

CAPÍTULO III

<i>El discurso jurídico como discurso del poder.</i>	65
1. Estado de la cuestión.	65
2. La instancia jurídica.	67
2.1. Los aparatos jurídico-judiciales.	68
2.2. El derecho como discurso.	70
2.3. Estructura “hilemórfica” del discurso jurídico.	75
3. La determinación social del discurso jurídico	78
4. La eficacia social del discurso jurídico.	83
5. Derecho e ideología	86
6. La historicidad del derecho.	90

CAPÍTULO III

EL DISCURSO JURÍDICO COMO DISCURSO DEL PODER

1. *Estado de la cuestión*

Las reflexiones precedentes nos permitirán situar en una perspectiva más correcta la dimensión jurídico-institucional del poder y del Estado.

El presente capítulo se propone formular, en forma obligadamente esquemática, cierto número de hipótesis orientadas a la construcción de una teoría general no jurídicista del derecho, como en otro campo se postula, por ejemplo, una “teoría no subjetivista de la subjetividad”.¹

Pero una teoría no jurídicista del derecho sólo puede ser, en la perspectiva que aquí adoptamos, una *teoría sociológica* del derecho, es decir, una teoría que tienda a explicar las prácticas y las normas jurídicas por referencia al conjunto de las demás prácticas sociales (económicas, políticas e ideológicas) que las recubre y engloba.²

Los juristas no suelen negar, por lo general, la pertinencia y la utilidad “cultural” de este enfoque, pero lo consideran como un punto de vista “externo” que en el mejor de los casos se detiene en los suburbios del fenómeno jurídico, sin poder avanzar hasta su mismo centro. Los misterios de la norma sólo se revelan desde “adentro”, desde el “punto de vista interno” al derecho mismo.³ En otros términos, el sistema jurídico sería autónomo y autosuficiente; encontraría explicación en sí mismo y sólo sería susceptible de una análisis inmanente que no tendría por qué remitirse a elementos extra-jurídicos.⁴

¹ Alusión a la teoría del *habitus* de Bourdieu, P. en *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Paris, Droz, 1972, pp. 162 y ss.

² Puede encontrarse una excelente introducción a la sociología del derecho en Resta, Eligio, *Diritto e trasformazione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1978. Puede consultarse también la última edición del manual de Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978.

³ Para Hart, H. L. A., el “punto de vista interno” con respecto a una norma es el punto de vista de quien la usa, la produce o la aplica; mientras que el “punto de vista externo” es el de aquellos que consideran las normas y los comportamientos relativos a las mismas simplemente como *hechos*, sin sentirse vinculados por las primeras ni comprometidos por las segundas. Se presume que el primer punto de vista es propio del jurista, mientras que el segundo sería propio del sociólogo. Véase la obra principal de Hart, *Le concep de droit*, Bruselas, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 78 y ss. (Traducción del original inglés que lleva por título: *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

⁴ Siches, Recaséns, llegó a formular muy claramente, siguiendo a Kelsen, esta especie de “principio de inmanencia” que es muy semejante al de los estructuralistas rígidos de

Esta pretensión de autonomía e inmanencia absolutas, consagrada de hecho por la división universitaria de las disciplinas sociales, ha sido defendida con gran fuerza por los formalistas normativistas y, particularmente, por Kelsen.⁵ Según esta corriente, la “teoría pura del derecho” sólo debe ocuparse de los componentes formales de toda experiencia jurídica posible (como norma, ordenamiento, derecho, obligación, licitud, sanción, etcétera), sin incursionar en ámbitos habitualmente reservados a la sociología o a la historia.

No se destruye esta posición alegando simplemente que vuelve a *priori* la espalda “a las realidades de hecho, es decir, a la vida social”;⁶ o que separa las reglas jurídicas “de la existencia social, de las condiciones económicas y políticas, de las luchas de clases...”.⁷ Kelsen respondería, por ejemplo, que nadie niega la existencia de estrechos vínculos entre derecho y realidad social, pero que estos vínculos no pueden encararse desde el punto de vista de una teoría normativa del derecho, sino sólo a partir de una sociología “que examine las causas y efectos de la conducta real de los hombres que crean el derecho y de los hombres que obedecen o no obedecen al derecho”.⁸ Dicho de otro modo: Kelsen no afirma la absoluta irrelevancia de la realidad social para todos los efectos del derecho; sólo sostiene que dicha realidad no representa un *momento constitutivo de lo jurídico* en cuanto tal, y que por ello debe excluirse la de la investigación jurídica pura.

Una refutación consecuente del “principio de inmanencia” en el análisis jurídico tiene que demostrar, por lo tanto, la *determinación constitutiva* de los fenómenos jurídicos —aún en su dimensión puramente formal— por el conjunto de los fenómenos sociales. Es cierto que el fracaso relativo de Kelsen en la construcción de un sistema normativo totalmente autosuficiente⁹ y el fundamento en última instancia tautológico de todo positivismo jurídico¹⁰

los años 60. Véase, por ejemplo, el texto ya citado de su obra *Vida humana, sociedad y derecho*, México, Porrúa, 1952, p. 361.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, principalmente pp. 100 y ss., y pp. 117-122.

⁶ Pashukanis, E. B., *La teoría general del derecho y el marxismo*, México, Grijalbo, 1976, p. 29.

⁷ Alexandrov, N. G. y otros, *Teoría del Estado y del Derecho*, México, Grijalbo, 1966, p. 380.

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Buenos Aires, Emecé, 1957, p. 202.

⁹ Véase, por ejemplo, la penetrante crítica de Amselek, Paul, en su reciente artículo: “Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, núm. 1, 1978, pp. 5-19. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la réplica de Tropper, Michel, en su artículo: “La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek”, en la misma revista, núm. 6, 1978, pp. 1523-1536.

¹⁰ “Hegel formuló en su tiempo una crítica definitiva del positivismo jurídico. La ciencia positiva del derecho que no interroga sino a su propia positividad (...), sólo puede constatar su positividad, y su constatación no es sino la constatación de su constatación.” Edelman, Bernard, *Le droit saisi par la photographie*, Paris, Maspero, 1973, p. 122, en nota. Véase también, a propósito de este mismo problema, Cerroni, Umberto, *La libertà dei moderni*, De Donato, Bari, 1968, pp. 36 y ss.

ya constituyen de por sí fuertes argumentos contra la viabilidad del "principio de inmanencia" en una teoría general del derecho. Pero a estos y otros posibles argumentos debe sumarse una demostración más directa y substancial.

