

# TRES VISIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA FUERZA

Manuel Atienza

## 1. *Introducción*

La finalidad de este trabajo es muy modesta: Consiste simplemente en examinar la posición que sobre el tema de las relaciones entre el Derecho y la fuerza puede encontrarse en tres escritos (cada uno de un autor distinto: Derrida, Bourdieu y Schauer) que tienen, creo yo, un cierto valor paradigmático. Los dos primeros están claramente vinculados con las teorías “críticas” del Derecho; ninguno de esos dos autores (Jacques Derrida y Pierre Bourdieu) se encuadra propiamente dentro de esa corriente del pensamiento jurídico (de hecho, ninguno de los dos es un iusfilósofo en sentido estricto), pero sus obras (su manera de entender ese problema) han tenido un gran impacto entre los “críticos”. Y el tercer escrito (que es un texto muy reciente de Frederick Schauer) permite entender bien, me parece, lo que ha sido (está siendo) la discusión sobre esa cuestión dentro de la iusfilosofía positivista-analítica, y por más que la posición de Schauer al respecto pueda considerarse como relativamente heterodoxa. No hace falta añadir entonces que con ello no se pretende ni mucho menos dar una idea de conjunto del estado de la cuestión en relación con uno de los temas centrales (clásicos) de la Filosofía del Derecho. Pero esa visión parcial quizás sí que pueda ser considerada significativa en relación con varios aspectos importantes del tema y, en ese sentido, resultar de utilidad (aunque la utilidad pueda consistir en alguna ocasión en prescindir de ciertos planteamientos) para quien esté interesado en elaborar una teoría más o menos general sobre las relaciones entre el Derecho y la fuerza.

## 2. *La desconstrucción a la fuerza*

El texto de Jacques Derrida al que he hecho alusión, y que parece haber tenido una gran influencia, al menos entre los seguidores de lo que suele llamarse “teoría crítica del Derecho”, se titula en francés *Force de loi. Le*

“*Fondament mystique de l’autorité*”<sup>1</sup>, tiene dos partes y un Postscriptum, y la primera de ellas<sup>2</sup> proviene de un texto (titulado en inglés *Deconstruction and the Possibility of Justice*) que el autor leyó en un coloquio (en 1989) en una universidad estadounidense en la que participaron sobre todo juristas pertenecientes al movimiento *Critical Legal Studies* que, como se sabe, es la marca con la que la teoría crítica se ha difundido en ese país. Espero que no se entienda como una afirmación maliciosa por mi parte, pero yo diría que la acogida que en ese movimiento han tenido obras como las de Derrida y sus propuestas “desconstructivistas”<sup>3</sup> podría tener bastante que ver con el hecho de que al auge de los “Críticos” en los años 80 y 90 le haya seguido una casi completa pérdida de influencia de esa corriente iusfilosófica desde comienzos del siglo XXI<sup>4</sup>. Pues resulta verdaderamente difícil de entender que una obra de esas características (ahora veremos cuáles son) pueda jugar un papel positivo en una teoría del Derecho que se proponga –y se supone que ese era uno de los objetivos fundamentales de los “críticos”- contribuir a la emancipación social. Y, desde luego, aún más difícil de entender que pueda contribuir de alguna manera a hacer progresar la teoría del Derecho, en general.

La principal característica del texto de Derrida es, sin duda, la oscuridad. Por si se necesitara alguna prueba de ello, transcribo a continuación una “perla”, o sea, un párrafo, que parece jugar un papel central en la primera parte del libro (traducida al español como *Del Derecho a la justicia*) y cuyo significado no parece, al menos a primera vista, fácil de desentrañar:

---

<sup>1</sup> Publicado en Éditions Galilée, en 1994. La traducción española, *Fuerza de ley. El “Fundamento místico de la autoridad”* se publicó en Tecnos, en 1997 (en una edición a cargo de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez).

<sup>2</sup> Se publicó una traducción al castellano (la misma que luego apareció en el libro mencionado en la nota 1) en la revista *Doxa*, nº 11, 1992.

<sup>3</sup> Empleo “desconstructivismo” o “desconstructivista(s)”, en lugar de “deconstructivismo” o “deconstructivista(s)”, siguiendo el criterio de los traductores al castellano de la obra.

<sup>4</sup> “[C]onsidero que los desarrollos de los *Critical Legal Studies* o de trabajos como los de Stanley Fish, Barbara HJerrstein-Smith, Drucilla Cornell, Samuel Weber y otros, que se sitúan en la articulación entre literatura, filosofía, derecho y los problemas político-institucionales, se encuentran hoy, desde el punto de vista de cierta desconstrucción, entre los más fecundos y los más necesarios” (p. 22)

“La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es desconstruible. Como no lo es la desconstrucción, si algo así existe. *La desconstrucción es la justicia*. Tal vez debido a que el derecho (que yo intentaría por tanto distinguir normalmente de la justicia) es construible en un sentido que desborda la oposición entre convención y naturaleza (o quizás en cuanto que desborda esa oposición), el derecho es construible, y por tanto desconstruible, y, más aún, hace posible la desconstrucción, o al menos el ejercicio de una desconstrucción que en el fondo siempre formula cuestiones de derecho, y a propósito del derecho. De ahí las tres proposiciones siguientes:

1. La desconstructibilidad del derecho (por ejemplo) hace la desconstrucción posible.
2. La indesconstructibilidad de la justicia hace también posible la desconstrucción, por no decir que se confunde con ella.
3. Consecuencia: la desconstrucción tiene lugar en el intervalo que separa la indesconstructibilidad de la justicia y la desconstructibilidad del derecho. La desconstrucción es posible como una experiencia de lo imposible, ahí donde *hay* justicia, incluso si ésta no existe o no está *presente* o no lo está todavía o nunca...” (Derrida 1997: 35-36).

Bueno, el lector podría pensar, y con razón, que la falta de claridad proviene simplemente de la falta de contexto. O sea, que todo lo anterior podría cobrar algún sentido si previamente se explicara, por ejemplo, en qué consiste la desconstrucción. Y aunque el propio Derrida nos dice que no es posible definirla, que cualquier enunciado del tipo de “desconstrucción es ‘X’ “ está fuera de lugar, parece al menos claro que desconstruir es algo así como un modo de interpretar o de entender ciertos textos. Jim Powell, en un libro sumamente recomendable para quien aspire a comprender algo sobre el asunto (el título es elocuente: *Postmodernism for beginners*) nos puede echar una mano en esa tarea: “La desconstrucción se centra primero en la oposición dentro de un texto –como hombre/mujer. A continuación muestra cómo esos opuestos están relacionados, como uno es considerado como central, natural y

privilegiado –el otro es ignorado, reprimido y marginalizado. Luego, de manera temporal, deshace, subvierte o descentra la jerarquía para hacer que el texto signifique lo opuesto de lo que parecía significar originariamente. Entonces, en el último paso, ambos términos de la oposición se desconstruyen –se ven bailando en un juego libre de significados no jerárquicos, no estables” (Power 1998: 106-7).

Pero vayamos a los textos que parecen ser el objeto de la desconstrucción de Derrida. Se trata de unos famosos “pensamientos” de Pascal:

*“Justicia, fuerza.-Es justo que lo que es justo sea seguido, es necesario que lo que es más fuerte sea seguido. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; la fuerza, sin la justicia, es acusada. Por tanto, hay que poner juntas la justicia y la fuerza; y ello para hacer que lo que es justo sea fuerte o lo que es fuerte sea justo(...)Así, no pudiendo hacer que lo que es justo sea fuerte, hacemos que lo que es fuerte sea justo.”*(Derrida 1997: 26-28)

Al que le añade otros de Montaigne y, en particular, éste (que explica el subtítulo del libro):

*“Ahora bien, las leyes mantienen su crédito no porque sean justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro (...) El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas.”* (Derrida 1997: 29).

Pues bien, Derrida llega a partir de esos textos a una primera conclusión que parece verdaderamente un tanto excesiva: “Podemos hallar en él – como, por otra parte, en Montaigne- las premisas de una filosofía crítica *moderna*, es decir, de una crítica de la ideología jurídica, una desedimentación de las superestructuras del derecho que esconden y reflejan a la vez los intereses económicos y políticos de las fuerzas dominantes de la sociedad”. (Derrida 1997: 32). Pero no se queda ahí, sino que piensa que “el surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una

fuerza realizativa” (p. 32) que, en definitiva, consiste en “una violencia sin fundamento” (p. 34).

