

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
Ciencias Sociales y Humanidades

NUEVO PENSAMIENTO JURÍDICO  
Colección dirigida por Diego Eduardo López Medina

COMITÉ EDITORIAL  
Carlos Gaviria Díaz  
Isabel Cristina Jaramillo Sierra  
Carlos Morales de Setién Ravina  
José Antonio Rivas Campo  
Luis Carlos Sotelo Castro

BIBLIOTECA GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL  
"Dr. JULIO MORENO HURTADO"  
- LA PLATA -  
Nº 70.941  
Fecha 21.02.08


# La fuerza del derecho


Pierre Bourdieu  
Gunther Teubner


Estudio preliminar  
*Carlos Morales de Setién Ravina*

5L  
20134  
B00

  
Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
EDICIONES UNIAHDES

  
Pontificia Universidad  
JAVERIANA

  
Pensar  
Instituto Pensar

  
Siglo del Hombre Editores

*Da mihi factum, dabo tibi jus*<sup>2</sup>

Una ciencia del derecho en sentido riguroso se distingue de la que comúnmente se conoce como "ciencia jurídica" donde ésta constituye el objeto de aquella. Al hacer esto se separa desde el inicio de la alternativa que domina la discusión científica sobre el derecho, la alternativa entre el formalismo, que afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica con relación al mundo social, y la del instrumentalismo, que comprende el derecho como un reflejo o un instrumento al servicio de los dominadores.

La "ciencia jurídica", tal y como la conciben los juristas y especialmente los historiadores del dere-

---

1 El término "campo" define el instrumento fundamental y probablemente la parte más innovadora de la teoría sociológica de Pierre Bourdieu. Término recurrente en todas sus obras, la idea de campo suele estar presente como un presupuesto en ellas, por lo que el lector encuentra dificultades de comprensión en ocasiones. Aquí, como en el resto de sus trabajos, "campo" tiene un significado técnico: sería el espacio de actividad social determinado por las actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo. Es así como debe entenderse a lo largo del presente artículo (para un mayor detalle sobre la teoría de campos, véase la Introducción al presente artículo). (N.T.).

2 "Dadme los hechos y yo os daré el derecho."



cho —que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y métodos—, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente a través de su “dinámica interna”.<sup>3</sup> La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se ve afirmada con la elaboración en una teoría de lo que es un modo de pensar específico; teoría que se pretende totalmente libre del peso de lo social. El intento de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” no es sino la ultra-consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales, que encuentre en sí mismo su propio fundamento.<sup>4</sup>

Cuando se critica esta clase de ideología profesional del conjunto de juristas, que se ha consolidado en un cuerpo de “doctrina”, se hace normalmente desde una posición que ve en el derecho y en la jurisprudencia un *reflejo directo* de las relaciones de fuerza existentes, es decir, un reflejo de los determinantes económicos, en particular de los intereses de los dominadores, o en otras palabras, un instrumento de dominación,<sup>5</sup>

3 Cf. por ejemplo, J. Bonnetcase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, les variations et les traits essentiels*, vol. 2, Bordeaux, Delmas, 1933.

4 El movimiento de Kelsen, fundado en el postulado de la autolimitación de la investigación al sólo enunciado de las normas jurídicas, con exclusión de toda referencia histórica, psicológica o social y de toda referencia a las funciones sociales que pueden asegurar la puesta en práctica de estas normas, es en todo parecido a aquel de Saussure por el que éste funda su teoría pura del lenguaje en la distinción entre la lingüística interna y la lingüística externa, es decir, en la exclusión de toda referencia a las condiciones históricas, geográficas o sociológicas de funcionamiento de la lengua o de sus transformaciones.

5 Se encontrará un panorama general de los trabajos marxistas en materia de sociología del derecho y una excelente bibliografía en S. Spitzer, “Marxist Perspectives in the Sociology of Law”, en *Annual Review of Sociology* 9, 1983, pp.103-124.

como bien expresa el lenguaje del *aparato*, revivido por Louis Althusser.<sup>6</sup> Los marxistas conocidos como estructuralistas,<sup>7</sup> víctimas de una tradición que cree haber terminado con las “ideologías”, cuyas funciones ha indicado (“el opio del pueblo”), han ignorado paradójicamente la *estructura* de los sistemas simbólicos y la forma específica del discurso jurídico, en lo que se refiere a nuestro caso concreto. Y ello porque, a pesar de reiterar la afirmación ritual de que las “ideologías” gozan de autonomía relativa, han omitido preguntarse sobre los fundamentos sociales de esa autonomía. Siendo más precisos, han olvidado la pregunta sobre qué condiciones históricas debían cumplirse para que pudiera surgir, con la ayuda de las luchas que se dan en el seno del campo del poder, un universo social autónomo, capaz de producir y de reproducir un cuerpo jurídico relativamente independiente de imposiciones

6 Bourdieu se está refiriendo a la discusión de Althusser sobre ideología y derecho en “Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Toward an Investigation)”, en: *Lenin and Philosophy* 127, pp.135-136. El concepto de “autonomía relativa” se desarrolla en algunas versiones de la teoría marxista para indicar que, aunque la economía sigue determinando la existencia social en “última instancia”, algunos aspectos de la vida social se encuentran *relativamente* libres de ser determinados por la base económica, que sólo intervendría en casos de conflicto abierto entre la economía y los otros niveles. Serían precisamente las superestructuras —el derecho, la política y la ideología— las que gozarían de esa autonomía relativa. (Nota del traductor).

7 El estructuralismo pretende estudiar los fenómenos culturales a partir de sistemas de significación que considera propios a cada uno de ellos, pero sin referencia a ningún elemento fuera del sistema, como si el mismo sistema fuese capaz de proporcionar todas las claves para aprehender los significados. Bourdieu ha manifestado su rechazo a la postura ética del estructuralismo en numerosas ocasiones (véanse sus comentarios sobre el estructuralismo de Althusser o sobre la teoría estructuralista en las entrevistas contenidas en *Choses dites*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1987), pero al mismo tiempo es innegable que en su análisis crítico rescata lo que considera necesario de ese proyecto (cf. “Structuralism and Theory of Sociological Knowledge”, 1968. [Nota del Traductor]).



externas, gracias a la lógica de su funcionamiento específico. Por ese camino se impedía determinar cuál era la contribución específica que el derecho, en virtud misma de su forma, pudiera aportar al cumplimiento de sus supuestas funciones. Y la metáfora arquitectónica de la infraestructura y la superestructura, que constituye el sostén de los usos corrientes de la noción de autonomía relativa, continúa guiando a los que creen romper con el economicismo.<sup>8</sup> Estos críticos, para restituir al derecho su eficacia histórica, se contentan con afirmar que se encuentra "profundamente imbricado en la base misma de las relaciones productivas", tal y como hace, por ejemplo, Edward P. Thompson.<sup>9</sup> Una vez más, la preocupación por situar el derecho en el lugar profundo de las fuerzas históricas, impide percibir dentro de su especificidad el universo social concreto en el cual se produce y se ejerce el derecho.

Para romper con la ideología que defiende la independencia del derecho y del cuerpo de juristas sin caer en la visión opuesta, es necesario tener en cuenta lo que las dos visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común: la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima,<sup>10</sup>

8 El economicismo vendría a ser la manifestación extrema del determinismo económico y representaría la posición de la teoría marxista que tiende a considerar irrelevante cualquier modo de producción social que no sea el económico. (Nota del traductor).

9 E.P. Thompson, *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, New York, Pantheon, 1975, p. 261. Thompson es un conocido historiador inglés de inspiración marxista, autor del libro ya clásico *Making of the English Working Class*, 1963, y autor también de un importante ataque a la teoría de Althusser en *The Poverty of Theory and Other Essays* 1978. (Nota del traductor).

10 Para Bourdieu, la violencia legítima se ejerce mediante la imposición de representaciones simbólicas, como el lenguaje, los conceptos, las descripciones, las divisiones categóricas, etc. sobre receptores que poco pueden hacer para rechazarlas. (Nota del

cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física. Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo<sup>11</sup> cuya lógica específica está doblemente determinada: en primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él; en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas.

Sería necesario examinar en este momento todo aquello que separa la noción de campo jurídico como espacio social de la noción de sistema tal y como se desarrolla, por ejemplo, en la obra de Luhmann. Luhmann, en nombre de la negación totalmente legítima del reduccionismo, propone en su teoría de sistemas "la autorreferencia" de las "estructuras legales", un concepto que confunde las estructuras propiamente simbólicas (el derecho propiamente dicho) y las instituciones sociales que las producen. Se comprende el porqué la teoría de sistemas proporciona hoy en día un marco ideal para la representación formal y abstracta del sistema jurídico,<sup>12</sup> en la medida en que presenta bajo un nuevo nombre la vieja teoría del sistema jurídico que se transforma

11 Sobre la teoría de funcionamiento del campo, véase la Introducción.

12 Niklas Luhmann, *Soziale System, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984; "Die Einheit des Rechtssystem", in: *Rechtstheorie*, 14, 1983, pp. 129-154. La teoría de Luhmann, que en su última evolución se conoce como teoría de los sistemas autopoieticos (sistemas que se reproducen a través de la producción de sus propios elementos) tiene un carácter constructivista y la sociedad no estaría formada por individuos, sino por comunicaciones, que irían conformando distintos subsistemas sociales con la función de reducir la creciente complejidad social. Véase el artículo previo de Gunther Teubner para una primera aproximación a la extensa y complicada teoría de Niklas Luhmann. (Nota del traductor).



según sus propias leyes. Al no poder percibir el orden propiamente simbólico de las normas y las doctrinas (es decir, la esfera de las tomas de posición o el espacio de lo posible) que encierra un potencial objetivo de desarrollo, o dicho de otra forma, de direcciones de cambio, como sugieren Nonet y Selznick, pero que no contiene en sí mismo su propia dinámica, y al no poder percibir tampoco el orden de las relaciones objetivas entre los agentes y las instituciones en competencia por el monopolio del derecho al decir qué es derecho, la teoría de sistemas no puede comprender que el campo jurídico encuentra su principio de transformación en sí mismo, en las luchas ligadas a los intereses asociados a las distintas posiciones, a pesar de que tome del espacio de todas las perspectivas el lenguaje en el que se expresan esos conflictos.

## LA DIVISIÓN DEL TRABAJO JURÍDICO

### I

En el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (*nomos*) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de *interpretar* (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social. Es sólo a condición de reconocer esto que se puede ser consciente de la autonomía relativa del derecho y del efecto propiamente simbólico de desconocimiento que resulta de la ilusión de su autonomía absoluta con relación a las presiones externas.

La rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados del pasado contribuye a

hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las intuiciones ingenuas de la equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema de normas jurídicas aparezca a aquellos que las imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen, como *totalmente independiente* de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra.

Como nos muestra la historia del derecho social de manera clara y especialmente adecuada,<sup>13</sup> el derecho registra en cada momento un estado de relación de fuerzas y ratifica con ello las conquistas de los dominadores, que quedan convertidas de esa forma en acervo reconocido (lo cual tiene el efecto de inscribir en su estructura misma una ambigüedad que contribuye sin duda a su eficacia simbólica). Por ejemplo, se ha mostrado cómo los sindicatos estadounidenses, a medida que ganaron poder, vieron evolucionar su posición al interior del sistema legal. Mientras que a principios del siglo XIX la acción colectiva de los asalariados se condenaba como "conspiración criminal" en nombre de la protección del libre mercado, con el paso del tiempo los sindicatos accedieron poco a poco al reconocimiento legal.<sup>14</sup>

Observamos que al interior del propio campo jurídico existe una división del trabajo que se determina mediante la rivalidad estructuralmente reglada entre los agentes y las instituciones comprometidos en ese campo, fuera de toda concertación consciente, que constituye paradójicamente la verdadera base

13 La idea de derecho social en Francia sirve para hacer referencia a todo el derecho relativo a la política social del Estado social contemporáneo. (Nota del Traductor).

14 Cf. A.W. Blumrosen, "Legal Process and Labor Law", in: W.M. Evan (ed.), *Law and Sociology*. New York, The Free Press of Glencoe, 1962, pp. 185-225.



de un sistema de normas y de prácticas que parecen fundadas *a priori* en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de su aplicación y que, al aparecer así como participante a la vez de la lógica positiva de la ciencia y de la lógica normativa de la moral, se entiende que es por ello capaz de imponer universalmente su reconocimiento mediante una necesidad inseparablemente lógica y ética.

## II

A diferencia de la hermenéutica literaria o filosófica, la práctica teórica de interpretación de textos jurídicos no es un fin en sí mismo. Al estar directamente orientada hacia finalidades prácticas y estar configurada para producir efectos prácticos, paga su efectividad con la restricción de su autonomía. Así, las divergencias entre los "intérpretes autorizados" están necesariamente limitadas y la coexistencia de una pluralidad de normas jurídicas en competencia se excluye por definición del orden jurídico.<sup>15</sup> Como el texto religioso, filosófico o literario, el texto jurídico es un entramado de luchas por el hecho de que la lectura es una forma de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada allí en estado potencial. Sin embargo, por más que los juristas puedan enfrentarse entre sí debido a textos cuyo sentido no se impone jamás de manera absolutamente imperativa, se encuentran incluidos dentro de un cuerpo fuertemente integrado de instancias jerarquizadas que está en condiciones de resolver los conflictos entre los intérpretes y las interpretaciones. Y la rivalidad entre

15 A. J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, pp. 28-29 y J.-M. Scholz, "La raison juridique à l'œuvre: les krausistes espagnols", *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, hrgs. Von Erk Volkmar Heyen, Frankfurt am Main, Klosterman, 1986, pp. 37-77.

los intérpretes encuentra su límite en el hecho de que las decisiones judiciales pueden distinguirse de puros golpes de fuerza políticos sólo en la medida en que se presenten como el resultado necesario de una interpretación reglada de textos unánimemente reconocidos. Al igual que la Iglesia y también la Escuela, la Justicia organiza no sólo las instancias judiciales y sus poderes según una estricta jerarquía, y por tanto también las decisiones y las interpretaciones que se autorizan mediante ellas, sino también las normas y las fuentes que otorgan autoridad a esas decisiones.<sup>16</sup>

El campo jurídico tiende, pues, a funcionar como un "aparato", al menos durante periodos de equilibrio, en la medida en que la cohesión de los hábitos<sup>17</sup> de los intérpretes, orquestados espontáneamente, se encuentra redoblada por la disciplina de un cuerpo jerarquizado que utiliza procedimientos codificados de resolución de conflictos entre los profesionales dedicados a la resolución reglada de conflictos. El cuerpo de juristas tiene aún menos reparo en convencerse de que el derecho encuentra su fundamento en sí mismo, en una norma fundamental como *norma normarum* —por ejemplo, la Constitución— de donde se deducen todas las normas de rango inferior, puesto que la *communis opinio doctorum*,<sup>18</sup> enraizada en la cohesión social del cuerpo de intérpretes, tiende a conferir la apariencia

16 La maestría se reconocía entre otras cosas, por el arte de respetar el orden reconocido como legítimo en la enumeración de autoridades (cf. J.-M. Scholz, *op. cit.*).

