

alvaro portillo r.

notas para una crítica a la teoría general del derecho

1. Precisiones metodológicas

El enfoque tradicional del Derecho no ha logrado vertebrar una explicación totalizadora que ubique históricamente la forma jurídica en la sociedad, mediante una causalidad correctamente establecida que eche luz sobre el sentido y objeto del Derecho en la estructura social. Además, debe admitirse que la doctrina jurídica nunca se propuso esta tarea, sino que limitó sus cometidos a elaboraciones relativamente diferenciadas de la problemática social, en sentido estricto.

Frente a la ineficacia explicativa del encare tradicional y frente a su naturaleza eminentemente ideológica, surge la propuesta marxista con el objeto de inaugurar el método científico en un campo, como el Derecho, tradicionalmente reservado a la ideología. Por esta senda pretendemos transitar.

El análisis marxista plantea la unicidad de las ciencias sociales, o mejor dicho, la común interrelación de todas las prácticas humanas, determinadas, en última instancia, por un hilo conductor que las vertebra: las relaciones de producción. Este análisis afirma que, en el ámbito de las prácticas sociales, es posible establecer leyes objetivas que interpreten la realidad y predigan el futuro de dichas prácticas y de la marcha de la sociedad en su conjunto. Este

carácter aproxima, sin identificarlo, el método de las ciencias sociales con el de las ciencias naturales.¹

Otorga especial importancia al estudio de la “base económica” de la sociedad, es decir, de las relaciones sociales de producción, a fin de despejar las múltiples incógnitas que en ese nivel y en los de las otras prácticas van surgiendo. Este fue precisamente el itinerario señalado por el propio Marx, al hacer de su obra fundamental, **El Capital**, el estudio de ese nivel específico. No obstante, no se quiere incurrir en fáciles reducciones, deben tenerse presentes las instancias regionales específicas –entre las que se puede considerar el Derecho– como nivel determinado en última instancia, con una lógica propia y con cierta capacidad de sobredeterminar al conjunto. Para la comprensión de esta compleja combinación es particularmente ilustrativo el concepto de modo de producción, que con un enfoque globalizador subraya la significación de las relaciones de producción pero que comprende en su interior, y las instancias regionales. Es por ello que, al decir de Poulantzas, la formulación de una teoría regional supone la teoría del modo de producción en cuestión. En nuestro objeto de estudio afirmáramos que una acabada teoría del Derecho en las sociedades contemporáneas debiera suponer una teoría del modo de producción capitalista. Esta tarea fue abordada plenamente por Marx, y requiere de un desarrollo a la luz del desenvolvimiento histórico del capitalismo.

La otra pauta metodológica, que señala Marx, es que no basta con percibir la mencionada determinación “infraestructural”, es decir, del modo de producción capitalista, para poder comprender su origen, en tanto que el pasado sólo puede ser explicado por el presente. Es quizá aquí donde se establece una de las principales rupturas con el hegelianismo y su enfoque del “devenir histórico” dentro de la espiral de una dialéctica idealista. Marx habrá de considerar el modo de producción capitalista como un resultado histórico, pero para comprender su génesis y las formas que lo precedieron, se orientará a su estudio presente.²

Con el Derecho ocurre lo mismo. Sólo el estudio y la comprensión de la forma jurídica en el modo de producción capitalista explica su génesis y la exacta relación que mantiene con formas “jurídicas” precedentes.³ Por lo tanto, debe hacerse un análisis del Derecho moderno, tratando de establecer su funcionalidad con el modo de producción capitalista y en calidad de instancia regional de éste.

¹ Cerroni, Umberto. **La libertad de los modernos**, Martínez Roca. Marx, K., **El Capital**, F.C.E. Tomo I.

² Louis Althusser, Etienne Balibar, “Para leer El Capital”, Siglo XXI.

³ Umberto Cerroni, **op.cit.**

Hablar de una instancia regional y su correspondiente teoría, no debe significar congelar el estudio en términos de un rígido estructuralismo que conduzca a enturbiar el resultado final. El Derecho, en esencia, es una práctica social y por ello es inseparable de todas las demás condicionantes de la sociedad; el “regionalizar” su ubicación sólo cumple la función de facilitar su estudio, “aislándolo” de otros aspectos sociales íntimamente vinculados a la categoría jurídica pero con otro tipo de especificidades.

2. Naturaleza del derecho

En el estudio del Derecho se percibe de inmediato su particular naturaleza ambivalente –de **ser y deber ser**, presentes simultáneamente– en la norma jurídica. Es ésta una de las vallas más duras de salvar para toda la dogmática jurídica –la doctrina–, ya que no ha podido escapar del dilema de reducir el Derecho a alguno de ambos polos: o se da prioridad al elemento valorativo del **deber ser** (y por lo tanto se le reduce a la ética) o se enfatiza el elemento positivo del **ser**, reduciéndolo a la pura fuerza o voluntad que sería su impulsora. Esta ambivalencia surge precisamente por haber privado al Derecho de temporalidad, tomándolo como una categoría abstracta, universal, fuera del tiempo y del espacio. Es aquí donde adquiere vigor la precisión metodológica enunciada con anterioridad: sólo se podrá comprender la forma jurídica a partir de su historicidad concreta y por ende de su relatividad, en oposición a la ya clásica conceptualización de la dogmática jurídica sobre la perennidad del Derecho y su existencia absoluta.⁴

La visión tradicional proyecta y desarrolla una permanente separación de la forma jurídica y la naturalidad de la sociedad real, imprimiéndole una vida propia y por encima de todo, estableciendo una carga valorativa. Es decir, este tratamiento del Derecho lleva implícita una valoración acrítica de la sociedad moderna, de la cual emerge. Esta valoración surge claramente, por ejemplo, en Kelsen, pues si despejamos su obra de toda la hojarasca de geometría jurídica –el análisis de la lógica normativa y su jerarquización– se constata que el fundamento último de su norma hipotética esencial es su validez: elemento fáctico, ajeno a su propia estructura “pura” de normas que sirve para justificar cualquier orden establecido, desde la más feroz dictadura, hasta la más representativa democracia liberal.

¿Cómo comprender esta bipolaridad o ambivalencia de **ser y deber ser**? ¿De qué forma se puede remitirla a la sociedad y a la realidad en que actualmente se manifiesta? Sólo se podrán ir

⁴ Umberto Cerroni, “Marx y el derecho moderno”, Grijalbo.

vertebrando estas respuestas, a partir de la verificación de la funcionalidad de la forma jurídica al modo de producción que habrá de determinarla y como elemento que influirá en las relaciones de producción (transformándose en otra de las piezas), permitiendo la reproducción de dichas relaciones de producción. Hay que cuidarse de no caer, sin embargo, en fáciles reducciones mecanicistas que confundan la instancia específica de lo jurídico con lo económico.

El Derecho ordena una realidad preexistente; esta realidad es reafirmada por la forma jurídica y su carácter imperativo construye al conjunto de los individuos a su cumplimiento. El funcionamiento de la sociedad aparece entonces como un resultado "natural", cuya esencia es menester preservar, para lo cual es necesario que el Derecho obligue a todos a que se comporten de acuerdo a sus preceptos.

El Derecho formula un tratamiento totalizador de las relaciones sociales, aunque se ve obligado a desarrollar una serie de especificidades de su instancia regional, expresadas en las categorías jurídicas, que serán las que permitirán legitimarlo, otorgándole un consenso en tanto "justa" ordenación de la sociedad. En este sentido, resultan sumamente acertadas las precisiones de Balibar, cuando subraya la clasificación genérica del Derecho en personas y bienes. Resulta que para el Derecho, la propiedad es una relación de personas con bienes y el contrato una relación de personas con personas; detrás de esta formulación, en el ámbito de la producción ocurren cosas muy diferentes que, sin dejar de coincidir con la expresión jurídica, traducen otras realidades.⁵

En el caso de la propiedad, de lo que se trata es de un reconocimiento social y no de una relación del sujeto con el objeto, por lo cual la propiedad es una relación social. A su vez, el contrato a veces puede asumir la forma de una relación entre una persona y un objeto, como ocurre en el contrato de trabajo, en que el poseedor de la fuerza de trabajo se enajena al capitalista como mercancía.

Se considera al Derecho como un elemento de cohesión de la sociedad en su conjunto, a partir de la consagración de conceptualizaciones: la universalidad de su extensión y la postulación de la libertad de todos los individuos (capaces jurídicamente, dueños de sí mismos y de un potencial patrimonio), con lo que se configura un panorama de igualdad formal de todas las personas. Este sistema de conceptos se desarrolla con un alto nivel de ramificación y se traduce por medio de la norma jurídica-general imperativa, obligatoria y coercible— como la forma en que se establecen las reglas del juego a las que quedan sujetos los individuos. A su vez,

⁵ Louis Althusser, Etienne Balibar, *op.cit.*

todo este mecanismo normativo prevé en su seno una serie de dispositivos que preservan y aseguran su reproducción, acompañada con los cambios que vayan surgiendo en la sociedad, siempre y cuando éstos no pongan en tela de juicio la estructura social dominante.

