

SOBRE LA DESVIACIÓN ENTRE LOS JURISTAS *

Deviation among jurists

Andre-Jean ARNAUD

C.N.R.S (Francia)

1977, núm. 17: Derecho, Razón Práctica e Ideología.

RESUMEN

El contexto de este artículo es la Francia posterior a mayo del 68. Arnaud se propone explicar las motivaciones que dan lugar al nacimiento de estructuras contestatarias dentro de las profesiones jurídicas en dicho país. Es decir, el autor explica cómo surge el movimiento de la “teoría crítica del derecho”. La judicatura más crítica considera que los problemas sociales son problemas políticos, y los sectores conservadores del poder judicial acusan a los sectores críticos de estar “politizados”. El sector contestatario de la Academia denuncia la ideología formalista que elude las implicaciones sociales y económicas de las normas. Finalmente, el sistema intenta integrar la contestación mediante reformas.

Palabras clave: mayo de 1968, contestatario, teoría crítica del derecho, sociología.

ABSTRACT

The context of this article is France after May 1968. Arnaud sets out to explain the motivations that gave rise to anti-establishment structures within the legal profession in that country. That is, the author explains how the movement of “critical legal studies” emerged. The more critical judiciary believed that social issues are political issues, while the conservative sectors of the judiciary accused critics of being “polititized”. The anti-establishment sector of the Academy denounced the formalist ideology that avoids the social and economic implications of the laws. Finally, the system attempts to integrate the response through reforms.

Key words: May 1968, anti-establishment, critical legal studies, sociology.

* Traducción de Mariano Maresca.

*Llegó la ley al mundo de los ríos
Y vino el mercader con su bolsita*

Pablo Neruda, *Canto general*.

La historia del derecho francés¹ no es una historia simple, lineal, de disposiciones e instituciones hechas a la medida de las necesidades de la clase dominante, y de juristas dedicados por entero a la causa del poder. Si es tan difícil probar cómo, por encima de todo, eso es cierto, es porque hay excepciones, y estas excepciones, con frecuencia, ocultan lo esencial. Así, nuestro derecho de propiedad sigue siendo un derecho capitalista a pesar de las conquistas sociales. Estas, a veces, han forzado realmente el contenido capitalista del derecho. Pero se trataba, pese a todo, de jirones arrancados a un conjunto cuyos fundamentos filosóficos y económicos no habían cambiado, como tampoco la esencia de las relaciones de producción. De igual forma, los juristas de cualquier época², pese a las reacciones de algunos de ellos, están al servicio de la clase dominante³.

En la medida en que hay juristas de profesión —aunque aún sean minoristas— que toman hoy, colectivamente y al margen de todo espíritu corporativista, la iniciativa de una actitud contestataria tal y como viene ocurriendo desde hace unos diez años, puede hablarse de un “hecho de civilización”. Hasta entonces, las reacciones críticas habían sido esencialmente cosa de individuos más o menos aislados. Pero desde los años inmediatamente anteriores a mayo de 1968, algo nuevo ha ocurrido: una toma de conciencia colectiva por los hombres de derecho y por los justiciables, del carácter necesario de una contradicción jurídica global, teórica y práctica, uniendo ambos aspectos en un mismo proceso dialéctico.

Hoy puede verse a los juristas de oficio —entendiendo por tales los que gastan la mayor parte de su tiempo productivo en la elaboración de normas, en la práctica jurídica y judicial o en el análisis crítico del fenómeno jurídico— agruparse en un *Movimiento de Acción Judicial* que se declara contestatario⁴. Los magistrados se constituyen en un *Sindicato de la Magistratura* y plantean su actividad en el nivel de la lucha de clases. Los abogados forman “colectivos”, “consultorios”, con el propósito de estrechar el contacto con los justiciables, de no observar la vida a través de los anteojos del leguleyo, de considerar el derecho con ojos críticos, no sólo al nivel del análisis, sino también en el de su puesta en práctica. En otros

1. Pongo un ejemplo del derecho francés porque me es el más familiar, para no caer en generalidades.

2. Ver la demostración de ello en mi *Juristes face a la société...*, París, P. U. F., 1795.

3. Cf. M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969.

4. La declaración de principios, en la revista *Actes*, núm. 1, dice: “Actes, por su parte, ha optado por poner en tela de juicio la institución judicial: hace falta un órgano de análisis, de información y de lucha para ayudar a romper el hermetismo del lenguaje arcaico, el laberinto del procedimiento formalista, el mandarínato de los que enseñan y el conservatismo de los que practican el derecho como una verdad establecida”.

términos, esta contestación jurídica toma un lenguaje y una forma políticos⁵. Y esto no puede chocar más que si se sitúa en un sistema jurídico preciso que proclama la autonomía de lo jurídico respecto de lo político y otras esferas de influencia.

En este tipo de sistemas en que en teoría vivimos⁶, hay una calificación precisa para designar ese género de contestación: *la desviación*, entendida como una tentativa de transformación de normas en el plano práctico, ideológico, que la mayoría conformista recibe como una transgresión ante la cual reacciona con mayor o menor viveza. La desviación existe en la misma utilización por los juristas de un lenguaje político, porque el orden sociojurídico, en el sistema de la “paz burguesa”⁷, no tolera posturas que pongan en entredicho el principio de autonomía de las esferas jurídica y política.