No es que sea muy fácil saber qué es lo que quiere decir Derrida con todo eso, pero mi impresión es que, por un lado, con lo del “momento instituyente” del Derecho, la “estructura violenta del acto fundador”, el “golpe de fuerza” en que consiste “hacer la ley”, la “fuerza realizativa” del lenguaje (contrapuesta a la constatativa) y otras expresiones semejantes, a lo que parece estar aludiendo es a que el lenguaje prescriptivo del Derecho, la existencia de normas, supone naturalmente una división de la conducta en lícita e ilícita, es decir, las normas suponen una cortapisa a la libertad del individuo (y si son jurídicas, respaldadas con la coacción) y de ahí su carácter “violento”. Mientras que, por otro lado, el sentido que él da a lo del fundamento “místico” de la autoridad es que la existencia de una autoridad (de una autoridad práctica) no es algo que se pueda justificar; y como el Derecho presupone la autoridad, el Derecho sería “una violencia sin fundamento”:

“Dado que en definitiva el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse en ellos mismos, éstos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento(...) Incluso si el éxito de los realizativos fundantes de un derecho (por ejemplo –y esto es más que un ejemplo-, el éxito de un Estado como garante de un derecho) supone condiciones y convenciones previas (por ejemplo, en el espacio nacional o internacional), el mismo límite “místico” resurgirá en el supuesto origen de dichas condiciones, reglas o convenciones, y de su interpretación dominante.” (Derrida 1997: 34-35).

De manera que, en mi opinión, lo que nos muestra Derrida (si es que verdaderamente quiere mostrarnos algo), que el Derecho es una práctica normativa y autoritativa, no es demasiado interesante, en el sentido de que forma parte de lo ya sabido, pero expresado usualmente de otra manera, o sea, con más claridad. Así, parece claro que, dado que el Derecho es (aunque no sea sólo eso) un conjunto de normas dotadas (al menos algunas de ellas) de coacción, el Derecho es inseparable de la

fuerza (si se prefiere hablar así, de la violencia), tanto en el momento de su establecimiento (quien establece las normas es el poder político), como en el de su conservación (sin la fuerza, efectivamente, el Derecho no podría realizarse, *be enforced*). Y lo que él entiende por carácter “místico” de la autoridad no es ni más ni menos que la definición de autoridad práctica: reconocer, obedecer, a una autoridad significa actuar conforme a lo que la autoridad ha indicado y porque ella lo ha indicado (recuérdese el texto de Montaigne). Por supuesto, es todo un problema si está justificado o no obedecer a la autoridad y cuándo lo estaría, pero ese no es el tipo de cuestiones a las que pretende dar respuesta un planteamiento tan “radical” como el de Derrida.

Creo que algo parecido a lo anterior puede decirse en relación con las aporías que Derrida se plantea a propósito de la relación entre el Derecho y la justicia: “Pero sucede que el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia y que la justicia exige instalarse en un derecho que exige ser puesto en práctica (constituido y aplicado) por la fuerza (“*enforced*”). La desconstrucción se encuentra y se desplaza siempre entre el uno y la otra” (Derrida 1997: 51). Las aporías serían las tres siguientes.

La primera parece consistir en la imposibilidad de armonizar la exigencia, por un lado, de seguir una regla (una regla previamente establecida por una autoridad) y, por otra, de actuar de manera libre, responsable:

“[P]ara que una decisión sea justa y responsable es necesario que en su momento propio, si es que existe, sea a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reiventarla, re-justificarla en cada caso, al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente.” (Derrida 1997: 53).

Se trata, en realidad, de algo bien conocido por los juristas: la distancia que siempre existirá entre la generalidad de las normas y la especificidad

de cada caso de aplicación de las mismas. Que tiene una respuesta tradicional (yo diría, *la* respuesta) en la concepción de la equidad de Aristóteles. Y que sólo puede considerarse como un problema sin solución si uno parte –y creo que es lo que hace Derrida- de una concepción metafísica o, quizás mejor, mística de la justicia que, naturalmente, no puede tener ninguna contrapartida en este mundo.

La segunda aporía la llama Derrida “la obsesión de lo indecible”. Lo que quiere decir con ello es que para que se ejerza la justicia, para que sea efectiva y se determine “en la forma del derecho”, se necesita de “una decisión que dirima” (Derrida 1997: 54). Pero, al mismo tiempo, es imposible decidir, en el sentido de que no es posible una decisión perfectamente justa (de nuevo, de acuerdo con esa noción mística de justicia):

“En ningún momento parece que una decisión pueda decirse presente y plenamente justa: o bien no ha sido todavía adoptada según una regla, y entonces nada permite decir que es justa; o bien ha seguido una regla – dada, recibida, confirmada, conservada o re-inventada- que a su vez nada garantiza; y por otra parte, si estuviera garantizada, la decisión se habría convertido en cálculo y no podría decirse que es justa.” (Derrida 1997: 56).

Y, en fin, la tercera aporía parece consistir en la incompatibilidad entre la urgencia de la justicia y las exigencias de la racionalidad teórica o, dicho de otra manera (más comprensible, pero que seguramente banaliza el asunto) en la constatación de que decidir no es un acto de conocimiento:

“[L]a justicia no espera (...) una decisión justa es necesaria siempre *inmediatamente*, enseguida, lo más rápido posible. La decisión no puede procurarse una información infinita y un saber sin límite acerca de las condiciones, las reglas o los imperativos hipotéticos que podrían justificarla. E incluso si se dispusiera de todo esto, incluso de todo el tiempo y los saberes necesarios al respecto, el momento de la *decisión en cuanto tal*, lo que debe ser justo, *debe* ser siempre un momento finito, de urgencia y precipitación; no debe ser la consecuencia o el efecto de ese saber teórico o histórico, de esa reflexión o deliberación, dado que la

decisión marca siempre la interrupción de la deliberación jurídico-,ético- o político-cognitiva que la precede y que *debe* precederla.” (Derrida 1997: 61).

La conclusión que yo saco de todo lo anterior no es muy alentadora y –creo que conviene insistir en ello- puede darnos alguna pista de por qué han fracasado en buena medida corrientes del Derecho basadas en textos como el anterior o en otros más o menos equivalentes (al menos, en cuanto a su grado de confusión). Simplemente, yo diría que nadie debería confiar en métodos, procedimientos, filosofías o lo que quiera que sea el deconstructivismo (como variante del postmodernismo), que se permiten hablar del Derecho y de la justicia sin hacer la menor referencia ni al conocimiento empírico existente sobre esos problemas, ni tampoco a la tradición de pensamiento teórico al respecto. Puede parecer toda una hazaña intelectual, pero la verdad es que lo que resulta de ello es una victoria puramente pírrica. La primera carencia (prescindir de los datos empíricos) produce un discurso completamente abstracto y que nada tiene que ver con la realidad del Derecho: como hemos visto, el método se basa en la toma en consideración únicamente de textos (de lenguaje; pero el Derecho no es un fenómeno exclusivamente lingüístico; es mucho más que eso) que ni siquiera forman parte del lenguaje del Derecho; se trataría, en todo caso, de metalenguajes jurídicos. Y el hecho (segunda carencia) de que el deconstructivismo y otras modas filosóficas por el estilo hayan considerado que se puede decir algo de interés sobre el Derecho prescindiendo prácticamente por completo de las principales corrientes contemporáneas de filosofía del Derecho (con la excepción del movimiento de los Critical Legal Studies) tiene, yo creo, mucho que ver con que, al fin de cuentas, lo único que proporciona son discursos carentes de fundamento teórico, o bien puramente banales. Lo que uno encuentra ahí, me temo, no son más que juegos de palabras, ocurrencias y “radicalidades” que sirven para muy poco. Quizás tan sólo para estar a la moda; pero las modas, qué se le va a hacer, son efímeras por definición. Y, desde luego, nada de eso contribuye a entender mejor las relaciones entre el Derecho y la fuerza o a sugerir algún curso de acción que pueda llevar de alguna manera a la emancipación social.



### 3. *El Derecho como forma de la violencia simbólica.*

Uno de los sociólogos más influyentes en las últimas décadas ha sido el francés Pierre Bourdieu. Como su compatriota Derrida, Bourdieu se ocupó de manera muy ocasional del Derecho, pero con notable éxito (a juzgar por la profusión con que es citado) y es autor de un texto que tiene un título parecido al de Derrida: “La force du droit”<sup>5</sup>. Los dos autores comparten además algunos otros rasgos, como el propósito de desmitificar el Derecho (y no sólo) o la propensión a la innovación lingüística. Pero los escritos de Bourdieu no poseen en absoluto el hermetismo de los de Derrida, aunque tampoco sean siempre fáciles de comprender, quizás en buena medida por la utilización de una jerga peculiar y yo diría que más bien innecesaria. Por esa razón, y a efectos de no incurrir en falsas interpretaciones, puede venir bien comenzar por exponer lo que los especialistas en Bourdieu consideran que constituyen las líneas centrales del pensamiento de este autor sobre el Derecho.