Por encima de la normalización del sujeto de derecho como protagonista básico de la sociedad, sobrevuela la filosofía liberal que adora a la persona como centro; pero, por cierto, se trata de una persona abstracta, desligada de todas las connotaciones concretas del mundo real. Aquí también, en el campo de la ideología pura, el sujeto de derecho resulta la expresión más sólida de esa disociación de individuos –tan propia de la sociedad moderna–, con el culto al egoísmo como expresión de la despiadada competencia a la que debe adecuarse el ser humano.

Esta visión jurídica de la sociedad rompe claramente con el pasado –el feudalismo– donde la cohesión social se establecía en la esperanza de un mundo mejor, prometido por la religión para suavizar la explotación terrenal. Allí el despojo material, el trabajo no retribuido, aparece como mucho más “visible”, ya que los privilegios se consagran públicamente. Sin embargo, esta forma de ver las cosas es, “observar el pasado con los ojos del presente” ya que la “visible” explotación en la Edad Media tenía su disfraz y justificación muy elocuente en la religión y en la visión teocrática del mundo y de la vida. Aventurándose en una especulación arriesgada, se puede decir que la filosofía liberal que impregna el derecho burgués, lleva en sí, potencialmente, mayores elementos para una visión liberadora del hombre por el hombre, ya que formula de una manera mucho más clara el problema de la libertad.

En este sentido, resulta muy aguda la afirmación de Fromm de que es en el Renacimiento cuando la civilización humana comienza a adquirir conciencia de sí misma, como sucede en el proceso que vive la criatura humana en su pubertad, sin dejar de tener presentes las condicionantes estructurales que históricamente han determinado este proceso.⁶

El humanismo liberal, como sustento filosófico del Derecho, hace posible que la normatividad jurídica actúe sobre el conjunto de los individuos, considerándolos a todos en un plano de igualdad. El transcurso histórico de esta situación es la implantación del intercambio como una modalidad de la distribución en un modo de producción dado, el capitalismo. El intercambio presupone una relación de equivalentes y no puede existir, si quienes lo afectan tienen “conciencia” de la desigualdad de las prestaciones. A su vez, el intercambio implica la voluntad de cambiar, que se

⁶ Eric Fromm, “El miedo a la libertad”.

manifiesta como un deseo de intercambiar cosas equivalentes. Es aquí donde se articula la relación jurídica, que consagra esta voluntad en un sujeto libre –el sujeto de derecho–, que deberá actuar en su vida en sociedad en cuanto tal, desarrollando múltiples actos jurídicos en donde el intercambio de equivalentes será el aspecto más revelante de todas sus acciones.

Esta localización del individuo como centro de función del intercambio, con una explicación filosófica –el humanismo– y la reglamentación de la práctica mediante del Derecho, encubre las relaciones sociales en su aspecto esencial, es decir, de relaciones de clase. La consideración de la persona se hace siempre a partir de su aislamiento; no se conciben las relaciones colectivas con base en intereses comunes. Sólo con el transcurso de la historia, la agudización de las contradicciones sociales fundamentales permitió abrir brechas en el ordenamiento jurídico de las relaciones de producción capitalista, para la expresión “jurídica” de intereses comunes que expresen la lucha de clases.

3. Articulación del derecho con el modo de producción capitalista

Establecer una correspondencia entre la forma jurídica y las relaciones de producción, es una compleja tarea que remitiría forzosamente a una formación social particularmente considerada (en el contexto de cuya estructura social se ubicaría el Derecho), aun cuando la complementariedad del ordenamiento jurídico nunca sería total ya que, (pese a la plasticidad de las normas jurídicas en su adecuación a los cambios sociales) siempre existen desfases propios de la lógica interna del Derecho.

Por lo tanto, pensamos que en los términos de generalidad de estas reflexiones, sólo podríamos precisar características de algunos institutos jurídicos, válidos para la mayoría de las formaciones sociales capitalistas, sin pretender establecer una teoría al respecto.

Con este nivel de generalidad, abordamos algunas categorías jurídicas: El sujeto de Derecho, el derecho de propiedad, el contrato de compraventa de la fuerza de trabajo, las fuentes de Derecho o la forma como éste se produce y el derecho público.

a) El sujeto de derecho

En este concepto se localiza la unidad básica de la relación jurídica: el individuo. Es sujeto por oposición a objeto, es decir, en tanto persona y es “de derecho”, ya que sus posibilidades, ámbito

de acción y forma de expresarse se hallan precisamente reguladas por el Derecho.

Esta noción jurídica es imposible de comprender sin vincularla al "sujeto racional" de Kant, verdadero universo en sí mismo, que abre una nueva perspectiva acerca de la postura del hombre en la sociedad.

El sujeto de derecho, siendo una categoría jurídica, es formal por antonomasia, ya que no indaga ni especifica el contenido "humano" concreto. Todos los hombres son sujetos de derecho, no importa su riqueza o pobreza y otro tipo de consideraciones prácticas. Sólo se formulan ciertas limitaciones en función de la edad o del sexo.

El atributo principal del sujeto de derecho es la autonomía de su voluntad que, expresado de forma más general, se trataría de su libertad. Aparentemente, esta libertad no conoce otros límites que los del Derecho, que en definitiva refleja los ámbitos de libertad de los demás sujetos de derecho. De donde surge que en este nivel jurídico normativo se dispone el "reino de la libertad", con absoluta prescindencia del "reino de la necesidad" que es el que en definitiva le dará un contenido concreto al sujeto de derecho, condicionando el ejercicio de su voluntad autónoma, en función de las circunstancias sociales.

b) El derecho de propiedad

Esta categoría jurídica es esencialmente un título por lo general reconocido y legitimante de la violencia que se ejerza para su protección, que presupone la relación del sujeto con el bien. Es decir, establece una relación de la persona con la cosa, pero señala algo más, precisamente por la existencia de este título: la mera relación de la persona con la cosa jurídica que por lo común se denomina posesión.

Históricamente, la posesión precede a la propiedad ya que en la medida en que los hombres empiezan a comportarse racionalmente, comienzan a "poseer" diversos bienes. En términos económicos podría señalarse que la posesión se corresponde con el valor de uso de los bienes. Esta situación se torna poco útil, debido a que el intercambio comienza a desarrollarse cuando el hombre empieza a producir sus primeros excedentes. Es por eso que entre los romanos, cuya característica histórica es la de intercambio fluido, aparece la noción de propiedad, diferenciada de la de posesión y con un contenido análogo al moderno.⁷ "En cada época histórica la propiedad se desarrolla de manera diferente y en una serie de

⁷ Karl Marx, "Miseria de la Filosofía", Ediciones Sociales.

relaciones sociales enteramente diferentes ... Querer dar una definición de la propiedad como una relación independiente, como categoría aparte, como una idea abstracta y eterna, no puede ser sino una ilusión metafísica o de jurisprudencia”.

Habiéndose producido la decadencia del Imperio Romano y en consecuencia de las relaciones mercantiles que lo caracterizaron, la propiedad perdió los atributos que la definían y en la Edad Media asumió un perfil que más la asemejaba a la vieja posesión que a la propiedad romana. Con el feudalismo casi desaparece el comercio, por lo cual las relaciones de producción se dan en un contexto relativamente autárquico y los fundamentos de la posesión adquieren un sesgo religioso más que jurídico.

Es con el nuevo auge del intercambio mercantil, en los inicios del modo de producción capitalista –siglo XVIII–, cuando reaparece la noción de propiedad jurídica tal como se la conoce actualmente: el título legítimo que cualquier poseedor de mercancías se arroga para poder realizar la circulación de éstas. Durante esta época comienzan a desarrollarse ciertos atributos de este instituto, como los derechos reales, casi desconocidos en la Edad Media y poco desarrollados en el Derecho Romano. El derecho real le imprime la titularidad jurídica a la cosa y la sigue adonde ésta vaya. Quien sea propietario de cualquier bien sabe que aunque no lo posea, es decir, no lo tenga junto a sí en la órbita de sus facultades, la cosa le seguirá perteneciendo. Este atributo de la propiedad ofrece la posibilidad de desmembrar el dominio del bien, preservando la titularidad del propietario y otorgando a terceros derechos reales o incluso de posesión.