Se plantea entonces el problema de saber por qué, en su contestación, los juristas han optado por transgredir el *statu quo* adoptando un lenguaje político. La solución está en lo que constituye la especificidad de la causalidad de la desviación, esto es, el efecto de un conflicto de roles sentido y vivido por el jurista en el interior del estatus social que le es propio. Promovido defensor del derecho que impone el Estado, el jurista contestatario opta por una argumentación política para justificar tomas de posición contrarias al orden jurídico y que para él se salen de su rol ante la sociedad.

Planteado en estos términos, el problema requiere un análisis sobre dos planos, el sociológico y el filosófico. En el primero, se trata de probar, ante todo que, efectivamente, estamos ante una *desviación*. De otra parte, la investigación de las causas de la desviación desemboca naturalmente en la de sus causas sociales. Por último, y al nivel de opciones estratégicas, hay que preguntarse qué perspectivas son el eje del comportamiento desviado, entre los diferentes tipos de conductas posibles ante un conflicto de roles sociales. Por lo que hace al nivel filosófico, son muchos los temas que se plantean; y en la medida en que, por ejemplo, la contestación jurídica no se limita a reclamar una modificación inmediata de algunas normas que juzga inadecuadas, plantea la cuestión de la validez global del sistema jurídico, de las relaciones que mantienen las normas jurídicas con la realidad social y de la relación existente entre el poder y el derecho.

1. PERFIL SOCIOLÓGICO

La desviación es una noción sociológica. Se refiere al comportamiento consistente en rehusar respetar las normas impuestas. Nuestro primer problema será

5. En mi *Clefs pour la Justice*, París, Seghers, 1977, puede verse la información sobre el proceso Sindicato de la Magistratura contra M. Jean Foyer, antiguo Inspector del Timbre.

6. M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, 1973.

7. Es una expresión por la que me inclino desde mi *Essai d'analyse structurale du Code civil...* (París, L. G. D. J., 1973) y mi estudio “La paix bourgeoise”, aparecido en los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Firenze, 1973), reimpresso en *Le droit trahi par la philosophie* (Rouen, 1977).

de *cualificación*: saber si el fenómeno que hemos tomado como objeto de estudio constituye realmente una desviación.

1. La contestación jurídica constituye una desviación

Se nos disculpará que, recordemos algunas nociones elementales para introducir el fenómeno de la desviación específica de los juristas. Sea un grupo dado: para un jurista, el conjunto de personas sometidas a las mismas leyes y reglamentos. Se trata, ciertamente, de un *grupo* en el sentido sociológico. Hay interacción entre los miembros del grupo (la acción de uno sirve de estímulo al comportamiento de otro y viceversa). Por otra parte, existe una estructura, en el sentido dado por Gurvitch de “marco social estructurable que aspira a una cohesión relativa de las manifestaciones de la sociabilidad”.

En este grupo se ejerce una presión sobre los individuos, y los mecanismos para ello son de muchos tipos. Hay, por ejemplo, la imitación, la sugestión, la “facilitación” social. Existen también otros mecanismos más complejos, como el conformismo o conformidad (*conformity*): adaptación de un individuo a su entorno. Lo que implica, entre otras cosas, su sumisión a las normas —la sumisión al derecho, dirá el jurista—.

La conformidad, en nuestro terreno, puede apreciarse en función de variables objetivas o subjetivas. En el primer caso, por ejemplo, se observa que la conformidad decrece cuando el esfuerzo de adaptación requerido es más importante. Otra variable objetiva: los límites del grupo. Hay un umbral de conformidad más allá del cual ésta decrece. En el caso de las variables individuales, el esquema se complica. En efecto, hay que hacer intervenir el grado de dependencia de sujeto en relación con la necesidad de realización⁸.

Cuando no hay conformidad alguna, pueden observarse dos tipos de comportamientos opuestos. En primer lugar, el hiperconformismo. Este deshace la equivalencia entre conformidad y adaptación, justificando al tiempo el empleo de dos términos específicos. Aquí, en efecto, la conformidad excesiva, la que es sumisión a la letra de las normas más que a su significación asignada por el uso, evidencia una desadaptación —en todo caso, una inestabilidad⁹—. El otro comportamiento no conformista es el llamado “desviado”. El individuo desviado es aquel que, sólo o en compañía de una minoría, escoge más o menos deliberadamente transgredir,

8. Había que tener aquí en cuenta muchas situaciones cercanas: el sentimiento que el individuo tiene (o no tiene) de ser “desviado”; el no-respeto colectivo de ciertas disposiciones normativas, por irresponsabilidad individual reiterada o por retención colectiva voluntaria; la existencia de normas que han sido dictadas “por la forma” y que nadie pensó nunca en respetar o hacer respetar, de forma que es el “desviado” el que quiere hacer que se respeten...

9. Cf. R. K. MERTON, “Bureaucratie et personnalité”, en *Eléments de théorie et méthode sociologique*, trad. franc., París, Plon, 1965.

transformar las normas en la práctica o ideológicamente, provocando con ello reacciones más o menos violentas por parte de la mayoría conformista.

¿Cuál es el criterio de la desviación? En cuanto define normas (establece su “paz”), la sociedad, *ipso facto*, define lo que se desviará de su sistema de normas poniendo en peligro lo que asegura su equilibrio. El comportamiento desviado puede consistir en un acto (la infracción penal), un status (el de vagabundo), una subjetividad (según el grado de adhesión), una ideología... El problema nace en el momento en que la sociedad, que admite ciertas relajaciones (el “buen” *clochard*, determinados fraudes fiscales...) en la medida en que esa tolerancia no afecta a los fundamentos de su “orden”, se considera amenazada por una conducta desviada. Y esto es, esencialmente, el caso que se da cuando el comportamiento manifiesta una violación de las reglas con el fin de ponerlas en tela de juicio¹⁰.

