza bruta. Los cacos vulgares y corrientes roban mediante descerrajamiento o perforación. En vez de cultivar el uso de tecnologías mecánicas... los cacos fiduciarios cultivan el uso de las tecnologías sociales [...] La ubicuidad de las asimetrías de información, hace que virtualmente todos los tipos de relaciones fiduciarias sean vulnerables al robo, la falsificación, la exageración, la omisión, la distorsión, la fabricación o la manipulación de *información* por parte de aquellos que ocupan posiciones de confianza. [...] Los principales reciben de sus agentes sustitutos simbólicos -cuentas bancarias, certificados hipotecarios, contratos de futuros, etc.- a cambio de la custodia de propiedades tangibles. Estas piezas de papel o impulsos electrónicos pueden ser ocultadas, fabricadas, o distorsionadas más fácilmente que las mercancías reales a las que representan.” (Shapiro, 1990: 350, 353)

La clase de delitos cometidos mediante la obtención o manipulación fraudulenta de información simbólica de todo tipo -otrotra restringidos al mundo de la desviación empresarial y el fraude organizativo- se ha convertido en un fenómeno cada vez más ubicuo, masivo e importante. Este tipo de acciones -la falsificación, la copia, el borrado fraudulento de información- atentan en su base contra el sostenimiento a gran escala de intercambios entre personas anónimas, esto es, relaciones sociales *a distancia*, aquellas cuya posibilidad depende de la intervención de una infinidad de mediaciones técnicas e institucionales.²⁵ Y dado que es sobre la posibilidad de este tipo de relaciones sobre la que descansa la estabilidad estructural de complejos institucionales tan básicos para la regulación cotidiana de nuestra vida social como el sistema de representación política, el sistema de equivalencias monetarias o el sistema de reputaciones científicas, no extrañará que la estafa bancaria, la corrupción política o el fraude científico sean las expresiones más peligrosas de este paradigma de acción social que son los delitos contra la fiabilidad.

La crítica sociológica como problema y no como solución

A mediados de la década de 1980, y tras una larga batalla de fusiones y adquisiciones

²⁵ En un reciente informe judicial sobre la comisión, entre 1997 y 1999, de una larga serie de prácticas delictivas (falsedad en documento público, violación de secretos, cohecho, extorsión, amenazas) por miembros de la Unidad especial de Estudios Económicos y Sectoriales del cuerpo de inspección de la Agencia Tributaria, puede encontrarse un amplio catálogo de las muchas y variadas formas como se lleva a cabo en la práctica esta “corrupción” estructural de la información y de la fiabilidad por parte de miembros de un cuerpo público de vigilantes de la confianza impersonal (cf. Manel Pérez, “Una banda en la inspección de hacienda”, diario EL PAIS, Madrid, 25/7/99).

frustradas, el ex abogado del estado y empresario Mario Conde, en su calidad de representante del principal grupo accionarial del banco paso a ocupar la presidencia del consejo de administración de Banesto, uno de los así llamados “siete grandes bancos” españoles. Tras recibir una serie de sanciones y advertencias por parte del cuerpo de inspección del Banco de España como consecuencia del aumento excesivo de sus riesgos crediticios, la bajada simultánea del nivel de sus reservas de capital precautorio, y sobre todo del incumplimiento de los requisitos legales en materia de implantación, mantenimiento y fiabilidad de sus sistemas internos de monitorización y control de riesgos, el día 28 de diciembre de 1993, el Gobernador del Banco de España, Luis Angel Rojo, tomó la decisión de intervenir el banco, destituyendo a Conde y a su equipo de la presidencia, y dando posteriormente orden a la fiscalía de delitos monetarios para que formalizara una demanda penal contra ellos.

La vista judicial del que sería llamado luego “el caso Banesto”, celebrada en el Juzgado de Delitos Económicos de la Audiencia Nacional entre enero y julio de 1999, para resolver sobre la demanda penal por una variada colección de delitos de estafa y “apropiación indebida” –vulgo, quedarse uno con el dinero cuya custodia o gestión le ha sido confiada por los demás- interpuesta por la fiscalía de delitos económicos contra el núcleo duro de la dirección ejecutiva de la sociedad bancaria Banesto, ha ofrecido a la opinión pública española un ejemplo absolutamente dramático de los obstáculos que afronta la persecución y la represión legal de los delitos financieros, como consecuencia *no tanto* de desigual cantidad de recursos que puede llegar a movilizar un banquero acusado de cargos criminales para tratar de encubrir su crimen o bien de “poner a la ley de su parte”, como del ambiente material tendencialmente desburocratizado, reticular y flexible en el que se desarrolla en nuestros días la actividad de intermediación financiera.

Pero al margen de la problemática específicamente *penal* del juicio²⁶, la larga vista oral del caso Banesto parece haber ofrecido también una disección *in vivo* del auténtico “trauma cultural” que, según un nutrido cuerpo de investigaciones en el campo de la sociología del derecho de los negocios, habría comenzado a sufrir el estamento judicial europeo desde principios de la década de 1990, como consecuencia de la llegada al

²⁶ El 30 de marzo de 2000 el tribunal del caso dictó finalmente sentencia condenatoria contra Mario Conde y sus principales colaboradores (Arturo Romani, Rafael Pérez Escobar y Fernando Garro), en la que se establecían penas de cárcel de 10 (Conde), 13 (Romani) y 6 años (Pérez Escobar y Garro) así como el embargo de diversas propiedades y el pago a Banesto de una multa de 7.200 millones de pesetas (cf. la información del diario *El*

continente, via Londres, de los grandes bancos de inversiones de Wall Street (Dezalay, 1992: 11), cuyos laboratorios de ingeniería financiera habrían sido los principales causantes del “big bang de los mercados financieros” que tuvo lugar en EE.UU. durante la década anterior (Crane y Eccles, 1988).²⁷

De juez supremo...

La corriente central de este programa de investigaciones de la sociología crítica en el ámbito específico del derecho de mercantil y el derecho sociedades, se ha centrado en el estudio de los efectos del proceso de globalización económica sobre la lógica académica tradicional imperante -sobre todo en el continente europeo- en las profesiones jurídicas; esto es, las transformaciones -y las resistencias- ocurridas en las profesiones legales – principalmente, abogacía y magistratura- como consecuencia directa del proceso en curso de reconversión de las formas tradicionales de jurisdicción legal sobre las transacciones mercantiles y la organización empresarial para adaptarla al ámbito de mercados internacionales crecientemente integrados (en particular al de los mercados financieros) (Dezalay, 1992; Dezalay *et. al.*, 1994). En este ámbito el sociólogo se propone desvelar, bajo el síntoma traumático del “choque de culturas jurídicas”, la realidad subyacente de una batalla feroz por el monopolio de la especie singular de poder simbólico de *dominación por la nominación* (la “autoridad legal”) que se ejerce en la intersección entre el campo del derecho, el campo económico y el campo político (Bourdieu, 2000).

Según diversos investigadores, en países como Holanda, Francia, Alemania, Italia o España, el rápido proceso de internacionalización de los mercados de capital ocurrido durante las tres últimas décadas del siglo XX habría puesto súbitamente y brutalmente en contacto el universo tradicionalista y cuasi-monacal de los expertos europeos en derecho de la empresa con el nuevo mundo americanocéntrico y *high-tech* de los economistas financieros. Un

Pais, sábado 1 de abril de 2000, pp. 59-66).