Aquí interesa detenerse para observar como el derecho de propiedad opera y se institucionaliza en función del modo de producción capitalista. En la Edad Media el desmembramiento del dominio descrito fue frecuente hasta tal punto, que se le puede considerar como factor central en el ordenamiento social. El señor feudal, poseedor de los medios de producción, otorgaba relaciones de vasallaje y servidumbre; se establecía el derecho de usufructo a siervos y vasallos, reservándose la nuda propiedad de la tierra que era el bien que se sometía a esa relación. Este derecho de usufructo hacía posible explotar la tierra, cuyos frutos se repartían entre el productor –usufructuario– y el señor feudal, por medio de diversos mecanismos, el más común de los cuales fue el de la corvea, que era la forma en que el señor feudal absorbía el trabajo excedente. Tenía su fundamentación en connotaciones místico-religiosas, aunque en realidad su explicación radicaba en la violencia ejercida por el señor feudal para imponer el vasallaje y las relaciones de servidumbre. Pareciera que allí se encuentran los orígenes lineales del actual derecho de propiedad. Sin embargo, las diferencias son importantes. Esta “propiedad” feudal estaba ínte-

gramente asimilada a la tierra y a la persona del señor feudal y tenía un carácter estático, al no circular en el mercado y no quedar afectada por las relaciones de tipo mercantil. Esta "propiedad" era en realidad un título legitimante de determinada relación de producción y en su discurso está íntimamente vinculada a la religión (las formas sacramentales de constitución y la permanente apelación a Dios como su fundamento).

Es interesante traer a colación un episodio histórico que narra Marx en **El Capital**. Se trata de lo ocurrido en Escocia en tiempos de la acumulación originaria. Como en todos los territorios sujetos a relaciones feudales, ahí la tierra estaba asignada a unos pocos clanes —ésta fue la particularidad escocesa— que eran familias que poseían importantes superficies de tierra. Estos campos estaban poblados por campesinos, en relación de servidumbre con los clanes, que realizaban la explotación agrícola de la tierra y separaban una parte del producto para ellos y otra para sus señores. La presencia del capitalismo en Escocia se manifestó —al igual que en toda Inglaterra— por una transmutación de la naturaleza de esta posesión. Los clanes comenzaron a ejercer un derecho de propiedad sobre la tierra y el ejercicio de este derecho se tradujo en la expulsión violenta de los campesinos. Se buscaba lanzar al mercado estas tierras, cambiar el esquema de producción agrícola por formas de producción ganadera, establecer "cotos de caza" para la aristocracia, o pactar contratos de arrendamiento para otorgar las tierras a otros campesinos. Marx compara el antiguo derecho de propiedad de los clanes con la relación de soberanía que ejercía la reina de Inglaterra sobre todo el territorio inglés; al hacerlo subraya lo vago y genérico que era este título y sus diferencias con el moderno derecho de propiedad (con sus atributos de uso, goce y disposición). Ambos derechos de propiedad, cuando históricamente se introducen, son consecuencia de una realidad absolutamente diferente y por lo tanto su ejercicio conlleva efectos muy distintos.

Tal vez pudiera señalarse que el moderno derecho de propiedad es el correlato del valor del cambio de los bienes. Éste es en esencia una relación social, como también lo es el derecho de propiedad en tanto título jurídico; es universalmente reconocido y por lo tanto de lo que se trata no es de la relación del sujeto con el objeto, sino que dicho reconocimiento especifica una relación social. Penetrando en la lógica de la circulación de las mercancías, Marx indica que cada mercancía llega al mercado con una inscripción muy visible de su precio que la identifica y mediatiza la relación social que le dio origen; pues bien, dicha mercancía, junto a su precio (expresión de su valor), debe estar acompañada

⁸ Karl, Marx, "El Capital", F.C.E. Tomo I.

de un propietario. En el capitalismo los casos de “res nullius”, o cosas sin dueño, son la excepción.

En la actualidad, el derecho de propiedad consiste en el uso y disposición del bien. Estos atributos expresan la posibilidad de transmitir la titularidad del bien, de usarlo o de simplemente mantenerlo en el patrimonio del propietario. Al principio estos atributos estaban formulados de manera muy amplia, con lo que el propietario, en su relación con el bien, era absolutamente libre; incluso se reservaba la posibilidad de ejercer, junto con el uso, el abuso del derecho como extrema manifestación de la libertad en el ejercicio de la propiedad.

Esta situación generó una corriente crítica que señaló la necesaria “función social” de la propiedad y en consecuencia la necesidad de reglamentar su uso. Esta corriente se impuso en muchos ordenamientos jurídicos positivos y fue la bandera de lucha de las opiniones más progresistas de la doctrina jurídica. Sin negar el avance que ello ha significado, lo importante es destacar que reglamentando la propiedad en aras de su “función social” –al fin y al cabo todo tiene una función social, por lo que al señalarlo no se agrega mucho–, se liman sus aspectos más negativos pero se mantiene la categoría jurídica en cuestión.

c) Compraventa de la fuerza de trabajo: el contrato de trabajo

El Derecho formula esta relación como un acuerdo de voluntades libres donde una parte (el capital) abona una suma de dinero y la otra (el trabajador) compromete su fuerza de trabajo para la realización de un servicio. Para el Derecho, la naturaleza igualitaria de ambas prestaciones existe como en cualquier otro contrato y por ende se está en presencia de un acuerdo justo.

Pero, observando con atención lo que ocurre en la realidad con este acuerdo justo, se pueden verificar algunas circunstancias reveladoras. Primeramente, se observa que en la realidad las partes contratantes no son tan iguales como parecen, ya que de un lado existe un propietario de medios de producción y de medios de subsistencia para el trabajador y del otro se halla alguien cuyo único patrimonio es su fuerza de trabajo. Esa desigualdad es de carácter económico, ya que para que una de las partes le imponga a la otra los términos de la relación contractual, es decir, las condiciones propiamente de trabajo; su determinación emergerá a partir de lo que en un momento dado valga el trabajador social medio en cuestión. Desde luego que en esta determinación incidirá también el nivel de resistencia al capital por parte de la clase obrera en su conjunto, pero éste es ya otro aspecto que trasciende el análisis de la relación bilateral del contrato de trabajo.

En segundo término, se observa que además de esa desigualdad económica, el trabajador está condicionado a trabar la relación contractual careciendo de cualquier otra alternativa que, si llega a existir, es ínfima. Para vivir y reproducirse el trabajador podría alimentarse produciendo sus medios de subsistencia, pero para ello sería indispensable que poseyera los medios de producción adecuados; en caso contrario, no le queda otra oportunidad que ir a buscarlos con quien los tiene. Como su única mercancía para pagarlos es su fuerza de trabajo, deberá convertirse en obrero asalariado, o morir de hambre. Por lo tanto, en un plano de desigualdad económica y sin libertad, en realidad no existe un contrato entre iguales tal como el Derecho lo define.

Como si fuera poco, la prestación que cobra el obrero es inferior al "servicio" que realiza (o si se quiere a la fuerza de trabajo que aplica para realizarlo). En las relaciones capitalistas de producción, la valoración del capital se realiza simultáneamente en la esfera de la circulación y en la producción. La fuerza de trabajo que se adquiere en el mercado –circulación– será utilizada para valorizar el capital aplicado a la producción, aprovechando un margen de trabajo no retribuido de que se apropia el capitalista, que es la plusvalía. Es decir, que además de tener que someterse a este contrato obligatorio y desigual, el trabajador se ve despojado de una determinada cantidad de su trabajo que no se le retribuye.

En consecuencia, siendo ésa la realidad que subyace en el contrato de trabajo, poco o nada le queda de la equidad que se le atribuye en el Derecho. La realidad descarnada es la explotación. Esta explotación es de la misma naturaleza –apropiación de un excedente sin retribución– de la que existía en las relaciones de producción feudales e incluso esclavistas. La gran innovación histórica del modo de producción capitalista es que implantó una fórmula que disfraza esa explotación con un velo de aparente consentimiento entre las partes involucradas. Este factor de encubrimiento es el Derecho, que con sus pautas normativas, disfraza la realidad.

El problema complica a los prácticos del Derecho que reproducen la forma jurídica. El contrato de trabajo ofrece la extraña característica de que el objeto de la transacción es a la vez una cosa y una persona. Si se le ve desde el punto de vista de la materialidad de la prestación (la fuerza de trabajo) se está en presencia de un bien; pero ocurre que ese bien actúa y se expresa como un ser humano, porque es una persona. Esta antinomia puso durante mucho tiempo a los juristas frente a un gran dilema, del cual evidentemente aún no han podido salir.