Cuando esta desviación es colectiva, aparece como lugar de confluencia de aspiraciones minoritarias contra la ley, que dan lugar al nacimiento de grupos de acción como los que están surgiendo en Francia desde hace algunos años. Se plantea entonces un gran problema de interacción: saber qué efecto produce esta contestación en la norma y en el medio social. En sociología jurídica, se hablará del problema de la aplicación de las normas y del respeto a las mismas.

2. Roles en conflicto

La desviación de los juristas, o contestación jurídica, viene producida por un conflicto de roles sentido y vivido por los individuos dentro de su estatus social. En efecto, los roles asumidos por los juristas profesionales comportan, por definición, un conflicto interno: conflicto entre el hecho de que están todos sometidos a la observancia de la ley y el hecho de que, por otra parte, estén presenciando inadecuaciones inevitables de esa ley a necesidades prácticas o teóricas.

Tomemos el conjunto de los juristas profesionales: pertenecen, bien al sector de la actividad judicial o para-judicial, bien al sector privado, bien a un servicio público, bien a la enseñanza y la investigación. El magistrado, por ejemplo, es un personaje social del que se espera que encarne las normas sociales que él tiene la misión de hacer respetar, y respecto de las cuales manifiesta opiniones conformistas. Su eventual desviación es contradictoria con su *estatus*. Lo que es válido para el magistrado lo es también para las otras categorías de las profesiones jurídicas e incluso, por curioso que pueda parecer, para el enseñante. La libertad universitaria, en nombre de la cual éste debe tener carta blanca para expresar sus opiniones, sin más preocupación que la búsqueda de la verdad, contradice el mandato que se le ha

10. No entra en nuestro propósito distinguir entre *desviación* y *anomia*. Para MERTON, hay anomia en la medida en que un individuo, en una situación social dada, no conforma sus fines, sus normas, a esa situación, sino que, por el contrario, tiene fines demasiado alejados de sus medios. Comparar con J. DUVIGNAUD, *L'anomie. Hérésie et subversion*, París, Anthropos, 1973.

confiado de asegurar a su manera la reproducción social¹¹. Además, el enseñante está vinculado por su condición de funcionario, que hace de él un servidor del Estado.

Al menos, hay una diferencia entre el magistrado y el enseñante: que la desviación de éste choca quizá menos que la del primero. Y ciertamente, el grado de observancia y de sumisión a la ley requerido para las diversas profesiones jurídicas, es inversamente proporcional al espíritu crítico que se tolera en ellas. A este respecto, puede establecerse una tipología de dichas profesiones: en las que están vinculadas con la administración de Justicia, la crítica es recibida como una desviación caracterizada; en las más conectadas con la Universidad y la investigación, se admite un cierto nivel de tolerancia, variable según la pretensión autoritaria del Estado; entre estas dos categorías, se sitúan las profesiones jurídicas del sector privado y del sector público.

Al poner en relación los dos términos —“desviación” y “profesión jurídica”—, podemos descubrir el momento en que nace la desviación: aquel en que el espíritu crítico aparece demasiado desarrollado con respecto al grado de sumisión al derecho requerido en cada categoría profesional. A partir de ahí surgen los caracteres específicos de toda desviación. Hay, en el fenómeno en su conjunto, una forma de no-comunicación; él mismo constituye su propio sistema, que contribuye así, quizá a pesar suyo, a hacer funcionar el conjunto de la sociedad.

3. Contestación jurídica y progreso

Se plantea ahora la cuestión de saber en qué perspectivas puede desembocar la desviación activa. En cuanto colectiva, la desviación entre los juristas, supone la constitución de un conjunto de elementos culturales que comportan modelos susceptibles de guiar las interacciones entre los individuos. El malestar sentido, que estaba en el origen de la desviación, puede que encuentre una solución en la puesta en práctica de estas formas de cultura. Tal será, por ejemplo, la improvisación de un espectáculo: marcha de protesta de los profesionales para-judiciales, intervención de magistrados en lugares en que no es usual verlos, organización de manifestaciones contra determinadas instituciones... Podría ser, además, una verdadera creación.

La distinción entre los fines perseguidos y los medios puestos a disposición de los individuos para alcanzarlos, permite apreciar el valor de la desviación en una perspectiva de progreso. Y ello tanto mejor en la medida en que una desviación, vivida por una parte del grupo, ha nacido de un conflicto de roles que puede ser comprendido en función de un desajuste entre los fines y los medios. A este respecto, parece posible retomar, al menos como principio de razonamiento, la tipología de las conductas elaboradas por R. K. Merton a propósito de la amonía:

11. Lo que reconocen Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS, *Traité de l'Argumentation. La rhétorique*, 2.^a ed., Bruxelles, 1970, p. 68, por ejemplo; Cfr. también M. MAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976: no existe presentación neutra del derecho; toda enseñanza es necesariamente ideológica.

<i>Conductas</i>	<i>Fines</i>	<i>Medios</i>
Conformidad... ..	+	+
Innovación	+	
Ritualismo	+	
Retraimiento	-	-
Rebelión	±	+

Detengámonos en la innovación, el retraimiento y la rebelión.