²⁷ Personificación suprema de este “trauma de la cultura judicial tradicional” para el caso español, el tribunal encargado del caso Banesto, compuesto por los magistrados Siro García (presidente de la sala), José Antonio Choclán y Antonio Díaz Delgado, habría tenido que enfrentarse a la valoración de pruebas financiero-contables tan endemoniadamente técnicas como los informes de auditoría presentados por los peritos de la consultora PriceWaterhouseCoopers, la inspección del Banco de España, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, así como una larga serie de testimonios expertos aportados por las partes. (Véanse los relatos de las sesiones del juicio publicados por el periodista Ernesto Ekaizer en el diario *El País*).

trabajo modélico en este sentido es la investigación pionera del sociólogo francés Ives Dezalay sobre la “internacionalización del derecho” como arma clave en la batalla económica y simbólica que libraron, durante la década de 1980, las distintas fracciones/facciones tradicionalistas y modernistas en las que se hallaba dividido a principios de la década el campo social (nacional) de los abogados y jueces franceses especialistas en quiebras de empresas (Dezalay, 1992: parte I). El sociólogo contrapone aquí el pequeño mundo tradicionalista de los expertos (“notables”) legales en procesos de quiebra -funcionarios o cuasi-funcionarios públicos para quienes la “técnica jurídica”, esto es, el dominio del lenguaje y la terminología conceptual del derecho, es “razón necesaria y suficiente para interpretar el mundo de los negocios”- con el moderno “mercado internacional de servicios expertos de asesoría empresarial” en materia de operaciones de fusión y adquisición (*merger & acquisition*), donde impera la lógica del beneficio económico y reina a sus anchas esa nueva especie profesional, el ingeniero financiero, que hace del cálculo religión y entiende el matiz lingüístico propio de la cultura jurídica como arbitrio, capricho e ineficiencia.

Tomando como marco teórico el proteico modelo del “campo social de luchas por el poder simbólico” de Pierre Bourdieu, el estudio de Dezalay analiza los las estrategias “socialmente racionales” de resistencia y reconversión desarrolladas por los profesores-profesionales a tiempo parcial o funcionarios públicos con dedicación completa ante el ataque (“la invasión”) de la enorme legión de contables, auditores, abogados, economistas, abogados-economistas y consultores técnicos de todo tipo, que son capaces de movilizar las grandes *law firms* estadounidenses (y en menor medida británicas) que monopolizan el mercado global de la asesoría legal de empresas multinacionales. El mismo autor ha definido posteriormente el proceso de transformación del campo jurídico europeo de los abogados y los jueces mercantiles como el paso de un régimen “nobiliario”, completamente desmercantilizado, de administración de justicia como era por definición, al menos desde mediados del siglo XIX, el sistema de derecho mercantil de la Europa continental, a un verdadero “mercado de servicios de administración de justicia”.

“La apertura de las fronteras económicas durante los años 80 aceleró la transición institucional de la profesión legal desde el modelo tradicional de las asociaciones entre caballeros [*gentlemanly partnerships*] al modelo actual de la empresa de servicios profesionales... la importancia de los capitales atraídos por estas nuevas multinacionales del expertizaje –así como la importancia de los beneficios que se espera genere su negocio- ha introducido la racionalidad financiera en un medio profesional que previamente se enorgullecía de mantener a distancia la lógica del mercado.” (Dezalay, 1998: 198).

La fuerza descriptiva análisis sociológico de las transformaciones ocurridas en el campo social del derecho mercantil internacional se basa en buena medida en la distinción analítica bastante problemática entre un regimen tradicional –identificado con el sistema de derecho estatutario, heredero del derecho romano, imperante en el continente europeo- y un regimen moderno de funcionamiento del campo jurídico, identificado con el derecho consuetudinario Anglo-americano, perpetuamente en cambio y adaptación gracias a sus vías de comunicación ancestrales con la ciencia de la economía política clásica y neoclásica.

La aplicación de este esquema teórico al estudio de la profesión judicial en Europa, parte de la hipótesis de que, como miembros eximios del regimen tradicional de la cultura legal contemporánea, los jueces civiles europeos -y aun en mayor medida los jueces administrativos- habían solido estar escindidos, con respecto al mundo de los grandes negocios, entre un sentimiento de incompetencia y una sagrada convicción sobre su propia superioridad (Bancaud y Boigeol, 1995). En particular, la profesión judicial europea habría tratado de aislarse del resto de la sociedad mediante el diseño de estrategia de distinción basadas en el rechazo de los valores materiales, incluyendo un distanciamiento explícito y específico respecto del mundo de los negocios y el dinero. Más recientemente, aun cuando otros cuerpos públicos comenzaron a ensanchar sus horizontes en un intento de alcanzar ambiciones mundanas y de reforzar sus pretensiones sobre los puestos más codiciados del aparato estatal, los jueces civiles habrían seguido resguardándose tras la “irreductibilidad técnica” y la “superioridad ética” de sus conocimientos legales (id., 109). Esta fuerte desconfianza respecto a posibles elementos “contaminantes” habría ido sin embargo quedando minada a lo largo del tiempo, en la medida que los jueces habrían acabado reconociendo que no podían siguiendo ignorar por más tiempo los principios económicos implícitos en, y las consecuencias económicas potenciales de, sus decisiones.

En segundo lugar, el análisis sociológico de las transformaciones ocurridas en el campo social del derecho societario y financiero como consecuencia de la globalización financiera, distingue dos tipos de posturas ideal-típicas dentro del colectivo judicial en relación con la actitud, favorable o refractaria, que muestran ante el nuevo mundo que les ha sido traído a la mesa de sus despachos. Por un lado, estarían aquellos jueces que abanderan la tradición de la ‘reserva’ judicial y se ven a sí mismos como técnicos de la letra de la ley y las sanciones que prevé. Estos elementos tradicionalistas se sentirían incómodos a la hora de mezclarse con especialistas de otros campos, especialmente de los matemáticamente más

codificados, de modo que optan de forma sistemática por solicitar el consejo experto de terceros (pe. en la forma de dictámenes periciales). La otra categoría de jueces que distingue aquí el análisis sociológico, incluiría a aquellos que interpretan las transformaciones en el modo tradicional de regulación económica como una oportunidad para mejorar su posición profesional y su influencia orgánica. Este tipo de juez sería con mayor frecuencia de la opinión de que los jueces deben crear la ley cada vez que tengan la oportunidad, no deben dudar a la hora de convertirse en expertos en economía financiera o política económica y fraternizar con todo tipo de ejecutivos y aprendices de ingeniero social. Los jueces de este grupo “renovador” consideran su quehacer desde el punto de vista de la eficiencia y priman el contenido sobre la forma de la ley, adhiriéndose al principio de que la aceptación consensuada de las reglas por las partes afectadas ha de prevalecer sobre su perfección formal.²⁸

Más allá del ocasional “choque de culturas” entre las facciones tradicionalistas y progresistas de la profesión judicial, el importante conjunto de transformaciones detectadas por el sociólogo al nivel infraestructural del mercado internacional de estándares de organización económica, habría supuesto sobre todo un desafío para los propios principios teóricos de base a través de los que los jueces tradicionalistas interpretan su propio papel dentro del sistema legal. Esto es, el proceso de la globalización financiera habría producido finalmente un cambio cultural más básico que afectaría al modelo legítimo de justicia legal, formalista y realista, que, desde el punto de vista de los propios jueces encargados de interpretar las leyes para poder aplicarlas, debe imperar el mundo actual de los negocios.