El origen de esta contradicción radica en que la figura del contrato, con todos los atributos que le asigna el Derecho Moderno

fue tomada del Derecho Romano, donde todo contrato era el acuerdo de voluntades de dos o más propietarios de bienes que realizaban una transacción mercantil sobre la base de un intercambio de objetos realmente equivalentes. En aquel tiempo la producción estaba plenamente disociada del cambio (la actividad mercantil) ya que se realizaba por medio del trabajo esclavista. O sea, que las dificultades surgen al adecuar un contrato –el arrendamiento de servicios, como origen del contrato de trabajo– cuya razón de ser estuvo en un modo de producción diferente.⁹

El otro problema que se le plantea a la doctrina jurídica es el de cómo catalogar al propietario de los medios de producción, es decir, al industrial y al terrateniente. Se les ha visto como comerciantes y por lo tanto sujetos a todas las normas del derecho comercial. Es importante señalar esta solución, ya que se trata de una forma de ocultar un factor central de las relaciones de producción capitalista: el producir por medio del cambio. El Derecho sólo contempla al capitalista como comprador de la fuerza de trabajo, estableciendo el mismo tratamiento que se da a un comerciante en sentido estricto.

Hay sectores progresistas, en el campo del Derecho, que han postulado la necesidad de legislar para lograr una justa retribución al obrero, tratando de mitigar los excesos de la desigualdad real que esconde el contrato de trabajo. Sólo se trata de buenas intenciones, irrealizables. Mientras el precio de la fuerza de trabajo (expresado en el salario) dependa de ciertas circunstancias de carácter objetivo como el valor de los medios de subsistencia necesarios para la reproducción de la fuerza de trabajo, la magnitud de la plusvalía absoluta y relativa, la capacidad de negociación de los trabajadores como clase y otra serie de factores todos ajenos al Derecho, no es viable fijar pautas normativas rígidas para las partes dentro del contrato de trabajo.

d) La producción del Derecho, o sus fuentes

En lo que se refiere a la forma como se produce el Derecho, se observa una serie de mecanismos particulares, que históricamente

⁹ En el modo de producción capitalista, la producción se realiza a través del cambio. El consumo de la fuerza de trabajo "es al mismo tiempo proceso de producción de la mercancía y de la plusvalía"; a su vez, es en el mercado, en la esfera de la circulación en donde habrá de contratarse a la fuerza de trabajo.

En el modo de producción esclavista la esfera de la producción está definitivamente separada de la esfera de la circulación; el poseedor de medios de producción ("los hombres libres") adquieren de por vida a la fuerza de trabajo –los esclavos. Por lo tanto, en la esfera de la circulación sólo se intercambian equivalentes.

han ido transformándose pero que no han dejado de explicitarse por considerárseles fundamentales en la lógica de la normatividad.

Deben establecerse dos niveles de análisis: el de la doctrina jurídica y el de la realidad. Desde el punto de vista de la doctrina se han señalado tradicionalmente dos fuentes: la costumbre y la ley. En la primera existirían dos elementos: el **usus inueteratus** y la **opinio necessitatis**, es decir, la repetición de la práctica y la conciencia de su necesidad, para transformarla en norma jurídica. En cuanto a la ley, está sujeta a la voluntad soberana del **órgano** estatal representativo y se sanciona a partir del juicio del legislador.

A decir verdad, ambas formas se conjugan en la producción del Derecho. Efectivamente existe un elemento de repetición (que con el tiempo asume el carácter de tradición y muchas veces de origen a la norma); hasta se puede afirmar que si catalogamos al Derecho como un elemento cohesionador de la realidad, necesariamente debe contemplar las prácticas existentes que se repiten en forma permanente. En sentido estricto ello no es así, ya que la norma jurídica por lo general no sanciona las prácticas sociales tal como se realizan. En esto radica precisamente el carácter "mediador" de la forma jurídica, ya que toma elementos de la realidad, pero los ordena y compone en términos de su lógica, adecuándolos a una visión determinada de las relaciones sociales.

Esto es muy claro con respecto a la relación laboral. Si el Derecho recogiera las prácticas en la forma en que se manifiestan, tendría que establecerse que el contrato de trabajo lo celebre la clase obrera con la clase capitalista. Para favorecer a la primera existiría el "derecho" que le permitiera no remunerar parte del trabajo absorbido por el capital. En la transmutación de la realidad es justamente donde radica uno de los aspectos esenciales de la naturaleza del Derecho. Las normas jurídicas refractan las relaciones sociales de forma tal que puedan ocultarse las desigualdades reales que las sustentan.

La ley, como fuente de Derecho, remite a los denominados cuerpos representativos del Estado, integrados por personas concretas que se avocan a sancionar normas, a partir de un proceso racional de traducción jurídica de los objetivos políticos que el Estado asume. En la formulación de la política —paso previo a la norma jurídica— existirá un condicionamiento estructural inherente a toda la superestructura jurídico-política. Pero entre la política y el Derecho tampoco existe un concatenamiento en secuencia. La decisión política habrá de sumergirse en la lógica del ordenamiento jurídico y quedará mediada por sus específicas particularidades. Afirmar el condicionamiento directo de la norma a la política, es

reducir el Derecho a la voluntad subjetiva del grupo o la clase que lo sanciona, omitiendo la especificidad de lo jurídico.

Vinculada con la producción del Derecho surge una interrogante: ¿por qué existen dos sistemas de derecho, bien distintos por cierto, en los países anglosajones uno y en los países latinos el otro? La explicación hay que encontrarla en la forma en que se produjo el ascenso de la burguesía y la implantación del capitalismo. Fue característico de la burguesía inglesa no librar una batalla decisiva contra la vieja aristocracia terrateniente; por el contrario, permanentemente trató de asimilarla al cambio social que ella impulsaba. Esto hizo que la aristocracia se preservara en la escena política y económica, junto con muchas de las viejas formas de la sociedad feudal, aunque hubieran cambiado las relaciones de producción. El ejemplo más notable es el mantenimiento de la monarquía, que pasa a coexistir con el estado representativo. En ese contexto debe explicarse porqué ciertas formas de administrar justicia y algunas categorías jurídicas, cuyo origen se sitúa en la Edad Media, subsisten en el capitalismo, adoptando un contenido que las hace funcionales para las nuevas relaciones de producción. Es esa la razón por la que se mantiene la jurisprudencia con fuerza obligatoria –institución típica del feudalismo. En su nacimiento, la jurisprudencia se equiparaba con una forma de dirimir los conflictos de manera casuística y reducida al estrecho ámbito local, en una época en que aún se está lejos de la universalidad del Derecho y de la igualdad ante la ley. Con el desarrollo del capitalismo, se mantiene el sistema de precedentes judiciales –**common law**– pero con un contenido diferente y propio de las nuevas circunstancias históricas. Con esas características se expande por todos los territorios del dominio británico.

El sistema de derecho escrito de los países latinos es un producto directo de la revolución francesa. En este caso, la burguesía consolidó su ascenso con una revolución que removió todos los cimientos de la sociedad feudal y echó las bases para la construcción de un nuevo orden, aprovechando todos los ámbitos de la superestructura jurídico-política. Es así como se formula una acabada normatividad que se plasma en piezas como en el Code Civil de Cambacères (Código de Napoleón), verdadero programa del funcionamiento de la sociedad. Para la sanción de esta nueva normatividad se toman las viejas fórmulas del Derecho Romano y se las reactiva dándoles un nuevo contenido, en función del contexto en que serán aplicadas. Con los ejércitos napoleónicos, el derecho burgués emergente de la revolución francesa se expande por toda Europa continental y de allí para América. Queda un interrogante por responder –tarea que se deja a los historiadores: ¿cómo se produce el engarce histórico concreto de las viejas

fórmulas del Derecho Romano con los requerimientos de la nueva sociedad burguesa? La avanzada técnica y precisión del Derecho Romano lo convirtieron en una pieza sumamente útil para los juristas burgueses, pero falta precisar por qué reaparece históricamente después de un letargo tan prolongado.

Las escuelas y facultades de Derecho ignoran olímpicamente el proceso de génesis de estos dos sistemas jurídicos, ni siquiera se preocupan por explicar la razón de que existan dos formas bien diferenciadas de producir y ordenar la normatividad jurídica para el tratamiento de las mismas relaciones sociales. Esta omisión no es casualidad. Entrar en una explicación de esa naturaleza implica poner al descubierto la "esencia" del Derecho, su relatividad y su condicionamiento histórico. La ideología jurídica (cuyos principales reproductores son los catedráticos de Derecho, fabricantes permanentes de la doctrina) se plantea precisamente objetivos opuestos.

e) El derecho público

Hasta ahora, al hablar del Derecho nos hemos referido principalmente al derecho privado, es decir, a la normatividad que regula las múltiples relaciones de intercambio y establece las instituciones que las hacen posibles (la propiedad, la familia, la herencia, el contrato, etc.). Pero toda esta normatividad sólo puede adquirir solidez e implantación real si goza de coercibilidad, es decir, si tiene detrás una fuerza que la respalde.