17 Una nueva noción técnica en Bourdieu, para referirse en este caso a la formación de maneras de comprensión, de juicio y de actuación que surgen de la pertenencia de los sujetos a distintos campos sociales. Las diferentes condiciones sociales de existencia darían lugar a hábitos distintos de los individuos, que contribuirían a reforzar su pertinencia a un determinado grupo y a diferenciarlos de otros grupos en los que los hábitos son diferentes. (Nota del Traductor).

18 Durante la época de formación del derecho occidental, hasta la aparición del derecho natural racional y una legitimación legal



de un fundamento trascendental tanto a las formas históricas de la razón jurídica como a la creencia en la visión del orden social que ellas producen.<sup>19</sup>

La tendencia a interpretar como experiencia universal de un sujeto trascendente la visión compartida de una comunidad histórica, se observa dentro de todos los campos de producción cultural<sup>20</sup> que se muestran así como el lugar de actualización de una razón universal que no debería nada a las condiciones sociales dentro de las cuales se manifiesta. Pero, en el caso de las "disciplinas superiores", como la teología, el derecho o la medicina, que como observa Kant en *El conflicto de las facultades*, están claramente investidas de una función social, hace falta una crisis relativamente grave de este contrato de delegación para que la cuestión de su fundamento tome la forma de un problema real de la práctica social, como parece ser el caso hoy en día. Ciertos autores, como Kelsen, han transferido al derecho esta cuestión tradicional de la filosofía, pero de manera totalmente teórica.<sup>21</sup>

---

separada de la idea de un derecho natural divino, la *communis opinio doctorum* —no de todos los *doctores* obviamente— tenía fuerza de interpretación recta de los textos jurídicos: constituía la verdadera autoridad del texto. (Nota del traductor).

19 Según Andrew Fraser, la moralidad cívica del cuerpo judicial no reposaba en absoluto en un código de reglas expresas sino en un "sentido del honor tradicional", en un sistema de disposiciones para el que, en la adquisición de las virtudes asociadas al ejercicio de la profesión, lo esencial de lo que importa se sabe sin necesidad de mencionarlo: A. Fraser, *Telos* 60, Summer 1984, pp. 15-52.

20 La estrategia de universalización aparece así íntimamente ligada a las estrategias del campo de producción cultural para la creación de capital. Mediante la universalización atemporal, el campo es capaz de crear la ficción de la necesidad de su producción. Aconsejamos referirse a las páginas 59 y ss. de la Introducción del presente libro para tener una visión panorámica de los campos y de la producción al interior de los mismos.

21 Por el contrario, en la realidad misma de la existencia social la cuestión sobre el fundamento del conocimiento científico se

### III

El efecto de apriorización que se inscribe en la lógica de funcionamiento del campo jurídico se revela con toda claridad en el lenguaje jurídico que, combinando elementos directamente tomados del lenguaje común y elementos extraños a su sistema, impregna todas sus manifestaciones de una retórica de impersonalidad y de neutralidad. La mayoría de los procesos lingüísticos característicos del lenguaje jurídico contribuyen para producir dos efectos mayores en la práctica. Uno, el efecto de neutralización, que se obtiene mediante un conjunto de rasgos sintácticos en los que hay una predominancia de las construcciones pasivas y giros impersonales, adecuados para resaltar la impersonalidad de la enunciación normativa y para constituir al enunciante en sujeto universal, a la vez imparcial y objetivo. Otro, el efecto de universalización, que se obtiene mediante diferentes procedimientos convergentes, como el recurso sistemático al modo indicativo para enunciar las normas;<sup>22</sup> el empleo de verbos constativos en tercera persona del singular del presente o del pa-

---

presenta desde el momento donde la "disciplina inferior" (filosofía, matemáticas, historia, etc.) se constituye como tal, sin otro apoyo que "la razón de los sabios". Es esta negativa a aceptar (como Wittgenstein o Bachelard, por ejemplo) que la constitución de los "sabios", es decir, que la estructura histórica del campo científico constituye el único fundamento posible de la razón científica, lo que condena a tantos filósofos a estrategias autofundadoras dignas del Barón de Münchhausen o a las dudas nihilistas de la ciencia, inspiradas aún en una nostalgia propiamente metafísica del "fundamento", principio no deconstruido de la "deconstrucción". (Nota del Traductor).

22 Desde hace mucho tiempo, los filósofos del derecho de tendencia iusnaturalista se han apoyado en este rasgo para pretender que los textos jurídicos no enuncian normas, sino que son constataciones, y que el legislador es alguien que enuncia el ser, no el deber ser, que dice lo que es justo o la justa proporción inscrita en las cosas mismas como propiedad objetiva: "El legislador prefiere describir las instituciones jurídicas que dar directamente las reglas" (G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1964, p.55).



sado compuesto que expresan un modo perfecto ("acepta", "confiesa", "se compromete", "ha declarado", etc.), adecuado para la retórica del dictado oficial y del proceso verbal; el uso del indefinido ("todo condenado...") y del presente intemporal (o del futuro jurídico), adecuados para expresar la generalidad y la omni-temporalidad de la norma jurídica; la referencia a valores trans-subjetivos que presuponen la existencia de un consenso ético (por ejemplo, "con la diligencia de un buen padre de familia");<sup>23</sup> y el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas, que dejan poco lugar a las variaciones individuales.<sup>24</sup>

Lejos de ser un simple disfraz ideológico, esta retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad, que puede ser la base de una autonomía real de pensamientos y de prácticas, es la expresión misma de todo el funcionamiento del campo jurídico y, en particular, del trabajo de racionalización, en el doble sentido de Freud y de Weber,<sup>25</sup> al cual el sistema de normas jurídicas se encuentra constantemente sometido a pesar de los siglos transcurridos. En efecto, lo que se llama "espíritu jurídi-

23 Cf. J.-L. Souriaux y P. Lerat, *Le langage du droit*, Paris, PUF, 1975.

24 Bourdieu está hablando aquí de técnicas conocidas desde los tiempos del derecho romano, revitalizadas por la escolástica medieval y rescatadas en el siglo XX especialmente por aquellas teorías que sitúan el derecho en el campo de la retórica, como la tópica jurídica de Viehweg o la teoría de la argumentación de Perelman (véase para una breve historia de los planteamientos de la retórica y de su importancia histórica en el derecho las obras de Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, pp. 93-130. Las ideas de forma fija y fórmula lapidaria, paradójicamente, se encuentran vacías de contenido determinado en muchos casos, pero, pueden constituir puntos desde los que iniciar una argumentación jurídica, pueden ser usados como tópicos, como lugares comunes difícilmente eludibles por los participantes en el campo jurídico.

25 Véase la reflexión sobre el papel de Weber en el estudio de la racionalidad jurídica en el artículo previo, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", G. Teubner, 1983. (Nota del Traductor).

co" o "sentido jurídico", que constituye el verdadero derecho de entrada en el campo —junto con un dominio mínimo, obviamente, de los recursos jurídicos acumulados por generaciones sucesivas, es decir, del cuerpo de textos canónicos y del modo de pensar, de expresión y de acción en los cuales el canon se reproduce y que a su vez lo reproduce —consiste precisamente en esta *actitud universalizante*. La pretensión fundamental de una forma específica de juicio, irreductible a las intuiciones a menudo inconstantes del sentido de equidad, por ser la deducción consecuente tomada a partir de un cuerpo de normas sostenido por su coherencia interna, es uno de los fundamentos de la complicidad, productora de convergencia y acumulación, que une el conjunto de los agentes que se ganan la vida mediante la producción y la venta de bienes y servicios jurídicos, a pesar de ser un conjunto fuertemente diferenciado en su interior y de que los agentes compitan por los mismos objetivos profesionales.

#### IV

La elaboración de un cuerpo de reglas y de procedimientos con pretensión universal es el producto de la división del trabajo que resulta de la lógica espontánea que se produce por la rivalidad entre diferentes formas de competencia profesional, a la vez antagonistas y complementarias, que funcionan a su vez como formas de capital específico<sup>26</sup> y se encuentran también asociadas a posiciones diferen-

26 De nuevo aquí la idea de capital tiene un significado concreto al interior de la teoría social de Bourdieu. El capital del que se habla aquí es capital simbólico, social, que viene referido a una forma de riqueza que no tiene que ver con medios de producción físicos o dinero, sino con la acumulación de conocimiento, prestigio, reputación, títulos académicos, favores o autoridad. A lo largo de este texto, la noción de capital social juega un papel fundamental a la hora de explicar el mantenimiento del orden del campo jurídico. (Nota del traductor).



en el campo. Sin duda, la historia comparada del derecho permite observar que, según las tradiciones jurídicas y según los momentos al interior de una misma tradición, las jerarquías varían entre las grandes clases de agentes jurídicos y al interior de las propias clases, según las épocas y las tradiciones nacionales, y también según la especialidad —derecho público o derecho privado—, por ejemplo.

Debe observarse también el antagonismo estructural que, en los sistemas más diversos, opone las posiciones de los "teóricos" dedicados a la pura construcción doctrinal, a las posiciones de los "prácticos" preocupados exclusivamente por la aplicación. Es este antagonismo el que se encuentra también en los orígenes de una lucha simbólica permanente en la que se enfrentan definiciones diferentes del trabajo jurídico como interpretaciones autorizadas de los textos canónicos. Las diferentes categorías de intérpretes autorizados tienden siempre a distribuirse en dos polos extremos. De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores que tienen a su cargo la enseñanza, bajo una forma normalizada y formalizada, de las reglas en vigor. Por otro, la interpretación que mira hacia la valoración práctica de casos particulares, privilegio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y que pueden así, al menos en algunos casos, contribuir también a la construcción jurídica. De hecho, los productores de leyes, normas y reglamentos deben también contar con las reacciones, y algunas veces las resistencias, de todo el cuerpo de profesionales jurídicos y especialmente de los expertos judiciales (abogados, notarios, etc.) que, como se observa bien, por ejemplo, en el caso del derecho de sucesiones, pueden poner toda su competencia jurídica al servicio de intereses de ciertas categorías de su clientela y organizar las innumerables estrategias gracias a las cuales las familias o las empresas pueden anular los efectos de la ley. La signifi-

cación práctica de la ley no se determina realmente sino dentro de la confrontación entre los diferentes cuerpos (magistrados, abogados, notarios, etc.) animados por intereses específicos divergentes. Estos cuerpos se encuentran a su vez divididos en grupos animados por intereses desiguales y muchas veces opuestos, en función especialmente de la posición que ocupan dentro de la jerarquía interna del cuerpo y que corresponde siempre de manera bastante estrecha a la posición de su clientela dentro de la jerarquía social.

Se deduce de todo ello que una *historia social comparada de la producción jurídica* y del discurso jurídico sobre esta producción debería trabajar poniendo metódicamente en relación las distintas posiciones al interior de esa lucha simbólica con las posiciones dentro de la división del trabajo jurídico. Todo permite suponer que la tendencia a colocar el acento sobre la sintaxis del derecho es más bien un hecho de los teóricos y profesores, mientras que la atención a la praxis es, por el contrario, más probable dentro de los jueces. Esta historia debería considerar también la relación entre, por un lado, los cambios en la fuerza relativa de las posiciones a favor de una u otra orientación del trabajo jurídico, según el lugar y el momento, y, por otro, las variaciones de la fuerza relativa de las dos corrientes dentro de las relaciones de poder constitutivas de la estructura del campo.

La forma misma del cuerpo jurídico, especialmente su grado de formalización y de normalización, depende sin duda muy estrechamente de la fuerza relativa de los "teóricos" y de los "prácticos", de profesores y de jueces, de exégetas y de expertos, dentro de las relaciones de fuerza características de un estado del campo (en un momento dado dentro de una tradición determinada) y de su respectiva capacidad para imponer su visión del derecho y su interpretación. Se puede comprender de esta manera las diferencias sistemáticas que separan las gran-



des tradiciones nacionales y especialmente la gran división entre la tradición conocida como romano-germánica y la tradición angloamericana. En la tradición alemana y francesa, el derecho (sobre todo el privado), verdaderamente un "derecho de profesores" (*Professorenrecht*), se encuentra ligado a la superioridad de la *Wissenschaft*, de la doctrina, sobre el derecho procesal y en general sobre todo aquello que concierne a la prueba o a la ejecución de la decisión. Este derecho reproduce y refuerza la dominación de la alta magistratura, estrechamente vinculada al profesorado de la universidad, sobre los jueces, que por haber pasado por la universidad están más inclinados a reconocer la legitimidad de las construcciones de la alta magistratura que los *lawyers*,<sup>27</sup> formados de alguna manera en la práctica. En la tradición angloamericana, en contraste, el derecho es un derecho jurisprudencial (*case-law*),<sup>28</sup> fundado casi exclusivamente en las decisiones de los tribunales y en la regla del precedente y que se encuentra débilmente codificado. Es un derecho que da primacía a los procedimientos, que deben ser justos (*fair trial*), y en el que el dominio de la profesión

27 En inglés en el original. Los *lawyers*, a diferencia de los juristas continentales, se formaban en la práctica del derecho y no en las universidades. El acceso a la profesión no venía regulado por la posesión de un título académico y en el Reino Unido aún hoy en día es posible, aunque infrecuente, conseguir la admisión al ejercicio de la profesión sin necesidad de pasar por un entrenamiento académico en las facultades de derecho. Por otra parte, en la tradición del realismo jurídico americano, el *lawyer* es un profesional capaz de evaluar las posibilidades de éxito de su cliente en un conflicto, más que un experto en el conocimiento formal y abstracto de las normas. (Nota del traductor).

28 El "método del caso" consiste en el descubrimiento por parte del alumno de los principios que regulan una determinada área del derecho, tomando como base casos extraídos de la práctica judicial. Los estudiantes de derecho estadounidenses, a diferencia de los continentales, no acumulan libros de doctrina, sino estos libros de *case law* que constituyen el verdadero libro de texto para ellos. (Nota del traductor).

se adquiere sobre todo por la práctica o mediante técnicas pedagógicas dirigidas a acercarse al máximo a la práctica profesional, como el "método del caso", por ejemplo, que se emplea dentro de esas verdaderas escuelas profesionales que son las escuelas de derecho anglosajonas.<sup>29</sup> Por otra parte, el concepto de norma de derecho, que no se pretende fundado en una teoría moral o en una ciencia racional, puesto que se encuentra dirigido solamente a dar solución a un litigio, se sitúa deliberadamente al nivel de la casuística de las aplicaciones particulares, lo cual se comprende cuando se sabe que el gran jurista, en el derecho anglosajón, es el juez salido de entre las filas de los practicantes.