“Lo que se percibe de manera fundamental [en el debate actual sobre la legalidad económica] es la emergencia de una nueva concepción de la ley, del modo en que se crea y de su autoridad: un tipo de ley nueva, menos genérica, menos abstracta, que toma en cuenta la realidad del mundo de los negocios. El juez civil, que sigue teniendo el poder de imponer sanciones, tendrá que reconsiderar la pena y su severidad. Tendrá que ser más severo, para distinguir entre las prácticas fraudulentas y las profesionalmente anormales... Más aún, la eficiencia, tanto práctica como simbólica, de la ley y la justicia es lo que está también en juego. Así como la imposibilidad de imponer ciertas sanciones destruye en otros ámbitos la autoridad y la credibilidad del juez, en el dominio particular del derecho de los negocios, la persistencia de los jueces en su adhesión sistemática a la ficción de someter sus juicios a la “letra de la ley”, puede hacer surgir serias dudas respecto de la eficacia de la técnica legal y la credibilidad de las leyes mismas.” (Bancaud y Boigeol, 1995: 111).

²⁸ Amparada bajo el eslogan periodístico de la “judicialización de la política”, la crítica sociológica y politológica del campo judicial ha pretendido desvelar también, de forma paralela, la cara oscura de esta concepción renovadora, “activista” de la profesión de juez, denunciándola como nueva amenaza tecnocrática que se cierne sobre la preservación de la diversidad de cursos de acción política en una sociedad democrática.

Según el retrato de que de ella ofrecen las líneas centrales de la sociología crítica del derecho, la profesión judicial, tradicionalmente defensora de la competencia general y una concepción unitaria de la ley y la justicia, debe vérselas ahora con unas leyes económicas crecientemente especializadas así como con un auditorio ciudadano y clientelar mucho más orientado hacia la argumentación técnica bajo la forma de modelos económicos. Lo que es más importante: aquellos jueces a quienes cada vez en mayor medida se solicita que tengan en cuenta las “implicaciones económicas” de sus decisiones, o que decidan sobre litigios que son en muchos casos de una envergadura económica tremenda, tienen que reconsiderar su relación con el mundo exterior a la profesión legal, así como con el conocimiento y el saber hacer de expertos en otros campos. Lo que estaría en cuestión, entonces, desde el punto de vista de la crítica sociológica, sería la competencia intelectual que poseen los jueces para conducir procesos legales en los que se les pide razonar en términos extra-legales tan técnicos y especializados como son los de la ingeniería financiera. En definitiva, la instauración de un nuevo régimen de producción internacional de normas de derecho mercantil, arrojaría serias dudas sobre la capacidad de nuestros magistrados actuales para llegar siquiera a familiarizarse con la estructura social e intelectual de las nuevas profesiones expertas que han venido a dominar los varios segmentos del mercado internacional de herramientas de gestión financiera de la empresa (*corporate finance*).

... a juez de instrucción

Edwin Sutherland contruyó su famosa hipótesis sociológica de la “delincuencia de cuello blanco” sobre la base de una *crítica científica* (sociológica) del concepto de delito entendido como mera convención jurídica. En la famosa exposición de motivos de su artículo de 1945 “Is White Collar Crime a Crime?” [¿Es un delito el delito de “cuello blanco?”], Sutherland se aplicó a rebatir varias de las críticas formuladas contra su tesis original de que existía *una clase objetiva de delincuentes*, cuyo rasgo sociológico distintivo era pertenecer a las clases medias y altas, que escapaban sistemáticamente a los medios legales instrumentados para calificarlos como tales, expuesta en su artículo seminal de 1939 “White

Collar Criminality”. Una de estas críticas, formulada por el crimiólogo Paul W. Tappan²⁹, sostenía que, en puridad, sólo podía considerarse estrictamente “delito” aquella conducta que los tribunales penales hubieran sancionado expresa e inequívocamente como delictiva, denunciando así implícitamente la arrogancia de una supuesta ciencia social que pretende erigir sus métodos de investigación propios por encima de los métodos policiales y judiciales de producción de verdad. En su réplica, Sutherland argumentó que la veracidad de una teoría científica de la conducta delictiva no puede depender de la validez del conocimiento legal al respecto, esto es, de la jurisprudencia penal, del mismo modo, afirmaba, que la validez de una teoría científica de las reacciones químicas o de la evolución biológica puede prescindir por completo del conocimiento legalmente autorizado al respecto.

“El problema es: desde el punto de vista de una teoría de la conducta delictiva, ¿son los actos ilegales de las corporaciones... análogos a los hurtos, robos y otros delitos que se incluyen corrientemente dentro de los límites de las teorías de la conducta delictiva? Algunos autores han alegado que un acto es delictivo únicamente si el tribunal penal ha determinado oficialmente que la persona acusada de ese acto ha cometido un delito. Esta limitación en la definición del delito es adecuada mientras el estudioso esté interesado fundamentalmente en problemas administrativos... Por contra, el criminólogo que está interesado en una teoría de la conducta delictiva, necesita saber sólo que un cierto tipo de actos son definidos legalmente como delitos y que una persona determinada ha cometido un acto de esta clase... Y para este propósito la decisión de un tribunal no es más esencial de lo que lo sería para [validar] cierto conocimiento en química o biología.” (Sutherland, 2000 [1945]: 88, cursivas mías).

Defenderé en lo que sigue de este trabajo el argumento de que el conocimiento que puede llegar a producir la investigación científico-social de la conducta delictiva, indudablemente valioso e indispensable para los ciudadanos de una sociedad democrática, no puede en ningún caso elevarse por encima del conocimiento legal al respecto. Es decir, no se aceptará como *a priori* de esta investigación el axioma de base de la sociología crítica que sostiene que el sociólogo *investiga mejor la realidad social que los agentes sociales*, y en particular mejor que los tribunales de justicia. En particular defenderé la tesis de que los procedimientos de “producción de verdad” propios de la prueba forense y la investigación judicial (la producción tecnológica y la evaluación *legal* de la “fuerza probativa” de testimonios orales e indicios materiales) carecen de parangón con cualesquiera otras críticas “científicas” al uso de la realidad natural o social. Por la sencilla razón de que abarcan y subsumen en su interior cualesquiera otras prácticas disponibles de verificación objetiva, incluidas las propias de la investigación científica. Para sostener una tesis tan peliaguda como

²⁹ Paul W. Tappan, “Who is the Criminal”, *American Sociological Review*, 1940, 12: 96-102.

esta desde el punto de vista de la propensión crítica de la ortodoxia sociológica, será inexcusable ofrecer pruebas empíricas, a lo largo de los capítulos siguientes, de que la aparentemente incuestionable validez de los ejemplos escogidos por Sutherland para apoyar su hipótesis de que es posible erigir un conocimiento científico de la realidad de rango epistemológico superior al conocimiento producido a través de procedimientos legales, puede en efecto ser cuestionada.³⁰

Así lo muestra de hecho el creciente cuerpo de literatura investigadora sobre la construcción mutua, en la situación adversarial del proceso judicial, de las normas de aceptabilidad legal de la evidencia científico-forense y los estándares de consistencia científica de las decisiones judiciales y las normas legales (Smith y Winne, 1989; Jasanoff, 1996; Reece, 1998; Freeman y Reece, 1998). Y muy especialmente los estudios sobre la deconstrucción radical de los hechos científicos en el contexto de los “grandes casos judiciales”, las máquinas de producción de conocimiento más complejas y sofisticadas de las que disponemos en nuestras sociedades, cuya puesta en funcionamiento moviliza cantidades inconmensurables de energía colectiva con el propósito de producir una respuesta práctica a problemas circunscritos de verdad y de justicia.