Es aquí donde se articulan el Estado y el derecho público como la fuente de la regulación privada y como elemento que garantiza la preservación de la normatividad en su conjunto. La división entre derecho público y derecho privado tiene su correlato en la dicotomía sociedad civil y sociedad política. Uno es el campo de las relaciones privadas entre los individuos, el otro es el campo del interés general y de la participación de las personas –en tanto ciudadanos– en función de los intereses más elevados de la comunidad.¹⁰

Al haber introducido la noción de derecho público, nos remitimos por fuerza a la cuestión del Estado. En líneas generales, se puede afirmar que el Estado se arroga la función de ser la institución ordenadora de la sociedad, para controlar y armonizar las comunes condiciones de explotación y administrar la fuerza de trabajo para su preservación.

En la sociedad burguesa resulta imposible que la clase dominan-

¹⁰ F. Engels, "Obras Escogidas", E. Progreso, p. 389-390. K. Marx, "La cuestión judía", Grijalbo. Jean Marie Vincent, "Fetichismo y sociedad", Era.

te ejerza el poder político de por sí, ya que las propias condiciones de producción exigen la competencia de los capitalistas entre sí, considerados individualmente. Esto determina la necesidad de que exista un poder arbitral por encima de las clases, pero que en última instancia vele por el mantenimiento de las condiciones de explotación.

En la realidad, este esquema no se presenta en forma diáfana. Desde su aparición, el Estado moderno comienza a fabricar su propia ideología particularizante, cuyo eje central es presentarse, para el conjunto de la sociedad, como expresión de la "voluntad general" y en una posición equidistante a todas las clases sociales. Para ello se vale de un número importante de personas que en su interior desarrollan diversas funciones al servicio de esta idea (políticos profesionales, militares, jueces, funcionarios, etcétera). Asimismo adquiere cierta permeabilidad para los conflictos, arbitrando "soluciones" que no se identifican con ningún grupo o clase en especial. Esta mecánica rige mientras no se pongan en peligro las bases de la estructura social; frente a un peligro mayor, el Estado abandonará esta función arbitral, para ejercer la violencia descarnada al servicio de la clase dominante.¹¹

En este contexto, el derecho público debe verse como la expresión y el regulador jurídico del Estado y como el marco necesario para la existencia del derecho privado. Para serlo, el derecho público se divide en una serie de disciplinas específicas: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho procesal, derecho penal, etcétera.

En la unidad del ordenamiento jurídico, la existencia del derecho público es la más reciente y sus categorías van apareciendo tardíamente. Esto se debe a que el Estado moderno es una creación típica del modo de producción capitalista que no tiene parangón en la historia. Por ello, para desarrollar el derecho público no fue posible reactivar viejas fórmulas normativas del Derecho Romano, ya que esta noción de Estado es única en la historia.

Para estructurar su propia normatividad, el derecho público debe tomar conceptos y categorías del derecho privado, asignándole un nuevo contenido básicamente en función del papel que asume su protagonista central, el Estado, que dista mucho de

¹¹ El caso de la República Oriental del Uruguay, como el de tantos otros en América Latina, es ilustrativo al respecto. Después de haber alcanzado poner en práctica una institucionalidad casi "perfecta" en términos del moderno Estado de Derecho, la crisis social desatada significó que las clases dominantes mediante las fuerzas armadas desmontaran sistemáticamente toda esa institucionalidad para establecer una situación de dominación descarnada, de índole tiránica, cuyo único objeto es preservar las nuevas bases económicas de la explotación y reprimir toda inconformidad.

parecerse a las personas o sujetos del derecho privado. Pero las mayores dificultades del derecho público radican en la endeblez de la sociedad política que pretende normar. Una estructura social cuyo factor esencial es la disociación –el reino de las personas y de sus relaciones interindividuales– cuyo rasgo más importante es la práctica contractual como expresión del intercambio, evidentemente relega la fuente pública de las obligaciones como un mero marco de referencia. Aunque no llegue a perder su particularidad, no logra vertebrar un discurso coherente, por contravenir el aspecto central de la práctica social.

Los papeles que asume el Estado, de “racionalizador” de la dominación de la sociedad política y el derecho público, al crear una ficción de participación política del conjunto de los ciudadanos, hacen que la expresión normativa de esta situación no sea tan lógica como en el caso de la normatividad de las relaciones privadas.

Prueba de ello son los cuerpos legales de derecho privado, principalmente los códigos civiles, que subsisten incólumes –en su mayoría– desde mediados del siglo XIX (en el caso de los países latinoamericanos) después de haber sido creados como calco del Código de Napoleón. Mientras que, desde que existe, el derecho público ha sufrido un permanente desarrollo, modificando sus normas en cuanto a las técnicas de su funcionamiento (interpretación, integración, jerarquía normativa, etcétera) o en cuanto a su contenido. Estas modificaciones son consecuencias del desenvolvimiento que ha sufrido el Estado en el contexto de la sociedad. De un Estado juez y gendarme, ocupado básicamente de la seguridad nacional, las relaciones exteriores y la administración de justicia, se pasó a un Estado benefactor (**welfare state**) que asumía una serie de funciones que pertenecían a los particulares o no existían. De esta forma de Estado surge el controvertido concepto de servicio público y la búsqueda de elementos para establecer procedimientos administrativos que garanticen los intereses particulares frente a la lesión de su derecho o a la desviación del poder. Surge también otra serie importante de institutos jurídicos que tienen que ir acuñándose con toda prisa al calor de las nuevas realidades que modifican constantemente el papel del Estado. En la actualidad, como fenómeno correlativo a la presencia del capital monopólico, el Estado asume una dimensión hasta ahora desconocida.

¿Qué ocurre en el seno de las disciplinas que genéricamente se consideran como derecho público? La estructura general del derecho penal ha sufrido pocas modificaciones que han tendido a mitigar la naturaleza de las penas o a aumentar las garantías del

procesado. La tesis que sostiene Pashukanis,¹² en el sentido de que en la esencia del proceso penal hay una relación de intercambio de equivalentes, entendiendo la pena como la retribución del daño causado, significaría que la violación del orden jurídico implica la concertación y un contrato obligatorio; legalmente el imputado tendría que "pagar" un equivalente, estipulado, en forma legal, por el daño causado. Esta interpretación de la pena con carácter retributivo, sobre la cual Pashukanis proyecta la relación de intercambio de equivalentes, ha sido negada sistemáticamente por la doctrina jurídica desde hace ya mucho tiempo. A cambio, ha formulado otro tipo de elaboraciones que sobrevuelan la realidad. Resulta muy duro para los juristas, después de haber postulado "los avances de la civilización" y la realización plena del hombre en la sociedad moderna, admitir que la ruptura del orden constituido debe repelerse de forma igual a la ley del Talión, por medio de una pena equivalente al daño.

Con respecto al derecho procesal, quizá también puede ser aplicable la tesis de Pashukanis, ya que las partes del juicio acordarían someterse al dictamen del juez. Es el procedimiento judicial donde se instituyen más rituales y formas preestablecidas, con el objeto de deshumanizar la sentencia mostrándola como algo más sabio y racional que los humanos ("la justicia es ciega"). En definitiva, se trata de reafirmar el carácter imparcial del Estado en las controversias entre particulares.

El derecho constitucional, sin salirse de los cánones ya tradicionales de establecer en las constituciones una parte dogmática y otra orgánica, se ha ido inclinando cada vez más a señalar mayores atribuciones y competencias al poder ejecutivo, en menoscabo del poder legislativo. Ello refleja la nueva naturaleza del Estado, incompatible con órganos legislativos, ricos en competencias pero de carácter eminentemente deliberativo. Esta tendencia mediatiza aún más la participación de la ciudadanía en los asuntos de Estado y profundiza la brecha entre la sociedad civil y la sociedad política. Para mitigar esta concentración de poder, se ha optado por consagrar, en la parte dogmática de las constituciones, derechos objetivos denominados "sociales" (derecho al trabajo, a la educación, a la vivienda, etcétera), de incierta aplicación y con complicadas o inexistentes reglamentaciones.

Al derecho administrativo le corresponde la reglamentación de las nuevas y múltiples funciones que el Estado adquirió y por ello es el que más se ha desarrollado y ha dado lugar a que se originaran nuevas disciplinas desgajadas del derecho administrativo, como el derecho tributario, el derecho financiero, etcétera.