Mauricio García Villegas, basándose esencialmente en el texto antes mencionado, *La force du droit*, formula algo parecido a lo que sería una definición de Derecho según el sociólogo francés:

“El derecho es un campo social –conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que compiten por poder o capital- en el cual los participantes luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos...Así, el derecho se convierte en la forma por excelencia de poder simbólico –y de violencia simbólica-, dadas las posibilidades que tienen sus practicantes para crear instituciones, y con ellas, realidades históricas y políticas mediante el simple ejercicio de poner nombres....El uso de lo simbólico es una práctica inherentemente violenta, en cuanto es capaz de imponer significados en el mundo y en las relaciones sociales a partir de las cuales el poder

---

<sup>5</sup> El título completo es: “La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche sociologique* 64 (1986). Hay una traducción al castellano de Carlos Morales de Setién Ravina, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del Derecho* (presentación de Diego López Medina y estudio preliminar del traductor), Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2000.

económico y el poder político pierden su arbitrariedad original y su connotación exclusiva, y aparecen como algo normal y aceptable” (García Villegas 2010:236).

Y Carlos Morales (traductor de la obra jurídica de Bourdieu al castellano y autor de un útil estudio preliminar sobre la misma) considera que para entender correctamente el pensamiento de Bourdieu sobre el Derecho es necesario aclarar una serie de nociones, las cuales, explícita o implícitamente, están presentes en la anterior definición; se trata de las de “campo”, “espacio social”, “hábito”, “efecto simbólico” y “desconocimiento” (Morales 2000: 61), a las que cabría añadir (en realidad, él mismo –Morales- lo hace) la de “capital”. Para empezar a aclarar las cosas, cabría decir que “campo social” viene a ser, yo creo, un término más o menos equivalente al de (o una interpretación de) “práctica social”, mientras que “hábito” vendría a corresponderse con “tradición cultural”, “capital” con “poder”, y “desconocimiento” con “ideología”. Los otros dos términos, “espacio social” y “efecto (poder) simbólico”, tienen, cabría decir, el significado más o menos usual en ciencias sociales. Pero veamos cómo puede precisarse todo eso.

El autor mencionado recoge una respuesta que el propio Bourdieu da a la pregunta de qué diferencia existe entre la noción de campo social y la de sistema o aparato: “En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas del juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito.”(Morales: 62; Wacquant y Bourdieu 1992:102). Y, a partir de ahí, entiende que lo que caracteriza a un campo social serían estos elementos: ser un espacio limitado; de lucha; definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas; presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan; y donde la distribución de fuerzas es desigual. En esa misma entrevista a Bourdieu

aparece también lo que podría considerarse como una definición de hábito(s):

“[S]on sistemas de *disposiciones* duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios de generación y estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente ‘reguladas’ y ‘regulares’, sin ser en ningún caso el producto de obediencia a reglas; pueden ser objetivamente adaptadas a sus fines sin presuponer una dirección consciente hacia ellos o sin poseer una maestría expresa de las operaciones necesarias para conseguirlos y, sumado todo esto, [los hábitos] pueden ser colectivamente orquestados sin ser el producto de la acción orquestante de un director.” (Morales 2000: 67; Wacquant y Bourdieu 1992: 72)

Y, en fin, el “capital” (el poder) sería algo que funciona en el interior de un campo y constituye la finalidad del juego. Habría tres formas de capital - económico, social y cultural-, y las tres pueden adquirir la forma de capital simbólico. Siguiendo de nuevo a Morales, el capital cultural tiene que ver con la posesión de un tipo de información valorada en un cierto espacio social y cuyo acceso se encuentra limitado; de la misma manera que el capital económico se conecta con la posesión de bienes de esa naturaleza (económicos) y cuyo acceso es también limitado; y el capital social (Morales recurre aquí a las propias palabras de Bourdieu), “es la suma de recursos, actuales o virtuales que acumula un individuo o un grupo al estar en posesión de una red, más o menos institucionalizada, de relaciones de mutuo conocimiento y reconocimiento” (Morales 2000: 70; Wacquant y Bourdieu 1992: 119). En fin, la transformación en capital simbólico tiene lugar mediante un efecto de “desconocimiento”, entendiendo por tal un conjunto de mecanismos y de prácticas que se dan en el interior de un campo y que legitiman el capital (el poder) que se posee de manera arbitraria (Morales 2000:71).

Con todo lo anterior estamos ya en disposición de empezar a entender la tesis fundamental de Bourdieu sobre el Derecho, la de que el Derecho es la forma de la violencia simbólica por excelencia. Una tesis que

él considera viene a ser una superación tanto del idealismo jurídico: la consideración del Derecho como “un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente a través de su ‘dinámica interna’” (Bourdieu 2000: 156); como también del materialismo (de un marxismo vulgar), que ve “en el derecho y en la jurisprudencia [se supone que con esta última expresión se refiere Bourdieu a la ciencia tradicional del Derecho] 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” (ibid.):

“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, cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física” (Bourdieu 2000: 158).

Resulta muy difícil, sin embargo, entender bien, con alguna precisión, en qué consiste esa fuerza o violencia simbólica del Derecho, que –se supone– constituye el objetivo fundamental del trabajo de Bourdieu. En parte, porque el estilo del autor es más bien elusivo, en el sentido de que evita la utilización de los procedimientos habituales para dar claridad a los textos (uso de definiciones, distinciones, clasificaciones, etc.), quizás para evitar ejercer, a través del lenguaje, violencia simbólica. Pero también en parte porque su visión del Derecho me parece francamente cuestionable: y no sólo porque asuma una perspectiva yo diría que más bien estrecha del Derecho y que por momentos resulta incluso extravagante, sino también por su poca familiaridad con la cultura jurídica, lo que le lleva a incurrir en bastantes equívocos y errores. Empecemos por esto último.

Quienes se han ocupado de la obra jurídica de Bourdieu (como los antes mencionados García Villegas y Morales) insisten mucho en que el

autor francés mostró poco interés por el estudio del Derecho, al tiempo que subrayan que las reflexiones de este último están muy condicionadas por las peculiaridades de la cultura jurídica francesa. Es muy probable que tengan razón al pensar así, pero eso constituye una explicación y no una justificación de las afirmaciones que el famoso sociólogo vierte a lo largo del escrito que aquí estoy comentando. Y una explicación que, por cierto, no ayuda a entender por qué ambos consideran que la obra de Bourdieu es de una extraordinaria importancia y que contiene además un gran potencial crítico.

*La force du droit* empieza con una extraña afirmación: “Una ciencia del derecho en sentido riguroso se distingue de la que comúnmente se conoce como ‘ciencia jurídica’ donde esta constituye el objeto de aquella” (Bourdieu 2000: 155). Bourdieu no se toma muchas molestias por aclararnos en qué consisten esos dos sentidos de ciencia jurídica, pero el que atribuye a los juristas (lo que “comúnmente se conoce como ‘ciencia jurídica’”) partiría de considerar el derecho “como un sistema cerrado y autónomo” (p. 156) (la llamada por él “visión internalista”) y la quintaesencia del mismo vendría a ser la teoría pura del Derecho de Kelsen; mientras que es de suponer que la otra, la “ciencia del derecho en sentido riguroso”, se identificaría con la sociología del Derecho, o con una cierta sociología del Derecho.

Ahora bien, la teoría pura del Derecho, como se sabe, es un tipo de teoría “general” que se distingue, en consecuencia, de lo que suele llamarse “ciencia jurídica en sentido estricto” o “dogmática jurídica”; es más, al menos en cierto sentido, el objeto de reflexión de la teoría pura es precisamente la dogmática jurídica, pero Bourdieu parece desconocer ese hecho. Al igual que tampoco es consciente (véase la nota 4) de que Kelsen no estaba en contra de estudiar el Derecho desde un punto de vista sociológico, psicológico, etc. (de hecho, hizo alguna contribución interesante al respecto), sino que lo que él defendió fue la necesidad de separar un tipo de estudio (el de las ciencias sociales referidas al Derecho) del otro (el de la teoría general del Derecho y las dogmáticas jurídicas, tal y como él las entendía). Y, por lo demás, los juristas (los juristas teóricos)

han propuesto diversas maneras de entender la ciencia jurídica y, más en general, los saberes jurídicos, que no son para nada coincidentes con la de Kelsen; la teoría de la ciencia jurídica suele considerarse como uno de los centros de reflexión de lo que solemos llamar filosofía del Derecho. ¿Cómo es posible entonces que Bourdieu venga a dar a entender de alguna forma que los juristas (en donde habría que incluir a los cultivadores de la dogmática y de la teoría general del Derecho) habrían sido incapaces de concebir esa “ciencia del Derecho en sentido riguroso”? ¿Estaría quizás dispuesto a afirmar otro tanto en relación con otra disciplina como, por poner un ejemplo, la economía, que, tal y como ocurre con el Derecho, tiene un componente esencialmente práctico? Y si (como me parece) no es así, ¿a qué se debe esa diferencia de trato?