En el primer caso, hay aceptación de los fines propuestos, pero imposibilidad¹² (12) de usar los medios necesarios para alcanzarlos. Nuestros juristas reconocen los derechos del hombre, el principio del respeto a la dignidad humana, la democracia, la libertad..., pero los textos de que disponen no les permiten aplicar esos principios. De ahí deriva un conflicto que puede llevar a una acción innovadora. En este caso, hay progreso, pero progreso limitado al interior del sistema socio-jurídico. Cuando se habla de elaborar un estatuto de la mujer, o del trabajador inmigrado o una carta de los niños, *ipso facto* se encierra a estas categorías de personas en un ghetto. La mejora de suerte por reconocimiento (o concesión) de ciertos derechos, se produce en el interior de un sistema pensado globalmente¹³.

En el *retraimiento* se da el problema del marginalismo, saber si un jurista puede ser marginal. Pues por definición es un ser integrado en el sistema dentro del cual ejerce su profesión y con el cual colabora, bien por conformismo, bien por desviación.

La rebelión consiste en el paso consciente de la aceptación al rechazo de los fines y los medios. En algunos sentidos, aparece así ligada a la innovación. Pero es más compleja que esta última, porque el paso de la aceptación al rechazo puede complicarse según se trate de indiferencia, de una actitud positiva, de una negación, de una ambivalencia o de un rechazo con sustitución. Este comportamiento de revuelta puede ser el caso de juristas deseosos de integrar su actividad en la práctica social, en una práctica social de la que ellos quieren hacer valer la racionalidad propia que la estructura, oponiéndola a la racionalidad del derecho desenmascarado como ideología. En este caso, incluso si en una cierta fase de la lucha hay innovación, la contestación puede no ser, sin embargo, recuperada por el sistema. En efecto, el progreso alcanzado no ha hecho, en esa hipótesis, más que transformar la ideología impuesta por la clase dominante, y los mismos juristas contestatarios se encontrarán entonces ante una nueva contradicción, desde el momento en que la racionalidad del derecho no puede identificarse con la de la práctica social más que si aquel ha perdido su carácter ideológico, cosa que no ocurre en este caso. La lucha, pues, no hace más que situarse en otro nivel. Cada vez, el progreso es más sensible, pero la contradicción no puede desaparecer más que con la desaparición de la ideología jurídica. Tocamos aquí ya el aspecto filosófico del fenómeno.

12. En esto consiste la “desviación”; se hablaría de “rechazo” en caso de anomia.

13. Páginas excelentes sobre liberalismo y derecho en Ph. NEMO, *L'homme structural*, París, Grasset, 1975, pp. 164 y ss.

II. LA DIMENSIÓN FILOSÓFICA

Se plantean dos temas principales, que hemos encontrado al hablar del perfil sociológico del fenómeno de la desviación entre los juristas.

En primer lugar, hay que evaluar la parte de la ideología en la cualificación de la desviación. Por otra parte, en la medida en que la ideología jurídica aparece como asegurando una fachada a la dominación, se trata igualmente de evaluar en qué medida esta desviación atenta contra la existencia de un monopolio del Estado sobre el derecho. Dicho brevemente, de lo que se trata es de la concepción misma del rol del jurista: saber si, en la sociedad, éste tiene una función de oficinista, ejerce un sacerdocio o no es más que un trabajador del derecho, tres actitudes que corresponden a otras tantas concepciones del derecho.

1. La parte de la ideología en la desviación de los juristas

1.1. La contestación de los juristas es contestación de una ideología

Si nos preguntamos contra qué se levantan los juristas contestatarios, veremos que es, en primer lugar, contra el hecho de que la ley esté proclamada como igual para todos y que ese principio no sea respetado. Sin embargo, esto es también lo que los detentadores del poder repiten incansablemente. El responsable de mantener el orden en París en el distrito 5.º, afirma en la televisión¹⁴ que los policías que patrullan el barrio vigilan a todo el mundo sin distinción. Vienen a continuación las preguntas: ¿por qué los fascistas hacen lo que quieren en la Facultad de Derecho de Assas, hasta el punto de no tolerar allí más que las personas, los cursos, los conciertos (que son por la tarde en el gran anfiteatro) que les plazen?¹⁵. Los liberales hablan de incidentes lamentables. Vengamos, entonces, al plano estrictamente jurídico (en el sentido que ellos entienden), y tomemos un ejemplo sobre el que se ha basado, en la práctica, la contestación jurídica de estos últimos años: la detención provisional (antiguamente “preventiva”).

Una persona es encarcelada antes del juicio, porque la justicia quiere asegurarse su representación y para evitar que desaparezca por no haber un domicilio fijo o un trabajo regular que lo vinculen a un lugar, o para que no haga desaparecer elementos de prueba o no intente sobornar a un testigo. Si hay grave riesgo de perturbación del orden público, cualquiera puede ser detenido sin haber sido condenado a una pena de tal tipo. Esta medida es legal. Ha sido regularmente votada por los representantes de la nación. Figura en el Código penal. Se aplica a todos sin distinción. Se deduce lógicamente de un razonamiento fundado en principios respetables y en una supuesta experiencia.