¹² E.B. Pashukanis, "La teoría general del derecho y el marxismo", Grijalbo.

4. La práctica del derecho. La ideología jurídica

El Derecho, como categoría con un desarrollo histórico propio, no existe; se reproduce exclusivamente por medio de las normas que lo expresan. En su derredor hay hombres que lo aplican y que lo interpretan, por ello es que se puede hablar de dos factores fundamentales que co-existen en la normatividad y le dan vida: la práctica jurídica y la ideología jurídica. La primera es la práctica de todos aquéllos que de una u otra forma vinculan su actividad con los preceptos del Derecho (los que administran justicia, es decir, jueces, magistrados, fiscales, procuradores, actuarios, notarios, y los abogados en su papel de concededores del Derecho, que asesoran a los particulares o directamente los representan en juicio). Todo este personal tiene a su cargo el conocer y opinar sobre el Derecho, lo cual, debido a la complejidad de la materia, les da el carácter de iniciados.

Esta situación delimita otra característica propia del Derecho que es la oscuridad de su discurso, o sea la dificultad con que se expresa. En puridad, pareciera como que ello no debiera ocurrir, ya que la norma jurídica, en tanto ordenadora de un "ser" al servicio de un "deber ser" social, pudiera expresarse en lenguaje común. Resalta con ello nuevamente el carácter mistificador del Derecho que, en su función de mediador de la realidad, debe construir un sistema de conceptos y un idioma específico que aseguren una difícil comprensión para el común de los ciudadanos y que inclusive requieran un cuerpo de iniciados para su manejo. Si los conceptos jurídicos se explicaran lisa y llanamente, resultarían absurdos o sumamente reveladores de la dinámica real de la estructura social.

Este mundillo de prácticos del Derecho parece asumir vida propia al crear intereses muy concretos que buscan que esta situación se mantenga. La reproducen buscando hacer cada vez más complejo el estudio y la interpretación del Derecho, para lo cual se gastan ríos de tinta en estériles problemas de índole sofisticada, sugiriendo de esta manera las enormes dificultades del pensamiento jurídico y lo complejo de su temática.

La forma jurídica es básicamente la norma vigente; pero la existencia de la norma presupone su credibilidad y en consecuencia el consenso para su aplicación, lo que se manifiesta mediante la ideología jurídica. La ideología jurídica se expresa como el conjunto de ideas y representaciones de la relación imaginaria entre los individuos y sus condiciones reales de existencia, que se efectúa por medio del Derecho.¹³

¹³ Louis Althusser, "La filosofía como arma de la revolución". Pasado y Presente.

Esta ideología jurídica se pone de manifiesto, en cuanto a su eficacia, en función de la mayor o menor conciencia jurídica que exista en la sociedad, entendiéndose por tal una presencia permanente, en los actos y conductas entre las personas, de los preceptos jurídicos ordenadores. Se trata de una vaga pero constante visión de la ley para analizar los propios actos y juzgar los de los terceros. Desde luego, en esta manifestación ideológica tiene gran relevancia la existencia potencial de la represión, como la automática consecuencia de la violación de la norma.

Asimismo, la internalización de la ideología jurídica fortalece las nociones centrales del Derecho (la propiedad jurídica, el sujeto de derecho, la responsabilidad penal, la igualdad, la libertad individual). Por supuesto que en el plano de la ideología la gente tiene en mente estos conceptos en forma difusa, muy alejados de como se encuentran habitualmente normados.

Su mayor o menor implantación en una sociedad dada, históricamente concreta, depende de ciertos factores, que si bien forman parte de ese gran telón de fondo que es la lucha de clases, no son un resultado directo o inmediato de ella. Se había señalado, siguiendo a Althusser, que en la ideología jurídica hay una representación de la relación imaginaria entre los individuos y sus condiciones de existencia. Expresada en el Derecho, esta relación imaginaria se traduce en la idea de la igualdad de las personas —libremente determinadas y sujetos de derecho— en el marco de toda la normatividad jurídica. El fin último de esta creencia, como el de todas las ideologías, es reproducir las relaciones sociales de producción existentes y preservar la dominación de la clase explotadora. Hablar de relación imaginaria y creencias, no significa olvidar que la ideología jurídica es también práctica social y se expresa en actitudes concretas de la gente que las refleja por medio de su comportamiento.

Puede ocurrir que el papel de la ideología jurídica lo ocupe otra ideología —como la religiosa—, o un sistema de prácticas políticas que esté hondamente impregnado en la representación imaginaria de los individuos y que no necesariamente coincida con la forma jurídica y con todos los atributos que la caracterizan.¹⁴ En definitiva, las diversas modalidades de la ideología —entre ellas la jurídica— estarán determinadas por las características propias del desarrollo histórico de cada formación social.

¹⁴ Esta situación es muy clara en México, en donde el carácter de la ley se lo asocia directamente con la voluntad de la autoridad. No existe una noción generalizada de respeto a la norma jurídica, sino un apego a lo que indica la autoridad; ésta podrá o no ceñirse a la ley, ello no genera grandes contradicciones. Todo esto forma parte del modelo político de dominación y se haya profundamente arraigado en el proceso histórico de la formación social.

5. El desarrollo del Derecho en la evolución del modo de producción capitalista

Habiendo intentado caracterizar el Derecho como categoría específica, es necesario resaltar que de su historicidad surge su naturaleza permanentemente cambiante –dentro de los márgenes establecidos por las relaciones productivas, el desarrollo del modo de producción capitalista y la lucha de clases. Por eso, sería incorrecto quedarse en la caracterización de la categoría jurídica sin observar, aunque sea en forma fragmentaria, cómo evoluciona y cómo se amolda plásticamente a nuevas situaciones.

La tradicional dogmática jurídica ha negado esto de manera sistemática, señalando a lo más, el cambio en el Derecho como expresión del evolucionismo de la humanidad, de la misma forma como ha considerado los cambios en la religión, en el arte, en las ideas, etcétera. Intentar establecer la articulación de los cambios en el Derecho con los movimientos generales de la estructura social, se transforma en un elemento probatorio de primordial importancia en la sustentación de las reflexiones formuladas anteriormente.

El modo de producción capitalista no se implanta de un día para otro, sino que atraviesa por un largo proceso de gestación en el seno de otro modo de producción. En el caso que estudia Marx en **El Capital**, es el feudalismo el que lleva en sus entrañas los elementos para el desarrollo del capitalismo (lo cual no quiere decir que no pueda emerger de otras formas productivas que no sean las feudales). Este proceso se puede precisar dividiéndolo en lo que fue la genealogía de los dos factores principales del modo de producción capitalista: el proceso que culmina con el trabajador libre; dispuesto a vender su fuerza de trabajo en el mercado y el proceso de conformación del capital.¹⁵

La forma jurídica acompaña los dos procesos, aunque con ritmos distintos (la genealogía de ambos factores históricamente a veces no coincide). El capital propiamente, recoge sus antecedentes en el capital mercantil y el capital usurario (no se afirma que surja de ellos ya que su origen inmediato es muy variado). Esto hace que muy pronto el capital adopte, para las transacciones que lo caracterizan, las formas jurídicas de las relaciones mercantiles y por lo tanto se vaya acuñando la conceptualización jurídica del moderno derecho de propiedad, la mercancía como bien jurídico y el contrato como acuerdo de voluntades obligatorio para las partes.

El otro proceso, la genealogía del trabajador libre, se asocia con la lucha contra las relaciones serviles y la esclavitud. Aquí tal vez

¹⁵ Louis Althusser, Etienne Balibar, op. cit.

la especificidad sea mayor en cada formación social —el caso de Inglaterra sería uno de estos específicos—, aunque hay hitos válidos universalmente. En este sentido, la revolución francesa significa la consagración de un nuevo orden social en donde la postura de los individuos varía sustancialmente. Es la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano la que recoge la nueva concepción del individuo en la sociedad. Uno de sus principales objetivos es el reconocimiento de que sólo habrá de limitarse por las necesidades de la nación, formuladas por el Estado. Así pues, el nacimiento del trabajador libre abre los cauces para el pleno desarrollo de las relaciones de producción capitalistas.

Expresión de este proceso es el derecho natural, que proclama la existencia de un conjunto de derechos de los individuos —entendidos como derechos subjetivos— que serían inherentes a la personalidad humana; por lo que corresponde al Estado reconocerlos, no crearlos.

Esta teoría del derecho natural fue la que impregnó toda la legislación de la revolución francesa y en particular la Declaración de los Derechos del Hombre. Históricamente se la puede considerar como una de las expresiones revolucionarias de la burguesía en ascenso, en su lucha contra la aristocracia y el feudalismo. A la desigualdad que implican los privilegios para ciertos grupos sociales, se contrapone la igualdad de todos los hombres sin distinción entre ellos y con los mismos derechos desde su nacimiento.