Éste es precisamente nuestro propósito: ilustrar la heteronomía (al menos relativa) de los fenómenos jurídicos en cuanto que, aún como fenómenos normativos, se hallan constitutivamente determinados y funcionalmente condicionados por el conjunto de las relaciones sociales dentro de una determinada formación social. Lo que equivale a reasumir y reactivar en cierto modo las hipótesis básicas de la sociología clásica del derecho, tal como han sido planteadas por Durkheim, Max Weber y, sobre todo, Marx.¹¹

2. La instancia jurídica

No es posible abordar sociológicamente el estudio del derecho sin delimitar y ordenar previamente el ámbito de los fenómenos que constituyen la instancia jurídica de una formación social. Para ello será preciso reutilizar algunos de los materiales contenidos en las "teorías generales del derecho", de Thon a Kelsen y Hart, previa expurgación de su formalismo idealista y de sus pretensiones de autosuficiencia teórica. Dichas teorías, en efecto, adquieren valor innegable cuando se las considera, no tanto como teorías en sentido propio, sino como *modelos de descripción de la estructura formal de los sistemas jurídicos*.¹²

Por lo demás, "resultaría al menos extraño un análisis sociológico del derecho que se desarrollara en la más ciega ignorancia de las características (formales y teóricas) de los sistemas jurídicos sobre los que trabajan la mayor parte de los juristas".¹³

Partiremos nuevamente de un supuesto básico: la *radical historicidad del derecho* en cuanto a su forma y contenido. Este supuesto nos permite centrarnos inicialmente en el análisis de las formas más desarrolladas y diferenciadas del fenómeno jurídico, como son las que corresponden a la sociedad capitalista moderna. Posteriormente trataremos de caracterizar someramente, siguiendo el método de la "regresión teórica" marxiana, sus formas precapitalistas.¹⁴ De donde se infiere que no puede existir una "teoría general

¹¹ Durkheim, E., *De la division du travail social*, 1893; traducción española: *De la división del trabajo social*, Buenos Aires, Edit. Schapire, 1968. Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, principalmente vol. I, segunda parte, cap. I. Marx, Carlos, principalmente en las siguientes obras:

- *Crítica de la filosofía hegeliana del derecho público*.
- *La ideología alemana*.
- Prefacio a la *Contribución a la crítica de la economía política*.
- *Crítica al programa de Gotha*.

¹² El propio Kelsen presenta su teoría como un intento de descripción científica de la "estructura" (Struktur) del derecho positivo. "La ciencia del derecho sólo puede describir el derecho", —dice en su *Teoría pura del derecho*, ed. cit., p. 86.

En cuanto a Hart, afirma que su libro *Concept of Law* "puede ser considerado también como un libro de sociología descriptiva". *Le concept de droit*, ed. cit., p. 10.

¹³ Leonardi, Franco, "Contenitori e contenuti", in Resta, Eligio, *op. cit.*, p. 274.

¹⁴ Sobre la aplicación de este método "regresivo" al estudio del derecho, cf. *Pashukanis*, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

del derecho” propiamente dicha que sea igualmente aplicable a cualesquiera de sus formas históricas.¹⁵

2.1. Los aparatos jurídico-judiciales

El fenómeno jurídico se nos presenta de entrada bajo dos aspectos indisolubles: como discurso y como sistema de aparatos especializados que le sirven de soporte.

Este último aspecto suele pasarse fácilmente por alto, a pesar de su enorme importancia para entender el funcionamiento de la instancia jurídica.

Los aparatos son sistemas institucionales especializados que resultan de la división social del trabajo.¹⁶ (Entendemos aquí por institución, en sentido sociológico y no jurídico, toda forma de organización que sirve de marco a una o más funciones bien definidas que se realizan por mediación de agentes especializados.) Pueden distinguirse dos grandes tipos de aparatos: los políticos, que pueden ser estatales (v.g. el ejército) o no estatales (v.g. un partido revolucionario); y los ideológicos, que pueden ser igualmente estatales (v.g. la escuela) o no estatales (v.g. la prensa de oposición). Los primeros sirven de soporte al poder político, mientras que los segundos se relacionan con la formación y circulación de diversas representaciones del mundo.¹⁷ Esta distinción debe considerarse como fundamentalmente analítica, ya que los diferentes tipos de aparatos pueden recubrirse. Existen, por ejemplo, aparatos políticos que al mismo tiempo son ideológicos y estatales (v.g. un Parlamento).

Los aparatos jurídicos son el sistema institucional especializado en la producción o aplicación del derecho. Dentro del sistema jurídico institucional pueden distinguirse aparatos preponderantemente legislativos, administrativos o jurisdiccionales. Para abarcar esta complejidad, algunos autores proponen denominar aparatos jurídico-judiciales al complejo institucional directamente relacionado con el derecho.¹⁸ Con ello se pretende subrayar, en primer lugar, que las instituciones jurídicas no se reducen al sistema tribunalicio, como parece sugerir el trato privilegiado que le dispensan los manuales corrientes; y, además, que estas instituciones se articulan entre sí formando un complejo sistema.¹⁹

Max Weber ya había observado que la principal característica de la “dominación legal”, propia del Estado capitalista moderno, es la racional-

¹⁵ “El materialismo histórico no tienen nada en común con las tentativas de encontrar leyes eternas e inmutables de desarrollo de la sociedad humana, adaptadas a todos los tiempos y a todos los pueblos”. Pashukanis y otros, *Teoría del Estado y del derecho*, citado por Cerroni, Umberto en su prólogo a la traducción italiana de la obra principal de Pashukanis: *Teoría generale del diritto e il marxismo*, Bari, De Donato, 1975, p. 41.

¹⁶ Fossaert, Robert, *La société*, t. 3: *Les appareils*, Paris, Seuil, 1978, pp. 13-49. Véase una presentación un poco más detallada de la teoría de los Aparatos en el capítulo precedente p. 45.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 22 y ss.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 89 y ss.

¹⁹ Miaille, Michel, *Une introduction critique du droit*. Paris, Maspero, 1978, pp. 259 y ss.

lización burocrática del derecho, que comporta la especialización de instituciones como la administración y los tribunales.²⁰

Robert Fossaert desarrolla este mismo punto de vista cuando afirma que los aparatos jurídico-judiciales correspondientes a la generalización del mercado capitalista se caracterizan por los siguientes rasgos:

a) Un sistema judicial diferenciado y complejo (distinción entre tribunales civiles y comerciales, de los que a veces se separan netamente las jurisdicciones penales y administrativas), sometido al control exclusivo del Estado;

b) La extensión de las profesiones jurídicas mercantilizadas y de los servicios jurídicos implantados en las grandes firmas comerciales, industriales y bancarias;

c) La maduración de los códigos y el triunfo de la lógica uniformizadora de la ley bajo el monopolio del Estado.²¹

Los aparatos jurídico-judiciales de la sociedad capitalista deben analizarse, por lo tanto, como aparatos de Estado (AE) simultáneamente ideológicos y políticos.