14. El 18 de abril de 1977.

15. Cf. La interrupción del concierto de Champion Jack Dupree, febrero de 1977, recogida en los periódicos.

Sin embargo, la detención provisional uno tras otro, de tres notables, un notario y dos jefes de empresa¹⁶, suscita en Francia una viva moción¹⁷, como si hubiese sido excesivo aplicar a una personalidad lo que es el rasero cotidiano de los que no son grandes. Lo que los franceses han visto en la decisión de los magistrados implicados en estos casos, es una toma de posición política que se inserta en la lucha de clases. Encarcelar a un patrón antes de juicio, equivalía para un juez a salirse de esa obligación de “reserva” que por una especie de tradición oral él admitía tácitamente, según la cual debía evitar a todo precio atizar el escándalo. Y el escándalo era, no que pudiese haber muerto un hombre como consecuencia de un accidente de trabajo, sino que el patrón hubiera sido objeto de molestias a causa de ello. El simple hecho de la posición social que ocupa debe asegurar al patrón un crédito comparable al que, hasta 1868, el Código civil concedía al dueño que, para el pago del salario, era “creído por su afirmación”¹⁸. Al cambiar el orden de “lo que es usual hacer”, el juez deviene culpable de maniobras políticas, manifiesta un comportamiento desviado.

Igualmente político es el lenguaje utilizado por el Sindicato de la Magistratura para apoyar a los jueces que, por esas vías, son sospechosos de parcialidad. En una declaración del 2 de octubre de 1975 a propósito del encarcelamiento por el juez de Charette de M. Chapron, el Sindicato de la Magistratura pone el acento sobre la plaga social que son los accidentes de trabajo, y sobre el desinterés que manifiesta en este tema una justicia poco sensible a los problemas del mundo del trabajo. El Sindicato “subraya que ha luchado para que el mundo judicial se abra a estos problemas y considere que la seguridad del trabajo es un valor fundamental constitutivo del orden público”. Recuerda el desarrollo de la crisis económica y sus consecuencias sobre el crecimiento del paro, el fracaso de las leyes sociales por prácticas tales como el recurso, cada vez más frecuente en las grandes empresas, al trabajo eventual. Anota “la contradicción que existe entre un sistema fundado en la búsqueda del beneficio y la legítima exigencia de seguridad del mundo del trabajo”.

No son estos, evidentemente, términos propios del lenguaje jurídico tradicional. Pero el Sindicato de la Magistratura no deja de notar, a este mismo respecto, que “algunos jefes de empresa y algunas organizaciones de cuadros (han) intentado eludir el problema politizándolo o personalizando abusivamente el caso”¹⁹.

Sean quienes sean los responsables de la “politización” del caso, es fundamental tener en cuenta que había sido preciso darle las dimensiones consideradas como políticas (extrajurídicas por tanto, si nos atenemos al sentido tradicional de las palabras) para permitir que aquel fuese (momentáneamente) regulado por una decisión no conforme a la práctica tradicional. Si esta última no estaba en condiciones de regular el caso conforme a la legislación —hemos visto cómo ésta se

16. Cf. los Apéndices de mi *Clefs pour...*

17. Algunos análisis en *Le Temps Modernes*, núm. 354 (enero 1976), titulado “Justicia, disciplina, producción”.

18. C. C., art. 1.781 antiguo.

19. Todas las citas, de *Justice*, núm. 43, noviembre de 1975, suplemento p. 3.

presentaba como igual para todos—, entonces, o la legislación es absurda, o bien depende de un tipo de racionalidad que no corresponde a la de la práctica jurídica social. No tomo aquí el término de “práctica” en el sentido en que habitualmente lo entienden los juristas. Ellos oponen esta palabra a “legislación”, “doctrina”, “jurisprudencia”, desestimando con ella la aplicación del derecho fuera de su realización contenciosa. Con “práctica jurídica social” me refiero a la actividad social en tanto que, confrontada con el proceso de la producción material y el principio de las luchas sociales, persigue la transformación de las relaciones sociales regidas por el derecho vigente.

Estamos, pues, en presencia de dos racionalidades, brutalmente desveladas por la desviación de los juristas. Está, primero, la del derecho. Nuestro derecho está lejos de ser absurdo. De lo contrario, no sería de recibo. Lo es porque, desde la época “moderna”, sus fundadores lo han unido a la Razón. Esto ha sido ya demostrado suficientemente para que haya que repetir la argumentación. De algunos principios extraídos de la Razón, se ha deducido un sistema axiomático coherente cuya cohesión formal debe ser mantenida a cualquier precio. Y existe, por otra parte, la racionalidad de la práctica jurídica social. Las luchas de la producción y la lucha de clases, desde el establecimiento de nuestro derecho codificado sobre la base de axiomas deducidos de la Razón, han llevado al legislador a corregir, de tarde en tarde, los efectos de la lógica formal, modificando los textos.

Al entrar en relación permanente estos dos tipos de racionalidad, hay fases de acuerdo y fases de conflicto. Las primeras obedecen a que la Razón que ha dictado los fundamentos de nuestro derecho, desemboca en principios no sólo admisibles, sino incluso loables, lo cual ha asegurado su éxito. Principios de libertad, igualdad, de voluntad de los individuos. Obedecen también a que los principios así establecidos corresponden al modo de vida deseado por la clase dominante en el poder. Esta entiende que vive según esos principios, que la hacen “mejor”, y está dispuesta a cerrar los ojos ante los ataques a dichos principios que podrían derivarse de la puesta en práctica de esa legislación. La ley, en efecto, sólo dice generalidades. Al abandonar la suerte de los individuos a los casos regulados fuera de la legislación propiamente dicha (reglamentos administrativos o decisiones judiciales), se llena de buena conciencia decidiendo desde el principio qué eventuales atentados contra esos principios fundamentales (que, en principio, ella respeta) no son sino simples “asperezas” reprobables.