## V

De hecho, el poder relativo de los diferentes tipos de capital jurídico dentro de las diferentes tradiciones debe ser puesto en relación con la posición general que ocupa el campo jurídico dentro del campo del poder. Es el campo del poder el que mediante el peso relativo concedido al "gobierno de la ley" (*the rule of law*) o a la reglamentación burocrática, asigna sus límites estructurales a la eficacia de la acción propiamente jurídica. En el caso de Francia, la acción jurídica se encuentra hoy limitada por el influjo que el Estado y los tecnócratas salidos de la Escuela

29 Las escuelas de derecho anglosajonas han peleado desde su nacimiento por adquirir el carácter de "verdaderas escuelas profesionales" de las que habla Bourdieu. Entendida la profesión jurídica como eminentemente práctica y en principio alejada del estudio teórico en instituciones académicas, la historia de las escuelas de derecho anglosajonas es la historia de su lucha por imponerse como centros de estudio de la práctica. Puede verse una historia de este proceso en el libro de Robert Stevens, *Law School: Legal Education in America From the 1850s to the 1980s, is the Closest Thing to a History of Modern American Legal Education yet to Appear* Chapel Hill, Raleigh University of North Carolina Press, 1983.



Administración<sup>30</sup> ejercen sobre vastos sectores de la administración pública y privada. En los EE.UU., al contrario, los *lawyers* salidos de las grandes escuelas de derecho (Harvard, Yale, Chicago, Standford) pueden ocupar posiciones fuera de los límites del campo jurídico propiamente dicho, como la política, la administración, las finanzas o la industria. Ello produce diferencias sistemáticas, a menudo evocadas después de Tocqueville, en los usos sociales del derecho y, más concretamente, en el lugar concedido a los recursos jurídicos en el universo de las acciones posibles, especialmente en materia de luchas reivindicatorias.

El antagonismo entre los detentadores<sup>31</sup> de los diferentes tipos de capital jurídico, que usan intereses y visiones muy diferentes en su trabajo específico de interpretación, no excluye la complementariedad de sus funciones y de hecho sirve como base de una forma sutil de *división del trabajo de dominación simbólica* en la cual los adversarios, objetivamente cómplices, se ayudan mutuamente. El canon jurídico es como una reserva de autoridad que garantiza, de forma similar a un banco central, la autoridad de los actos jurídicos singulares. Ello explica la débil inclinación de los hábitos jurídicos a las poses y a las posturas proféticas y, al contrario, la propensión, especialmente visible en los jueces al papel de *lectores* que se refugian cuando menos detrás de la apariencia de una simple aplicación de la ley y que cuando

30 La Escuela Nacional de Administración es uno de los centros más prestigiosos del sistema educativo francés y al igual que ocurre en los EE.UU. con las grandes escuelas de derecho, la mera admisión en la Escuela imprime el sello al estudiante de pertenecer a la élite profesional de la sociedad. (Nota del traductor).

31 En español la palabra detentador significa "aquel que retiene algo contra derecho". Aunque el término en el lenguaje ordinario ha llegado a equivaler en la mayoría de los casos a "poseedor", el uso de la palabra en el texto conserva toda su carga negativa. (Nota de traductor).

se encuentran en el acto de la creación jurídica tienden a disimularlo.<sup>32</sup> Pensemos, por ejemplo, que el economista más directamente involucrado en los problemas prácticos de la gestión se mantiene unido, como en una "gran cadena del Ser" a la *Lovejoy*, al teórico puro de la economía, que produce algunos teoremas matemáticos poco más o menos desprovistos de referente en el mundo económico real, pero que se distingue al mismo tiempo de un matemático puro por el reconocimiento que los economistas más impuros han decidido conceder a sus construcciones. De la misma forma el juez de primera instancia (o, por ir a los últimos eslabones, el policía o el guardia de prisiones) está ligado al teórico del derecho puro y al especialista de derecho constitucional por una *cadena de legitimidad* que elimina de sus actos la característica de violencia arbitraria.<sup>33</sup>

En efecto, es difícil no ver el principio de una complementariedad funcional dinámica en el conflicto permanente entre las pretensiones competidoras por el monopolio del ejercicio legítimo de la competencia jurídica. Los profesores y los otros teóricos del derecho tienden a usar el derecho en el sentido de la teoría pura, es decir, ordenado en un sistema autónomo y autosuficiente y purificado de todas las incertidumbres o las lagunas ligadas a su génesis práctica, gracias a una reflexión basada en consideraciones de justicia y coherencia. Los jueces ordinarios, y otros practicantes, más preocupados por las aplicaciones que puedan hacerse a los casos concretos, orientan el sistema jurídico hacia una especie de casuística de las

32 Cf. *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tomo V, année 1949, pp. 74-76. Citado por R. David, *Les grands courants du droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1973 (5ª ed.), pp. 124-132.

33 Se encontraría una cadena del mismo tipo entre los teóricos y los "hombres sobre el terreno" en las estructuras políticas o al menos entre aquellos que por tradición reclaman una teoría económica o política.



situaciones concretas y oponen a los tratados teóricos de derecho puro instrumentos adaptados a las exigencias y a la urgencia de la práctica, como los repertorios de jurisprudencia, los formularios de actos jurídicos o los diccionarios jurídicos (y en el mañana serán las bases de datos).<sup>34</sup> Es claro que los magistrados, mediante una práctica que los enfrenta directamente a la gestión de conflictos y a una demanda jurídica renovada sin cesar, tienden a asegurar la función de adaptación a lo real en un sistema que se arriesgaría a enfermar dentro de la rigidez de un rigorismo racional si fuera dejado en manos de los profesores. Los magistrados, por medio de la libertad más o menos grande de apreciación que se les deja en la aplicación de las normas, introducen cambios e innovaciones indispensables para la supervivencia del sistema, que posteriormente los teóricos deberán incorporar al mismo. Por su parte, los juristas, mediante el trabajo de racionalización y de formalización al que someten el cuerpo de normas, representan la función de asimilación, adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y la constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas irreductibles a la serie a veces contradictoria, compleja y, a la larga, imposible de conocer con detalle, de los actos de jurisprudencia sucesivos. Al mismo tiempo ofrecen a los jueces, siempre inclinados en razón de su posición y de su disposición a fiarse de su sólo sentido jurídico, el instrumento para suprimir de sus de-

34 Buen ejemplo del trabajo de codificación que produce lo jurídico a partir de lo judicial es la edición de sentencias de la Corte de casación y los procesos de selección, de normalización y de difusión que, a partir de un conjunto de sentencias seleccionadas por los presidentes de sala por su "interés jurídico", producen un cuerpo de reglas racionalizadas y normalizadas (cf. E. Severin, "Une production communautaire de la jurisprudence: l'édition juridique des arrêts", *Annales de Vaucresson* 23, 2e sem, 1985, pp. 73-89).

cisiones la arbitrariedad demasiado visible de una *Kadijustiz*<sup>35</sup>. Pertenece a los estudiosos del derecho, al menos dentro de la tradición conocida como romano-germánica, no describir las prácticas existentes o las condiciones para la aplicación de las reglas declaradas conformes, sino *dar forma* a los principios y a las reglas usadas en estas prácticas, elaborando un cuerpo sistemático de normas fundadas en principios racionales y destinadas a recibir una aplicación universal. Al participar a un mismo tiempo del modo de pensar teológico, en la medida en que buscan la revelación de lo justo en la escritura de la ley, y del modo de pensar lógico, al pretender poner en práctica el método deductivo para aplicar la ley al caso concreto, pretenden fundar una "ciencia nomológica" que enunciaría los modos del deber ser científicamente. Como si quisieran reunir los dos sentidos separados de la idea de "ley natural", practican una exégesis que tiene por fin racionalizar el derecho para asegurar la coherencia del cuerpo jurídico y también para deducir de los textos y de sus combinaciones las consecuencias no previstas y rellenar así las famosas "lagunas" del derecho.

35 El kadi es un magistrado local en los países de derecho islámico. Para Weber, el derecho del kadi es un derecho racional material, es decir, es un derecho orientado fundamentalmente hacia fines conocidos y fijados por normas éticas, políticas o religiosas. La orientación necesaria hacia determinados fines no permite una fijación estricta de resultados a partir de normas formales, como pueden ser las normas procedimentales. En el derecho islámico, el Corán y la sunna—la aprobación de ciertas conductas tácitas o explícitas por el profeta, transmitidas de generación en generación—son verdades no discutibles y cualquier conducta o resultado de una conducta puede ser medido directamente con esos preceptos. Weber identifica la racionalidad material del derecho religioso islámico como opuesta a la racionalidad formal del derecho occidental, donde se presupone que el contenido material de los acuerdos se determina por las partes al interior de un proceso fijado por el legislador (véase Max Weber, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. —603 y ss.).



Si por una parte es necesario no subestimar la eficacia histórica de este trabajo de codificación que, incorporándose a su objeto, se convierte en uno de los factores principales de su transformación, por otra parte tampoco debemos dejarnos llevar, sin embargo, por la representación exaltada de la actividad jurídica que proponen sus propios teóricos. Un ejemplo del último caso sería Motulsky, que busca mostrar cómo la "ciencia jurídica" se define por un método deductivo propio y adecuado del tratamiento de datos, el "silogismo jurídico", que permite subsumir el caso particular dentro de una regla general.<sup>36</sup> Para quien no participa de la adhesión inmediata a las presuposiciones inscritas en el fundamento mismo del funcionamiento del campo —la adhesión que implica en última instancia la pertenencia al campo (*illusio*)— es difícil creer que las más puras construcciones de los profesores de derecho, y mucho menos los actos de la jurisprudencia del juez ordinario, obedezcan a la lógica deductivista que es la "cuestión de honor espiritual" del jurista profesional. Tal como los "realistas" han mostrado bien, es perfectamente vano pretender desarrollar una metodología jurídica perfectamente racional: en la práctica, la pretendida aplicación necesaria de una regla de derecho a un caso particular es en realidad una confrontación entre derechos antagonistas entre los cuales el tribunal debe escoger. La "regla" obtenida de un caso precedente no puede jamás ser pura y simplemente aplicada a un

36 H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, Thèse, Paris, Sirey, 1948, especialmente las pp. 47-48. De la misma manera que los especialistas en epistemología que dan para la práctica real del investigador una reconstrucción *ex post* de la actividad científica tal como debiera ser, Motulsky reconstruye lo que sería (o debería ser) el "método de realización" conveniente para el derecho, distinguiendo una fase de investigación de la "regla posible", un tipo de exploración metódica del universo de las reglas del derecho y una fase de aplicación con el paso de la regla directamente aplicada al caso considerado.

nuevo caso, porque no hay jamás dos casos perfectamente idénticos y porque el juez debe determinar si la regla aplicada al primer caso puede o no puede ser extendida de manera que incluya el nuevo caso.<sup>37</sup> En pocas palabras, lejos de que el juez sea siempre un mero ejecutor que deduciría de la ley las conclusiones directamente aplicables al caso particular, éste dispone de una autonomía parcial que constituye ciertamente la mejor medida de su posición dentro de la estructura de la distribución del capital específico de autoridad jurídica.<sup>38</sup> Sus decisiones, que se inspiran en una lógica y en valores muy próximos a aquellos contenidos en los textos sometidos a su interpretación, tienen una verdadera función de *invención*. Si la

37 F. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 808-819.

38 La libertad que se permite en la interpretación varía considerablemente cuando nos movemos de la Corte de casación (que puede anular la "fuerza de la ley", por ejemplo, proponiendo una intervención estricta, como fue el caso con la Ley del 5 de abril de 1910 sobre "las jubilaciones de los obreros y campesinos") a los jueces de los tribunales de instancia, cuya formación escolar y cuya "deformación" profesional les inclinan a abdicar la libertad de interpretación de la que disponen teóricamente y a aplicar a las situaciones codificadas interpretaciones codificadas (exposiciones de motivos de las leyes, doctrinas y comentarios de juristas, profesores o jueces sabios, y sentencias de la Corte de casación). Se puede tomar prestado de las observaciones de Remi Lenoir el ejemplo de ese tribunal de un barrio popular de París donde, todos los viernes por la mañana, la sesión está especialmente dedicada a un contencioso, siempre el mismo, concerniente a la ruptura de un contrato de venta o de alquiler, que se designa por el nombre de una empresa de alquiler y venta a plazos de aparatos del hogar y de televisión: los juicios, completamente predeterminados, son muy rápidos, los abogados, cuando los hay (cosa rara), ni siquiera toman la palabra (si la presencia de un abogado se revela útil, probando mediante ella que existe, incluso a éste nivel, un poder de interpretación, es sin duda porque se percibe como una manifestación de respeto hacia al juez y a la institución que, por ser quienes son, merecen alguna consideración —la ley no se aplica en todo su rigor—; es por ello que su presencia se constituye también como una indicación sobre la importancia de la sentencia y los riesgos de apelación).



existencia de reglas escritas tiende indudablemente a reducir la variedad de comportamientos, queda como alternativa que las conductas de los agentes jurídicos pueden referirse y someterse más o menos estrictamente a las exigencias de la ley y que siempre hay parte de arbitrariedad dentro de las decisiones judiciales, atribuible a las variables organizativas —como la composición del grupo decisional—, a los atributos de los justiciables o al conjunto de actos que las preceden y determinan —como las decisiones de la policía concernientes al arresto—.

## VI

La interpretación causa una *historización de la norma*,<sup>39</sup> al adaptar las fuentes a las circunstancias nuevas, descubriendo en ellas las posibilidades inéditas y dejando a un lado aquello que está sobrepasado o caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que llega incluso a la completa indeterminación<sup>40</sup> o ambigüedad, la operación hermenéutica de *declaratio* dispone de una considerable libertad. No es extraño que el derecho, instrumento dócil, adaptable,

39 La historización como producto de la interpretación de las normas es un fenómeno destacado por todas las corrientes modernas de la interpretación. La historización no sólo es el producto de esa interpretación sino que toda interpretación posterior es también a su vez producto del fenómeno de historización previa. En términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido. Incluso autores neopositivistas como Karl Larenz, aceptan, sin reparos y no siempre de forma congruente con los postulados positivistas que abrazan, esta concepción del lenguaje.