La doctrina del derecho natural sirvió de fundamento para todos los derechos subjetivos de naturaleza pública que se consagraron en las constituciones de los estados modernos.

Con la consolidación de la burguesía y la consecuente liquidación de los privilegios feudales y la implantación de formas republicanas de gobierno, la doctrina del derecho natural comenzó a transformarse en un estorbo. Una doctrina que justifica la rebelión y que no limita con precisión el ámbito personal de los derechos subjetivos, no puede ser el sostén de una estructura social que busca su afirmación, reproduciéndose en los términos de una lógica que no deba ser alterada. Así es como los publicistas contemporáneos tratan a toda costa de eliminar el carácter jusnaturalista de las constituciones y sobre todo, fundamentar la inexistencia jurídica del derecho de resistencia a la opresión, regarantía última de la libertad individual, según el derecho natural.¹⁶

La moderna dogmática jurídica sólo atina a reconocer la norma positiva. Su problema teórico central es la justificación de la fuerza que le asigna carácter obligatorio al Derecho. Esta es la

¹⁶ E.B. Pashukanis, *op. cit.*

línea de todo el normativismo y, en particular, de la Teoría Pura de Kelsen.

Algunos autores, como E. Bloch, levantaron la bandera del derecho natural como la reafirmación de una doctrina renovadora que hace énfasis en la dignidad del individuo. Sin dejar de rescatar los elementos positivos del derecho natural, se olvida que, en definitiva, éste fue el instrumento de una clase social, en el pasado revolucionaria pero hoy decadente y reaccionaria y que su validez se verifica exclusivamente en ese contexto.

En los procesos que se señalaban más arriba –genealogía del capital y del trabajador libre–, el hecho más interesante es la manera como se realiza, en la forma jurídica, el engarce de estas dos genealogías, o sea, la caracterización del trabajador libre, posible poseedor de mercancía, y la fuerza de trabajo. Esta articulación hubo de hacerse, de forma plenamente acabada, con la revolución francesa, por ser el primer y más claro triunfo político de la burguesía. Con ella la institucionalización del nuevo orden pudo establecerse en profundidad, logrando estructurar un ordenamiento jurídico que abarca el conjunto de la nuevas relaciones sociales.

Desde los orígenes del capitalismo –siglos XVI y XVII–, se comienza a desarrollar una legislación relativa al trabajador asalariado, cuyo objetivo es la prolongación de la jornada de trabajo y el aumento de su intensidad. Precisamente esta legislación se orienta la eliminación de todas las trabas feudales para la implantación del trabajo asalariado. Esta serie creciente de imposiciones al obrero asalariado comienza a detenerse frente a dos tipos de limitaciones: las inherentes a la capacidad humana para trabajar y la resistencia de los obreros organizados. Pero antes de llegar a esta situación –mediados del siglo XIX–, existe toda una frondosa legislación en el otro sentido –regulación de las relaciones de intercambio–, con una técnica mucho más depurada y con fundamentos filosóficos bien definidos.¹⁷

El individualismo que emerge de la revolución francesa es la expresión de la lucha contra los privilegios y las corporaciones feudales, pero asimismo es el nuevo contexto necesario para las modernas relaciones de producción. Por lo tanto, en su seno coexisten simultáneamente potencialidades revolucionarias y conservadoras. En el caso francés –aunque se repite en otras formaciones sociales–, se desarrolla una legislación prohibitiva de las asociaciones de trabajadores por “violatorias de la libertad individual”. Así, el decreto del gobierno revolucionario francés de 1791, denominado Ley Le Chapelier –considerado al principio como una ley revolucionaria–, rige hasta bien entrado el siglo XIX, sirviendo a

¹⁷ K. Marx, “El Capital”, F.C.E. Tomo I.

la clase capitalista para perseguir a todo tipo de coaliciones obreras. Pero la lucha de clases va alterando toda esta situación y la toma de conciencia del trabajador en la defensa de sus derechos, en unión de sus iguales, modifica la concepción de la relación laboral.

En el campo del Derecho, la resistencia del trabajo al capital, expresada en sus reivindicaciones, es reabsorbida por una disciplina jurídica nacida en el fragor de la lucha de clases: el derecho laboral. En esta disciplina se pretende normar todo lo relativo a las relaciones laborales y a las formas de asociación de las partes que establecen el contrato de trabajo.

Desde su nacimiento, el derecho laboral encuentra dos tipos de obstáculos infranqueables. Uno de índole técnica: la inexistencia de categorías jurídicas aplicables a esta nueva disciplina. Esto determinó que los juristas fabricaran una serie de categorías y fórmulas, más o menos sofisticadas, que no pueden ocultar la extrapolación, lo que las hace sumamente controvertidas y en consecuencia sin pleno consenso en la doctrina. El otro obstáculo, mucho más difícil de franquear, es el hecho de que el derecho laboral, en tanto cristalización de los derechos y obligaciones conquistados por la clase obrera, socialmente carece de firmeza y de definitiva aceptación; su mejor o peor formulación dependerá de la correlación de fuerzas que se produzca en el marco de la lucha de clases y en consecuencia variará con la coyuntura. La gama de alternativas será tan variada que irá desde la aceptación irrestricta del derecho de huelga, hasta su persecución por vía penal; desde el reconocimiento de las asociaciones de trabajadores como únicos interlocutores del capital, hasta su absoluto desconocimiento y persecución. Estas marchas y contramarchas continúan hasta nuestros días.

Por ello resultan ingenuamente utópicas las propuestas de los juristas de derecho laboral que proclaman la necesidad de un orden jurídico justo en el plano de las relaciones laborales. La existencia de estos estatutos "justos" en favor del obrero contradice los intereses históricos de la clase capitalista y su aceptación será coyuntural. Esto no quiere decir que, desde una pretendida óptica revolucionaria, deba descalificarse el derecho laboral y en general la expresión jurídica de las reivindicaciones obreras, puesto que objetivamente éstas asumen un papel transformador en la lucha de clases y son un elemento de gran importancia que debe considerarse en la toma de conciencia de la clase obrera (lo cual no debe ser impedimento para un análisis desprejuiciado de sus reales connotaciones históricas).

En la actualidad, la internacionalización del modo de producción capitalista y el pasaje del capitalismo concurrencial del siglo

XIX a las actuales formas del gran capital transnacional –teniendo presentes todas las formas intermedias que se desarrollaron– se ha ido reflejando en el Derecho, por medio de una serie de modificaciones a las originarias formulaciones jurídicas. Es demostrativo de estos cambios lo ocurrido con el derecho internacional y con las soluciones propuestas para el tratamiento del capital transnacional.

a) El Derecho Internacional

Existe una división entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. El primero se encarga de las relaciones jurídicas privadas entre personas y bienes de distintas nacionalidades y el segundo, de las relaciones jurídicas internacionales en que intervienen los estados.

El derecho internacional privado ha podido desarrollarse más o menos con fluidez desde épocas tempranas. En general, se han desarrollado dos formas para el tratamiento de las relaciones privadas internacionales: los acuerdos suscritos entre los estados, que obligan a sus nacionales y la doctrina jurídica en la materia. Cualquiera de las dos vías muestra una transposición de las categorías del derecho privado. El único problema a determinar es a qué jurisdicción se someten las partes. Pero lo importante es destacar que la mayor simpleza con que se puede aplicar el Derecho es consecuencia de la naturaleza de las relaciones a las que se dirige.

Algo muy distinto ocurre con el derecho internacional público; apenas en la década de los treinta aparecen atisbos de su existencia, con la creación de la Sociedad de las Naciones. En general, se puede decir que su presencia siempre ha sido muy precaria y sus manifestaciones se parecen más a la política que a las normas jurídicas. Como en el caso anterior, la razón de esta situación radica en la naturaleza de las relaciones entre los estados, donde el elemento determinante es el político. Aquí resalta con mucha más evidencia el hecho de que la inexistencia de la coercibilidad, como respaldo de la norma, hace irrelevante la mayoría de los preceptos de derecho internacional público.

Se puede afirmar que la situación por la que pasa el derecho internacional –en sus dos vertientes– es el reflejo de lo que ocurre con el derecho privado y el derecho público en el ámbito del Estado. El predominio de la sociedad civil, en relación con la sociedad política, también incide en el campo de las relaciones internacionales. También aparece la forma jurídica muy vinculada a la diferente dimensión histórica del Estado, condicionada por las propias contradicciones de la sociedad en su conjunto.

b) La empresa transnacional

En los últimos años se ha empezado a presenciar la consolidación de la forma jurídica de la expresión más acabada del capital monopólico. Habiendo traspasado las fronteras nacionales, actuando con gran movilidad, pero en particular destacándose por sus extraordinarias dimensiones las empresas transnacionales muchas veces reducen al mínimo al Estado como institución ordenadora de la sociedad.