Los momentos de conflicto derivan de en qué se convierten esos principios, una vez proclamados, a causa de la implantación de reglas jurídicas con valor normativo que no aseguran la ejecución fiel de aquellos (reglamentos, jurisprudencia...). En la lectura de la discontinuidad que existe entre el razonamiento de los que han pensado el sistema y la racionalidad del derecho vigente, aparece la ideología jurídica. La cual viene constituida por la creencia, espontánea o inculcada en la educación (asegurada por la familia, la escuela, el servicio militar...), en la necesaria coincidencia de la racionalidad formal del sistema jurídico conceptual y la racionalidad real del sistema jurídico positivo. Esto es lo que está pasando hoy tras algunos encarcelamientos de patronos de los que antes se ha hablado, y que

dieron ocasión a que cristalizara la desviación entre los juristas. La contestación jurídica es, en primer lugar, contestación de una ideología.

Pero esta contestación tiene ella misma su propia racionalidad: es la expresión de la práctica jurídica social de los que son víctimas de los atentados contra los principios fundamentales de nuestro derecho. El contrato entre el patrono y el asalariado no deja lugar a que el segundo exprese su voluntad; de lo contrario, no contrataría más que por un salario siempre superior al que le es ofrecido en virtud de las leyes del mercado de trabajo. No hay igualdad entre dos individuos que se presentan ante el juez, a causa de la distinta clase social a que cada uno pertenece; el comportamiento del magistrado —inconscientemente, las más de las veces— viene dictado en parte por la “presentación” física del justiciable; y está demostrado que los magistrados razonan en función de la capa social a que pertenecen²⁰.

Así, los juristas contestatarios —los que son considerados como “desviados” por la mayoría conformista—, cuando denuncian las instituciones que están encargados de poner en práctica, denuncian en realidad, no los principios de voluntad, libertad e igualdad, los derechos del hombre, sino la ideología que los presenta como si fuesen el alma de nuestro sistema jurídico: voluntarismo, subjetivismo, igualitarismo. Denuncian la racionalidad formal que elude las implicaciones sociales y económicas de las normas jurídicas, su prolongación política y humana en la vida de todos los días.

1.2. La contestación jurídica contribuye al reforzamiento de la ideología que combate

Recuérdese el célebre pasaje en que Gramsci muestra cómo todos los que tienen una función intelectual (l'intelligentsia), los que, en otro lenguaje, se denominan “manipuladores de símbolos”, contribuyen a depurar el sistema ideológico en cuestión²¹. La observación es aplicable al caso que estamos estudiando. Conforme el estado capitalista se desarrolla, la sociedad burguesa segrega un grupo social de intelectuales dedicados a conseguir el apoyo de las masas y a “modelarlas en el plano ideológico y moral, de acuerdo a su propia visión del mundo... Los intelectuales desempeñan su papel de agentes de la hegemonía en los grandes niveles superestructurales, aquel que se puede designar como ‘sociedad civil’ y el de la ‘sociedad política o Estado’, que corresponden respectivamente a la función de hegemonía que el grupo dirigente ejerce sobre el conjunto del cuerpo social y a

20. Cfr. mi “Autopsie d’un juge”, aparecido en A. Ph. D., 1974, y recogido en *Le droit trahi...*, pp. 81 y ss.

21. GRAMSCI, *Oevres choisies*, Ed. Soc., pp. 158-159.

la de ‘dominación directa’ o mando, que se expresa a través del Estado y el poder ‘jurídico’²².

De ahí a decir que, simétricamente, la clase proletaria segrega por su parte un grupo de intelectuales dedicados a desarrollar una ideología revolucionaria, no hay más que un paso. Darlo equivaldría a olvidar la diferencia fundamental que existe entre élite y *vanguardia*, y a entender la ideología en un sentido tan amplio que el término perdería su especificidad. Y si el esquema que hemos descrito (y que yo rechazo) se corresponde a veces con lo que se piensa en la ‘izquierda’, ello indica, simplemente, que también la ‘izquierda’ está a punto de segregar una ‘élite’; y en esto lleva un mal camino.

La élite es la renovación de los dirigentes de la clase en el poder. Esto no quiere decir ausencia de dinamismo. Cuando una ideología ha suministrado el razonamiento en función del cual está establecido el orden (jurídico) correspondiente a las aspiraciones de la clase dominante, nada podrá impedir la transformación progresiva de la realidad social, transformación que requerirá la búsqueda de una sincera coherencia para esa ideología. El sostenimiento de una ideología supone, pues, una cierta capacidad de adaptación. Para ello, la clase en el poder cuenta, en primer lugar, con la élite que ella fábrica. Se cumple así lo que M. Ellul llama la “metamorfosis del burgués”. Tradicionalmente, la misión de la Universidad ha sido formar esa élite. El jurista desviado es el que, por el espíritu crítico que anima su docencia o sus investigaciones, supera el nivel de tolerancia, es decir, en este caso, desvía a los estudiantes de su misión, que consiste en querer convertirse en la élite del país.