40 La indeterminación del derecho es una característica esencial que se han encargado de destacar las teorías jurídicas que surgen bajo la influencia del giro lingüístico de los años cincuenta, es decir, de la separación entre ciencias del lenguaje y ciencias de la naturaleza y del convencimiento de que en las ciencias del lenguaje no es posible la determinación de reglas esta-

ágil, polimorfo, sea en la práctica dirigido para que contribuya a racionalizar *ex post* decisiones en las que no tuvo parte alguna. Los profesores de derecho y los jueces disponen todos, aunque en grados muy distintos, del poder de explotar la polisemia o la ambigüedad de las fórmulas jurídicas recurriendo sea a la *restrictio*, proceso necesario para no aplicar una ley que, entendida literalmente, debería ser aplicada, sea a la *extensio*, procedimiento que permite aplicar una ley que, entendida literalmente, debería no serlo, o también porque todavía recurren a todas las técnicas que, como la analogía, como la distinción entre la letra y el espíritu, etc., tienden a extraer el partido máximo de la elasticidad de la ley e incluso de sus contradicciones, sus ambigüedades y sus lagunas.<sup>41</sup>

De hecho, la interpretación de la ley no es nunca el acto solitario de un magistrado ocupado en fun-

bles que permitan elaborar una ciencia positiva en el sentido del siglo XIX. La indeterminación del lenguaje sería uno de los factores importantes en la propia indeterminación del derecho, a la que contribuyen otra serie de factores que no es oportuno mencionar aquí. Esa indeterminación del derecho ha sido objeto de una gran atención por parte del movimiento Critical Legal Studies y puede verse un muy interesante artículo que se apoya en esta noción de indeterminación en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

41 Mario Sbriccioli propone un inventario de procesos codificados que permitían a los juristas (abogados, magistrados, expertos, consejeros políticos, etc.) de las pequeñas comunidades de la Edad Media, "manipular" el cuerpo jurídico; por ejemplo, la *declaratio* puede apoyarse en la rúbrica, la materia de la norma, el uso y la significación corriente de los términos o su etimología, instrumentos que a su vez se subdividen pudiéndose darse contradicciones entre la rúbrica y el texto, cuando se parte de uno para comprender el otro y a la inversa (cf. M. Sbriccioli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, A. Giuffrè, 1969 y "Politique et interprétation juridiques dans les villes italiennes du Moyen-âge", *Archives de philosophie du droit*, XVII, 1972, pp. 99-113).



dar en la razón jurídica una decisión más o menos extraña a la razón y al derecho, al menos en su génesis, ni es el acto de un individuo que actuara como un hermeneuta preocupado por producir una aplicación fiel de la regla, como lo cree Gadamer, o como un sujeto lógico sometido al rigor deductivo del "método de ejecución" (ejecución), como lo querría Motulsky. En realidad, el contenido práctico de la ley que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales; por ello, son desigualmente capaces de poner en marcha los recursos jurídicos disponibles mediante la exploración y la explotación de "reglas posibles" e igualmente desiguales a la hora de utilizar esos recursos eficazmente, es decir, como armas simbólicas, para hacer triunfar su causa. El efecto jurídico de las reglas, su *significación* real, se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales, que puede pensarse que tiende a reflejar la relación de fuerza entre los justiciables correspondientes, asumiendo por descontado que el valor en pura equidad de las causas concernientes sea el mismo.

Al conceder la naturaleza de *sentencia* a una decisión judicial que debe efectivamente más a las actitudes éticas de los participantes que a las normas puras del derecho, el trabajo de racionalización confiere a la decisión la *eficacia simbólica* que ejerce toda acción cuando se reconoce como legítima y se ignora su arbitrariedad. El fundamento de esta eficacia reside, al menos en parte, en el hecho de que la sensación de necesidad lógica sugerida por la forma tiende a contaminar el contenido, salvo que exista una vigilancia especial. El formalismo racional o racionalizante del derecho racional, que se suele oponer, siguiendo a Weber, al formalismo mágico de los rituales y de los procedimientos arcaicos de adjudicación (como el sermón individual o colectivo), participa de la eficacia simbólica del

derecho más racional.<sup>42</sup> Y el ritual destinado a exaltar la autoridad del acto de interpretación —lecturas de textos, análisis y proclamación de conclusiones, etc.—, el cual, desde Pascal, ha atraído siempre la atención de los analistas, no hace sino reforzar todo el trabajo colectivo de sublimación destinado a testimoniar que la decisión expresa no la voluntad y la visión del mundo del juez sino la *voluntas legis* (o *legislatoris*).

## EL ESTABLECIMIENTO DEL MONOPOLIO

### I

En realidad, el establecimiento de un "espacio judicial" implica la creación de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidos, culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental —y en particular de toda la posición lingüística— que supone la entrada en este espacio social. La constitución de una competencia propiamente jurídica, dominio técnico de un conocimiento sabio a menudo antinómico de las simples recomendaciones del sentido común, entraña la descalificación del sentido de equidad de los no especialistas y la revocación de su construcción espontánea de los hechos, de su "visión del asunto". La separación entre la visión vulgar del que va a ser *justiciable*, es decir, de un cliente, y la visión sabia del experto, juez, abogado, consejero jurídico, etc., no tiene nada de accidental: es constitutiva de una relación de poder que funda dos sistemas diferentes de presupuestos, de

42 Cf. P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, sobre el efecto de la formalización, pp. 20-21; y sobre el efecto de la institución, pp. 125 y ss.



intenciones expresivas, en pocas palabras, de dos visiones del mundo. Esta separación, que es el fundamento de una desposesión, resulta del hecho de que, a través de la estructura misma del campo, y del sistema de principios de visión y de división<sup>43</sup> que se inscribe en su ley fundamental, de su *constitución*, se impone un sistema de exigencias cuyo núcleo es la adopción de una posición comprensiva, patente especialmente en materia de lenguaje.

Si se está de acuerdo con la observación de que, como todo lenguaje sabio (el lenguaje filosófico, por ejemplo), el lenguaje jurídico consiste en un uso particular del lenguaje ordinario, los analistas tienen muchas dificultades en descubrir el verdadero principio de esta "combinación de dependencia e independencia".<sup>44</sup> Ciertamente, no nos podemos contentar con invocar el efecto del contexto o de "red" en el sentido de Wittgenstein, que extrae las palabras y las locuciones ordinarias de su sentido ordinario. La transmutación que afecta a la totalidad de rasgos lingüísticos se encuentra ligada a la adopción de una actitud general, que no es otra cosa que la forma incorporada de un sistema de principios de visión y de división que constituyen un campo caracterizado en sí mismo por la independencia en y para la dependencia. Austin se sorprendía de que no nos preguntásemos nunca seriamente por qué "nombramos cosas distintas por el mismo nombre" y por qué, podría uno añadir, no hay gran inconveniente en

43 Bourdieu se está refiriendo a la manera en la que el campo construye la forma de tratar la realidad social mediante la construcción en términos adecuados a las necesidades del campo de esa realidad (principio de visión) y a la creación de las categorías que permiten de alguna manera la moralización de esas construcciones. No en vano Bourdieu define su teoría como un "estructuralismo constructivista" (aunque aquí estructuralismo tiene un sentido distinto al de la corriente de Levi-Strauss. véase *Choses dif.* (Nota del traductor).

44 Ph. Vissert Hooft, "La philosophie du langage ordinaire et le droit", *Archives de philosophie du droit*, XVII, 1972, pp. 261-284.

que lo hagamos. Si el lenguaje jurídico puede permitirse emplear una palabra para nombrar cosas totalmente diferentes de las que designa en el lenguaje ordinario, es que los dos usos están asociados a posiciones lingüísticas tan radicalmente excluyentes como lo son, según la fenomenología, la consciencia perceptiva y la consciencia imaginaria. De manera que la "colisión homonímica" (o el malentendido) resultante del encuentro de dos significantes sería extremadamente improbable. El principio de la separación entre los dos significantes, que se busca ordinariamente dentro del efecto del contexto, no es otra cosa que la dualidad de los espacios mentales, solidarios con los espacios sociales diferentes que los sostienen. Esta *discordancia posicional* es el fundamento *estructural* de todos los malentendidos que se puedan producir entre los usuarios de un código sabio (médicos, jueces, etc.) y los simples profanos, tanto en el nivel sintáctico como en el nivel lexicológico, siendo los más significativos los que sobrevienen cuando las palabras del lenguaje ordinario, vaciadas de su sentido común por el uso sabio, funcionan para el profano como "falsos sinónimos".<sup>45</sup>

## II

El espacio judicial funciona como un *espacio neutral*, que opera una verdadera *neutralización* de lo que está en juego a través de la abstracción de la realidad y el distanciamiento que se producen al transformarse el enfrentamiento directo de intereses en un diálogo entre mediadores. En cuanto que terceros no involucrados directamente en la disputa, que permanecen indiferentes a lo que directamente se encuentra en juego (lo que no quiere decir desinteresados) y que están

45 Es el caso, por ejemplo, de la palabra "causa" que no tiene en absoluto, dentro del lenguaje común, el sentido que se le da en el derecho (cf. Ph. Vissert Hooft, *op. cit.*).



comparados para aferrar las realidades calientes del presente mediante la referencia a textos antiguos y precedentes confirmados, los agentes especializados del derecho introducen una distancia neutralizante sin quererlo ni saberlo en ocasiones. En el caso de los magistrados pareciera cuando menos casi que un imperativo de su función y se encontraría en lo más profundo de las costumbres jurídicas. Las disposiciones que incorporan la ejecución del deber de abstenición, a la vez ascéticas y aristocráticas, son constantemente invocadas y reforzadas por el grupo de pares, siempre raudo a condenar y a censurar a aquellos que se comprometen demasiado abiertamente en los asuntos de dinero o en las cuestiones políticas. En pocas palabras, la transformación de conflictos irreconciliables de intereses en intercambios reglados de argumentos racionales entre sujetos iguales se encuentra inscrita en la existencia misma de un personal especializado encargado de organizar la *manifestación pública* de los conflictos sociales, según formas codificadas, y de aportarles soluciones socialmente reconocidas como imparciales porque están definidas según las reglas formales y lógicamente coherentes de una doctrina percibida como independiente de los antagonismos inmediatos.<sup>46</sup> Este personal especializado es independiente de los grupos sociales en conflicto. En este sentido, la representación propia del derecho que describe el tribunal como un espacio separado y delimitado, donde el conflicto se convierte en diálogo de expertos y el proceso aparece como un progreso dirigido hacia la verdad,<sup>47</sup> es una buena evocación de una de las dimensiones del efecto simbóli-

46 El recurso al derecho implica, en muchos casos, el reconocimiento de una definición de las formas de reivindicación o de lucha que privilegia las luchas individuales (y legales) en detrimento de otras formas de lucha

47 "Así el derecho nace del proceso, del diálogo reglado, cuyo método es la dialéctica" (M. Villey, *Philosophie du droit*, II, Paris, Dalloz, 1979, p.53).

co del acto jurídico como aplicación libre y racional de una norma universal y científicamente fundada.<sup>48</sup> La decisión judicial condensa toda la ambigüedad del campo jurídico, es un compromiso político entre exigencias irreconciliables que, sin embargo, se presenta finalmente como una síntesis lógica entre tesis antagónicas. Debe su eficacia específica al hecho de que participa a la vez de la lógica del campo político, que se caracteriza por la oposición entre los amigos (o aliados) y los enemigos, y tiende a excluir la intervención arbitral de un tercero, y de la lógica del campo científico que, cuando alcanza un alto grado de autonomía, tiende a conferir primacía práctica a la oposición entre verdadero y falso, concediendo un poder arbitral de hecho al acuerdo entre pares.<sup>49</sup>

### III

El campo judicial es el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes. Estos profesionales tienen en común conocer y reconocer la regla del juego jurídico, es de-

48 Todo en las representaciones de la práctica jurídica (concebida como una decisión racional o como una aplicación deductiva de una regla del derecho) y en la doctrina jurídica misma, que tiende a concebir el mundo social como un simple agregado de acciones llevadas a cabo por los *sujetos de derecho* racionales, iguales y libres, predisponía a los juristas en tiempos de fascinación por Kant o Gadamer a buscar en la Rational Action Theory los instrumentos de un *aggiornamento* de las justificaciones tradicionales del derecho (eterna renovación de las técnicas de eternización...).

49 La tradición filosófica (y especialmente Aristóteles en la *Tópica*) evoca de manera casi explícita la constitución del campo social que es el principio de la constitución del intercambio verbal como *discusión heurística* explícitamente orientada, por oposición al debate *erístico*, hacia la investigación de las proposiciones variables para un auditorio universal.



cir, las reglas escritas y no escritas del campo, aquellas reglas que es necesario conocer para triunfar contra la letra de la ley (en Kafka, el abogado es tan inquietante como el juez). Desde los tiempos de Aristóteles hasta Kojève, en la definición que ha sido presentada a menudo del jurista como "tercero mediador", lo esencial es la idea de *mediación* (y no de arbitraje) y lo que ésta implica, en términos de pérdida de la relación de apropiación directa e inmediata de la propia causa: ante los litigantes se yergue un poder trascendental, irreducible al enfrentamiento de visiones del mundo privadas, que no es otra cosa que la estructura y el funcionamiento del espacio socialmente instituido de este enfrentamiento.

El hecho de que la entrada en el universo jurídico implique la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, de la tautología constitutiva que quiere que los conflictos no puedan ser reglados sino jurídicamente, lo que equivale a hacerlo mediante las reglas y las convenciones del campo jurídico, determina que la entrada en el universo jurídico se acompañe de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que está en juego en el litigio. La constitución del campo jurídico es un principio de constitución de la realidad (lo cual es cierto para todo campo). Entrar en el juego, aceptar jugar el juego, ponerse en manos del derecho para reglar el conflicto, es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión que implica la renuncia a la violencia física y a las formas elementales de la violencia simbólica, como la injuria. Es también, sobre todo, reconocer las exigencias específicas de la construcción jurídica del objeto: si se asume que los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica (y no a la inversa), es necesaria una verdadera retraducción de todos los aspectos del "asunto" para, de una parte, *ponere causam*, como decían los romanos, o en otras palabras, para constituir el obje-

to de controversia en tanto que *causa*, es decir, en tanto que problema jurídico adecuado para ser el objeto de debates jurídicamente reglados; y para, por otra parte, retener todo lo que merece ser presentado desde el punto de vista del principio de pertinencia jurídica y tan sólo eso: lo que pueda valer como hecho, como argumento favorable o desfavorable, etc.

## IV

Entre las exigencias que están implícitamente inscritas en el contrato que define la entrada dentro del campo jurídico se pueden, siguiendo a Austin, mencionar tres. La primera, el hecho de que se debe llegar a una decisión y a una decisión "relativamente blanca o negra, culpable o no culpable, para el demandante o el demandado". La segunda, el hecho de que la acusación y las demandas deben colocarse dentro de una de las categorías reconocidas de procedimiento que se han establecido en el curso de la historia y que, a pesar de su número, son muy limitadas y muy estereotipadas con relación a las acusaciones y a las defensas posibles en la vida cotidiana (lo que hace que existan conflictos y argumentos de todo tipo que no son tratados por la ley, por triviales en exceso, o que quedan fuera de la ley, por ser exclusivamente morales). La última exigencia sería el hecho de que uno debe referirse y conformarse a los precedentes, lo que puede llevar a la distorsión de las creencias y de las expresiones ordinarias.<sup>50</sup>

50 De este conjunto de exigencias constitutivas de la visión del mundo jurídico se desprende, según Austin, el hecho de que los juristas no den a las expresiones ordinarias su sentido ordinario y de que, más allá de inventar términos técnicos o sentidos técnicos para los términos ordinarios, tengan una relación especial con el lenguaje que les lleva a realizar extensiones y restricciones insólitas (cf. J.-L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p.136).