Yo creo (y contesto a la pregunta que acabo de hacer), que esa visión deformada, empobrecida, del Derecho y del pensamiento jurídico puede muy bien tener su causa en la identificación que hace Bourdieu de la ciencia jurídica con lo que normalmente llamamos escuela de la exégesis, o sea, una concepción del Derecho, típicamente francesa, acusadamente formalista y reduccionista (entre otras cosas, por reducir el Derecho al Derecho estatal), que en algún momento tuvo una gran influencia en el pensamiento jurídico pero que, desde hace mucho tiempo, ha dejado de ser el paradigma de referencia de los juristas teóricos y prácticos. Dicho de otra manera, los adversarios teóricos elegidos por Bourdieu (la escuela de la exégesis y el marxismo vulgar) no constituyen en absoluto las principales corrientes de pensamiento jurídico en el mundo occidental de la segunda mitad del siglo XX.

Y, en fin, su distanciamiento profesional del Derecho puede ser también la explicación de diversos errores que pueden encontrarse en *La force du droit*. Por ejemplo, al hablar del “efecto de universalización” característico del lenguaje jurídico y que, en su opinión, se obtendría mediante procedimientos como “el recurso sistemático al modo indicativo para enunciar las normas” (Bourdieu 2000: 165), Bourdieu atribuye a los filósofos del Derecho de tendencia iusnaturalista, representados por Kalinowski, la pretensión de 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” (Bourdieu 2000: 165, nota). Pero Kalinowski (y el resto de los iusnaturalistas) sí que considera(n) que el Derecho consiste (al menos, en parte) en normas y que el legislador (y eventualmente otros operadores jurídicos) las enuncia; en otro caso sería difícil de entender que Georges Kalinowski haya sido uno de los fundadores de la lógica de las normas y que, dentro de la estructura de las normas, exista siempre, según él, un elemento, un functor, normativo, que modaliza una acción como permitida, facultativa, prohibida u obligatoria. Cosa distinta, naturalmente, es que Kalimowski (en contra de lo que es usual sostener) pensara que las normas son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas; o que en la tradición iusnaturalista (pero no sólo en ella) se suela insistir en la imposibilidad de establecer una distinción tajante entre el ser y el deber ser. Y, en fin, la referencia de Bourdieu a la obra de Kalinowski, aunque no sea para nada central, muestra, me parece, el poco rigor empleado por el sociólogo francés en su escrito. Para ilustrar lo anterior (que el legislador enuncia el ser, no el deber ser, esto es, que no enuncia normas), cita esta frase extraída de un libro de Kalinowski: “El legislador prefiere describir las instituciones jurídicas antes que establecer directamente reglas”. Y lo sorprendente es que se le olvidara lo que viene inmediatamente después de eso: “Pero la forma lingüística de sus textos no altera en lo más mínimo el carácter normativo del derecho” (Kalinowski 1973:165, nota 22).

Otro error de bulto (que no pasó inadvertido a su traductor [vid. Bourdieu 2000: 188, nota 51]) consiste en que Bourdieu, siguiendo a J.-L. Austin, piensa que una de las exigencias constitutivas de la visión del mundo jurídico (y que jugaría un papel de gran importancia en el establecimiento del poder –poder simbólico- en régimen de monopolio ejercido por los juristas) 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” (Bourdieu 2000: 187). Como es bien sabido, esto (la necesidad de seguir el precedente) vale típicamente para el sistema jurídico del *common law* (el que tenía presente el filósofo Austin), pero no, por ejemplo, para el sistema francés. No se trata,

tampoco éste, de un error fatal para su teoría; en realidad, bastaría con sustituir ese requisito por el de la obligación de sujetarse a las fuentes del sistema (las que sean). Pero me parece que es una prueba más de que la mirada con la que Bourdieu contempló el Derecho fue verdaderamente una mirada desde muy lejos y un tanto distraída.

Y voy ahora a lo que propiamente es la concepción de Bourdieu sobre el Derecho. Me parece que el atractivo que para muchos tiene ese texto, *La force du droit*, deriva fundamentalmente de que el Derecho aparece contemplado ahí desde una perspectiva fuertemente conflictualista, lo que resulta sin duda de interés, dado que la aproximación teórica (sociológica) al Derecho no suele ser esa, sino que más bien se basa en una concepción de carácter funcionalista (que pone el acento en el equilibrio, en la estabilidad social). Pero ocurre que a Bourdieu no parece interesarle propiamente el conflicto social, que efectivamente es la clave (o una de las claves) para entender el Derecho, sino que él se centra en el conflicto que tiene lugar entre los profesionales del Derecho, digamos, en el conflicto interno al campo jurídico, y en el que enfrenta a los profesionales con los profanos:

“Nada es menos natural que la ‘necesidad jurídica’ o el sentimiento de injusticia que puede llevar a recurrir a los servicios de un profesional(...) Los profesionales tienen, en definitiva, el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros(...) 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(...) finalmente, y sobre todo, son guiados por sus intereses más específicos, los que se definirían en sus relaciones objetivas con los otros especialistas(...) 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 irreductibles a las de los no especialistas(...) 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.” (Bourdieu 2000: 189-191)

“La constitución del campo jurídico es inseparable de la instauración del monopolio de los profesionales 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(...) El cuerpo de profesionales se define por el monopolio de los instrumentos necesarios para la construcción jurídica que es, en sí misma, apropiación.” (Bourdieu 2000: 191-192)

“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 las demandas 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.”(Bourdieu 2000: 202).

Ahora bien, esa forma de ver las cosas supone, yo creo, incurrir en una manifiesta exageración teórica que lleva consigo una distorsión de la realidad. Pues una cosa es pensar que pueda tener algún interés, que pueda jugar un papel para entender el funcionamiento del Derecho, la rivalidad existente entre diversos profesionales del Derecho (o entre los iusprivatistas y los iuspublicistas [Bourdieu 2000:217 y 219]) y entre estos y los profanos en Derecho; y otra cosa es hacer de ello el centro para la comprensión del Derecho. Es probable que esa idea, o ese enfoque (como parecen sugerirlo los anteriores textos), sea una consecuencia de la noción de “campo” que, como veíamos, juega un papel central en la sociología de Bourdieu. Pero el “campo jurídico”, si se quiere hablar así, tendría que construirse de manera mucho más compleja y, yo diría, más objetiva, en el sentido de que no me parece que haya ninguna razón para

pensar que el Derecho (y a través, obviamente, del trabajo de los juristas) está desconectado de las genuinas demandas o necesidades sociales, o sea, para negar la existencia de fines del Derecho de carácter objetivo. Esa vinculación del Derecho con la realización de finalidades sociales constituye el núcleo de la obra de uno de los teóricos del Derecho que mejor representan la visión conflictualista del Derecho: Rudolf von Ihering. Como bien se sabe, en *El fin en el Derecho, Ihering* (si se quiere, “el segundo Ihering”) definía el Derecho como “el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad en el sentido más amplio de la palabra, asegurado mediante la coacción externa por el poder público” (Ihering 1961:364). Se trata de una visión del Derecho (lo que esa definición refleja) que ha inspirado de alguna manera a todas las concepciones antiformalistas que se han desarrollado desde hace aproximadamente siglo y medio, que han ejercido una poderosa influencia en el pensamiento jurídico y que, obviamente, tiene poco que ver con lo que Bourdieu considera como la concepción del Derecho característica de los juristas.