Esta nueva manifestación del capital ha generado una clara disfuncionalidad con los ordenamientos jurídicos vigentes. Las tradicionales formas societarias del derecho privado, con sus exigencias de personería jurídica, fijación de domicilio, reglamentación del funcionamiento interno, formas preestablecidas para su disolución, el concurso, la quiebra, etcétera, o las intervenciones del derecho público por medio del derecho tributario y de las modernas exigencias del Estado a la empresa privada, se transforman en obstáculos para el capital transnacional que requiere de gran movilidad, impersonalidad y mucha agilidad para la remesa de utilidades. En este contexto, la controversia para su tratamiento jurídico oscila entre una perspectiva de derecho público que intenta afirmar el predominio de los intereses de la comunidad (del capital nacional) y otra perspectiva de derecho privado que simplemente se preocupa por eliminar los obstáculos que se le interpongan al capital transnacional, fundamentando su defensa en los viejos cánones del liberalismo.

De esta controversia se irán generando nuevas formas jurídicas, funcionales a esta expresión del capital. En el campo del Derecho, esta tendencia extrema de la centralización del capital empieza a subvertir los fundamentos básicos de la forma jurídica (en lo relativo a la expresión jurídica de las tradicionales relaciones mercantiles en un mundo de propietarios de mercancías), ya que el moderno monopolio modifica sustancialmente esta situación.

Asimismo, esta pronunciada privatización de los medios de producción —cada vez en menos manos— profundiza el proceso de socialización del trabajo y en consecuencia desarrolla las potencialidades para su resistencia colectiva. Esta tendencia, que conforma el escenario contemporáneo de la lucha de clases, especifica las reivindicaciones de los sectores sociales mayoritarios expropiados —ya no sólo los bajadores, sino también los pequeños comerciantes, profesionales, pequeños productores, funcionarios públicos, etcétera. Estas reivindicaciones se orientan a la búsqueda de formas jurídicas de tipo corporativo que, al unir los diversos actores a partir de sus intereses económicos o profesionales, permiten resistir en mejores condiciones al capital.

Es así como surgen, además de los tradicionales sindicatos, asociaciones de profesionales, de pequeños productores o comerciantes, de vecinos, de usuarios de algún servicio (transporte, vivienda, salud pública). De este tipo de manifestaciones se ha alimentado el denominado derecho social.

Las nuevas tendencias de la sociedad –por el carácter que asumen las relaciones productivas– han comenzado alterar la forma jurídica, al extremo de negar los fundamentos específicos sobre los que se edificó en sus orígenes, con lo cual se podría verificar una menor eficacia mistificadora de los fenómenos económicos que pretende encubrir.

6. Acerca del sentido de un análisis marxista del derecho

Esta serie de reflexiones acerca del Derecho ha dejado **ex-profeso** sin considerar las expresiones jurídicas que funcionan en los países socialistas. Su análisis requiere un cabal conocimiento de las sociedades en cuestión, el cual no puede ser realizado con la misma óptica que el derecho burgués, debido a la fundamental diferencia de sus estructuras sociales.

La modificación de las actuales relaciones productivas a partir de la socialización de los medios de producción, implica la extinción de las formas jurídicas burguesas y del Estado (por estar en proceso de desaparición los fundamentos de la sociedad burguesa, con sus atributos disociantes, propios de la necesidad del individualismo acérrimo), por la eliminación de la dicotomía sociedad política-sociedad civil. Así lo entendieron los juristas soviéticos en la década del veinte, consecuentes con el pensamiento leninista.

Su tesis central radicaba en que la transición al socialismo requería la utilización de las formas jurídicas burguesas, adecuando su contenido, pero sin dejar de ser conscientes de su progresiva extinción. Lamentablemente, el giro que le imprimió a la revolución de octubre al estalinismo, que en el campo del Derecho tuvo como representante a Vishinsky, frustró esta perspectiva. Se adoptó entonces una orientación conservadora de los viejos cánones jurídicos y por ende, con muchos puntos de contacto con la tradicional dogmática jurídica.

En el análisis sobre el Derecho en las sociedades occidentales, interesa subrayar el sentido último de su estudio, en una línea como la que se ha pretendido seguir, con el objeto de la comprensión científica del fenómeno. Esto trae aparejado el desmoronamiento de una serie de mitos ideológicos –el fetichismo jurídico– y en consecuencia la desaparición de ese carácter

incontrovertible, infalible y hasta sacramental –“la certeza milenaria del Derecho”–, que caracteriza a la forma jurídica en términos de la dogmática jurídica. De esta manera se humaniza al Derecho, haciéndolo más entendible por su funcionalidad con el resto de la sociedad, sometiéndolo, como a las demás ciencias sociales, al principio de la casualidad.

Comprender el Derecho significa despejar todos los equívocos y engaños que conlleva la superestructura de las relaciones de producción capitalistas, apartando la maraña de matorrales que se entrelazan por “encima” de la base económica de la sociedad. Desde luego, un estudio de estas características sólo se explica y justifica en función de y por una práctica transformadora de la realidad existente.

Todo ello vale en tanto no se caiga en análisis mecanicistas –tan propios del marxismo tradicional–, en donde la caracterización de clase del Derecho resulta suficiente para considerarlo como un arma del enemigo y en consecuencia conformarse con denunciarlo. Se ha tratado de ver la especificidad de la forma jurídica en su articulación con las relaciones de producción que le dan razón de ser. Esa especificidad o instancia regional, en términos del modo de producción capitalista, tiene una historia y una lógica propia que merece y debe ser entendida para su comprensión.

Por último, parece interesante rescatar una serie de postulados, que a veces están implícitos en la norma jurídica o que se manifiestan en forma expresa y que se vinculan con la noción de justicia más que con la de derecho positivo. Se trata de las conceptualizaciones en torno a la igualdad de los individuos cuya validez, a partir de un entendimiento real del principio, trasciende a la sociedad burguesa. Para un correcto y eficaz uso de estos postulados, deberá comprenderse de manera muy precisa la forma jurídica, para que pueda ponerse al servicio de otras causas más nobles que las que la sostienen.

Señalar los aspectos centrales del Derecho y el real contexto en que se manifiesta, deja problemas abiertos. En la medida que se les responda, se estará más cerca de una teoría científica del Derecho.

Para Edelman, la teoría marxista del Derecho es el conocimiento concreto de su funcionamiento. Desde este punto de vista, el desentrañamiento del “misterio” jurídico, o mejor dicho, su estudio científico en el contexto de la estructura social, abre el camino para el análisis, desde dos niveles, diferentes aunque permanentemente conectados entre sí. Uno es el de la teoría general del Derecho, en el que el interés se cifra fundamentalmente en la comprensión de la forma jurídica, como tal, en el modo de producción capitalista; en este nivel corresponde comprender la categoría jurídica en sus aspectos esenciales, más que en sus

manifestaciones concretas. Este es el único modo de encarar el Derecho que se encuentra en las pocas y fragmentadas menciones sobre el tema de los textos clásicos del marxismo.

El otro nivel es el de la expresión histórico-concreta de la formulación jurídica; es decir, el Derecho en un tiempo y espacio dado. Desde esta perspectiva, tal vez resulta más útil y productivo el estudio de "partes" del Derecho, o de la expresión jurídica de algunos fenómenos sociales que previamente se identifican. Por ejemplo, el derecho de familia a la luz de la evolución y el estado de la familia, como unidad social, en una formación social concreta; las garantías procesales como expresión de las libertades democráticas conquistadas en las circunstancias concretas de la lucha de clases; el derecho laboral que traduce las conquistas del movimiento sindical y su correspondencia con la situación económica general; y así sucesivamente se puede localizar el estudio del Derecho en múltiples fenómenos sociales individualizables.

Esta segunda perspectiva del estudio tiene como ventaja la mejor posibilidad de un real avance teórico, ya que si bien no se orienta a explicar el ordenamiento jurídico en su conjunto, ilumina aspectos parciales y avanza en la explicación de los correlativos problemas sociales. Además, el retraso en el ámbito de la teoría general del Derecho hace aún más complicado el estudio, en situaciones histórico-concretas, del fenómeno jurídico en su conjunto.

Por consiguiente, sin abandonar el interés y la atención del problema jurídico en términos de la teoría general, avanzar en el estudio concreto de ciertas instituciones jurídicas también contribuye a la formulación de la teoría general.

¹⁸ Edelman ...