La regla que impone sujetarse a las decisiones jurídicas anteriores para decidir jurídicamente, o *stare decisis*,<sup>51</sup> es al pensamiento jurídico lo que el precepto durkheimiano "explicar lo social por lo social" es al pensamiento sociológico: no es sino otra manera de afirmar la autonomía y la especificidad del razonamiento y de las decisiones jurídicas. La referencia a un cuerpo de precedentes reconocidos, que funcionan como un espacio de posibilidades, al interior del cual puede encontrarse la solución, es lo que constituye el fundamento racional de la decisión jurídica, haciéndola aparecer como el producto de una aplicación neutra y objetiva de una competencia específicamente jurídica, una decisión que en realidad puede estar inspirada en otros principios totalmente. Pero del hecho, entre otras cosas, de que los precedentes son al menos tan utilizados como instrumentos de racionalización que como razones determinantes y que el mismo precedente, construido de maneras distintas, puede ser invocado para justificar tesis opuestas, y también de que la tradición jurídica ofrece una gran diversidad de precedentes y de interpretaciones entre las que se puede elegir la que mejor se adapte a nuestras pretensiones,<sup>52</sup> es necesario tener cuidado en cuanto hacer del *stare decisis* una especie de postulado racional adecuado para garantizar la constancia, la previsibilidad y también la objetividad de las decisiones judiciales (en definitiva, de pensarlo como una limi-

51 Como bien sabe cualquier abogado practicante al interior de la tradición romano-francesa, técnicamente la regla del *stare decisis* no opera en esos sistemas legales, donde la jurisprudencia tiene el valor de informar las interpretaciones futuras (aunque cualquier practicante sabe también que un buen camino para iniciar el estudio de la estrategia legal es conocer la jurisprudencia de los tribunales superiores). La regla del *stare decisis* como tal sólo operaría en los sistemas de *common law*. (Nota del traductor).

52 Cf. D. Kayris, "Legal Reasoning", in: D. Kayris (ed.), *The Politics of Law*, New York, Pantheon Books, 1982, pp. 11-17.

tación que se establece a la arbitrariedad de las decisiones subjetivas). La previsibilidad y la calculabilidad que Weber otorga al "derecho racional" reposan ante todo en la constancia y la homogeneidad de los hábitos jurídicos: las disposiciones comunes, modeladas sobre la base de experiencias comunes familiares a todos, a través de los estudios del derecho y de la práctica de las profesiones jurídicas, funcionan como categorías de percepción y de apreciación que estructuran la percepción y la apreciación de los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas.<sup>53</sup>

## V

Sin aceptar todos sus presupuestos, nos podemos apoyar en la tradición conocida como *dispute theory* para hacer una descripción del trabajo colectivo de "categorización" que tiende a transformar una queja percibida, o incluso desapercibida, en una queja explícitamente adjudicada —transformada en última instancia en una declaración de responsabilidad— y a transformar una simple disputa en un proceso. Nada es menos natural que la "necesidad jurídica" o el sentimiento de la injusticia que puede llevar a recurrir a los servicios de un profesional: se sabe, en efecto, que la sensibilidad hacia la injusticia o la capacidad de percibir una experiencia como injusta no está uniformemente repartida y depende estrechamente de la posición que se ocupa en el espacio social. Es decir, que el paso de la queja desapercibida a la queja percibida y nombrada y especialmente adjudicada supone un trabajo de cons-

53 Algunos *legal realists*, negando a la regla toda eficacia específica, han llegado incluso a reducir el derecho a la simple regularidad estadística, garante de la previsibilidad del funcionamiento de las instancias jurídicas.



trucción de la realidad social que incumbe, en gran parte, a los profesionales. El descubrimiento de la injusticia como tal reposa en el sentimiento de tener derechos (*entitlement*), y el poder específico de los profesionales consiste en la capacidad de *revelar* los derechos y al mismo tiempo las injusticias o, al contrario, de censurar el sentimiento de injusticia fundado sobre el sólo sentido de la equidad y, por ese medio, disuadir la defensa judicial de derechos subjetivos. Los profesionales tienen, en definitiva, el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros.<sup>54</sup> Es así también que los profesionales crean la necesidad de sus propios servicios al constituir en problemas jurídicos los problemas expresados en el lenguaje ordinario, por el hecho de que los traducen al lenguaje del derecho, y también al proponer una evaluación anticipada de las posibilidades de éxito y de las consecuencias de las diferentes estrategias. No cabe duda, además, de que son guiados en su trabajo de construcción de las *disputes* por sus intereses financieros, pero también por sus tendencias éticas o políticas, origen de afinidades socialmente fundadas con sus clientes (se sabe, por ejemplo, que numerosos abogados desaniman las reivindicaciones legítimas de clientes contra las grandes empresas, en materia de consumo especialmente); finalmente, y sobre todo, son guiados por sus intereses

54 De hecho, uno de los poderes más significativos de los *lawyers* está constituido por el trabajo de expansión, de amplificación, de las *disputes*. Este trabajo propiamente político consiste en transformar las definiciones admitidas transformando las palabras o las etiquetas atribuidas a las personas o a las cosas. Usualmente, equivale a recurrir a las categorías del lenguaje legal, para hacer entrar a la persona, a la acción, a la relación implicada en una clase de categorías más amplia. Sobre este trabajo de *expansión*, véase L. Mather y B. Yngvesson, "Language, Audience and the Transformation of Disputes", *Law and Society Review*, vol. 15, 3-4, 1980-1981, pp. 776-821.

más específicos, los que se definirían en sus relaciones objetivas con los otros especialistas, y que se actualizan, por ejemplo, en el círculo mismo del tribunal (al dar lugar a negociaciones explícitas o implícitas). El efecto del campo se manifiesta en el hecho de que las instituciones judiciales tienden a producir verdaderas tradiciones específicas y, en particular, categorías de percepción y de apreciación totalmente irreducibles a las de los no especialistas, que engendran sus problemas y sus soluciones según una lógica totalmente hermética e inaccesible a los profanos.<sup>55</sup>

El cambio del espacio mental, que está práctica y lógicamente asociado al cambio de espacio social, asegura el *dominio de la situación* a los poseedores de la competencia jurídica, los únicos capaces de adoptar la actitud que permite construir esta situación de acuerdo con la ley fundamental del campo. El campo jurídico reduce al estado de clientes de los profesionales a aquellos que aceptando entrar renuncian tácitamente a administrar ellos mismos el conflicto (mediante el recurso a la fuerza o a un árbitro no oficial o por la búsqueda directa de un acuerdo amistoso). El campo convierte los intereses prejurídicos de los agentes en causas judiciales y transforma en capital la competencia que asegura el control de los recursos jurídicos exigidos por la lógica del campo.

## VI

La constitución del campo jurídico es inseparable de la instauración del monopolio de los profesionales

55 Cf. sobre todos estos puntos, W.L. F. Felstiner, R.L. Abel, A. Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", en: *Law and Society Review*, vol. 15, 3-4, 1980-81, pp. 631-654; D. Coates, S. Penrod, "Social Psychology and the Emergence of Disputes", *ibid.*, pp. 654-680; L. Mather, B. Yngvesson, *op. cit.*



sobre la producción y la comercialización de esta categoría particular de productos que son los servicios jurídicos. La competencia jurídica es un poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ya que puede determinar qué conflictos merecen entrar en él y la *forma* específica que deben revestir para constituirse en debates propiamente jurídicos. Solamente ella puede proporcionar los recursos necesarios para realizar el trabajo de construcción que permite reducir la realidad a su definición jurídica, a una ficción eficaz, al precio de una selección de las propiedades pertinentes. El cuerpo de profesionales se define por el monopolio de los instrumentos necesarios para la construcción jurídica que es, en sí misma, apropiación. La importancia de los beneficios que asegura a cada uno de sus miembros el monopolio del mercado de los servicios jurídicos depende del grado de control que puedan ejercer, de una parte, sobre la producción de los productores, es decir, de la formación y sobre todo de la consagración por la institución educativa de agentes jurídicamente autorizados a vender servicios jurídicos y, por otra parte, ligado a lo anterior, del control sobre la oferta de servicios jurídicos.

La mejor prueba de estas afirmaciones se puede observar por los efectos que ha producido, tanto en Europa como en los EE.UU., la crisis del modo de acceso tradicional a las profesiones jurídicas (así como a los cuerpos de médicos, de arquitectos y otros poseedores de diferentes clases de capital cultural). Por ejemplo, los esfuerzos por limitar la oferta o por reducir los efectos negativos de la intensificación de la competencia (como la disminución de los ingresos) mediante medidas dirigidas a elevar las barreras de entrada a la profesión (*numerus clausus*). O los esfuerzos por incrementar la demanda, por las vías más diversas, que van desde la publicidad, sobre todo en EE.UU., hasta las empresas militantes que tienen por efecto (lo que no quiere decir por fin) abrir los servicios jurí-

dicos a nuevos mercados, promoviendo los derechos de las minorías desfavorecidas o animando a las minorías a hacer valer sus derechos o, más generalmente, intentando conseguir que los poderes públicos contribuyan de manera directa o indirecta a sostener la demanda jurídica.<sup>56</sup>

La evolución reciente del campo jurídico nos da ocasión de observar directamente el proceso de construcción de la apropiación, acompañado de la desposesión correlativa de los simples profanos, mediante la creación de una demanda que hace entrar en el orden jurídico un dominio de la práctica abandonado hasta ese momento a formas prejurídicas de solución de conflictos. La justicia mediadora *prud'hommel*,<sup>57</sup> que ofrecía tradicionalmente acogida a una especie de arbitraje fundado sobre la equidad y ejercido por hombres de experiencia, según procedimientos simples, ha sido el objeto de un semejante proceso de anexión.<sup>58</sup> Por efecto de una complicidad objetiva entre los representantes sindicales mejor formados culturalmente y ciertos juristas que, aprovechándose de una pre-

56 Sobre los efectos del crecimiento de la población de *lawyers* en EE.UU., véase R.L. Abel, "Toward a Political Economy of Lawyers", en: *Wisconsin Law Review* 5, 1981, pp. 1117-1187.

57 He preferido mantener la palabra francesa *prud'homme* y su adjetivo *prud'hommel*, por la peculiaridad de la institución y la especificidad del término en el derecho francés. El *prud'homme* es un compondor amigable, un "hombre bueno", que en el derecho del trabajo francés tiene una función conciliadora obligatoria en todo tipo de conflictos entre trabajadores de empresas privadas y empleadores. La figura, creada en pleno imperio napoleónico, ha sobrevivido sin interrupción hasta nuestros días y su eficacia la ha convertido en un paso previo obligatorio en muchos casos antes de acudir a la jurisdicción ordinaria y la ha convertido en producto de transplante jurídico en varias legislaciones europeas.

58 Cf. P. Cam, "Juges rouges et droit du travail", *Actes de la recherche en sciences sociales* 19, janvier 1978, pp. 2-27, et *Les prud'hommes, juges ou arbitres*, Paris, FNSP, 1981; y sobre todo, J.-P. Bonafé-Schmitt, "Pour une sociologie du juge prud'hommel", *Annales de Vauresson* 23, 2e sem., 1985, pp. 27-50.



ocupación generosa por los intereses de los más indefensos, extienden el mercado ofrecido a sus servicios, ese islote de autoconsumición jurídica se ha encontrado poco a poco integrado dentro del mercado controlado por los profesionales. Sus consejeros se encuentran cada vez más constreñidos a hacer apelación al derecho para producir y para justificar sus decisiones, especialmente porque los demandantes y los demandados tienden cada vez más a colocarse en el terreno jurídico y a recurrir a los servicios de los abogados, y también porque la multiplicación de esas solicitudes fuerza a los *prud'hommes* a referirse a decisiones de la Corte Suprema, efecto del que se aprovechan las revistas de jurisprudencia y los profesionales que son cada vez más y más a menudo consultados por los patronos o los sindicatos.<sup>59</sup> En pocas palabras, a medida que un campo (aquí un subcampo) se constituye, un proceso de *refuerzo circular* se pone en movimiento: cada progreso en el sentido de la "juridificación" de una dimensión de la práctica engendra nuevas "necesidades jurídicas" y, por consiguiente, nuevos intereses jurídicos en aquellos que, estando en posesión de la competencia específicamente exigida (el derecho del trabajo en el caso que nos ocupa), encuentran un nuevo mercado. Estos nuevos participantes conocedores del campo determinan una elevación del formalismo jurídico de los procedimientos mediante su intervención y contribuyen así a reforzar la necesidad de sus propios servicios y de sus propios productos, determinando la exclusión de hecho de los simples profanos, que ahora se ven obligados a recurrir al consejo de los profesionales, que poco a poco van ocupando el lugar de los demandantes y de

59 Cf. Y. Delezay, "De la médiation au droit pur: pratiques et représentations savantes dans le champ du droit", *Annales de Vaucresson* 21, octobre 1984, pp. 118-148.

los defensores, convertidos así en simples justiciables<sup>60</sup> (clientes).

Dentro de la misma lógica, se puede mostrar cómo la vulgarización militante del derecho del trabajo, que asegura a un número importante de no profesionales un buen conocimiento de las reglas y de los procedimientos jurídicos, no tiene por efecto asegurar una reapropiación del derecho por sus utilizadores en detrimento del monopolio de los profesionales, sino más bien determinar un desplazamiento de la frontera entre los profanos y los profesionales que, empujados por la lógica de la competencia al interior del campo, deben redoblar la especificidad para conservar el monopolio de la interpretación legítima y escapar a la desvalorización asociada a una disciplina que ocupa una posición inferior dentro del campo jurídico.<sup>61</sup> Otra manifestación de esta tensión entre la búsqueda de la extensión del mercado mediante la conquista de un sector abandonado al autoconsumo jurídico (búsqueda que puede ser tanto más eficaz, como en el caso de los *prud'hommes*, cuando es inconsciente o inocente) y el refuerzo de la autonomía, es decir, de la separación entre los profesionales y los profanos se observa a menudo en el marco, por ejemplo, del funcionamiento de las jurisdicciones disciplinarias dentro de las empresas privadas. En estas organizaciones la preocupa-

60 Se tiene aquí un ejemplo típico de uno de esos procesos que, cuando no son descritos en el lenguaje ingenuo de la "recuperación", predisponen adecuadamente al funcionalismo de la peor clase, incitando a pensar que toda forma de oposición a los intereses dominantes cumple una función útil para la perpetuación del orden constitutivo del campo; que la herejía tiende a reforzar el orden mismo que, al mismo tiempo que la combate, la acoge y la absorbe, y sale fortalecido de este enfrentamiento.