Un análisis sistemático de este aspecto institucional del derecho debería incluir, además, su relación orgánica con el sistema global de aparatos que constituye la armadura institucional de una determinada formación social en una determinada época.²²

En contraste con el extraordinario desarrollo (por diferenciación y ramificación) de los aparatos jurídico-judiciales en la época capitalista, los de las sociedades precapitalistas con escaso desarrollo mercantil se caracterizan por sus formas embrionarias y poco diferenciadas. En estas sociedades, los jueces y los tribunales no se encuentran suficientemente disociados del núcleo gubernamental de los AE, aunque por otra parte ya aparecen, a iniciativa de los mercaderes, árbitros y tribunales corporativos no controlados o poco controlados por el Estado.

La siguiente fase, que antecede inmediatamente a la actual,

se reconoce por la instalación de tribunales permanentes diseminados por todo el territorio y netamente diferenciados de las otras ramas de los AE. Esta difusión suficientemente general de los tribunales los convierte en elemento útil para el control de la base territorial por parte del Estado: la justicia y el derecho se convierten en factores muy activos de integración política de la sociedad. De donde la perseverante acción del Estado para establecer el monopolio de su justicia. Una primera manifestación de esta tendencia particularmente sensible en los Estados que se construyen contra la fragmentación feudal, es el esfuerzo por someter a la instancia de los tribunales del Estado las jurisdicciones especializadas que hasta entonces se hallaban al margen de su tutela, y los poderes judiciales ejercidos sin tribunales especiales por las autoridades locales. .²³

²⁰ Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, Milán, Edizioni di Comunità, 1978, pp. 208 y ss.

²¹ Fossaert, Robert, *Les appareils*, op. cit., p. 99.

²² *Ibid.*, pp. 245 y ss.

²³ *Ibid.*, pp. 95.

Pero las jurisdicciones extra-estatales resisten con tesón a su captura por el Estado en forma de particularismos locales, de libertades tradicionales, de franquicias comunales o corporativas, etcétera, dando origen a la característica fundamental del derecho en la época del absolutismo: el privilegio. “La forma más general de la ley era entonces el privilegio, la *lex privata*, ley privada que rige una ciudad, una corporación o aun a una persona”.²⁴ De todo esto resulta la inextricable complejidad de un sistema judicial, en el que se entremezclan confusamente niveles de jurisdicción mal distinguidos y peor jerarquizados.

La multiplicación de las jurisdicciones tiene, finalmente, un efecto peculiar: la proliferación de las profesiones jurídicas, cuya clientela no estaba constituida solamente por mercaderes: “Los notarios, abogados y otros actuarios encuentran un campo considerable de actividad en los asuntos civiles y penales, así como en los actos que regulan las disposiciones matrimoniales o testamentarias de las familias ricas o acomodadas”.²⁵

2.2 El derecho como discurso

Aunque siempre indisoluble de su soporte institucional, el derecho se nos presenta también como *discurso*, como una imponente y compacta construcción lingüística, como un lenguaje peculiar dotado de extrañas propiedades operativas.

El derecho se nos manifiesta sólo bajo las especies del discurso (trátese del discurso de las leyes, de los jueces, de los juristas o de la doctrina); y por cierto de un discurso sujeto a las leyes de un lenguaje. Todo lo que los juristas y el legislador profieren se halla condicionado por este lenguaje.²⁶

El discurso jurídico, sin embargo, no es homogéneo y nos impone de entrada una distinción fundamental: una cosa es el *discurso sobre el derecho* (o sobre la norma), y otra cosa el *discurso del derecho* (o de la norma).²⁷

El primero constituye un metalenguaje con respecto al segundo, reviste por lo general un carácter meramente descriptivo o constatativo, y se limita a representar discursivamente la realidad jurídica. Tales son, por ejemplo, las teorías y las doctrinas jurídicas, las opiniones conformistas o críticas con respecto al derecho, etcétera. Se los puede englobar, en perspectiva marxista, bajo la denominación general de *ideologías teóricas* sobre el derecho.²⁸

²⁴ Goubert, Pierre, *L'Ancien Régime*, Paris, Colin, Armand, vol. II, 1973, p. 15.

²⁵ Fossaert, Robert, *Les appareils*, op. cit., tomo 3, p. 97.

²⁶ Villey, Michel, prefacio al tomo XIX de *Archives de Philosophie du Droit*, dedicado al análisis del lenguaje del derecho, Paris, Editions Sirey, 1974, p. 1.

²⁷ Ziembinski, Zigmunt, “Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement”, en *Archives de Philosophie du Droit*, volumen citado, p. 25. Compárese con la distinción kelseniana entre *enunciados jurídicos* y *normas jurídicas*. cf. *Teoría pura del derecho*, ed. cit., p. 87.

²⁸ Sobre la distinción entre ideologías teóricas y prácticas, véase Althusser, *Philosophie et philosophie spontanée des savants*, Paris, Maspero, 1974, passim.

El segundo tiene un carácter esencialmente normativo y manifiesta propiedades performativas, es decir, comporta en su misma enunciación una virtud operativa intrínseca que instaure e imponga modelos de comportamiento, produce realidades nuevas o modifica las situaciones existentes.²⁹ El discurso del derecho no es meramente constatativo, descriptivo o valorativo, sino un discurso operativo, un discurso-acción. En el plano del derecho *decir* es siempre *hacer*, y sólo lo explícitamente dicho adquiere estatuto de existente. Por ejemplo,

la enunciación inicial: “El Presidente de la República promulga la ley cuyo tenor es el siguiente”, no es solamente la expresión de una voluntad colectiva mediatizada; en tanto que enunciación instaure, a la manera de un *fiat* divino, el conjunto de enunciados jurídicos que existirán sólo en virtud de este acto performativo original.³⁰

El discurso del derecho reviste, según Kalinowski,³¹ tres modalidades principales según se trate del *discurso del legislador*, del *discurso del juez* o del *discurso de la ley*.