Contamos con informes sociológicos detallados sobre las durísimas “pruebas de esfuerzo” (en muchos casos, demolidoras) a las que fue sometida la credibilidad de los testimonios expertos de peritos forenses oficiales e investigadores académicos altamente reputados en campos muy diversos de las ciencias biomédicas (cirujía, anatomía patológica, medicina clínica, epidemiología, toxicología, farmacología, biología molecular, genética de poblaciones, química orgánica, etc.) en algunos de los procesos judiciales que han tenido mayor repercusión pública a nivel internacional a lo largo de las dos últimas décadas. Así el aluvión de demandas desencadenado por la publicación de diversos estudios científicos sobre los efectos cancerígenos de los implantes mamarios de silicona (Angell, 1996); el “macrojuicio” de la sangre contaminada en Francia (Hermitte, 1996), el juicio por homicidio

³⁰ “Puesto que las necesidades de un litigio judicial requieren con frecuencia la reelaboración de materiales científicos previamente elaborados para obtener nuevas conclusiones que tienen un propósito diferente que las anteriores, los documentos legales pueden ser considerados de forma productiva, como una especie de inscripciones científicas de segundo-orden: ello no mina su estatus epistemológico, sino que reconoce el ‘lugar’ que ocupan por lo general en el orden temporal [de la producción de conocimiento] [...] Antes de que puedan ser admitidos en un entorno jurídico, o que puedan ser empleados como fuentes autorizadas en un pronunciamiento judicial, las pretensiones científicas al conocimiento deben en primer lugar satisfacer ciertos requisitos legales. Es también importante reconocer que las inscripciones legales del conocimiento pueden a su vez retroalimentar sobre las decisiones de los propios investigadores científicos, y sobre el modo como llevan a cabo sus investigaciones.” (Edmond y Mercer, 2000: 284-85).

contra el ex-jugador de *football* americano y estrella de la televisión OJ Simpson, que fue televisado a millones de telespectadores en todo el mundo a lo largo de nueve meses durante 1995 (Jasanoff y Lynch, 1998) o la larga trayectoria judicial (1983-1993) del popular analgésico, Bendectin, presunto cusante de malformaciones fetales (Edmond y Mercer, 2000).³¹

Pero el fenómeno de la “sociedad litigante” (Lieberman, 1981) es sólo la punta del iceberg de un fenómeno histórico-político más amplio. Tras la definitiva institucionalización cultural, en el contexto de los primeros grandes *affaires* públicos sucedidos a finales del siglo XIX y cuyo epítome es el famoso caso Dreyfus, de ese extraño “cuerpo político sin órganos” (Tocqueville) que es la *opini3n p3blica*, puede hablarse de la instauraci3n de un nuevo tipo de configuraci3n social de la vida pol3tica, que Boltanski ha denominado la “sociedad cr3tica” (Boltanski, 1990: 54-63). Desde el punto de vista del investigador social, la caracter3stica m3s relevante de la sociedad de la cr3tica en la que habitamos es que en su arena p3blica los informes del soci3logo acad3mico compiten muchas veces en igualdad de condiciones, tanto epistemol3gicas como pr3cticas, con los an3lisis cr3ticos formulados por otros muchos actores sociales (administraci3n, tribunales de justicia, partidos pol3ticos, sindicatos, asociaciones profesionales, ONGs, colectivos sociales), una parte de los cuales est3n adem3s expl3citamente dirigidos a desmontar los argumentos de la cr3tica sociol3gica, denunci3ndolos como “pretendidamente cient3ficos” (Gusfield, 1981). Ante este panorama tan complicado una de las pocas opciones fruct3feras que le quedan a la pr3ctica de la investigaci3n social, continuamente amenaza de caer en un relativismo postmodernista que se deslegitima en su propio movimiento o bien regresar al viejo lenguaje de la denuncia panfletaria (Boltanski y Th3venot, 1991: 321), es la de adoptar una aptitud radicalmente *pragm3tica* ante los hechos y los discursos estudiados cuyo modelo de competencia emp3rico es la labor del “juez de instrucci3n”.

“El trabajo del soci3logo de la cr3tica es comparable al de un juez de instrucci3n que difiriese hasta el infinito el momento de la conclusi3n de su expediente, all3 donde, apoy3ndose en las pruebas que ha acumulado o sobre su “3ntima convicci3n” -esto es sobre su propia capacidad de formular juicio sint3ticos- proporcionaria un informe definitivo sobre el caso con la intenci3n de cerrarlo sobre s3 mismo condens3ndolo en un relato que “no necesitase informaci3n suplementaria alguna para que un auditor pudiese comprender el sentido de las acciones de las que se informa.” (Chateauraynaud, 1989: viii). Como

³¹ Para las pruebas de esfuerzo legal coresondientes a las que son sometidos los economistas expertos en teor3a de la organizaci3n industrial en las vistas judiciales preliminares donde se determina el grado de aceptabilidad de la evidencia cient3fica presentada por las partes en juicios por delitos contra las leyes *antitrust* véase Gavil (1997).

el juez, el sociólogo de la crítica pone en escena un proceso recogiendo e investigando los informes de los actores, y su informe de investigación es por tanto un proceso verbal de estos registros, un informe de informes. El sociólogo ha de comprometerse entonces a seguir mucho más de cerca a los actores en su trabajo interpretativo... y a tomarse en serio sus argumentos y las pruebas que aportan al proceso, sin tratar de reducirlos o descalificarlos oponiéndolos a una interpretación más fuerte.” (Boltanski, 1990: 56-57).

De la sociología del derecho a la sociología de la justicia

Con la ruptura entre filosofía política y ciencia social que trajo consigo el proyecto ilustrado de la modernidad, se ha hecho cada vez más difícil indagar sobre la lógica de aquellos cursos de acción social situada a lo largo de los cuales los agentes transitan sin solución de continuidad de los juicios de hecho (el mundo de las *apreciaciones cognitivas*) a los juicios de valor (el mundo de las *calificaciones morales*). La justificación epistemológica de los fundamentos filosófico-naturales esgrimidos originalmente por Thomas Hobbes para, a su vez, justificar políticamente el naciente monopolio estatal sobre la violencia legítima como único remedio consistente contra el desorden civil generalizado³² sólo puede entenderse si se conoce la íntima conexión pragmática entre la nueva ciencia del Leviatán y la primera *controversia experimental* digna de tal nombre que, al objeto de determinar la naturaleza real y las causas verdaderas de ciertos “extraños” fenómenos neumáticos (notablemente, el llamado “espacio de Torricelli”), tuvo lugar en Inglaterra a mediados del siglo XVII.