61 Cf. R. Dhoquois, "La vulgarisation du droit du travail. Reappropriation par les intéressés ou développement d'un nouveau marché pour les professionnels", *Annales de Vaucresson* 23, 2e sem. 1985, pp. 15-26.



ción por mantener con relación a los profanos la distancia que define la pertenencia al campo, y que se echa a perder con una defensa demasiado directa de los intereses de los representados, lleva a los mediadores semiprofesionales a acrecentar el nivel técnico de sus intervenciones para marcar mejor la separación con aquellos cuyos intereses defienden, y dar así una mayor autoridad y una mayor neutralidad a su defensa, pero a riesgo de desmentir de esa forma las intenciones que crean la lógica misma de la situación de negociación en términos amistosos.<sup>62</sup>

## EL PODER DE NOMBRAR

### I

El proceso representa una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social, es una confrontación de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y valorativos, que concluye abruptamente mediante la sentencia solemne enunciada por una "autoridad" social representante de los intereses sociales. En esta lucha —en la que se enfrentan visiones del mundo diferentes, en ocasiones antagonistas, que pretenden imponer su reconocimiento en la medida de su autoridad y consecuentemente hacerse realidad— está en juego el monopolio del poder para imponer el principio universalmente reconocido del conocimiento del mundo social, el *nomos* como principio universal de unión y de división (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), por consiguiente, como principio de distri-

62 Cf. V. Deszaley, "Des affaires disciplinaires au droit disciplinaire: la juridictionnalisation des affaires disciplinaires comme enjeu social et professionnel", *Annales de Valenciennes* 23, 2e sem. 1985, pp. 51-71.

bución legítima.<sup>63</sup> En esta lucha, el poder judicial, a través de sentencias dotadas de sanciones que pueden consistir en actos de coacción física como la privación de la vida, de la libertad o de la propiedad, manifiesta el punto de vista que trasciende a las perspectivas particulares y que es la visión soberana del Estado, detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima.

A diferencia del insulto proferido por un simple particular que, en tanto que discurso privado, *idios logos*, no compromete sino a su autor y no tiene apenas eficacia simbólica, la sentencia del juez, que termina los conflictos o las negociaciones a propósito de las cosas o de las personas proclamando públicamente en última instancia lo que ellas son verdaderamente, pertenece a la clase de *actos de nominación* o de *instauración* y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública, oficial que se enuncia en nombre de todos y enfrente de todos. En cuanto son juicios de atribución formulados públicamente por agentes que actúan como mandatarios autorizados por una colectividad y constituidos así en modelo de todos los actos de categorización (*katégoreshai*, como sabemos, significa acusar públicamente), estos enunciados performativos son actos mágicos que tienen éxito porque tienen la capacidad de hacerse reconocer universalmente, por lo tanto de obtener que nada pueda negar o ignorar el punto de vista, la visión, que imponen.

El derecho consagra el orden establecido al consagrar una visión de este orden que es una visión de Estado, garantizada por el Estado. Asigna a los actores una identidad garantizada, un estado civil y.

63 El *rex atticus* retiene el poder de marcar los límites (*regere finem*, de fijar las reglas, de determinar, en sentido propio, lo que es "derecho" (E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, Ed. De Minuit, 1969, p. 15).



sobre todo, un conjunto de poderes (o competencias) socialmente reconocido, luego productivo, a través de la distribución de derechos para usar estos poderes, títulos (escolares, profesionales, etc.), certificados (de aptitud, de enfermedad, de invalidez, etc.). También sanciona todos los procesos ligados a la adquisición, al aumento, a la transferencia o a la retirada de estos poderes.

Las decisiones judiciales, mediante las cuales se distribuyen diferentes volúmenes de diferentes clases de capital a los diferentes agentes (o instituciones), ponen término o al menos fijan un límite a la lucha, al intercambio o a la negociación sobre las cualidades de las personas o de los grupos; sobre la pertenencia de las personas a los grupos, por lo tanto sobre la justa atribución de títulos o de nombres, tanto propios como comunes; sobre la unión o la separación matrimonial, en definitiva, sobre todo el trabajo práctico de *worldmaking*, matrimonios, divorcios, asociaciones, sociedades, disoluciones, etc., que está en el origen de la constitución de los grupos sociales. El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales, la forma que confiere a estas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas, igual a la que tienen los objetos.

El derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos. No es exagerado decir que *hace* el mundo social, pero a condición de no olvidar que está hecho por él. No importa, en efecto, preguntarse sobre las condiciones sociales o los límites de esta eficacia casi mágica, bajo pena de caer en el nominalismo radical (que sugieren ciertos análisis de Michel Foucault), ni plantearse que nosotros producimos las categorías según las cuales construimos el mundo social y que estas categorías producen este mundo. De he-

cho, los esquemas de percepción y de apreciación que están en el principio de nuestra construcción del mundo social son producidos por un trabajo histórico colectivo pero a partir de las estructuras mismas de este mundo: estructuras estructuradas, históricamente construidas, nuestras categorías de pensamiento *contribuyen* a producir el mundo, pero dentro de los límites de su correspondencia con las estructuras preexistentes. Los actos simbólicos de nominación tienen toda su eficacia de enunciación creadora en la medida y sólo en la medida en que proponen principios de visión y de división objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes, de las que son el producto; eficacia que al consagrar todo aquello que enuncia, lo lleva a un nivel superior plenamente realizado, el de la institución instituida. Dicho de otra forma, el efecto característico, propiamente simbólico, de las representaciones engendradas es consagrar el orden establecido, según esquemas acordes a las estructuras del mundo en las que son producidas: la representación recta sanciona y santifica la visión dóxica de las divisiones del mundo al manifestarla dentro de la objetividad de una ortodoxia, mediante un verdadero acto de creación que, al proclamarla enfrente de todos y en nombre de todos, confiere a esa representación la universalidad práctica de lo oficial.

## II

El imperativo del ajuste realista a las estructuras objetivas no se impone menos al poder simbólico en su forma profética, herética, anti-institucional, subversiva. Si el poder creador de la representación no se manifiesta nunca tan claramente, ya sea en la ciencia, en el arte o en la política, como en los periodos de crisis revolucionarios, resta que la voluntad de transformar el mundo transformando las palabras para nombrarlo, mediante la producción de nuevas categorías de percepción y de apreciación e imponiendo una nueva



visión de las divisiones y de las distribuciones, no tienen oportunidad de triunfar sino cuando las profecías, las evocaciones creadoras, son también previsiones bien fundadas, descripciones anticipadas, al menos en parte. No hacen avenir aquello que anuncian, nuevas prácticas, nuevas costumbres y sobre todo nuevos grupos sociales, sino porque anuncian aquello que está en vías de avenir, lo que ya se está anunciando: son menos los artifices que los funcionarios del estado civil de la historia. Al acordar a las realidades o a la virtualidad histórica el pleno reconocimiento que encierra la proclamación profética, se les ofrece la posibilidad real de acceder a la existencia plena, por el efecto de la legitimación, o si se quiere de consagración, asociado a la publicación y a la oficialización, es decir, a la existencia conocida y reconocida, oficial (por oposición a la vergonzosa, bastarda, oficiosa). Así, solo un nominalismo realista (o fundado en la realidad) permite rendir cuentas del efecto mágico de la nominación, golpe de fuerza simbólico que no triunfa sino porque está bien fundado en la realidad. La eficacia de todos los actos de magia social, de los que la sanción jurídica representa la forma canónica, no puede operar sino en la medida en que la fuerza propiamente simbólica de la legitimación, o mejor, de naturalización (lo natural siendo lo que no presenta cuestión acerca de su legitimidad) recubre y redobla la fuerza histórica inmanente que la autoridad y la autorización de esos actos refuerza o libera.

Estos análisis, que pueden parecer muy alejados de la realidad de la práctica jurídica, son indispensables para comprender justamente el principio de este poder simbólico. Si es parte de la vocación misma de la sociología el recordar que, según las palabras de Montesquieu, no se transforma la sociedad por decreto, tampoco debemos olvidar el que ser consciente de las condiciones sociales que determinan la eficacia de los actos jurídicos no debe conducirnos a ignorar o a negar la eficacia propia de la regla, del reglamento o de la ley. La justa reacción contra el

legalismo,<sup>64</sup> reacción consistente en restituir su lugar, en la explicación de las prácticas, a las disposiciones constitutivas de las costumbres, no implica en absoluto que se ponga entre paréntesis el efecto propio de la regla explícitamente enunciada, sobre todo cuando, como en el caso de la regla jurídica, está asociada a sanciones. E inversamente, si no cabe dudar que el derecho ejerce una eficacia específica, atribuible especialmente al trabajo de la *codificación*, para dar forma y formular, para neutralizar y sistematizar, que realizan todos los profesionales del trabajo simbólico, según las leyes propias de sus universos, queda siempre que esta eficacia, que se define por oposición a la inaplicación pura y simple o a la aplicación fundada sobre la coerción pura, se ejercita en la medida y solamente dentro de la medida en la que el derecho es socialmente reconocido y encuentra acuerdo, aunque sea tácito y parcial, porque responde a necesidades e intereses reales, al menos en apariencia.<sup>65</sup>

64 El movimiento contra la legalización tiene sus raíces hundidas en la sociología clásica durkheimiana y en tiempos más recientes en el movimiento de "Derecho y Sociedad". Esencialmente, es un intento por ver el derecho en acción, en una expresión gráfica de uso extendido, una forma de integrar el derecho como manifestación cultural con otras manifestaciones culturales (véase Felice J. Levine, "His' and 'Her' Story: The Life and Future of the Law and Society Movement", en: *Florida State University Law Review* 18, pp. 69 y ss.).

65 La relación de los hábitos con la regla o con la doctrina es la misma en el caso de la religión, en donde es tan falso imputar las prácticas al efecto de la liturgia o del dogma (por una sobrevaloración de la eficacia de la acción religiosa que es el equivalente del legalismo) como ignorar este efecto imputándolas completamente al efecto de las disposiciones, ignorando al mismo tiempo la eficacia propia de la acción del cuerpo de clérigos.



## I

Como la práctica religiosa, la práctica jurídica se define por la relación entre el campo jurídico, origen de la oferta jurídica que se genera por la rivalidad entre los profesionales del derecho, y la demanda de los profanos, que está siempre parcialmente determinada por el efecto de la oferta. Hay una confrontación constante entre las normas jurídicas ofrecidas, que se presentan como universales, al menos en su forma, y la demanda social, necesariamente diversa, conflictiva y contradictoria, que está objetivamente inscrita en las prácticas mismas ya sea en estado actual o en estado potencial (en este último caso bajo la forma de transgresión o de innovación de la vanguardia ética o política). La legitimidad que se encuentra en la práctica conferida al derecho y a los actores jurídicos por la rutina de los usos que se establecen en su interior, no puede comprenderse como el efecto del reconocimiento universalmente acordado por los justiciables a una jurisdicción que, como lo quiere la ideología profesional del cuerpo de juristas, sería el enunciado de valores universales y eternos, por lo tanto trascendentes a los intereses de los particulares. Tampoco puede pensarse lo contrario, que la legitimidad es el efecto de la adhesión inevitablemente obtenida por lo que no sería más que una constatación del estado de las costumbres, de las relaciones de fuerza o, con mayor precisión, de los intereses de los dominadores.<sup>66</sup> Si cesamos de preguntarnos si el poder viene de arriba o de abajo, si la elaboración del derecho y su transformación son el

<sup>66</sup> La propensión a tomar sistemas de relaciones complejas de manera unilateral (al estilo de los lingüistas que buscan en tal o cual sector del espacio social el principio de cambio lingüístico) conduce algunas veces a invertir pura y simplemente, en nombre de la sociología, el viejo modelo idealista de la creación jurídica pura (que ha podido ser simultáneamente o sucesivamente

producto de un "movimiento" de costumbres hacia la regla, de prácticas colectivas hacia las codificaciones jurídicas o, a la inversa, de formas y de formulas jurídicas hacia las prácticas que ellas informan, entonces hace falta tener en cuenta el conjunto de relaciones objetivas entre el campo jurídico, ligado a relaciones complejas y que obedecen a una lógica relativamente autónoma, y el campo del poder, y, a través de él, con el campo social en su conjunto. Es al interior de este universo de relaciones que se definen los medios, los fines y los efectos específicos que le son asignados a la acción jurídica.

## II

Para constatar qué es el derecho, tanto en su estructura como en sus efectos sociales, es necesario comprender, por tanto, la lógica propia del trabajo jurídico en lo que tiene de más específico, es decir, en la actividad de *formalización*, y comprender los intereses sociales de los agentes formalizadores que se definen, en primer lugar, mediante la competencia al interior del campo jurídico y, en segundo lugar, mediante la relación entre el campo jurídico y el campo del poder en su conjunto<sup>67</sup>. Debemos

situado, al hilo de las luchas en el seno del cuerpo, en la acción de los legisladores o de los juristas o, con los publicistas y los civilistas, en las sentencias de la jurisprudencia): "El centro de gravedad del desarrollo del derecho, en nuestra época [...] como en todo tiempo, no debe ser buscado ni en la legislación, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma" (Eugene Ehrlich, citado por J. Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 5e ed., 1983, p. 21).

<sup>67</sup> Max Weber, que veía en las propiedades de la lógica formal del derecho racional el verdadero fundamento de su *eficacia* (a través especialmente de su capacidad de generalización, fundamento de su aplicabilidad universal), ligaba al desarrollo de las burocracias y de las relaciones impersonales que estas favorecen, el desarrollo de un cuerpo de especialistas del derecho y de una investigación jurídica adecuada para hacer del derecho un discurso abstracto y lógicamente coherente.



ir más allá del estado de la demanda social, actual y potencial, y de las condiciones sociales de posibilidad — esencialmente negativas — que la demanda social ofrece a la "creación jurídica".

Es cierto que la práctica de los agentes encargados de producir el derecho o de aplicarlo debe bastante a las afinidades que unen a los detentadores de la forma por excelencia del poder simbólico con los detentadores del poder temporal, político o económico, y esto a pesar de los conflictos de competencia que pudieran oponerlos.<sup>68</sup> La proximidad de los intereses y especialmente la afinidad de los hábitos, ligados a formaciones familiares y escolares similares, favorecen el parentesco de las visiones del mundo. Se deduce de ello que la elección que el cuerpo jurídico tiene que realizar en cada momento entre intereses, valores y visiones del mundo diferentes o antagonistas tiene pocas posibilidades de desfavorecer a los dominadores, en tanto que el *ethos* de los agentes jurídicos, que está en el origen de esas visiones, y la lógica immanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlos tanto como para inspirarlos, están de acuerdo con los intereses, los valores y la visión del mundo dominantes.