Las dos primeras modalidades no presentan mayores dificultades para su aprehensión teórica. El discurso del legislador, tal como se manifiesta en las fórmulas rituales del *Diario Oficial* (“El Presidente de la República promulga:..., decreta:..., decide:..., etcétera”) constituye un metalenguaje performativo que tiene por objeto la ley y cuyo sentido es la promulgación de la misma. “Es la consecuencia de la práctica según la cual se requiere el empleo de expresiones ‘rituales’ para la realización de los actos legislativos de edición y de promulgación de las leyes (en sentido amplio)”³² Como se echa de ver fácilmente, esta modalidad de discurso es normativa sólo en sentido derivado. El discurso del juez que dicta sentencia es también

²⁹ La teoría de los performativos ha sido elaborada y expuesta por Austin, J. L., en su obra: *How to do Things with Words*, Oxford University Press, 1962. Traducción francesa: *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.

Austin propone considerar, por ejemplo, las siguientes frases:

- “Yo bautizo a esta nave Queen Elisabeth”;
- “Dejo mi reloj en herencia a mi hermano”;
- “Apuesto seis peniques que lloverá mañana”.

La enunciación de estas frases en las circunstancias adecuadas, dice Austin, no constituye una mera descripción de lo que estoy haciendo; más bien representa uno de los casos en que “decir algo” equivale a “hacer algo”. En otros términos, se puede *hacer algo diciendo*, porque en ciertos casos producir un enunciado equivale a “performar” una acción. Debe distinguirse, por lo tanto, entre enunciados performativos y enunciados constatativos o descriptivos. Es imposible desarrollar aquí toda la problemática relacionada con esta teoría. Para mayor información, véase, entre otros, Searle, John R., *Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972 (traducción del original inglés: *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969); y Benveniste, Emile, *Problemas de lingüística general*, México, Siglo XXI, 1973.

³⁰ Greimas, A. J., *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Editions du Seuil, 1976, p. 88.

³¹ Kalinowski, G., “Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi”. *Archives de Philosophie du Droit*, vol. cit., pp. 63-74.

³² *Ibidem*, p. 64.

performativo (“El Tribunal *condena, declara* prescrita la acción, *rechaza* la demanda, etcétera”) y, a diferencia de la modalidad precedente, directamente normativo, aunque puede asumir también la forma de un metalenguaje, como el del legislador (El Tribunal *dice*: que cada una de las partes se hará cargo de los gastos... , etcétera).

La dificultad surge cuando se trata de caracterizar teórica y lingüísticamente el *discurso de la ley*, prescindiendo del metalenguaje ritual que lo introduce, lo enmarca y lo promulga. Este discurso, en efecto, no se compone solamente de normas, como generalmente se cree, sino también de proposiciones en indicativo que carecen de modalizaciones deónticas o normativas. Tales son, por ejemplo, las “disposiciones legales” de carácter meramente referencial, que definen o describen ciertas situaciones objetivas en vista de determinados efectos jurídicos (v.g.: “Pater is est quem nuptiae demonstrant”).³³ Nos falta espacio para reseñar aquí el interesante debate a que ha dado lugar esta aparente anomalía.³⁴ Pero creemos que puede lograrse un principio de acuerdo en torno a las proposiciones que formularemos a continuación.

1) El discurso del derecho, entendido estrictamente como *discurso de la ley*, tiene un *carácter esencialmente preceptivo* en el sentido de que se halla *globalmente* orientado a la prescripción de conductas y constituye un instrumento de dirección (autoritaria) de las mismas.

Esto significa que la norma o regla de conducta es el corazón del derecho moderno, y que desde este punto de vista la contribución de los normativistas sigue siendo decisiva. El precio que se paga por la negación o la devaluación teórica de la forma normativa es la pérdida de la especificidad del derecho, como ha ocurrido en las teorías reduccionistas de algunos marxistas que tienden a confundir el derecho con las relaciones sociales de producción.³⁵

2) La preceptividad del discurso de la ley se halla reforzada por sus *propiedades performativas*.

Este punto ya ha sido señalado más arriba. En el ámbito del derecho *decir es hacer*.

El lenguaje del derecho es un lenguaje de acción, y la palabra jurídica no es disociable de los “actos” jurídicos. No es una casualidad el que, al deplorar el hecho de que la reflexión occidental sobre el lenguaje se haya negado obstinadamente a reconocerlo como acción, T. Todorov no haya

³³ Grzegorzczuk, Christophe, “Les rapports entre la norme et la disposition légale”, en *Archives...*, vol. citado, pp. 243-256.

³⁴ Véase la interesante discusión entre Kalinowski, Villey y Gardies en el citado volumen de *Archives de Philosophie*. Consúltese también el importante volumen de Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, especialmente en su parte II: Introduzione al linguaggio preceptivo, pp. 135 y ss.

³⁵ Tal fue el caso de Stuchka, P. I., criticado por Pashukanis en su citada obra (pp. 55 y ss), y es todavía el caso de numerosos marxistas economicistas que consideran el derecho como un mero reflejo de las relaciones económicas.

encontrado una excepción más que “en la tradición de la elocuencia jurídica”.³⁶

3) El discurso de la ley constituye un *sistema normativo*, pero no un sistema de normas.

Esta fórmula, propuesta por Jean-Louis Gardies,³⁷ permite dar cuenta de la presencia de numerosos elementos no normativos, como las “disposiciones legales”, dentro de un sistema jurídico determinado. En efecto, un sistema normativo, según Gardies, no se identifica pura y simplemente con un sistema de normas, sino que se define como un conjunto articulado de proposiciones entre las que al menos una posee valor normativo (pero de modo tal —añadimos nosotros—, que especifique a todo el conjunto).

El énfasis debe recaer aquí sobre el carácter sistemático o estructural del discurso de la ley. A este respecto, los aportes respectivos de Kelsen y Hart siguen siendo determinantes.

Por lo que toca a Kelsen, su teoría de la jerarquía dinámica de las leyes deberá reinterpretarse, conforme a lo dicho, como una jerarquía normativa, pero no como una jerarquía de normas. Aunque muchas veces revisada y criticada en los últimos tiempos,³⁸ esta teoría sigue siendo importante como punto de referencia para *describir* la estructura no solamente articulada, sino también jerarquizada de un orden jurídico determinado. De todos modos, hoy por hoy no es posible describir la estructura del orden jurídico positivo sino en un sentido postkelseniano.³⁹

En cuanto a Hart, sigue siendo de gran utilidad su distinción entre normas primarias (o de primer grado) y secundarias (o de segundo grado).⁴⁰ Esta distinción permite caracterizar el grado de complejidad de los sistemas normativos. Pueden denominarse “sistemas simples” aquéllos que constan sólo de normas de primer grado, es decir, de prescripciones directamente ordenadas a la dirección de las conductas individuales. Tales son, por ejemplo, los sistemas morales y, de un modo general, el sistema de reglas de

³⁶ Souriaux, J. L. y Lerat, P., *Le langage du droit*, Paris, PUF, 1975, p. 50-51.