Cuestiones de hecho y cuestiones de derecho: el proceso legal como máquina de conocimiento sociológico de sentido común

Este es el argumento de una interesante obra de investigación historiográfica sobre el origen, no tanto “ritualmente sobredeterminado” (Moya, 1984: 249-50) como *pragmáticamente convenido* (Wittgenstein), de la divisoria moderna entre Razón Científica y Razón de Estado, en la que los historiadores de la ciencia británicos Steven Shapin y Simon Schaffer (1985)

³² “El título que Hobbes da a su obra es altamente significativo: Leviatán es el monstruo bíblico cuyo supremo poder no admite par en la tierra (Job, 41, 25-26); sólo la cólera de Dios puede contra él, simbólica encarnación del poder político de Egipto, opresor y esclavizador del pueblo de Israel, elegido Reino de Dios según el “pacto” con Abraham y Moisés... Desde el propio sentido simbólico de tal nombre, el Leviatán, en cuanto modelo político del Estado absoluto, es la negación del arquetipo político-religioso del Reino de Dios.” (Moya, 1984: 264-265).

reconstruyen la disputa, indisociablemente experimental y gubernamental que, en el contexto de la Restauración de la monarquía inglesa con el regreso del rey Carlos II tras una sangrienta guerra civil a la que siguió el período del Protectorado de Lord Cromwell, enfrentó cara a cara dos concepciones unitarias del mundo: la de Thomas Hobbes, físico-politólogo aferrado a una visión artificialista del orden social para la cual se apoyaba en una concepción estrictamente mecanicista del mundo físico, y la de Robert Boyle, politólogo-físico, inventor de una conocida tecnología de prueba experimental, la bomba de vacío.

Boyle es asimismo el patentador de una tecnología literaria que alcanzaría en poco tiempo una dimensión cultural quasi-universal: el régimen moral de enunciación (los marcadores textuales de “buena fe” y “modestia”) que deben emplear aquellas personas que pretenden comunicar a los demás “cuestiones de hecho”. Más precisamente, lo que fue “inventado” por Boyle y sancionado por sus colegas de la Royal Society fue ese “juego de lenguaje” donde se forman una clase especialmente disuasoria de admoniciones (“Invito a todo aquel que crea que las leyes de la física son meras convenciones sociales a que trate de transgredirlas desde la ventana de mi apartamento. Vivo en el piso número 21.”³³) que llamamos “hechos científicos” (Shapin y Schaffer, 1985: 150).

La tesis central que sostienen Shapin y Schaffer es, resumida, la siguiente. Con la resolución final de la ancestral querrela de la filosofía natural sobre el modo legítimo de argumentar sobre la existencia del vacío, en la que la primera comunidad científica de pares que conocemos (la flamante Royal Society de Londres) declaró vencedor al régimen de prueba experimental abanderado por Boyle frente a la metodología geométrico-deductiva representada por las posiciones de Hobbes, parece haber quedado definitivamente esbozada la abrupta frontera práctica que separa hoy al conocimiento verdadero sobre las cosas del conocimiento necesario para el buen gobierno de los humanos. La sentencia final del caso Hobbes-Boyle constaba de dos cláusulas legislativas paralelas que rigen desde entonces, con mayor o menor éxito, la empresa toda de la ciencia occidental. Por un lado, se declaró que las proposiciones que, desde Popper, llamamos “falsables”, esto es, aquellas estrictamente respaldadas por datos experimentales, por tanto siempre empíricamente dubitables y

³³ Reproduzco aquí textualmente la “advertencia” (o más bien *amenaza*) incluida en la nota 3 del “final report”, publicado originalmente en 1996 por la revista *Dissent*, donde el travieso Alan Sokal discute los resultados finales de su *experimentum crucis* sobre la debilidad de los dispositivos de protección contra el fraude intelectual de los que dispone la academia internacional de los “estudios culturales” (cf. A. Sokal, “Transgredir las fronteras: un epílogo”, reproducido como Apéndice C en Sokal y Bricmont, 1999: 283-294, la cita es de la p. 284).

teóricamente ambivalentes, son las únicas certezas, reconocidamente *débiles*, de las que puede proveernos el estudio organizado de un tipo de *orden metafísico*, el orden de las cosas de la naturaleza, que, en su mayor parte, no ha sido *aun* modificada por la mano del hombre.

El segundo punto de la sentencia del caso Hobbes-Boyle -acta legislativa fundacional de lo que Bruno Latour ha dado en llamar “Constitución moderna” de la sociedad (Latour, 1990)- es también de sobras conocido, aunque las infinitas situaciones vitales que nos hacen recordar su vigencia no sean, en nuestro entorno académico, todo lo frecuentemente exploradas que algunos quisiéramos. Dice así: dada su débil potencia normativa, las certezas que produce la ciencia experimental *no son admisibles como principio duradero de normalización social*. Esta segunda cláusula puede también interpretarse del modo siguiente: quedó también legislado que el único principio asegurador capaz de garantizar por sí sólo la cientificidad del conocimiento social es la existencia de un sistema efectivo de poder político *y no de un método científico*, vgr. la aplicación de un “conjunto de reglas para llevar a cabo una investigación.”³⁴

La ignorancia –o mejor sería decir, el olvido- de esta segunda *verdad histórica* sobre nuestro mundo, correlativa de la primera, puede ser causa de tremendas meteduras de pata empíricas cuando, quienes se ganan la vida custodiando el primero de ambos dogmas, intentan aventurarse en los dominios del segundo. Algunas tan ‘sokalescas’ como las que se contienen en el siguiente comentario sobre lo “indubitable” de la evidencia producida por “las mejores” investigaciones forensico-policiales:

“Consideremos un ejemplo intermedio entre el conocimiento científico y el conocimiento ordinario: las investigaciones policiales. Hay casos en los que ni el escéptico más recalcitrante pondrá en

³⁴ “Los programas filosóficos de Hobbes y Boyle estaban ambos igualmente preocupados por el problema del asentimiento y el consentimiento [*assent*], pero sus soluciones eran radicalmente diferentes. Según la postura de Boyle el asentimiento debía asegurarse mediante la producción de hallazgos experimentales, traducidos como cuestiones de hecho a través del testimonio colectivo... El programa estaba, por tanto, fundado sobre la colectivización de la experiencia sensorial individual... Para Boyle el tipo de obligación [*compulsion*] que tal empresa debería producir en los demás era sólo parcial, pues debía seguir existiendo espacio para discrepar, siendo la tolerancia considerada como elemento esencial para el mantenimiento de este obligación parcial y liberal... Para Hobbes en cambio la guerra civil era el único resultado posible de cualquier programa de conocimiento que fuese incapaz de asegurar una obligación absoluta... Cualquier solución válida al problema del conocimiento debería ser a la vez una solución al problema del orden social. Y tal solución habría de ser absoluta. De modo que Hobbes optó por ir más allá del individuo, de su poco fiable experiencia sensorial, y de la categoría de creencia individual. ¿Donde entonces podría, según Hobbes, residir la obligación? Hobbes localizó su solución no en la creencia ni en el testimonio sino en el comportamiento, no en el individuo sino en lo social... La fuerza mediante la cual se logra la sumisión es la fuerza delegada de todos aquellos que entran en la sociedad y viven en ella como seres sociales... La fuerza de la lógica es la misma que la fuerza mediante la cual el Leviatán garantiza la sumisión: es la fuerza delegada de la sociedad, actuando sobre las capacidades naturales de razonamiento de todos los hombres.” (Shapin y Schaffer, 1985: 152-53).

duda que, en la práctica, se ha encontrado realmente al culpable. Uno puede, en definitiva, tener el arma del crimen, las huellas dactilares, muestras de ADN, documentos, un móvil, etc. [...] Nadie duda de que, por lo menos en algunas investigaciones (las mejores) el resultado obtenido se corresponda con la realidad.” (Sokal y Bricmont, 1999: 70-71)

Afirmaciones como ésta demuestran un desconocimiento flagrante de la naturaleza del procedimiento legal de “descubrimiento público de la verdad” que hemos inventado en nuestras sociedades. La garantía de un juicio justo sólo puede estar basada en la posibilidad de “poner radicalmente en duda” los resultados de las pericias forenses llevadas a cabo por los expertos al servicio de la policía. ¿Cual es si no la función que nuestras leyes procedimentales asignan al fiscal sino es la de adoptar un “escepticismo recalcitrante” respecto a los resultados obtenidos por (las mejores) investigaciones policiales? Otro tanto puede decirse del talante, *crítico por definición*, con el que los abogados de la defensa y de la acusación y, por supuesto, los jueces han de ponderar los resultados de las pruebas periciales que la investigación policial aporta en un juicio –incluidos los de aquellas más aparentemente científicas, como las pruebas de ADN.