Pero ocurre que, por causas numerosas y variadas, la élite comprueba que es incapaz de asegurar ella sola una adaptación feliz de la ideología a la realidad social. En este caso, la sociedad burguesa puede contar con los intelectuales “desviados”. La desviación, en efecto, posee su propio sistema. Si se puede hablar de desviación es precisamente, como subrayábamos al comienzo, porque la contestación jurídica se basa en un conjunto coherente de proposiciones interdependientes. No se trata de una revuelta espasmódica. La anima un impulso prolongado que contribuye a situar cada elemento de análisis críticos o de acción positiva en un todo organizado. Los efectos de todo este estado de cosas se dejan sentir prácticamente en el nivel del ejercicio profesional. Así, en Francia, las Universidades se dividen hoy en “buenas” y “malas” (entendiendo por las primeras aquellas en que el espíritu de contestación llevaría al interés por prepararse estudiando para obtener diplomas honorables y rentables). De la misma forma, en los despachos de abogados se distingue entre los “grandes” despachos y los “consultorios” de derecho y “colectivos” de abogados. Se diferencia a los “buenos” jueces, que juzgan de acuerdo con la tradición, y los otros, de cuyo poder se intenta dar al público una imagen determinada —juzgan con parcialidad en cuanto movidos por consideraciones de orden político—.

22. M. A. MACCIOCHI, *Gramsci y la Revolución de Occidente*, Madrid, Siglo XXI, p. 197.

Otro efecto de la desviación constituida en sistema: la unidad real de movimientos aparentemente espontáneos y abocados a ser efímeros, tal como la explosión (que, vista desde fuera, parecía una explosión atómica) desde 1970, de grupos de información y de comités de acción (aborto y contracepción, homosexuales, sanidad, prisiones, asilos, ejército, prisioneros, liceos, etc.). Sus miembros se sienten afectados menos por el hecho de tratarse de materias jurídicas (y si tienen ese sentimiento no experimentan en absoluto la necesidad de expresarlo), que porque ellos sufren sosteniendo instituciones que les toman el pelo. Y lo que persiguen no es tanto la reforma práctica de esas instituciones, como la abolición de la visión del mundo que les subyace.

Así, la desviación jurídica contribuye a hacer funcionar el conjunto ideológico que, en principio, se proponía transformar. Con su actuación, los intelectuales desviados permiten a la clase dominante hacer un mejor análisis de la situación. Esto le permite “salvar los muebles”. Ocasionalmente deduce de ello, en términos de rentabilidad, las reformas que le interesa hacer para dar un aspecto de nueva vitalidad a “su” sistema. Entonces, habla gustosamente de “nueva sociedad”, como si bastara con plagiar algo del adversario para introducir nuevos aires. En esta perspectiva, puede decirse del Sindicato de la Magistratura de Francia que presta al régimen un servicio del mismo tipo que el que ya le prestó Roosselvelt al capitalismo.

La desviación jurídica, en consecuencia, tiende a actuar como una vacuna; el sistema contra el cual lucha, sale reforzado del conflicto. Como el Ave Fénix, parece que siempre tenga que renacer de sus cenizas. Y quizá ocurra así porque, atacando a la ideología, no se actúa sobre la raíz del mal. La ideología jurídica, en efecto, no existe sino en tanto en cuanto nuestro sistema se funda en el derecho entendido como principio y causa de toda actividad social. Ciertamente, esto no ocurre más que desde la “época moderna”. Si nos remontamos históricamente más allá del siglo XVI, veremos cómo el fundamento del orden social se situaba entonces, no en la existencia del derecho —dado por la Razón—, sino en la de una ética, o de un orden natural, o de una teología. Las reglas jurídicas tienen un fundamento esotérico y carismático en una sociedad en la que el poder tiene un fundamento mágico; un fundamento teológico, cuando el poder es de esencia religiosa; un fundamento moral (valores) en una sociedad fundada en la ética. El reinado del derecho es reciente, y el fundamento legalista de las normas jurídicas oculta, en nuestros sistemas, el problema del poder. Y quizá sea ahí, en las relaciones entre la desviación jurídica y el poder, donde se encuentre el nudo del problema.

2. Los juristas desviados y el poder

El comportamiento desviado nace, como hemos visto, de un conflicto de roles. Tratándose de juristas, el conflicto se da entre la obligación espetar el derecho, que deriva precisamente de la profesión que han abrazado, y la crítica de ese mismo derecho inspirada por las reflexiones que tienen que guiar su actuación en la puesta en práctica cotidiana de ese derecho.

El principio del respeto encuentra su fundamento en la legalidad, que viene dada como piedra de toque de nuestro sistema. Así, quien parece que se sale de la legalidad, se encuentra condenado en nombre de los principios democráticos y enfrentado por ello al poder, que tiene por misión hacerlos respetar. A título de lo cual son amenazados de sanción —y a veces sancionados— los magistrados acusados de faltar a la obligación de reserva. El poder, por tanto, está situado en el corazón de nuestro problema: la desviación no existe más que en cuanto uno de los roles en conflicto es sancionado por el poder. Si no fuera así, el sujeto desviado podría efectuar una opción entre los dos roles en conflicto que lo dividen, y el conflicto se resolvería en una lucha interna solucionable por una toma de posición voluntaria. La opción desaloja a la desviación.