³⁷ Gardies, J. L., “Système normatif et système de normes”, en *Archives...*, vol. citado, pp. 75-87.

³⁸ Cf. Amsceck, Paul, “Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique”, *op. cit.*, En América Latina las críticas a Kelsen han sido más bien tibias y benignas (excluyendo, claro está, a los jusnaturalistas), y la mayor parte de ellas provienen de autores que, como Recaséns Siches y García Máynez, deben considerarse en realidad como kelsenianos (en el plano del derecho político, no en el filosófico).

³⁹ “En la historia de la teoría del derecho, la obra de Kelsen constituye una etapa fundamental. Restó parte de su importancia a otras obras que le precedieron, como las de Jhering, Thon y Jellinek, salvo que se las considere como afluentes confluyentes en el gran río. Las teorías que habían tomado otros rumbos, como la célebre de Duguit, terminaron por ser abandonadas. Las dos principales obras de teoría del derecho aparecidas en los últimos veinte años, *Law and Justice* de Alf Ross (1958) y *The Concept of Law* de Hart, Herbert L., (1961), aun habiendo sido escritas por autores educados en una tradición jurídica poco favorable al tan criticado y mal entendido formalismo kelseniano, reconocen la deuda contraída con la teoría pura del derecho. Pese a sus discrepancias con la obra del maestro, ambas obras son netamente postkelsenianas en el preciso sentido de que no pueden ser entendidas sin Kelsen”. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁰ Hart, H. L., *op. cit.*, cap. V, pp. 108 y ss.

las sociedades arcaicas. Los “sistemas normativos complejos” constan también de normas de segundo grado (o normas relativas a otras normas), cuya función es el control de las normas primarias en vista de la eficacia y conservación del sistema (normas que tienen por objeto la sanción), o en vista de su transformación (normas que regulan la producción de otras normas).⁴¹

Pocos se percatan de la importancia de definir el fenómeno jurídico en términos de sistema, y no en función de normas consideradas aisladamente y en sí mismas. Este enfoque permite, entre otras cosas, invertir el modo tradicional de plantear la definición del derecho: un ordenamiento jurídico no es aquél que se compone de normas coactivas, sino que son normas jurídicas aquéllas que pertenecen a un ordenamiento globalmente coactivo.⁴² Esta problemática nos lleva de la mano al punto siguiente.

4) El discurso de la ley constituye un *orden globalmente coactivo*.

Esta proposición se refiere a la especificidad del sistema jurídico. Y como lo demuestra toda la tradición jurídica, no es posible definir esta especificidad sino por referencia a la sanción coactiva.⁴³ En efecto, “lo que distingue un orden jurídico de cualquier otro orden normativo es la reglamentación del ejercicio de la fuerza, esto es, la coacción institucionalizada”.⁴⁴

Pero ocurre que tradicionalmente suele presentarse la sanción coactiva sólo como un medio o instrumento para la realización del derecho, y a la vez como una característica esencial de la norma jurídica. De este modo se da lugar a una serie de seculares aporías, como el argumento de la existencia de normas jurídicas que carecen de sanción coactiva, y el famoso “proceso al infinito”: si una norma es jurídica porque está sancionada coactivamente, también la norma que regula la sanción tiene que estar sancionada coactivamente para que pueda llamarse jurídica, y así sucesivamente.

Una formulación diferente del papel de la fuerza en el derecho permite superar, en principio, estas dificultades: el derecho no debe considerarse como un conjunto de normas “garantizadas por la coacción física”, sino más bien como un *conjunto de normas que regulan el uso de la coacción física o el “flujo de la fuerza”* en una sociedad. La fuerza no es sólo un respaldo instrumental del derecho, sino también *su contenido* específico y substancial. Una fórmula lapidaria de Poulantzas expresa admirablemente esta concepción: el derecho es la codificación de la violencia.⁴⁵

Esta manera de ver las cosas ha sido retomada con gran empeño por Karl Olivecrona y H. Ross:

Resulta imposible sostener —dice el primero—, que la ley esté garantizada o protegida en sentido realista por la fuerza. La situación real es que la ley —es decir, el cuerpo de reglas que suele asumirse como tal—, consiste prin-

⁴¹ Boibbio, Norberto, *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1970, pp. 192 y ss.

⁴² Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, ed. cit., p. 202.

⁴³ Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, Reinbeck bei Hamburg, 1972. Traducción italiana bajo el título de *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1977, pp. 258 y ss.

⁴⁴ Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, ed. cit., p. 37.

⁴⁵ Poulantzas, *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, Paris, PUF, 1978, p. 84.

principalmente en reglas acerca de la fuerza (about force), en reglas que contienen modelos de conducta para el ejercicio de la fuerza.⁴⁶

Es claro que esta concepción desplaza la especificidad del sistema jurídico hacia las normas secundarias, en el sentido de Hart.⁴⁷ Pero ello no significa que las normas primarias deban descartarse como no jurídicas. Por el contrario, éstas son la razón de ser de las normas secundarias que reglamentan el uso de la fuerza y la condición suficiente de su funcionamiento. *Las normas primarias son y deben seguir llamándose jurídicas en razón de su pertenencia al sistema jurídico global*, aunque éste se especifique sólo por el núcleo de reglas que racionalizan la coacción institucional. Dicho de otro modo: “una vez fijado el criterio para contradistinguir un ordenamiento jurídico de los ordenamientos no jurídicos, las normas singulares no deben tener más requisito que su pertenencia al sistema para ser consideradas como jurídicas”.⁴⁸

2.3. Estructura “hilemórfica” del discurso jurídico

Es también posible analizar el discurso de la ley en términos de la *dicotomía materia-forma o contenido-forma*.

Esta dicotomía se asume aquí en sentido puramente analítico y descriptivo, sin ninguna de las connotaciones que la religan a sus orígenes aristotélicos o kantianos, o a ciertas concepciones sistemáticas del derecho (“formalismos” jurídicos, etcétera).⁴⁹ Sólo pretendemos señalar que es posible distinguir en el discurso jurídico elementos “formales” —tomando la palabra “forma” en sentido muy amplio—, y “contenidos” o elementos “materiales”. Queremos expresar, en otras palabras, que el discurso de la ley se revela como una estructura formal que organiza determinados contenidos económicos, políticos o sociales.