Naturalmente, no podemos pensar que el Derecho, la existencia de un Derecho, supone la realización de esas condiciones de vida; o, mejor dicho, el Derecho está vinculado a la realización de las condiciones de vida de la sociedad, pero no satisface esas necesidades o intereses sociales de una manera equitativa, imparcial. Ihering no tuvo en cuenta el elemento ideológico presente en muchos momentos de la vida del Derecho y que, efectivamente, tiene que ver con la pretensión de atribuir neutralidad o valor universal a aquello que no lo tiene. Bourdieu tiene razón en este punto (aunque, desde luego, no es el primero en llamar la atención sobre los ingredientes ideológicos del Derecho), pero de ahí no se sigue tampoco que la creencia en la neutralidad tenga siempre un carácter arbitrario o que “la ideología profesional del cuerpo de juristas” atribuya a la jurisdicción “el enunciado de valores universales y eternos, por lo tanto trascendentes a los intereses de los particulares” (Bourdieu 2000: 202). Los juristas no son tan simples como Bourdieu parece suponer. Muchos de ellos son plenamente conscientes de que no todos los Derechos son iguales y de que donde funciona de manera razonable un Estado de Derecho, existen instituciones que aseguran un nivel para nada

desdeñable de trato imparcial y para todos, esto es, de carácter universal: si no fuera así, no existirían derechos fundamentales. Todo lo cual – conviene insistir en ello- es compatible con reconocer el papel que la ideología juega en el Derecho, o sea, con la conciencia de que el Derecho – la ley- refleja muchas veces (pero de manera oculta, engañosa) los intereses de determinados grupos sociales, en detrimento de los de otros. Pero eso, como decía, no es ninguna novedad y, desde luego, no puede llevar a pensar que el sentido de la ley deba verse simplemente como una lucha entre profesionales:

“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...El efecto jurídico de las reglas, su *significación* real, se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales, que puede pensarse tiende a reflejar la relación de fuerza entre los justiciables correspondientes.” (Bourdieu 2000: 180)

Esto último, yo creo, supone una gran simplificación de la realidad; capta un aspecto de la misma, pero la absolutiza, al no tener en cuenta otros elementos (un típico ejemplo de deformación ideológica: tomar la parte por el todo). Y lo que parece haber detrás de esa idea es la configuración del *homo juridicus* según la imagen frecuente (y distorsionada) del *homo oeconomicus*: uno y otro serían maximizadores de utilidades; lo que explica sus comportamientos no sería otra cosa que el afán por satisfacer al máximo sus intereses, por incremenar su poder (su capital). Pero las cosas no son así: existe el comportamiento altruista (la gente no suele ser egoísta a tiempo completo) y existen juristas conscientes de los límites y de las posibilidades que el sistema en el que operan ofrece para satisfacer los valores (universales) de igualdad, dignidad y autonomía.

En definitiva, es cierto que la “fuerza” del Derecho no radica únicamente en el ejercicio de la fuerza física; que el Derecho ejerce además un “poder simbólico”; y que el discurso jurídico –el manejo de las formas jurídicas- contribuye a crear el mundo social y a consagrar el orden

establecido. Si se quiere expresarlo en otros términos (más habituales): una de las funciones del Derecho es la de legitimar el poder. Pero no es la única. El Derecho no está condenado –como parece dar a entender Bourdieu- a jugar un papel inevitablemente conservador en el conjunto de la sociedad, en buena medida porque la vida jurídica, el quehacer de los juristas profesionales y el pensamiento jurídico son bastante más complejos de lo que su esquema sugiere.

#### *4. El papel central de la coacción en el Derecho.*

La lectura del libro de Schauer, de 2015, titulado *The force of law* produce (o me ha producido a mí) un efecto extraño. Esa extrañeza deriva de la impresión de que se trata de un buen libro (por momentos, excelente), pero dedicado, de comienzo a fin, a defender una tesis que, cualquiera diría, es puramente banal: la importancia que tiene el elemento de la coerción para entender el Derecho.

Si digo que es banal, ello se debe a que la idea que la gente en general y, en particular, los científicos sociales, los filósofos e incluso muchísimos juristas tienen del Derecho en nuestro medio (me refiero a España, pero seguramente sea lo mismo en cualquier país del mundo latino) se reduce prácticamente a considerar que el Derecho no es otra cosa que un fenómeno coercitivo: un instrumento cada vez más complejo con el que se trata de establecer y aplicar sanciones que, en último término, descansan en el ejercicio de la fuerza física. Y una prueba de hasta qué punto esa idea no es tampoco peculiar de la cultura jurídica “externa” es el arraigo que sigue teniendo entre los juristas profesionales (en particular, entre los docentes de nuestras Facultades) una visión del Derecho como la de Kelsen: el Derecho en cuanto conjunto de normas coactivas. De manera que uno estaría tentado a pensar que, en el marco de nuestra cultura jurídica (externa e interna), en donde habría que poner el acento no es en donde Schauer lo pone en este libro, sino justamente en el extremo opuesto: no se puede entender cabalmente lo jurídico si

seguimos pensando que el único o fundamental ingrediente del Derecho es la coacción.

Esa tendencia a reducir el Derecho a la coacción ha estado muy presente, sin ir más lejos, en la reciente crisis de Cataluña. Y así, con independencia de lo que se haya pensado sobre si han sido o no adecuadas las actuaciones del gobierno central (al aplicar el famoso artículo 155 de la Constitución), del Tribunal constitucional (al anular una serie de decisiones del Gobierno de Cataluña), o del sistema de justicia penal (al iniciar procesos contra diversos políticos y activistas independentistas por la comisión de presuntos delitos), todos (o casi todos), los comentaristas de la situación parecen haberse puesto de acuerdo a la hora de describir la crisis como un fracaso de la política (de la actividad política –la palabra que ha solido emplearse es “diálogo político”- que, al parecer, nada o muy poco tendría que ver con la coacción, con el poder), la cual habría sido sustituida (legítima o ilegítimamente, según las posiciones) por la acción (coercitiva) del Derecho. De manera que la imagen que en todo este conflicto parece haberse transmitido del Derecho es que éste representa (se identifica con) la regulación coactiva de la conducta humana, y de ahí la necesidad, o la conveniencia, de utilizar otros mecanismos que no hagan –o hagan un uso menor- de la fuerza física para organizar la convivencia. Es como si en la idea del “Estado de Derecho”, al Estado –a la política- se le hubiese hecho jugar el papel de la razón, del discurso racional, y al Derecho el de la fuerza, el del ejercicio del poder coactivo.

Ahora bien, probablemente ese clima cultural, esas opiniones en relación con el Derecho, no sea tampoco una peculiaridad de la cultura latina, sino que una percepción semejante puede encontrarse también en otros ámbitos y, en particular, en aquel al que Schauer pertenece: el mundo angloamericano. Pero ocurre que la cultura iusfilosófica (o, si se quiere, su tendencia dominante: el positivismo jurídico defendido por la mayor parte de los iusfilósofos analíticos) no parece compartir esa opinión que yo tendería a calificar simplemente de “sentido común”: no que el Derecho se reduzca a coacción, sino que el Derecho no puede entenderse

sin la fuerza. Y eso (ese apartamiento del sentido común) es precisamente la razón de fondo que Schauer esgrime para presentar lo que –insistiría en principio toda la apariencia de una banalidad, como si se tratase de proponer algo así como un cambio de perspectiva en el estudio del Derecho. En lo cual, lamentablemente, no hay más remedio que darle al menos una buena parte de razón: la filosofía del Derecho dominante (en el mundo angloamericano y, por efecto del colonialismo cultural que la globalización ha contribuido notablemente a incrementar, en la teoría del Derecho en general) en los últimos tiempos ha tendido, en efecto, más bien a soslayar que a subrayar la importancia que los elementos coercitivos tienen para la comprensión del Derecho.

.....

La tesis central de Schauer, que en el libro está expuesta con claridad, elegancia e incluso maestría, vendría a ser la siguiente: La teoría del Derecho tradicional de Bentham y Austin que atribuyó a la coacción un papel de gran relevancia fue sustituida, a partir de los años sesenta y por influjo fundamentalmente de la obra de Hart, por una nueva concepción (los nombres más emblemáticos serían los de Joseph Raz y Scott Shapiro), en la que la coacción quedó claramente relegada a un plano muy secundario; y lo que Schauer trata de reivindicar en su libro es precisamente la necesidad de volver a poner a la fuerza, a la coacción, en un lugar central en nuestra concepción del Derecho. Veámoslo con un poco de detalle.