El delirante filosofema positivista con el que Sokal y Bricmont creen poder desembarazarse de la peliaguda, fundamental cuestión de las muy tormentosas relaciones entre verdad científica y justicia legal a lo largo de la historia, no resiste la confrontación con los datos que nos ofrece la investigación empírica sobre la vida *real* de las evidencias forenses. Un ejemplo especialmente interesante de este tipo de investigación, por cuanto cuestiona también el dogma del monopolio sociológico sobre las competencias críticas de un grupo social, es un reciente informe de Michael Lynch, etnometodólogo de la Universidad de Cornell sobre el modélico trabajo de “deconstrucción sociológica” llevado a cabo por los abogados de la defensa en el famoso juicio contra el ex-jugador de *football* americano y estrella de la televisión OJ Simpson para lograr desacreditar los criterios de estandarización científica y validación legal al uso en el contexto judicial para construir los resultados de pruebas de identificación de sujetos mediante análisis comparativos de muestras de ADN como “evidencia inculpatoria”.

“En el juicio del *Estado de California contra Orenthal James Simpson...* la acusación presentó como evidencia forense ante el tribunal el resultado de pruebas periciales de “huellas de ADN” y la defensa por su parte emprendió una investigación sistemática sobre las prácticas locales, las contingencias organizacionales y las controversias técnicas asociadas con la construcción de esta clase de evidencias. Aunque los esfuerzos deconstructivistas de la acusación no estaban guiados por un motivo académico, en gran medida los abogados y sus consultores expertos hicieron uso de métodos de investigación, material documental y modos de argumentación que podrían ser compatibles con la práctica académica de los

estudios sociales sobre ciencia y tecnología. [...] La amplia cobertura mediática que se dio al juicio proporcionó numerosos comentarios, análisis e interpretaciones, muchos de los cuales anticipaban líneas familiares de argumentación sociológica sobre fuentes de contingencia y controversia. Durante el juicio, parecía muchas veces como si cualquier cosa que un sociólogo pudiera querer decir sobre el caso muy probablemente habría sido dicho ya por un abogado, un testigo experto, un comentarista académico o, más generalmente, por un comentarista vulgar como el infame presentador de talk-show Geraldo Rivera.” (Lynch, 1998: 830-31).

En una nota a pie tan exasperada como divertida, Lynch hace partícipe al lector de su propia desazón profesional, al ver como sus propios “informantes” se le “adelantaban” continuamente, formulándole pertinentes análisis sociológicos de la controversia, que el investigador creía haber descubierto con antelación.

“Como sociólogo que ha pasado varios años estudiando el tema [de las controversias científico-legales] puedo dar fe del peculiar sentimiento de desposesión que sufría una y otra vez al descubrir que ‘mis’ intereses analíticos habían sido ‘apropiados’ por los actores del drama que yo estaba estudiando. Era como si los hallazgos de mi investigación estuviesen continuamente siendo ‘espidados’ por mis propios informantes. Todos ‘mis’ argumentos sociológicos estaban siendo formulados como parte del desarrollo del juicio que yo estaba estudiando, sin ninguna necesidad de intervención por mi parte.” (Lynch, 1998: 858, n. 8)

En un trabajo anterior (Lynch y Bogen, 1996) en el que examinaban la batería de operaciones comunicativas y narrativas empleadas por el Teniente Coronel Oliver North, miembro del Consejo Nacional de Seguridad de EE.UU., en su “exitoso” testimonio televisado ante la Comisión del Senado americano que, durante el verano de 1987, investigó el llamado caso “Irán-Contra”, Lynch había llamado ya la atención sobre este curioso hecho: el repertorio completo de las técnicas argumentativas de “deconstrucción textual” de las metanarrativas objetivistas (históricas, filosóficas, científicas, etc.) suele ser empleado en la práctica comunicativa de contextos institucionales de interacción social (tribunales, audiencias públicas) por personas que se encuentran en el extremo opuesto del espectro político en cuyo margen izquierdo suelen posicionarse los académicos postmodernistas que llevan a cabo la labor de justificación teórica y fundamentación metodológica de dichas técnicas.³⁵

³⁵ “Although the public avowals of truthfulness, and of a respect for truth, made by spokesmen for the Reagan administration [durante] did not express a postmodern vision of historical knowledge, these spokesmen evidently were adept at putting such a vision to practical use. The great irony is that critical, postmodern, and oppositional strategies are generally supposed to be congruent with a progressive cultural politics, and yet the most astute and well-trained practitioners of postmodern politics may well turn out to be affiliated with such groups as the NSC staff and the CIA. The antiobjectivist vision of historical knowledge was used at the Iran-contra hearings to construct an avowedly fragmentary, equivocal, and therefore fragile history, and to pass it off for what really happened in the Iran-contra affair.” (Lynch y Bogen, 1996: 66).

Pero el papel subordinado de los datos científicos, bajo la forma de evidencia forense, en el contexto de la investigación judicial, no es sino una de las muestras más evidentes de la impotencia normativa más genérica del conocimiento científico experimentalmente producido. Más allá del ámbito exclusivo de las disputas legales, la capacidad para construir argumentos críticos con el objetivo de desmontar las bases teóricas y metodológicas de los “hechos objetivos” sobre los que sustentamos nuestros juicios de atribución, puede considerarse como una de las *competencias cognitivas* más notorias del sentido común de la justicia que todos ponemos insensiblemente en práctica en nuestra vida cotidiana. De hecho, sólo así puede explicarse la persistencia cotidiana en nuestras sociedades de desacuerdos duraderos sobre “la realidad de las cosas” tanto entre los ciudadanos de a pie como entre los expertos de un mismo campo.