En un primer sentido, directamente emparentado con la tradición marxista, se denomina *forma jurídica* al conjunto de los conceptos jurídicos más abstractos, considerados en su universalidad y generalidad, que estructuran formalmente al discurso de la norma, independientemente del contenido positivo, empírico y contingente que recubren vez por vez. “En razón de su naturaleza abstracta, estos conceptos son utilizables también en cualquier terreno del derecho; su significación lógica y sistemática permanece la misma, independientemente del contenido concreto al que son aplicados”.⁵⁰

En este primer sentido, la forma jurídica por excelencia es la de *sujeto o persona jurídica*, que funda la gran dicotomía derecho objetivo-derecho

⁴⁶ Olivecrona, Karl, *Law as Fact*, Londres, Oxford University Press, 1959, p. 134.

⁴⁷ La tendencia a considerar el derecho desde el punto de vista de las normas secundarias, más que de las primarias, fue iniciada, como se sabe, por Jhering, y en la tradición anglosajona, por Austin.

⁴⁸ Bobbio, Norberto, *Studi per una teoria generale del diritto*, ed. cit., p. 133.

⁴⁹ Véase el excelente estudio de Tarello sobre el “formalismo jurídico” en *op. cit.* pp. 23 y ss.

⁵⁰ Pashukanis, *La teoría general del derecho y el marxismo*, ed. cit., p. 23.

subjetivo y unifica, por simplificación, la totalidad del ordenamiento jurídico burgués.⁵¹

La noción de sujeto como *soporte de derechos y obligaciones* tiene por tierra natal el ámbito del derecho privado, donde la relación jurídica fundamental es siempre la relación entre “pares de sujetos”. Pero ha terminado por colonizar también el ámbito del derecho público rematando en la concepción del Estado como “persona colectiva soberana”⁵² que se eleva como una cúpula sobre la totalidad del sistema jurídico positivo. Los sujetos jurídicos se reconocen en ese sujeto jurídico eminente que es el Estado, y se ven unificados por él.

La teoría del Estado como persona jurídica —escribe Norberto Bobbio—, que había permitido la aplicación del concepto de relación jurídica a la relación entre individuos y Estado, fue una tentativa para construir la dogmática del derecho público a imagen y semejanza del derecho privado.⁵³

Si la “forma sujeto” es el envoltorio formal obligado de la norma jurídica positiva, también puede distinguirse a escala de esta última y en un nivel más bajo de abstracción una “forma” y una “substancia del contenido”, si se nos permite usurpar una terminología oriunda de la lingüística.⁵⁴ La “forma del contenido” se identificaría entonces con la *formulación legal del derecho*, es decir, con la *ley*, entendiendo por ésta el conjunto de normas *tendencialmente* generales y abstractas producidas por un órgano estatal específica y exclusivamente destinado a ello.⁵⁵ El concepto de ley implica, por lo tanto, la producción de las reglas jurídicas fundamentales por un poder político centralizado.

Como ya lo había visto claramente Marx, la absorción del derecho por la ley, es decir, la gradual monopolización del derecho por la ley, con exclusión de las demás fuentes, constituye una de las características esenciales del ordenamiento jurídico liberal.⁵⁶

Es verdad que el procedimiento legislativo no constituye en nuestros días la única manera de producir derecho. Éste se produce también por otros medios (reglamentos, jurisprudencia, etcétera). Pero el primado de la ley sigue siendo un principio incontrovertido y se puede decir que los otros modos de producir derecho aspiran, en el fondo, a una consagración legislativa o estatal.⁵⁷

La ley es inseparable del código, que materializa su “publicidad” oficial

⁵¹ Comanducci, Paolo, *L'illuminismo giuridico*, Bologna, II Mulino, 1978, pp. 19 y ss.

⁵² Miaille, Michel, *op. cit.*, p. 323.

⁵³ Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, ed. cit., p. 157.

⁵⁴ Alusión a la teoría de Hjelmslev, quien distingue en el signo lingüístico un plano de la “expresión” y otro del “contenido”, cada uno de ellos articulado según la oposición forma *versus* substancia.

⁵⁵ Se dice “tendencialmente”, porque un orden jurídico positivo no está constituido solamente por este tipo de normas.

⁵⁶ Marx, Carlos, “Crítica al programa de Gotha”, *Obras Escogidas*, Moscú, Edit. Progreso, t. II, 1971, p. 15.

⁵⁷ Varios, *Pour une critique du droit*, Paris, Maspero, 1978, p. 20.

y marca, según Kant, el paso del derecho precario al derecho perentorio. J. Michel observa certeramente que:

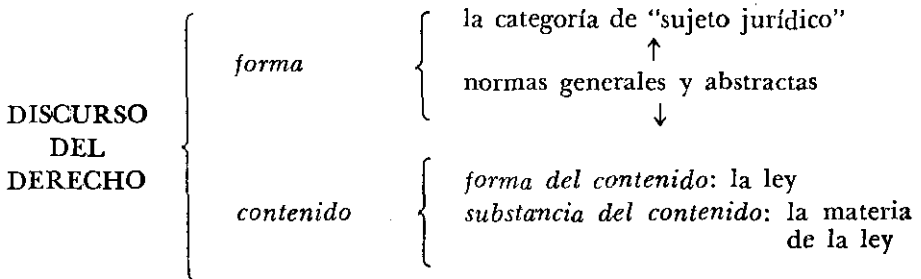
El principio de legalidad, que expresa el trasvasamiento del derecho en la ley y la uniformización del sistema jurídico, camina a la par con el principio de la igualdad de cada quien ante la ley. La legalidad permite la igualdad y obliga a ella; el ciudadano se ve obligado y constreñido a ser abstractamente sujeto de derecho.⁵⁸

Existe, entonces, una correspondencia necesaria entre la *forma sujeto* y el *carácter general y abstracto de la norma*. Esta comprobación nos obliga a modificar ligeramente nuestra dicotomía inicial contraponiendo el complejo *forma sujeto + norma general y abstracta* a la *ley* entendida simplemente como ordenamiento positivo estatal. Debe notarse, sin embargo, que los términos de esta dicotomía final se recubren parcialmente, porque la ley se expresa prevalentemente mediante normas generales y abstractas.

La “substancia del contenido” se refiere, obviamente, al fondo material históricamente variable de la reglamentación jurídica. Esta “materialidad” del derecho aparece clasificada y diferenciada por áreas o materias según las diferentes ramas del derecho (trabajo, comercio, familia, Estado, etcétera).