La pertenencia de los magistrados a la clase dominante está comprobada en todos los lugares. Así, Mario Sbriccoli muestra que en las pequeñas comunidades de la Italia de la Edad Media, la posesión de esta clase particularmente rara de capital cultural que es el capital jurídico era suficiente para asegurar posiciones de poder. Igualmente, en Francia, bajo el Antiguo Régimen, la nobleza de toga,

68 Estas afinidades no han hecho sin duda sino reforzarse, en el caso de Francia, con la creación del ENA, que asegura un mínimo de formación jurídica a los altos funcionarios y a una buena parte de los dirigentes de las empresas públicas o privadas, discurso abstracto y lógicamente coherente.

aunque menos prestigiosa que la nobleza de espada, pertenecía a la aristocracia, a menudo por nacimiento. Otro ejemplo más: la investigación de Sauvegeot sobre el origen social de los magistrados que entraron en el cuerpo con anterioridad a 1959 establece que estos procedían en una muy grande proporción de las profesiones judiciales y, de manera más general, de la burguesía. Como muestra bien Jean-Pierre Mounier (*La définition judiciaire de la politique*, tesis, Paris I, 1975), el hecho de que, al menos hasta tiempos recientes, la fortuna asegurada por un origen rico haya sido vista como la condición para la independencia económica e incluso también como la condición para el *ethos* ascético que constituyen lo que podemos considerar como los atributos necesarios de una profesión dedicada al servicio del Estado, contribuye a explicar el hecho de que la neutralidad proclamada y la repulsión altamente profesada hacia la política no excluya la adhesión al orden establecido, antes al contrario. Todo ello sin olvidar los efectos propios que tiene la formación profesional.<sup>69</sup> Pero, sin duda, no se mide nunca mejor la amplitud y los efectos de esta unanimidad en la complicidad tácita que cuando, con ocasión de una crisis económica y social del cuerpo, ligada a una redefinición del mundo de reproducción de las posiciones dominantes, esta complicidad se rompe. Las luchas desencadenadas por aquellos de entre los recién llegados que, ni por posición ni por disposición, están inclinados a aceptar los presupuestos de la definición tradicional del puesto que ocupan, hacen surgir a la luz una parte

69 Se puede ver un buen índice de los valores del cuerpo profesional en el hecho de que los magistrados, aunque poco inclinados a intervenir en asuntos políticos, han sido, de todas las profesiones jurídicas, los más numerosos relativamente en la firma de peticiones contra la ley liberal del aborto, especialmente comparando con los abogados.



del fundamento reprimido del cuerpo, es decir, del pacto de no agresión que unía el cuerpo de profesionales a los dominadores. La diferenciación interna que lleva a un cuerpo profesional, hasta ese momento integrado en y por una jerarquización unánimemente aceptada y un consenso total sobre su misión, a funcionar como campo de luchas, conduce a algunos a denunciar ese pacto peleándose más o menos abiertamente con aquellos que continúan teniéndolo por la norma absoluta de la práctica.<sup>70</sup>

### III

Pero la eficacia del derecho tiene de particular que se ejerce más allá del círculo de aquellos que están convertidos de antemano, por el hecho de la afinidad práctica que une los intereses y los valores inscritos en los textos jurídicos y en las disposiciones éticas y políticas a aquellos que están a cargo de aplicarlas. Y no hay duda de que la pretensión de la doctrina jurídica y del procedimiento jurídico a la universalidad que se lleva a cabo mediante el trabajo de formalización contribuye a fundar su "universalidad" práctica. Lo propio de la eficacia simbólica, se sabe, es no poder ejercerse sino con la complicidad, tanto más segura cuanto más inconsciente, o lo que es lo mismo, más sutilmente extorsionada, de aquellos que la padecen. El derecho, forma por excelencia del discurso legítimo, no puede ejercer su

70 El resultado de las elecciones profesionales (realizadas por correspondencia del 12 al 21 de mayo de 1986) muestra una polarización política muy marcada del cuerpo de magistrados que, hasta la aparición del Sindicato de la Magistratura, en 1968, estaban todos reunidos (al menos estaban sindicados) en una sola asociación, la Unión Federal de Magistrados, ancestro de la USM. La Unión Sindical de Magistrados, moderada, baja fuertemente, mientras que el Sindicato de la Magistratura, más bien de izquierda, progresa, y la Asociación Profesional de Magistrados, más bien de derecha, reafirma su existencia (obteniendo más de un 10% de los votos).

eficacia específica sino en la medida en la que obtiene reconocimiento, en la medida en la que se desconoce la parte más o menos grande de arbitrariedad que está en el origen de su funcionamiento. La creencia en el orden jurídico, tácitamente convenida, debe ser reproducida sin cesar y es una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas la de contribuir a fundar la adhesión de los profanos a los fundamentos mismos de la ideología profesional del cuerpo de juristas, es decir, a la creencia en la neutralidad y en la autonomía del derecho y de los juristas.<sup>71</sup> "La emergencia del derecho —escribe Jacques Ellul— se sitúa en el punto donde el imperativo formulado por uno de los grupos que compone la sociedad global tiende a tomar un valor universal por su formalización jurídica".<sup>72</sup> Hace falta, en efecto, unir en el mismo lugar universalización, formalización y formulación.

Si la regla del derecho supone la conjunción de, por un lado, la adhesión a valores comunes (marcada, en el caso de la costumbre, por la presencia de sanciones espontáneas y colectivas como la reprobación moral) y, por otro lado, de la existencia de reglas y de sanciones explícitas y de procedimientos regularizados, es cierto que este último factor, que es inseparable de la escritura, juega un papel decisivo. Con la escritura aparece la posibilidad del comentario universalizante, que da comienzo a reglas

71 Alain Bancaud y Yves Dezalay muestran bien cómo los más heréticos de los juristas críticos, que recurren a la sociología o al marxismo para sacar a la luz los derechos de los detentadores de las formas dominadas de la competencia jurídica, como el derecho social, continúan reivindicando el monopolio de la "ciencia jurídica" (cf. A. Bancaud y Y. Dezalay, *L'économie du droit. Imperialisme des économistes et résurgence du juridisme*, Communication au Colloque sur le modèle économique dans les sciences, décembre 1980, p. 19).

72 J. Ellul, "Le problème de l'émergence du droit", *Annales de Bordeaux* 1, 1976, pp. 6-15.



y especialmente a principios "universales", y aparece también la posibilidad de la transmisión objetiva —mediante un aprendizaje metódico— y generalizada más allá de las fronteras espaciales (entre territorios) y temporales (entre generaciones).<sup>73</sup> En tanto que la tradición oral impide la elaboración científica, en la medida en la que la encadena a la experiencia singular de un lugar y de un medio, el derecho escrito favorece de manera progresiva la mayor autonomía del texto, que se comenta y se interpone entre los comentaristas y la realidad. Desde ese momento se hace posible lo que la propia ideología legal describe como "ciencia jurídica", es decir, una forma particular de conocimiento sabio dotado de sus normas y de su lógica interna, y capaz de producir todos los signos exteriores de la coherencia racional, esa racionalidad "formal" que Weber se ha preocupado siempre de distinguir de la racionalidad "material" y que concierne a los fines mismos de la práctica ahora formalmente racionalizada.

#### IV

El trabajo jurídico tiene efectos múltiples. La codificación liga continuamente el presente al pasado al arrancar las normas a la contingencia de la ocasión particular, al fijarlas en una decisión ejemplar (una sentencia, por ejemplo), y hacerlo en una forma destinada a servir de modelo ella misma a decisiones ulteriores y que autoriza y favorece al mismo tiempo la lógica del precedente, fundamento del modo de pensar y de la acción propiamente jurídica. La codificación garantiza también que, salvo una revolución capaz de cuestionar los fundamentos mismos del orden jurídico, el futuro será la imagen del pasado, que las transformaciones y las adaptaciones inevitables se-

73 Cf. J. Ellul, "Deux problèmes préalables", *Annales de Bordeaux* 1, 2, 1978, pp. 61-70.

rán pensadas y habladas en el lenguaje de la conformidad con el pasado. El trabajo jurídico, así inscrito en una lógica de la conservación, es uno de los mayores fundamentos del mantenimiento del orden simbólico mediante otro rasgo de su funcionamiento:<sup>74</sup> a través de la sistematización y la racionalización que impone a las decisiones jurídicas y a las reglas invocadas para fundarlas o justificarlas, otorga *el sello de la universalidad*, factor por excelencia de la eficacia simbólica, a un punto de vista sobre el mundo social que se ha visto que no se opone en nada al punto de vista de los dominadores. Y, a partir de ahí, puede conducir a una *universalización práctica*, es decir, a la generalización de las prácticas de un modo de acción y de expresión que hasta ese momento eran propios de una región del espacio geográfico o del espacio social. Es cierto que, como lo indica Jacques Ellul, "las leyes, al inicio extranjeras, y aplicadas desde el exterior, pueden poco a poco ser reconocidas como útiles y, con el uso y a la larga, formar parte del patrimonio de la colectividad, que ha sido formado progresivamente por el derecho; esas leyes no se han convertido verdaderamente en "derecho" sino cuando la sociedad ha aceptado dejarse formar por ellas (...). Incluso un conjunto de reglas aplicadas por coerción durante un cierto tiempo no deja nunca el cuerpo social intacto, se crean un cierto número de hábitos, jurídicos o morales."<sup>75</sup>

Se entiende por ello que, en una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica o, si se prefiere, la imposición de la legitimidad de

74 Se comprende así que el vínculo entre la pertenencia a las facultades de derecho y la orientación política hacia la derecha que se puede constatar empíricamente no tiene nada de accidental (cf. P. Bourdieu, *Homo Academicus*, Paris, Ed. De Minuit, 1984, pp. 93-96).

75 J. Ellul, "Le problème de l'émergence du droit", *op. cit.*



un orden social. Cuando consagra, bajo la forma de un conjunto fuertemente coherente de reglas oficiales y, por definición sociales y "universales", los principios prácticos del estilo de vida simbólicamente dominante, la norma jurídica tiende a *informar* realmente las prácticas del conjunto de agentes jurídicos, más allá de las diferencias de condiciones y de estilo de vida. El efecto de universalización, que podríamos llamar también *efecto de normalización*, viene a redoblar el efecto de autoridad social que ejercen ya la cultura legítima y sus poseedores para dar toda su eficacia práctica a la coerción jurídica.<sup>76</sup> Median-

76. Entre los efectos propiamente simbólicos del derecho, es necesario reservar un lugar particular al efecto de oficialización, que como reconocimiento público de normalidad hace decible, pensable, confesable, una conducta hasta ese momento tabú (es el caso, por ejemplo, de las medidas concernientes a la homosexualidad). Y también al efecto de imposición simbólica que la regla explícitamente emitida y las posibilidades que designa, puede ejercer al abrir el espacio de los posibles (o, más sencillamente, "dando ideas"). Es de esta manera que, dentro de la larga resistencia que han opuesto al Código Civil, los campesinos que reverencian el derecho de primogenitura han adquirido el conocimiento de los procedimientos, violentamente rechazados, que la imaginación jurídica les ofrecía. Y si numerosas de estas medidas (a menudo registradas en los actos notariales sobre los cuales los historiadores del derecho han podido reconstruir la "costumbre") están totalmente desprovistas de realidad, como la restitución de dote en caso de divorcio, cuando el divorcio está de hecho excluido, no quita que la oferta jurídica ejerza efectos reales sobre las representaciones y, en este universo como en otros (en materia de derecho del trabajo por ejemplo), las representaciones constitutivas de lo que se podría llamar el "derecho vivido" deben mucho al efecto, más o menos deformado, del derecho codificado: el universo de los posibles que este hace existir, en el trabajo incluso que es necesario para neutralizarlos, tiende, según toda apariencia, a preparar los espíritus a los cambios aparentemente brutales que surgirán cuando sean dadas las condiciones de realización de estos posibles teóricos (se puede suponer que hay ahí un efecto muy general de la imaginación jurídica que, viendo todos los casos de transgresión a la regla, por una especie de pesimismo metódico, contribuye a hacerlos existir, dentro de una fracción más o menos grande del espacio social).

te la promoción ontológica que opera el efecto de universalización, al transmutar la regularidad (aquello que se hace regularmente) en regla (lo que es regla del hacer), la normalidad de hecho en normalidad de derecho, la simple *fides* familiar, que se asienta sobre todo un trabajo de mantenimiento del reconocimiento y del sentimiento, en derecho de la familia, armado de todo un arsenal de instituciones y de constricciones, seguridad social, prestaciones familiares, etc., las instituciones jurídicas contribuyen *universalmente*, sin duda, a imponer una representación de la normalidad en relación con la cual todas las prácticas *diferentes* tienden a aparecer como *desviadas*, anormales, patológicas (especialmente cuando la "medicalización" viene a justificar la "juridificación"). El derecho de familia, al ratificar y canonizar en forma de normas "universales" las prácticas familiares que se han inventado poco a poco siguiendo el impulso de la vanguardia ética de la clase dominante, y al colocarlas en el seno de un conjunto de instituciones gobernantes de la sociedad encargadas de administrar las relaciones sociales dentro de la unidad doméstica y, especialmente, las relaciones entre las generaciones, evidentemente ha contribuido bastante, como Remi Lenoir ha mostrado, a acelerar la generalización y reproducción de un modelo de unidad familiar que, en ciertas regiones del espacio social (y geográfico), y en particular entre los campesinos y los artesanos, no tiene en cuenta los obstáculos económicos y sociales, ligados especialmente a la lógica específica de la pequeña empresa y de su reproducción.<sup>77</sup>

Se ve así que la tendencia a universalizar su propio estilo de vida, vivido y ampliamente reconocido como ejemplar, que es uno de los efectos del etnocentrismo de los dominadores y que funda la

77 R. Lenoir, *La sécurité social et l'évolution des formes de codification des structures familiales*, Paris, Thèse, 1985.



creencia en la universalidad del derecho, es también el origen de la ideología que tiende a hacer del derecho un instrumento de transformación de las relaciones sociales. Los análisis previos permiten comprender que esa ideología encuentra la apariencia de fundamento en la realidad: no es en cualquier región del espacio social en la que emergen los principios prácticos o las reivindicaciones éticas que los juristas someten a la formalización y a la generalización. Del mismo modo que el verdadero responsable de la aplicación del derecho no es tal o cuál magistrado en concreto, sino todo el conjunto de agentes judiciales, a menudo compitiendo entre sí, que proceden al descubrimiento y a la señalización del delincuente y del delito, de la misma forma el verdadero legislador no es el redactor de la ley sino que lo es el conjunto de agentes que, determinados por los intereses y las constricciones específicas asociadas a su posición en los diferentes campos (el campo jurídico, pero también el campo religioso, el campo político, etc.), elaboran las aspiraciones o las reivindicaciones privadas y oficiosas, las hacen acceder al estado de "problemas sociales", organizan sus manifestaciones públicas (artículos de prensa, obras, plataforma de las asociaciones y de los partidos, etc.) y las presiones (protestas, peticiones, marchas, etc.) destinadas a "hacerlas avanzar". El trabajo jurídico consagra todo este trabajo de construcción y de formulación de las representaciones, al añadirle el efecto de generalización y de universalización que encierra la técnica jurídica y permitir movilizar los medios de coerción.