Cualificar y juzgar

El marco teórico de referencia de buena parte de críticas sociológicas de la regulación jurídica de los riesgos industriales y las operaciones de ingeniería financiera que hemos presentado más arriba, es el modelo dinámico de estructuración social -el esquema de la lucha por el monopolio de la autoridad simbólica en el seno de campos sociales de conocimiento especializado- desarrollado por el sociólogo francés Pierre Bourdieu y aplicado por el mismo a una crítica sistemática del universo jurídico (Bourdieu, 2000). La cesura radical -“ruptura epistemológica”- que, en la obra de Bourdieu, separa la moralidad miope de los actores sociales (demandados, demandantes, abogados de ambas partes, jueces, legisladores, etc.) y la presciencia infinita, bien que “neutral a los valores”, del científico social, no es sólo la principal regla del método de su sociología del derecho³⁶, sino que constituye sobre todo la condición epistemológica de posibilidad de su sistema general de

³⁶ “Sin duda es en los trabajos de la sociología de los profesionales del derecho donde la relación entre sociología y derecho es más asimétrica –y más crítica. La sociología de las profesiones, sobre todo la de las más prestigiosas, ha mostrado los beneficios que pueden obtenerse de una clarificación de los motivos y los intereses que no se corresponden con las justificaciones ofrecidas por los propios profesionales. Un paso más allá de la sociología de las profesiones, la puesta evidencia de las oposiciones estructurales que se reproducen entre campos sociales diferentes ha permitido poner de manifiesto las líneas de fractura sistemática asociadas con la distribución desigual de los recursos y la divergencia de intereses en un espacio social previamente unificado por un lenguaje común. Desde esta perspectiva, las actividades de los juristas se asemejan a juegos de competencia y distinción regidos por un orden subyacente que el investigador sociológico desvela bajo las legitimaciones diversas que ofrece el discurso de los actores.” (Thévenot, 1992: 1279).

crítica sociológica del conocimiento social de sentido común (Boltanski, 1990: Parte I).³⁷

¿Es posible elaborar una posición teórica alternativa a la de esta crítica sociológica de la dinámica estructural de los campos sociales que nos permita comprender el trabajo de los profesionales del derecho como una actividad de juicio³⁸ consistente con los parámetros de nuestro sentido ordinario de la justicia?

Sobre la base de sus trabajos previos sobre la construcción de diferentes teorías de “lo probable” –en el doble sentido de aquello que puede ser puesto a prueba y aquello que posee una probabilidad- en el seno de sistemas de prácticas sociales tan diferentes como la elaboración de estadísticas sociales, la ingeniería de sistemas de organización industrial o el diseño experimentos en psicología cognitiva sobre reconocimiento de patrones y categorización de prototipos (Thévenot, 1983 y 1984; Boltanski y Thévenot, 1983), el economista y sociólogo Laurent Thévenot, verdadero *factotum* de la ciencia social francesa, ha destacado la noción de *cualificación* como categoría analítica central común a las tradiciones de la hermenéutica legal y la sociología interpretativa. La operación de cualificación es una operación de generalización: consiste en comparar y poner en relación una persona, objeto, acto o situación singular con otra u otras personas, objetos, actos o situaciones singulares con el objeto de definir una categoría más amplia de personas, objetos,

³⁷ La “ruptura epistemológica” sobre la que se erige la crítica científica del conocimiento social de sentido común ha sido llevada hasta su consecuencia última por el programa de investigaciones examinado más arriba sobre la genealogía del derecho social (Castel, 1984; Ewald, 1986: 53-197; Knights y Vurdubakis, 1993) y la historia política de las mentalidades de gobierno bienestarista y liberal avanzada (Rose, 1999) de Foucault y sus colaboradores. Esta última consecuencia no es otra que el abrazo consciente y explícito del más ferozmente totalitario de los dogmas filosóficos negativos (Boltanski y Chiapello, 1999: 160): el “plano de inmanencia” de Spinoza-Nietzsche-Deleuze, universo nihilista donde los valores morales se contraponen e invierten mutuamente, peleando a muerte entre sí. “La búsqueda de sentido, que sin desfallecer disuelve y examina de nuevo todas las teorías y reglas aceptadas, puede en cualquier momento volverse contra sí misma, por así decirlo, y producir una inversión en los antiguos valores y declararlos como “nuevos valores”. Esto, hasta cierto punto, es lo que Nietzsche hizo cuando invirtió el platonismo, olvidando que un Platón invertido todavía es Platón, o lo que hizo Marx cuando dio la vuelta a Hegel, produciendo en este proceso un sistema estrictamente hegeliano de la historia. Tales resultados negativos del pensamiento serán posteriormente usados durante el sueño, con la misma rutina irreflexiva que los antiguos valores, en el momento en que son aplicados en el dominio de los asuntos humanos, es como si nunca hubieran pasado por el proceso de pensamiento.” (Arendt, 1995b [1971]: 126).

³⁸ “La crítica sociológica de las estrategias de los profesionales del derecho y del poder de los instrumentos de normalización, al igual que la primacía reconocida por ciertos juristas y sociólogos a las normas sociales, es puesta en cuestión por otros juristas que deploran en estas posiciones el abandono de la especificidad del derecho y especialmente del acto de juzgar. Lo posición de estos últimos juristas no implica de forma ineluctable el regreso a un positivismo legalista caracterizado por una jerarquía de normas y una reducción del acto de juzgar a un silogismo. De hecho han sido los propios juristas quienes han contribuido a cuestionar el positivismo legal basándose en una tradición hermenéutica que ha influenciado igualmente a las ciencias sociales.” (Thévenot, 1992: 1281)

actos o situaciones donde los términos de la comparación puedan ser subsumidos.³⁹ En segundo lugar, la operación de cualificación busca hacer compatible aquella regla de pertenencia común con una regla de ordenamiento que permita recuperar determinados aspectos de lo singular dentro de la generalidad bajo un lenguaje formal de la diferencia, como la aritmética o la taxonomía. Aquellas construcciones lingüísticas que permiten articular una regla de pertenencia común y un principio de ordenamiento *juicio*.

Desde este punto de vista, los juicios legales son una variedad particular de juicios de sentido común cuya particularidad esencial es que, mientras los juicios ordinarios permiten formular generalizaciones muy amplias a partir de elementos singulares (“este cuadro es valioso”, “esta niña es guapa”, “esta persona es buena”), los juicios legales tener estrictamente limitada su capacidad generalización a ámbitos muy limitados de personas, objetos, actos y situaciones previamente cualificados por la ley (“a efectos legales, una obra de arte es considerada un bien de carácter mueble”, “el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido”, “en el desempeño normal de su actividad profesional, las personas estarán sujetas a las reglas de atención y cuidado generalmente aceptadas en su comunidad de referencia”).

“El juicio del magistrado está limitado por una regla a aplicar que limita el campo de investigación de los hechos y determina una cualificación en relación a esta regla. Los órdenes de justificación que hemos estudiado en las disputas ordinarias suponen, por contra, la producción de cualificaciones generales. Permiten englobar dentro de un mismo tipo de evaluación situaciones muy diversas que se hallan así comparadas. Es precisamente en aquellos casos donde el ajuste [entre un caso y un categoría general] no se ha podido realizar dentro de los límites de una situación o de una acción local cuando la crítica toma la palabra y se elevan las justificaciones. Críticas o justificaciones que no se refieren a la transgresión o la interpretación de una regla particular o a la apreciación de una acción particular, sino que se despliegan a lo largo y ancho de un modo general de evaluación, un orden de legitimidad moral [*ordre de grandeur*] que hace commensurables entre sí acciones y reglas muy diversas.” (Thévenot, 1992: 1287).