No debe olvidarse que la distinción forma-fondo es fundamentalmente analítica y no permite una tajante disociación. Después de todo la forma jurídica no es más que “el desarrollo del fondo”, decía Marx,⁵⁹ es decir, su condición de realización y su verdad.

Se puede esquematizar los resultados de nuestros análisis sobre la “estructura hilemórfica” del derecho en el siguiente cuadro:



Las “normas generales y abstractas” se encuentran asociadas a la vez a la categoría de “sujeto jurídico” y a la estructura de la ley, como queda dicho.

⁵⁸ Jacques, Michel, “Droit et Idéologie: Elements d’analyse à partir du jeune Marx”.

⁵⁹ Carta de Carlos Marx a su padre, del 10 de nov. de 1837. *Correspondance*, Paris. *Procès*, núm. 1, 1978, p. 53.

Editions Sociales, 1968, t. 1, p. 32.

3. La determinación social del discurso jurídico

Una teoría sociológica del derecho no debe limitarse a la explicación de su contenido material, sino que debe extender esa explicación también a su forma. La explicación sociológica del derecho tiene que ser, además, única, esto es, tiene que dilucidar en un mismo movimiento por qué tal contenido (v.g., el del derecho capitalista) reviste una determinada forma (v.g., la forma abstracta de la ley y de la persona jurídica).

En la perspectiva que aquí adoptamos, buscar la explicación del fenómeno jurídico en su totalidad equivale a preguntarse, ante todo, por sus condiciones sociales de producción. Es la problemática de la *determinación social* del derecho, que no debe confundirse con la problemática historicista de su génesis.⁶⁰

Dentro de esta problemática inicial postularemos dos planos explicativos: uno estructural, que remitirá a las relaciones sociales que definen los diferentes modos históricos de producción; y otro más político y, por así decirlo, coyuntural, que tiene que ver con la correlación de fuerzas que en una situación histórica determinada refleja el estado de la lucha de clases y de la conflictividad social.

Resulta obvio, y casi no necesita ser demostrado, que a *nivel de su contenido material* la mayor parte del derecho positivo se halla conectado con intereses económicos y sociales que resultan de la correlación de fuerzas sociales y de la naturaleza de las clases en lucha en una determinada época y en una determinada formación social. Los historiadores del derecho han podido demostrar, por ejemplo, hasta qué punto el desarrollo progresivo de la empresa y del mercado capitalista ha alimentado el contenido del derecho, permitiendo distinguir desde este punto de vista diferentes etapas en la legislación capitalista.⁶¹ La historia del derecho laboral, determinado en gran parte por el desarrollo del sindicalismo obrero, es otra ilustración del mismo fenómeno. Puede afirmarse entonces con Marx que el contenido de la ley, cualquiera sea su técnica de formulación, ya viene dado por las relaciones socio-económicas.

La dificultad surge cuando se trata de identificar la matriz social de la *forma* del derecho.

Para aclarar mejor el estado de la cuestión, conviene partir de una comprobación inicial: la "forma sujeto" constituye una categoría rigurosamente histórica, cuyos orígenes se remontan, no al derecho romano, como suele creerse erróneamente, sino al siglo xv, coincidiendo con la emergencia de las ciudades y la consecuente expansión del capitalismo comercial. M. Villey ha demostrado que sólo entonces el derecho asume la forma voluntarista,

⁶⁰ Esta problemática suele venir parcialmente disimulada en los tratados de derecho bajo la teoría de las fuentes (materiales o formales). Cf. Stoyanovitch, K., *La pensée marxiste et le droit*, Paris, PUF, 1974, pp. 44 y ss.

⁶¹ Véase, por ejemplo, la obra clásica de Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Buenos Aires, Bosch y Cía. Editores, 1950.

⁶² Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Les Editions Montchretien, 1975.

legislativa, subjetiva y positiva que hoy conocemos,⁶² por contraposición al derecho romano y al derecho feudal que revestían una forma diferente.

Por lo que toca a la forma legal, los historiadores y los sociólogos han establecido también su radical historicidad. En primer lugar, el derecho no ha consistido siempre en un conjunto de reglas, sino, originariamente, en juicios a propósito de litigios, como veremos más adelante. En segundo lugar, el primado de la ley tiene sus orígenes en el centralismo absolutista y se consolida desde la Revolución Francesa con el moderno Estado constitucional.⁶³

De donde la pertinencia de la cuestión que nos preocupa: ¿cuáles fueron las condiciones que determinaron la aparición de la forma subjetiva y legislativa del derecho?

Trataremos de responder esquemáticamente a esta cuestión mediante una serie articulada de tesis.

Tesis I. La categoría de sujeto jurídico es una abstracción cuyo fundamento material y condición de posibilidad es el intercambio generalizado, es decir, la circulación de mercancías, el intercambio de equivalentes. Este intercambio, en efecto, implica en su propio concepto una relación entre sujetos-proprietarios en situación (al menos formal) de igualdad y de libertad en el mercado. El derecho viene a fijar y a formalizar esta relación en términos de contrato. Bajo este aspecto puede afirmarse, entonces, que la categoría de sujeto es una determinación de la propiedad privada y del valor de cambio.

Esta tesis clásica, formulada inicialmente por Marx y desarrollada magistralmente por Pashukanis, explica por qué la aparición histórica del derecho subjetivo es concomitante con la expansión del mercantilismo en occidente, mientras que resulta impensable, por ejemplo, en el derecho medioeval que corresponde a sociedades de economía prevalentemente natural, con escaso desarrollo monetario-mercantil.

Tesis II. En el modo de producción capitalista, la relación mercantil invade y penetra la esfera de la producción, mediatizando la relación capital-trabajo bajo la forma de un intercambio de equivalentes: fuerza de trabajo contra salario. También este intercambio implica la categorización del trabajador y del capitalista como sujetos “libres” e “iguales” en el mercado del trabajo.

Esta última tesis completa a la precedente y permite afirmar que la matriz constitutiva de la “forma sujeto” en el derecho burgués se identifica con las relaciones sociales capitalistas de producción y circulación. También permite inferir indirectamente la naturaleza clasista del derecho, no ya en su

⁶² “El Estado moderno nace de dos procesos paralelos: de la unificación de todos los ordenamientos preestablecidos o antiestatales en el único ordenamiento del Estado centralizado y centralizador, y de la unificación de todas las fuentes del derecho en la única fuente del derecho estatal por excelencia, la ley”. Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, ed. cit., p. 175.