Como es bien sabido, un punto clave de la obra de Hart consistió en su rechazo al imperativismo austiniano, es decir, a la pretensión de identificar el Derecho con un conjunto de mandatos procedentes del soberano y respaldados por la coacción. Ese, para Hart, es un modelo excesivamente simple y que no capta rasgos esenciales de un sistema jurídico. En concreto, la noción de obligación jurídica no puede verse reflejada a través de una situación en la que alguien se “ve obligado” a realizar una acción porque en otro caso le sobrevendría una sanción; o sea, no se trata de algo equivalente al asaltante que nos amenaza con un arma para que le demos el dinero. “Tener una obligación” es más bien

cuestión de haber asumido un punto de vista interno, el punto de vista del aceptante que considera el Derecho como un conjunto de criterios (de razones) para guiar y justificar nuestras conductas y las de los otros. Y, en consecuencia, la noción de obligación jurídica es independiente (desde el punto de vista lógico y conceptual) de la de sanción:

“La obligación jurídica es otra especie del mismo género [obligaciones creadas por un sistema normativo]. Si uno acepta –internaliza, o toma como una guía para la acción- el sistema, entonces ese sistema puede crear obligaciones para aquellos que lo aceptan. Y el sistema puede crear tales obligaciones para quienes están dentro del mismo, como cuestión conceptual o lógica, sin ninguna referencia a la fuerza, a las sanciones o a la coerción. Esto es lo que Joseph Raz llamó el “punto de vista jurídico”, y así expresado no es más misterioso o desconcertante que el punto de vista del ajedrez o que el punto de vista moral. Estar dentro de un sistema de normas es tener la capacidad de realizar acciones, tener razones, efectuar enunciados, ofrecer críticas y llegar a juicios *desde* y no acerca de normas de tal sistema. Y así, la normatividad del Derecho presupone (o es condición suya) que uno esté dentro del sistema normativo jurídico. Pero una vez que la condición contingente se vea satisfecha o que la presuposición haya sido aceptada, la normatividad del Derecho se equipara con cualquier otra forma de dar razones desde el punto de vista de un sistema de reglas o de normas presupuesto. Reconocer lo que es efectuar juicios (tanto acerca de la propia conducta, como de crítica o alabanza de la de otros) desde dentro del sistema de reglas fue el punto de vista básico y profundamente influyente de Hart. *Contra* Bentham y *contra* Austin, puede haber obligación jurídica con independencia de las sanciones” (Schauer 2015: 34-35).

Ahora bien, esa manera de entender la obligación jurídica no significa que Hart prescindiera completamente de la coacción para dar cuenta de la naturaleza del Derecho. La coacción sería para él algo así como una “necesidad natural” que deriva de ciertos rasgos o características que poseen los seres humanos y el mundo y que da lugar a lo que él llamó el “contenido mínimo de Derecho natural”; concretamente, la existencia de

un altruismo limitado y de una comprensión y fuerza de voluntad limitadas es lo que explicaría y justificaría que un sistema jurídico tenga que contener sanciones. Pero no se trataría de una necesidad de tipo lógico o conceptual, sino que la coacción sería más bien un rasgo contingente y no un componente esencial de la obligación jurídica. Esa es la línea que, ya en los años setenta, van a seguir autores como Raz (en *Practical Reasons and Norms* [Raz 1991]) o MacCormick. Así, este último (al igual que lo había hecho Raz; que luego lo hará Shapiro [Shapiro 2011]), sostendrá que la coacción “no es un rasgo lógicamente necesario de un sistema jurídico que establece derechos y define delitos para los miembros de una sociedad”, sino simplemente una “necesidad práctica”, de manera que “el Derecho no es *esencialmente* coactivo, aunque con frecuencia puede serlo *realmente*” (MacCormick 1990: 194).

Schauer no discute este punto, esto es, no niega que sea posible, desde una perspectiva puramente lógica, concebir la obligación jurídica con independencia de la coacción (uno puede seguir el Derecho simplemente porque es el Derecho, no por temor a la sanción), pero considera que de ahí no se sigue que una investigación sobre la naturaleza del Derecho pueda prescindir de la sanción. Y para ello esgrime fundamentalmente dos argumentos.

El primero consiste en cuestionar que la forma adecuada de abordar el concepto de Derecho sea la de tratar de establecer las condiciones necesarias y suficientes que caracterizarían a ese concepto. En su lugar, Schauer defiende una aproximación que contaría con un apoyo en diversas corrientes de filosofía (por ejemplo, la iniciada por Wittgenstein) y también en la teoría del Derecho; habría sido, como es bien sabido, la vía seguida por Finnis en su clásica obra *Natural law and natural rights* (Finnis 2000), y de acuerdo con la cual, la manera adecuada de encarar el problema de la naturaleza del Derecho no consistiría en centrarse en la esencia del Derecho, sino más bien en los elementos típicos (en lo “propio”) del Derecho:

“Al menos tenemos que reconocer que hay mucho apoyo, sin embargo, para sostener que el concepto de Derecho, quizás como todos los



conceptos y quizás como sólo algunos conceptos, está mejor caracterizado en términos de casos centrales no identificables ellos mismos en términos de propiedades necesarias y cuyas propiedades pueden no estar presentes en otras, igualmente adecuadas, aplicaciones del concepto. Así, el [concepto de] Derecho, como muchos otros –quizás todos- puede muy bien ser un concepto genérico, de grupo o de semejanza de familia” (Schauer 2015: 40).

Y el segundo argumento es que, para poder prescindir de la sanción en el análisis del concepto de Derecho, habría que otorgar un gran peso, a la hora de comprender el funcionamiento real del Derecho, a la existencia del aceptante, esto es del “puzzled man” de Hart: la persona que desea conocer lo que el Derecho requiere, no para saber lo que tiene que hacer para evitarse consecuencias negativas, sino para cumplir con el Derecho, con independencia de las sanciones, los castigos y la coerción (vid. Schauer 2015: 42). Pero a Schauer le parece que ese tipo de agente dispuesto a cumplir con el Derecho simplemente porque es el Derecho no es frecuente que nos lo encontremos, ni entre la gente en general, ni tampoco entre las autoridades: “Para el presente propósito la cuestión no es si los ciudadanos *deben* seguir el Derecho porque es el Derecho, sino si, y en qué medida, realmente lo hacen. Pues si los ciudadanos (o los funcionarios [officials], como exploraremos en el capítulo 6<sup>6</sup>) raramente obedecen el Derecho justamente porque es el Derecho, y si la gente *puzzled*, en el sentido de Hart, es muy poca, entonces la coerción vuelve a surgir como un fenómeno empíricamente necesario, aunque no lo sea lógicamente, para que el Derecho haga lo que de él se espera” (Schauer 2015: 55-6).

Bueno, el planteamiento de Schauer, como antes he dado a entender, es acertado por diversas razones: porque pone de manifiesto la importancia del saber social –de las investigaciones empíricas- en la teoría del Derecho; porque supone una cierta corrección a planteamientos que, al aproximar demasiado el Derecho a la moral, contribuyen inevitablemente a ofrecer una imagen idealizada de lo que es el Derecho;

---

<sup>6</sup> Se refiere al capítulo de su libro titulado: “¿Están los funcionarios por encima del Derecho?”

porque muestra también que el Derecho no es exclusivamente el Derecho estatal (en el libro Schauer defiende cierto tipo de pluralismo jurídico) y que entre el Derecho y el no Derecho existen *diferencias*, aunque no sea posible establecer una *demarcación* tajante; y, en fin, por restaurar lo que antes llamaba sentido común a propósito del Derecho: la coerción es un elemento esencial para comprender lo que es el Derecho. Las líneas que siguen contienen, me parece, la principal conclusión a la que Schauer llega en *The force of Law*:

“La presencia de poder coercitivo inescapable es lo que típicamente hay detrás de la expresión ‘la fuerza del Derecho’ y detrás de la creencia del ciudadano ordinario de que la coerción es realmente central para la idea de Derecho. Como muchos otros aspectos del Derecho tal y como lo vivimos, la coerción no es ni necesaria ni suficiente para el Derecho. Pero la contingente ubicuidad de la coacción jurídica testifica que en muchos dominios hay fines valiosos que no pueden ser alcanzados sólo con la cooperación, incluso con el tipo de cooperación en la que la gente internaliza razones de segundo orden para suprimir sus deseos y decisiones de primer orden. Si desconocemos este hecho, desconocemos también algo muy importante acerca de por qué el Derecho existe y para qué sirve(...)Las dimensiones coercitivas del Derecho no son todo el Derecho, pero si la tarea de comprender un fenómeno comienza con ciertos aspectos del fenómeno cuya presencia tendría que ser suministrada por cualquier explicación satisfactoria del fenómeno, entonces la coerción tiene que ser considerada como uno de esos aspectos. Si una explicación satisfactoria del Derecho debe, como Hart nos recuerda, ajustarse a los hechos, entonces la capacidad coercitiva del Derecho es uno de los hechos a los que debe ajustarse esa explicación”(Schauer 2015: 165).