Esto explica que la contestación esté prácticamente ausente de las Facultades de Derecho. En efecto, en la medida en que las oposiciones a profesor no son más que un modo disimulado de cooptación, hay pocas oportunidades de que un verdadero contestatario figure entre el número de los enseñantes. Por lo que hace a los abogados, hay que contar también con el peso del Orden. Durante mucho tiempo, se han prohibido los colectivos como contrarios a la deontología. Aún hoy, son vistos con desconfianza, y los “consultorios” en cuanto tales, no están autorizados si son de hecho de abogados. Pero el problema más grande, ciertamente, es el planteado por los magistrados del orden judicial. Tras la apertura solemne de los tribunales parisinos, el Procurador General declaraba en su discurso, el 3 de enero de 1977, que él “sufría” críticas “de sentido opuesto entre sí” y cuyo objeto era la justicia. “Entre esas críticas, unas vienen de doctrinarios, de pequeños círculos cerrados de contestatarios, de personas que, por esnobismo o por intelectualismo, quieren estar siempre en la vanguardia de las ideas que creen más modernas”²³.

Es muy cierto que la contestación por los magistrados del derecho que ellos están encargados de llevar a la práctica, amenaza todo el orden social. Por ello, pese a las afirmaciones de autonomía de “lo jurídico”, de independencia de los magistrados, de separación de los poderes, el Estado mantiene un control severo de la magistratura²⁴. Lo que es válido para la Magistratura lo es, en un grado menor, para las otras profesiones jurídicas. Pero el principio sigue invariable: la contestación jurídica existe cuando hay monopolio del Estado sobre el derecho.

2.1. La contestación jurídica existe si hay monopolio del Estado sobre el Derecho

Hay un conflicto de roles si uno es dictado y el otro es sentido, a título personal, diferentemente o en oposición con el primero. El rol dictado por la sociedad al jurista aparece como un rol dictado por el Estado, identificándose la forma del grupo con la del Estado. El rol de práctico del derecho, tal y como lo siente el

23. Recogido en *Le Monde*, 5 de enero de 1977, p. 26.

24. Objeto del capítulo cuarto de mi *Clefs pour...*

jurista, no puede ser vivido desde que el individuo nota una desadecuación entre el derecho impuesto y la realidad cotidiana. Además, la evolución del derecho pone de manifiesto un oscurecimiento de la importancia del individuo, pese a la afirmación de principios contrarios, una usurpación del Estado del ámbito reservado en teoría a las relaciones interindividuales.

Los que pueden utilizar libremente su voluntad, son numéricamente escasos por razones externamente ligadas al derecho civil, lógicamente dependientes de una línea política (exclusión del extranjero indeseable, del hippy irrecuperable, del incapaz: ausente o mayor protegido²⁵. Los estatus familiares son dictados por el Estado²⁶. El derecho de propiedad ha sido transformado por la reglamentación extracivil (comercial, fiscal, etc.), hasta el punto de que la vieja propiedad susceptible del ejercicio de un derecho absoluto al estilo napoleónico, podría quedar reducida, por el juego de los distintos reglamentos en vigor, a muy poca cosa. La responsabilidad por intermediario, especialmente de los seguros, ha desbordado completamente el “derecho privado”, incluso aunque el fundamento del razonamiento jurídico y judicial se encuentre aún situado en el Código civil. En cuanto a las obligaciones, ¿cuántas no se encuentran hoy bloqueadas por reglamentos económicos o fiscales? Poco lugar queda en nuestro derecho a la voluntad individual, un derecho que realmente hoy está en manos del Estado. Se comprueba, en el campo de la ciencia jurídica, esa afirmación de J. Habermas de que, en el capitalismo avanzado, sociedad y Estado se confunden. El Estado social tiene el monopolio del derecho. La existencia de este monopolio es lo que impide al jurista optar por uno de los roles en conflicto, lo que en consecuencia, crea el fenómeno de la desviación.

2.2. *Hay desviación jurídica solamente si hay monopolio del Estado sobre el derecho*

Los historiadores del derecho saben bien que derecho y poder no han estado siempre tan vinculados como lo están hoy. Piénsese en los juristas del Antiguo Régimen, por ejemplo, que juzgaban o pensaban las relaciones jurídicas en términos de equidad. ¿Podía haber desviación entonces?

En la forma actual, desde luego que no. Pero eso no quiere decir que la desviación jurídica fuera imposible. La libertad de interpretación de que dispone el jurista francés del siglo xvii, por ejemplo, está contenida en los límites del derecho natural. Y el derecho natural era en esa época, *mutatis mutandis*, el derecho monopolizado por el Estado. Los juristas marxistas hablarán, entonces, de esa época feudal para designar un tiempo en que el derecho no había sido un aparato

25. Son los “desperdicios” del derecho. Cf. *Le droit trahi...*, pp. 279-293.

26. Cf. mi estudio “La famille - cocon”, en *L'Année Sociologique*, 1976 (París, 1977).

ideológico de Estado. Esto es olvidar la realidad, el dominio cotidiano y tentacular de la Iglesia y del derecho canónico.

Para encontrar un ejemplo de civilización en que el derecho no estuviera monopolizado por el Estado, habría que plantear el problema en el nivel antropológico. Pero entonces, lo que se plantearía es la cuestión misma de saber qué es el derecho: saber si el derecho puede *ser* en ausencia del poder; saber si el jurista no conformista puede no tener un comportamiento desviado. En otros términos, en una civilización que haya logrado reducir el derecho a un simple conjunto de reglas que determinen las relaciones entre los individuos y la sociedad en lo que se habrá convertido el jurista ¿podrá intervenir en la permanente rectificación crítica de la línea política sin ser por ello considerado automáticamente el suyo como un comportamiento desviado?