Existe, sin duda, un efecto propio del orden jurídico, de la "creación jurídica", relativamente autónomo, que hace posible la existencia de un campo de producción especializado y que consagra, aprovechando especialmente situaciones críticas o revolucionarias, el esfuerzo de grupos dominantes o en ascensión por imponer una *representación oficial* del mundo social que sea conforme a su visión

del mundo y favorable a sus intereses.<sup>78</sup> Y uno se puede sorprender de que la reflexión sobre las relaciones entre lo normal y lo patológico conceda tan poco espacio al efecto propio del derecho: el derecho, instrumento de normalización por excelencia, en cuanto discurso intrinsecamente poderoso y dotado de los medios físicos para hacerse respetar, está en disposición de pasar, *con el tiempo*, del estado de ortodoxia, creencia explícitamente enunciada del deber ser, al estado de doxa, de adhesión inmediata a lo que se presupone, a lo normal, como

78 El análisis de los "libros de costumbres" y de los registros de las deliberaciones comunales de un cierto número de "comunidades" en Béarn (Arudy, Bescat, Denguin, Lacommande, Lasseube) me ha permitido ver cómo las normas "universales" concernientes a los procedimientos de tomas de decisiones colectivas, como el voto por mayoría, han podido imponerse durante la Revolución, en detrimento de la antigua costumbre, que exigía la unanimidad de los "jefes de la casa". Y esas normas "universales" se han impuesto en virtud de la autoridad que les confería el hecho mismo de su objetivación, adecuado para disipar, como la luz a las tinieblas, las obscuridades del "se sabe sin necesidad de mencionarlo". Recordar aquí que se sabe que una de las propiedades esenciales de las "costumbres", en Kabyla como en Béarn, y por todos lados, es que los principios fundamentales no son nunca enunciados y que el análisis debe extraer estas "leyes no escritas" de la enumeración de sanciones asociadas al caso de transgresión práctica de estos principios. Todo permite, en efecto, suponer que la regla explícita, escrita, codificada, dotada de prueba social que le confiere su aplicación translocal, ha hecho desaparecer poco a poco las resistencias, porque aparece por un efecto de la ortodoxia como la justa formulación, pero más económica, más rigurosa, de los principios que regulaban en la práctica las conductas. Reglas explícitas que eran en otros tiempos la negación de esos principios. En efecto, un principio como el de la unanimidad de las decisiones tiende a excluir el reconocimiento institucional de la posibilidad de división (sobre todo duradera) en campos antagonistas y también, de manera más relevante, la delegación de la decisión a un cuerpo de elegidos (hay que destacar, por otra parte, el que la constitución de un "concejo municipal" se acompañe de la desaparición de toda participación del conjunto de agentes interesados en la elaboración de las decisiones y que el papel de los propios elegidos se limite, a lo largo de todo el siglo XIX, a ratificar las propuestas de las autoridades prefecturales).



culminación de la norma que queda abolida en cuanto a tal en su perfección.

## V

Pero no se describiría completamente este efecto de *naturalización* si no se llevase el análisis hasta el efecto más específico de la formalización jurídica, esa *vis formae*, fuerza de la forma, de la que hablan los antiguos. En efecto, si es cierto que la información de las prácticas mediante la formalización jurídica no puede tener éxito sino cuando la organización jurídica da una forma explícita a una tendencia inmanente de las prácticas y que las reglas que tienen éxito son las que, como se dice, *regularizan* situaciones de hecho conformes a la regla, el paso de la regularidad estadística a la regla jurídica representa un verdadero cambio de naturaleza social. La codificación, al hacer desaparecer las excepciones y la vaguedad de las regularidades de conducta débiles, al imponer discontinuidades secas y fronteras estrictas en el *continuum* de los límites estadísticos, introduce en las relaciones sociales una claridad, una previsibilidad y, como consecuencia, una racionalidad que no asegura nunca completamente los principios prácticos de los hábitos o las sanciones de la costumbre que son el producto de la aplicación directa al caso particular de estos principios no formulados.

Sin conceder a la idea verdadera la "fuerza intrínseca" que le presta la filosofía, es necesario conceder una realidad social a la eficacia simbólica que se produce en el derecho "formalmente racional", por hablar como Weber, gracias al efecto propio de la formalización. La codificación, al objetivar en una regla o en un reglamento escrito los esquemas que gobiernan las conductas en la práctica y están dentro del discurso, permite ejercer lo que se puede denominar como efecto de *homologación* (*homologeîn* significa decir la misma cosa o hablar el mismo lenguaje): de la misma manera en la que

un *código explícito* de un código práctico permite a los diferentes interlocutores asociar el mismo sentido al mismo sonido percibido y el mismo sonido al mismo sentido concebido, el hacer explícitos los principios hace posible la verificación explícita del consenso acerca de los principios del consenso (o del disenso). Aunque el trabajo de codificación no pueda ser asimilado a una axiomatización, debido al hecho de que el derecho contiene zonas de oscuridad que proporcionan su razón de ser al comentario jurídico, la homologación hace posible una forma de racionalización que puede entenderse, siguiendo a Max Weber, como previsibilidad y calculabilidad. A diferencia de dos jugadores que, no habiendo discutido las reglas del juego, están destinados a acusarse de hacer trampas cada vez que aparezca una discordancia con la idea que ellos se hacen del juego, los agentes involucrados en una empresa codificada saben que pueden *contar con* una norma, coherente y sin escapatoria, con la cual calcular tanto las consecuencias de la obediencia a la regla como su transgresión. Pero las virtudes de la homologación no se ejercen plenamente sino por aquellos que se encuentran firmemente asentados en el universo establecido por el formalismo jurídico. Las luchas altamente racionalizadas que permite la homologación se reservan, de hecho, a los detentadores de una fuerte competencia jurídica a la cual está asociada —especialmente en los abogados— una competencia específica propia de los profesionales de la lucha jurídica, entrenados en utilizar las formas y las fórmulas como armas. En cuanto a los otros, están destinados a sufrir la fuerza de la forma, es decir, la violencia simbólica que consiguen ejercer aquellos que, gracias a su arte de formalizar y presentar lo formalizado saben, como se suele decir, colocar el derecho de su lado y, llegado el caso, realizar el ejercicio más terminado de rigor formal, *summum jus*, al servicio de los fines más reprochables, *summa injuria*.



Pero no se podría explicar completamente la eficacia simbólica del derecho sin tomar en cuenta los efectos del ajuste de la oferta jurídica a la demanda jurídica, que debe ser imputada menos a transacciones conscientes que a mecanismos estructurales como la homología entre las distintas categorías de productores o de vendedores de servicios jurídicos y las diferentes categorías de clientes. Los ocupantes de posiciones dominadas, inferiores en ese sentido, dentro del campo (como el derecho social) tienden a estar más bien encaminados hacia clientelas dominadas, lo que contribuye a redoblar la inferioridad de esas posiciones (y lo que explica que sus intrigas subversivas tengan menos oportunidades de invertir las relaciones de fuerza en el seno del campo que de contribuir a la adaptación del cuerpo jurídico y, como consecuencia, a perpetuar la estructura del campo que los coloca en esa posición).

El campo jurídico, por el hecho del papel determinante que juega en la reproducción social, dispone de una autonomía menos amplia que campos que contribuyen también al mantenimiento del orden social, como el campo artístico o literario o incluso el campo científico. Es decir, que los cambios externos se retraducen en el campo jurídico más directamente y los conflictos internos son atajados allí más directamente por las fuerzas exteriores. Así, la jerarquía en la división del trabajo jurídico, tal como se manifiesta a través de la jerarquía de las especialidades, cambia a lo largo del tiempo, aunque de manera muy limitada (como atestigua el estatuto de excelencia que se ha dado siempre al derecho civil), en función especialmente de las variaciones de relaciones de fuerza al interior del campo social, como si la posición de los diferentes especialistas en las relaciones de fuerza interiores al campo dependiera del lugar en el campo político de los grupos sociales cuyos intereses están más

directamente ligados a las formas de derecho correspondientes.

Es evidente, por ejemplo, que a medida que se incrementa la fuerza de los dominados en el campo social y la de sus representantes (partidos o sindicatos) en el campo político, la diferenciación del campo jurídico tiende a incrementarse. Lo podemos ver en lo que ocurre en la segunda mitad del siglo XIX, con el desarrollo del derecho comercial, pero también con el derecho del trabajo y, más generalmente, con el derecho social. Las luchas internas entre los privatistas y los publicistas deben su ambigüedad al hecho de que los primeros, en tanto que guardianes del derecho de propiedad y del respeto a la libertad de los contratos, se hacen defensores de la autonomía del derecho y de los juristas contra todas las intrusiones de la política y de los grupos de presión económicos y sociales y, en particular, contra el desarrollo del derecho administrativo, contra las reformas penales y contra todas las innovaciones en materia social, comercial o en la legislación del trabajo. Estas luchas, que tienen a menudo apuestas bien definidas al interior de los límites mismos del campo jurídico (y universitario), como la definición de los programas, la apertura de secciones en las revistas especializadas o la creación de cátedras y, como consecuencia, el poder sobre el cuerpo y sobre su reproducción, y que concierne a todos los aspectos de la práctica jurídica, están sobredeterminadas y son ambiguas a un mismo tiempo, en la medida en que los defensores de la autonomía y de la ley como entidad abstracta y trascendente son de hecho los defensores de una ortodoxia. La ortodoxia del culto al texto, del primado de la doctrina y de la exégesis, es decir, a la vez de la teoría y del pasado, va de la mano del rechazo a reconocer el menor valor creativo a la jurisprudencia y, por consiguiente, hay una negación práctica de la realidad económica y social y un rechazo de toda aprehensión científica de esta realidad.



Se comprende que, según una lógica que se observa en todos los campos, los dominados no pueden encontrar sino en el exterior, en los campos científicos y políticos, los principios de una argumentación crítica dirigida a hacer del derecho una "ciencia" dotada de su metodología propia y fundada en la realidad histórica, usando para ello como intermediario, entre otras cosas, el análisis de la jurisprudencia. Así, según una división que se encuentra en todos los debates teológicos, filosóficos o literarios a propósito de la interpretación de los textos sagrados, los partidarios del cambio se sitúan del lado de la ciencia, de la historización de la lectura (según el modelo desarrollado en otro lugar por Schleiermacher) y de la atención a la jurisprudencia o lo que es lo mismo, se sitúan del lado de los nuevos problemas y de las nuevas formas del derecho que estos problemas exigen. En cuanto a la sociología, indisolublemente ligada, en su percepción de guardianes del orden jurídico, al socialismo, encarna la reconciliación maléfica de la ciencia y de la realidad social contra la cual la exégesis de la teoría pura representa la mejor protección.

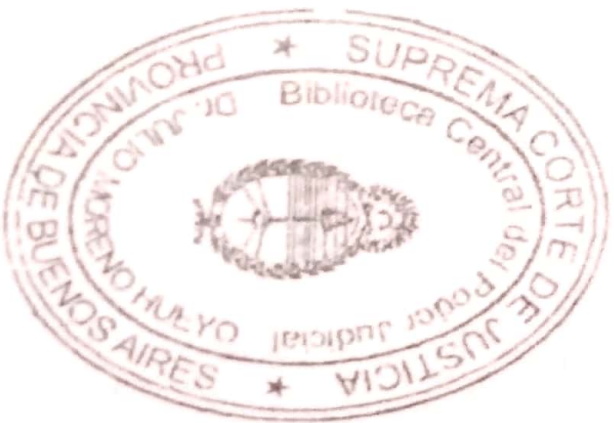
Paradójicamente, en este caso, la creciente autonomía pasa, no por un refuerzo de la clausura sobre sí de un cuerpo excesivamente consagrado a la lectura interna de textos sagrados, sino por una intensificación de la confrontación de textos y de procedimientos con las realidades sociales que se presupone que reflejan y regulan. Es un retorno a la realidad que favorece el incremento de la diferenciación del campo y la intensificación de la competencia interna, al mismo tiempo que produce el refuerzo de la posición de los dominados en el seno del campo jurídico, en conjunción con el refuerzo de la posición de sus homólogos en el campo social (o de sus representantes). No es casualidad que las posiciones sobre la exégesis y la jurisprudencia, sobre la fidelidad a la doctrina y sobre la adaptación necesaria a las realidades se correspon-

dan muy estrechamente con las posiciones ocupadas hoy en día en el campo jurídico, de una parte, por el derecho privado y más específicamente por el derecho civil, que la tradición neoliberal, apoyada en la economía, ha reactivado recientemente y, de otra parte, por las disciplinas como el derecho público o el derecho del trabajo, que se levantan contra el derecho civil, aprovechando el desarrollo de las burocracias y el refuerzo de los movimientos de emancipación política, o también con el derecho social, definido por sus defensores como la "ciencia" que, apoyándose en la sociología, permite adaptar el derecho a la evolución social.

El hecho de que la producción jurídica, como las otras formas de producción cultural, se lleve a cabo en un campo está en el origen de un efecto ideológico de desconocimiento que los analistas corrientes dejan inevitablemente escapar al referir directamente las "ideologías" a funciones colectivas o a las intenciones individuales. Los efectos que se engendran en el seno del campo no son ni la suma puramente aditiva de acciones anárquicas, ni el producto integrado de un plan concreto. La competencia que produce esos efectos se ejerce al interior de un espacio capaz de imprimir en ella tendencias generales, ligadas a presupuestos inscritos en la estructura misma del juego del que constituyen la ley fundamental como pueda ser el caso de la relación entre el campo jurídico y el campo político. La función de mantenimiento del orden simbólico que el campo jurídico contribuye a asegurar es —al igual que la función de reproducción del propio campo jurídico, sus divisiones y sus jerarquías, y del principio de visión y de división que es su fundamento— el producto de incontables acciones que no tienen por fin el cumplimiento de esa función y que pueden incluso inspirarse en intenciones opuestas, como los proyectos subversivos de las vanguardias que contribuyen, en definitiva, a determinar la adaptación del derecho y del campo jurídico al nuevo



estado de relaciones sociales y a asegurar así la legitimación de la forma establecida de estas relaciones. Es la estructura del juego —no un simple efecto de agregación mecánica— lo que está en el origen de la trascendencia, revelada por los casos de inversión de las intenciones, del efecto objetivo y colectivo de las acciones acumuladas.



BIBLIOTECA CENTRAL DEL PODER JUDICIAL "Dr. JULIO MORENO HUEYO" - LA PLATA -	N.º 70941 Folio 21-02-08
--	-----------------------------