.....

Y las preguntas que, yo creo, habría que hacerse ahora serían de este tipo: ¿Merece la pena insistir tanto en ese redescubrimiento de lo obvio? ¿Cómo justificar tal esfuerzo teórico para dar cuenta, como acabamos de ver, de algo que cualquier ciudadano ordinario parece conocer? ¿Por qué

resulta tan necesario rectificar esa tesis que tanto arraigo parece tener en lo que efectivamente constituye la corriente principal de la teoría del Derecho contemporánea? ¿Tal vez porque hay algo en esa corriente – en alguno de sus presupuestos- que habría que considerar como irremisiblemente equivocado?

Mi opinión es que sí, que en la concepción positivista-analítica del Derecho hay un elemento, la reducción del Derecho a un sistema de normas, que efectivamente imposibilita que podamos comprender cabalmente el Derecho. O, dicho de otra manera, el Derecho no es simplemente un conjunto de normas, sino también y fundamentalmente una práctica social con la que se trata de lograr ciertos fines y valores. Esto último es lo que caracteriza la idea del Derecho del postpositivismo y, cabría pensar, la idea a la que parecería tendría que conducir un planteamiento como el de Schauer. Sin embargo, no ocurre así, por razones que a mí me parecen poco convincentes.

Al señalar que la “nueva sabiduría convencional” en los círculos de filosofía del Derecho del último medio siglo no considera que la fuerza sea uno de los elementos característicos del Derecho, Schauer establece una importante excepción: ese no es el caso del planteamiento de Dworkin, para el cual, una concepción del Derecho debe explicar “cómo lo que ella considera como Derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo por el Estado” (Schauer 2015: 10 y 175, nota 25 y Dworkin 1986). Y, como se sabe, Dworkin es el principal representante de esa concepción postpositivista del Derecho. Pero Schauer, aunque de manera yo diría un tanto oblicua, descarta la noción amplia de Derecho que representa Dworkin, si yo le interpreto bien, por estas tres razones (que sin duda están estrechamente vinculadas entre sí): 1) porque desdibuja las diferencias entre el Derecho y la moral; 2) al igual que entre el Derecho y otras instituciones sociales (aparte de la moral); y 3) porque no da suficiente cuenta del papel de la autoridad en el Derecho. Precisemos un poco estos tres puntos.

1) Como antes veíamos, Schauer da gran importancia a la cuestión de si la gente realmente obedece el Derecho, esto es, si toma decisiones y

realiza acciones que son conformes con el Derecho, porque eso es lo que establece el Derecho, y no por la amenaza de la sanción o porque se considere que el contenido del Derecho es conforme con la moral. Las investigaciones empíricas existentes mostrarían que eso no ocurre muy a menudo, pero esos datos empíricos carecerían de valor desde la perspectiva de una concepción como la de Dworkin que no reduce el Derecho a lo que Schauer llama el “Derecho en su primer estadio” (el conjunto de materiales que incluye leyes, regulaciones, decisiones judiciales, constituciones escritas e instrumentos convencionales de análisis jurídico), sino que incluye también otra serie de razones normativas y, en particular, las de carácter moral. Schauer reconoce que plantearse si “el Derecho en su primer estadio es todo el Derecho o solamente parte del Derecho es una cuestión interesante e importante, pero no es la única cuestión importante e interesante” (Schauer 2015: 70). Y añade que la noción estrecha de Derecho (por tanto, no la dworkiniana) es necesaria, entre otras cosas, para poder dar cuenta de actos de desobediencia civil como los llevados a cabo por Thoreau, Gandhi, Russell, las sufragistas o Martin Luther King:

“Pero sólo con la noción de una categoría como la de Derecho en su primer estadio tiene sentido su [de esos autores] comprensión (y la nuestra) de sus actos, porque el conflicto que percibieron y articularon se disuelve si el Derecho incluye las cuestiones morales que ellos creyeron estaban en conflicto con el Derecho. Y así, sólo disponiendo de algo como la categoría de Derecho en su primer estadio podemos entender la perspectiva sobre el Derecho no sólo de la mayor parte de la gente ordinaria, sino del mismo sistema jurídico. Cuando estamos interesados en si la gente obedece el Derecho, necesitamos de esa comprensión estrecha del Derecho para dar sentido a la cuestión. Si “Derecho” es solamente la etiqueta que ponemos a un juicio con un conjunto más o menos amplio de inputs –si obedecer el Derecho viene a coincidir con hacer lo correcto- entonces investigar los efectos del Derecho sobre las decisiones se vuelve un sinsentido, dejando fuera una cuestión que ha estado presente al menos desde la muerte de Sócrates” (Schauer 2015: 70).

2) Al tratar de explicar que Austin y Bentham excluyan las recompensas de la definición de Derecho (para quedarse sólo con las sanciones), Schauer se plantea que una concepción amplia del Derecho, como la de Dworkin, podría dar cuenta de ello, pero a costa de borrar las diferencias entre el Derecho y otras instituciones sociales:

“Más que definir el Derecho en términos de la naturaleza de sus normas o de la naturaleza de sus fuentes, podemos, en lugar de ello, pensar el Derecho simplemente como la actividad de la que se ocupan los tribunales, los abogados y el conjunto de instituciones delimitadas sociológicamente que la rodean. Así como hay al menos una definición del *arte* como lo que hacen los artistas y la cultura y el negocio del arte, y así como la definición de *Derecho* de Ronald Dworkin ha parecido a veces estar cerca de definir el Derecho como precisamente lo que los tribunales y los abogados hacen, una definición del Derecho puede ser parasitaria de las actividades de los tribunales, los jueces, los abogados y las instituciones asociadas con ello (...) Ahora bien, ¿cuáles son los aspectos del Derecho que cualquier visión de la naturaleza del Derecho *debería* explicar? Si deseamos explicar sólo un sistema de normas o una institución de organización social cuyo propósito es alcanzar objetivos deseables y usar recursos estatales al servicio de esos objetivos, entonces el sistema de recompensas que se ha descrito satisface los requisitos. Pero entonces tendríamos que incluir, lo que parece discutible, bajo el paraguas del Derecho todo el sistema de elaboración de políticas y de ejecución de políticas. Esta forma de entender el alcance del Derecho puede o no ser una buena cosa a hacer, y puede o no ser útil para algunos propósitos prácticos o teóricos, pero no es capaz de explicar lo que parece ser por lo menos una diferencia sociológica entre los tribunales y otras instituciones públicas, entre los juristas y otros profesionales del ámbito de la política, y entre el aparato jurídico y otros numerosos dispositivos de las políticas públicas” (Schauer 2015: 121-122).

3) En fin, al señalar la importancia que tiene la autoridad en el Derecho y cómo el Derecho es por ello diferente de muchas otras instituciones sociales, puesto que la autoridad hace que se trate de un dominio

limitado, Schauer se refiere a la noción hartiana de regla de reconocimiento, en cuanto mecanismo para identificar “aquellas fuentes, en un sentido amplio, que son *reconocidas* por una regla de reconocimiento como parte del Derecho en primer lugar” (Schauer 2015: 158). Y también aquí aparece una cierta discrepancia con la concepción de Dworkin:

“Una manera de entender el influyente desafío de Ronald Dworkin a Hart y a la tradición moderna del positivismo jurídico consiste en ver a Dworkin como alguien que niega que la toma de decisión judicial es o puede ser restringida a un dominio limitado por fuentes identificables mediante una regla de reconocimiento” (Schauer 2015: 231, nota 16).

Bueno. No pretendo defender aquí la concepción dworkiniana en todos sus detalles; y creo, por lo demás, que Schauer puede tener alguna razón en sus muy matizadas críticas. Pero me parece que una concepción postpositivista del Derecho bien entendida (que en muy buena medida viene a coincidir con la de Dworkin, aunque no se identifique del todo con ella) puede hacer frente a esas tres objeciones sin demasiados problemas.

Ad 1) Sobre cómo ha de verse la relación entre el Derecho y la moral, lo que esa concepción vendría a sostener no es la imposibilidad de distinguir el Derecho de la moral o la configuración del Derecho como una parte de la moral (una confusión a la que quizás pueda haber contribuido Dworkin al presentar el Derecho como una rama de la moralidad política [Dworkin 2011]; sino la existencia tanto de diferencias como de continuidades entre el Derecho y la moral. Ambas son prácticas sociales que comparten algunos instrumentos y algunos fines, pero eso no es óbice para considerar que algún aspecto de una práctica jurídica pueda ser contrario a la moral; o, dicho de otra manera, las actuaciones de Thoreau, Gandi, etc. pueden haber sido moralmente correctas (o más que eso: supererogatorias) y, al mismo tiempo, contrarias al Derecho establecido en un cierto momento. “Obedecer el Derecho” no coincide, por lo tanto, necesariamente con “hacer lo correcto”; el postpositivismo no es un tipo de positivismo ideológico, de legalismo ético.