Al renunciar a reducir las formas prácticas de expresión propias del juicio legal a la

³⁹ “La confrontación entre el derecho y las ciencias sociales puede ser particularmente fructífera entorno a [la] noción [de cualificación]. El procedimiento judicial reconoce una plaza importante a la operación de cualificación. Realizada posteriormente al establecimiento de los hechos, esta operación es a su vez previa a la aplicación de una regla. Implica un enmarcado y una señalización de los elementos significativos de la situación que le son necesarios al juicio y que permiten inscribir la decisión final del juez dentro de las formas del silogismo jurídico. La operación de cualificación es facilitada por un trabajo anterior de inversión en la construcción de formas o códigos generales, los cuales permiten disponer de marcas convencionales dentro de la situación juzgada... [L]a operación de cualificación en sentido estricto que realiza el juez en relación con las reglas que aplica, actúa principalmente sobre la atribución de cualidades a las personas y a las cosas.” (Thévenot, 1992: 1286).

acción de intereses o fuerzas sociales ocultas como hace la sociología del derecho al uso⁴⁰, esta teoría pragmática de la *acción social en régimen de justificación* deja abierta e incierta la interpretación pertinente de la acción de los operadores jurídicos. Si bien, al contrario que los análisis etnometodológicos e interaccionistas del derecho, no la abandona por completo a los vaivenes circunstanciales de su uso en contexto, al concentrarse de forma característica sobre el “depósito de acciones e intenciones pasadas” que alberga la memoria física de los objetos. La “puesta en escena” de un conjunto de objetos bajo el modo de un *dispositivo* material (mobiliario) o técnico (maquinaria) es lo que permite realmente a los actores reconocer la forma estable de una situación social a través de las rupturas y los accidentes sucesivos que pautan el despliegue entrecruzado de sus acciones (Thévenot, 1993: 278-79). En la medida en que parece rechazar tanto una como otra de las concepciones de lo legal -como producto de intereses ocultos o como “construcción social inconstructa”- que compiten entre sí por el monopolio de la autoridad científica en el campo de la sociología *crítica* del derecho, y, en todo caso, al negarse a abrazar el dogma mismo de la *crítica sociológica del derecho*, esta toma de posición podría parecerle al lector una especie de “suicidio” de la inteligencia específicamente sociológica que pretendidamente se quiere poner aquí en práctica. Y con razón, porque, en cierto modo, lo es.⁴¹

El sentido teórico de estos y otros interesantes resultados de la investigación social empírica sobre la fenomenología de las “controversias”, los “casos” y los “escándalos” públicos, lugar privilegiado en nuestras sociedades del despliegue de la más exhuberante diversidad opinática y de su propagación incontenible a través del tejido reticular de la comunicación humana, ha sido explorado, entre otros, por los sociólogos franceses Luc Boltanski y Laurent Thévenot, en un interesante trabajo de fundamentación teórica (vid. Boltanski y Thévenot, 1991: 39-60; Boltanski, 1990: 64-77) que trata de esclarecer los

⁴⁰ “El origen de [la] posición crítica del [sociólogo del derecho] puede encontrarse ya en la sociología del derecho de Weber, que pone en relación las formas del derecho con los intereses de los grupos de estatus que tienen a su cargo el ejercicio del derecho, o con los intereses de las capas capitalistas de la sociedad. En la línea de trabajos inspirados por Weber y Marx, los intereses unificadores de las conductas son tratados como las únicas generalidades sociológicamente relevantes, mientras que las justificaciones de la dogmática jurídica son enviadas al dominio de lo ilusorio.” (Thévenot, 1992: 1280).

⁴¹ “Al renunciar a proveernos de una capacidad de análisis radicalmente diferente de la de los actores que estudiamos, a partir de la cual podríamos explicar, en su puesto y mejor de lo que ellos mismos lo harían, cuáles son razones, lo que hacemos es sacrificar nuestra *inteligencia*... Renunciamos a presentar nuestra propia versión del asunto, con la intención de no tener la última palabra, y nos negamos por tanto a llevar a cabo una actividad de la que los actores no se privan. De este modo, como en el caso de [la renuncia a] las ilusiones [que funda el saber de la sociología crítica] reestablecemos una asimetría que funda y justifica nuestra actividad de investigación.” (Boltanski, 1990: 63).

principios de una práctica sociológica original orientada a la exploración de una clase característica de operaciones *pragmáticas* de conocimiento social o juicios de sentido común -como “criticar”, “justificar”, “llegar a un acuerdo”, “relativizar”, “acusar”, “defenderse” o “alertar”- donde los agentes han saber poner en práctica de forma conjunta diferentes competencias de acción de tipo *cognitivo* y de tipo *moral*.

Conclusión

Este personaje moralmente esquizofrénico (mitad investigador científico, mitad delincuente tecnológico) y definitivamente trágico (en el sentido de saberse castigado por su propia desmesura) que es el ingeniero financiero, tantas veces bendecido por los tribunales internacionales de la ciencia por su excelencia intelectual como otras tantas reprendido desde los tribunales legales por su imprudencia temeraria, ofrece una inmejorable piedra de toque para comenzar la des(re)construcción teórica de la original hipótesis sociológica, todavía promisorio a nivel empírico aunque estancada desde hace bastantes años en sus fundamentos teóricos, de la “delincuencia de cuello blanco”. Por otro lado, la reciente reedición actualizada del clásico estudio sociológico de Charles Perrow (1999 [1984]) sobre los “accidentes normales” que tienen lugar en entornos tecnológicos de alto riesgo, incluye un añadido final donde el autor defiende la pertinencia de su modelo analítico para el estudio los nuevos tipos emergentes de sistemas tecnológicos de alto riesgo durante los últimos 15 años. Junto con los desaguisados producidos por fallos de programación informática (como el fantasmagórico “efecto 2000”), Perrow destaca el caso de las catástrofes financieras asociadas con la comercialización masiva de instrumentos de derivados como otro “ejemplo de manual” de la teoría de los accidentes de carácter sistémico asociados con la complejidad interactiva de las tecnologías industriales modernas y la “tirantez” organizacional a la que se hayan sometidas en contextos productivos de mercado (Perrow, 1999: 385-387). El uso a escala masivo de productos de inversión de alto riesgo, como los futuros sobre índices bursátiles, las opciones sobre divisas o las permutas de tipos de interés, ha llegado a producir en algunos casos, como la debacle en cadena de las Savings & Loans (cajas de ahorro) estadounidenses a principios de los 90 (Torrero, 1993) o la oleada de quiebras bancarias desencadenada por los sucesivos ataques especulativos contra las divisas nacionales de

Malasia, Tailandia y Corea del Sur en el otoño de 1997, la volatilización instantánea de los ahorros de millones de personas en todo el mundo.

Sin embargo, el juicio final sobre un determinado desastre financiero, su explicación en clave de “accidente normal” o bien su cualificación como “delito tecnológico”, depende de un trabajo interpretativo a la vez técnico y más fundamental que el llevado a cabo por el sociólogo: es necesario conocer cómo se llevan a cabo en nuestro mundo las dos operaciones indisolubles de la *medición* -acción cognitiva por excelencia- y el *control* -moderno anhelo político- del *riesgo financiero*. Como paso previo al análisis específico de las operaciones de enjuiciamiento crítico a las que son sometidas las normas estándares de cualificación de riesgos financieros, presento en el capítulo siguiente las líneas generales de un programa de investigación en el ámbito de la teoría sociológica que podríamos denominar “convencionalista” (Thévenot, 1989 y 1995) o, más provocativamente, “juridicista”. Este programa se impone como tarea describir las servidumbres de justificabilidad pública o resistencia a la crítica a las que deben plegarse los juicios sobre acciones o situaciones concretas mediante los cuales las personas buscan llegar a un acuerdo que les permita coordinar sus acciones.