Ad 2) Tampoco me parece que el postpositivismo corra el riesgo de descuidar lo que podríamos considerar como las señas de identidad del Derecho, o sea, que provoque algo así como una “desdiferenciación” del Derecho en relación con las otras instituciones sociales. Sí que supone una ampliación del ámbito de lo jurídico (Dworkin maneja sin duda un concepto más amplio de Derecho que el de Hart), pero eso no quiere decir que haya desaparecido la noción de límite, sino que la misma se construye de una manera distinta. Creo que un buen ejemplo de esto último lo tenemos en la concepción de la interpretación de Dworkin; él insiste mucho en que interpretar el Derecho no es inventárselo (prescindir de los materiales jurídicos, del “Derecho en su primer estadio” al que se refería Schauer), pero lo que guía la labor del intérprete sería la de dar a esos materiales el sentido que signifique un máximo desarrollo de los fines y valores de la práctica (la interpretación jurídica, como se sabe, no puede seguir un modelo puramente “intencionalista”). Por eso, no hay riesgo, me parece a mí, de identificar el rol del juez con el del legislador o el de los órganos administrativos que desarrollan las políticas públicas establecidas por el ejecutivo.

Ad 3) Y, finalmente, el postpositivismo no niega que el Derecho sea un fenómeno autoritativo, sino que, como antes decía, ve el Derecho como una realidad dual, de manera que, junto a las disposiciones de la autoridad, están también los fines y valores que caracterizan a una determinada práctica social. Por eso, yo no vería tampoco ninguna incompatibilidad entre ser postpositivista y aceptar un criterio como el de la regla de reconocimiento, siempre que este se entienda de una manera suficientemente amplia. Dicho de otra manera, se necesita algún tipo de mecanismo que sirva como anclaje del Derecho en el sistema social (las razones sociales –morales, económicas, etc.– no pueden convertirse automáticamente en razones jurídicas), aunque los rasgos específicos que haya de tener ese mecanismo de transformación puedan ser discutibles, puedan configurarse de una u otra forma. Pero, en definitiva, el postpositivismo no tiene que ver con lo que últimamente suele llamarse “neoconstitucionalismo” (vid. Atienza 2017, cap. V); no niega la importancia de la autoridad en el Derecho y, por tanto, reconoce que en el

razonamiento judicial de carácter justificativo hay tanto razones sustantivas (dependientes del contenido) como razones formales o autoritativas (independientes del contenido).

Ahora bien, ¿de qué manera afecta lo que se acaba de decir al planteamiento de Schauer en relación con el Derecho y la fuerza? Yo creo que, fundamentalmente, de estas dos.

Por un lado, tener en cuenta lo anterior podría servir muy bien para comprender por qué la tendencia de la corriente principal de la filosofía del Derecho en los últimos tiempos, al relegar a un segundo plano el problema de la sanción, es efectivamente equivocada. El error consiste en que ese planteamiento prescinde de lo esencial: de que el Derecho es una práctica social encaminada a la consecución de ciertos fines y valores (básicamente, en el caso de los Derechos del Estado constitucional, la consecución de los derechos fundamentales de los individuos) y de que esos objetivos no podrían lograrse sin utilizar recursos coactivos. Un concepto de Derecho que pretenda dar cuenta de esa práctica (y no simplemente del sistema de normas que, obviamente, también es un componente de nuestros Derechos) no puede, por tanto, dejar fuera ese aspecto, sino que tendría que centrarse en la compleja interrelación de medios y fines que caracteriza a la empresa del Derecho. Una muestra del alejamiento de esa corriente central de la iusfilosofía de la realidad del Derecho, de la práctica social en que consiste el Derecho, es la conocida distinción de Joseph Raz (a la que varias veces se refiere Schauer en su libro) entre el Derecho y el razonamiento jurídico: como si la práctica del razonamiento jurídico no formara parte de “la naturaleza del Derecho”. Al igual que también está alejada de la práctica jurídica una concepción imperativista del Derecho como la de Austin o la de Kelsen, en este caso por sobrevalorar el papel de la norma y de la sanción (lo que Ihering llamaba “la forma externa del Derecho”) y dejar fuera los fines del Derecho, muchos de los cuales no podrían satisfacerse únicamente por medio de la sanción. Y si a eso se le añade un hecho que no pasa inadvertido a Schauer: la importancia que la coacción (y las recompensas) representa para una visión del Derecho como la de Dworkin, pero también



como la de von Ihering (el “segundo Ihering”) que, en mi opinión (vid. Atienza, 2017, cap. I) es el autor con el que se inicia en los tiempos modernos la idea del Derecho como práctica social y, en cierto modo, el postpositivismo. La consecuencia a la que habría que llegar (pero a la que no parece llegar Schauer), es que una investigación adecuada sobre el papel de las sanciones en el Derecho supone modificar la idea de fondo del Derecho que subyace a la corriente principal de la iusfilosofía; y no sólo en el sentido de ampliar el ámbito de lo jurídico, sino introduciendo el componente finalista y valorativo consustancial a una práctica social.

Por otro lado, creo que si Schauer hubiese partido precisamente de la concepción (postpositivista) del Derecho a la que me vengo refiriendo, hubiese cambiado también un tanto su manera de abordar la cuestión del Derecho y la fuerza. Para empezar, no habría, creo yo, dedicado tanto esfuerzo para defender una tesis que, como ya he repetido varias veces, no pasa de ser banal: la necesidad de contar con el elemento de la coacción para dar cuenta del concepto de Derecho. Tampoco me parece que tenga demasiado interés su empeño por aislar el componente estrictamente jurídico de las acciones y decisiones de la gente y de las autoridades; quiero decir que si el Derecho no puede (o no siempre puede) distinguirse netamente de la moral, entonces lo que quizás debiera importarnos no sería tanto la cuestión de en qué consiste obedecer el Derecho, sino de qué manera puede lograrse que la gente y las autoridades actúen de cierta forma y se obtengan con ello determinados fines; y ello, con independencia de si esos mecanismos son “estrictamente” jurídicos o contienen también algún componente de tipo moral, económico, etc.; lo lógico es que esos mecanismos se den, por así decirlo, mezclados, dado lo que son (cómo operan) las diversas prácticas sociales. Y, finalmente, en la investigación de Schauer falta por tratar la cuestión que, con razón, Dworkin consideraba como central para la filosofía del Derecho: cómo y hasta qué punto se puede justificar el uso de la coerción pública.

#### BIBLIOGRAFÍA:

Atienza, Manuel (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.

Bourdieu, Pierre (2000), *La fuerza del Derecho*, en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del Derecho* (trad. y estudio preliminar de C. Morales; presentación de D. López Medina), Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Derrida, Jacques (1997), *Fuerza de ley. El "Fundamento místico de la autoridad"*, (trad. de A. Barberá y P. Peñalver), Tecnos, Madrid.

Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge( Mass.).

Dworkin, Ronald (2011), *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Finnis, John (2000), *Ley natural y derechos naturales* (trad. y estudio preliminar de C. Orrego), Eudeba, Buenos Aires.

García Villegas, Mauricio (2010), *Sociología y crítica del Derecho*, Tontamara, México.

Ihering, Rudolf von (1961), *El fin en el Derecho* (trad. de D. Abad de Santillán, 2 vol.), Cajica, Puebla,

Kalinowski, Georges (1973), *Introducción a la lógica jurídica* (trad. de J.A. Casaubón revisada por J. L. Verma), Eudeba, Buenos Aires.

MacCormick, Neil (1990), *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Tecnos, Madrid.

Morales, Carlos (2000), "Presentación" a Bourdieu 2000.

Power, Jim (1998), *Postmodernism for beginners* (ilustraciones de J. Lee), Writers & Readers Publishing, London-New York.

Raz, Joseph (1991), *Razón práctica y normas* (trad. de J. Ruiz Manero), CEC, Madrid.

Shapiro, Scott J. (2011), *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Schauer, Frederick (2015), *The force of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Wacquant, Loïc J. D. y Bourdieu, Pierre (1992), *An invitation to Reflexive Sociology*, The University of Chicago Press, Chicago.