⁶³ Guastini, Ricardo, ‘La ‘Teoría generale del diritto’ in URRS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista’, in Tarello, Giovanni, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, vol. 1, 1971, pp. 400-403.

contenido, sino en su misma forma, en la medida en que dichas relaciones son *de clase* por el solo hecho de corresponder a un modo de producción dentro del cual una determinada clase es dominante.⁶⁴

Tesis III. La forma general y abstracta de la norma jurídica remite a los mismos fundamentos materiales ya señalados desde el punto de vista de sus condiciones de posibilidad. En efecto, la igualdad, lo mismo que la libertad, es un atributo que sigue a la categoría de sujeto y es indisoluble de ella. Ahora bien, esta igualdad se expresa jurídicamente como "igualdad ante la ley", como "derecho igual" que sólo puede formularse mediante normas generales (dirigidas a todos los individuos de una misma clase) y abstractas (en cuanto prescriben modelos abstractos de comportamiento).⁶⁵

Sólo cuando las relaciones burguesas se han desarrollado totalmente, el derecho reviste un carácter abstracto. Cada hombre se vuelve un hombre en general, cada trabajo se vuelve trabajo social útil en general, cada sujeto se vuelve un sujeto jurídico abstracto. Al mismo tiempo, la norma reviste también la forma lógica acabada de la ley general abstracta.⁶⁶

Debe notarse que las tres tesis precedentes, conjuntamente consideradas, postulan una *relación orgánica y constitutiva* entre las relaciones sociales capitalistas y la forma jurídica. Ésta, en efecto, recibe su determinación o especificación como forma subjetiva (sentido fuerte del término *Bestimmung* en alemán) de dichas relaciones, que constituyen *lógicamente* el fundamento y la condición de posibilidad de la abstracción del individuo-sujeto. Se puede expresar esto mismo de otra manera: las tesis precedentes postulan una *juridificación real* de las relaciones sociales capitalistas, y no la mera juxtaposición externa de las formas jurídicas a dichas relaciones.⁶⁷

Un primer corolario de este modo de plantear las cosas es la imposibilidad de disociar el análisis del derecho del análisis de la sociedad, como pretenden los formalistas y los normativistas.

El segundo corolario es el primado (genético) del contrato y, en general, del derecho privado sobre toda otra forma de derecho. Las relaciones del derecho privado constituyen el núcleo más sólido de la nebulosa jurídica moderna. Maine caracterizaba certeramente la génesis del derecho liberal como un tránsito "del *status* al contrato", es decir, del reconocimiento de las situaciones personales determinadas por la unidad familiar, por el grupo o por el estamento, a la relevancia de posiciones personales determinadas

⁶⁴ "No se dice que toda norma individual constituye necesariamente un privilegio. Pero es cierto que los privilegios se establecen por medio de normas individuales. La principal garantía de la máxima que, según se dice o se cree, constituye el fundamento de nuestros ordenamientos jurídicos civiles: 'la ley es igual para todos', es la generalidad de la norma jurídica, es decir, el hecho de que las normas jurídicas se dirijan no a este o aquel ciudadano considerado singularmente, sino a la generalidad de los ciudadanos, o a un tipo abstracto de operador en la vida social". Bobbio, Norberto, *Studi per una teoria generale del diritto*, ed. cit., p. 25.

⁶⁶ Pashukanis, *La teoría general del derecho y el marxismo*, ed. cit., p. 118.

⁶⁷ Guastini, R., "La 'Teoría generale del diritto' in URSS", *op. cit.*, p. 491.

por el intercambio contractual extra-familiar y, en general, extra-comunitaria.⁶⁸

Tesis IV. Las relaciones sociales capitalistas no son jurídicas por sí mismas y en sí mismas, sino que *llegan a serlo* en virtud de la norma o de la forma legal que se les sobreimprime, forma legal que comporta, como se ha visto, la reglamentación estatal mediante el instrumento normativo.

Las relaciones sociales no se identifican, por lo tanto, con las relaciones jurídicas, y éstas se especifican por su carácter normativo.

Esta tesis matiza considerablemente las precedentes, impidiendo interpretarlas en sentido economicista, es decir, en términos de un mero “reflejo”.⁶⁹ Lo que equivale a postular la especificidad y la relativa autonomía de la instancia jurídica, dejando abierta la posibilidad de un “desarrollo desigual” del derecho con respecto a sus fundamentos materiales. Se infiere de todo esto que el derecho se distingue de la política y de la economía.

Resulta curioso observar cómo Kelsen percibió con toda claridad que la tesis de la especificidad de las relaciones jurídicas es perfectamente compatible con la de sus condicionamientos materiales.

La opinión de que el derecho es el resultado de relaciones económicas sin ser idéntico a éstas —dice en una de sus obras—, es perfectamente compatible con una ciencia específica del derecho, diferente de una teoría de la economía, y con una definición del derecho como sistema de normas u orden normativo.⁷⁰

Muchos marxistas aún carecen de esta claridad.

Tesis V. El derecho entendido como *ley*, esto es, como orden normativo sancionado por el monopolio estatal de la fuerza, se halla directa e inmediatamente determinado por el *nivel político*, en cuanto éste comporta una estructura de clases que se expresa a través de una correlación de fuerzas sociales en una determinada fase histórica de una determinada formación social. Y como esta estructura y esta correlación de fuerzas se reflejan y se institucionalizan fundamentalmente en el Estado (“El Estado es una condensación de las contradicciones sociales”), se comprende la imposibilidad de analizar este aspecto formal del derecho al margen de la mediación estatal. En virtud de esta mediación, la ley se define como *discurso del poder*; asume *funciones de dominación y de dirección social*, y sus marcos institucionales se convierten en *Aparatos de Estado*.⁷¹

Esta determinación política de la ley es constitutiva de ciertos conceptos jurídicos básicos que se refieren a las condiciones de efectividad o de aplicabilidad del derecho aun en la “teoría pura” de Kelsen. Tales son, por ejemplo, los conceptos de *efectividad* y de *validez* de las normas, y los que

⁶⁸ Maine, Henry S., *Ancient Law. Its connections with Early History and its Relations to Modern Ideas*, Oxford University Press, 1954, pp. 138-141.

⁶⁹ Guastini, R., *loc. cit.*, pp. 476-477.

⁷⁰ Kelsen, Hans, *Teoría comunista del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 119.

⁷¹ Gleizal, Jean-Jacques, “Le droit administratif dans les appareils d’Etat”, *Process*, núm. 1, 1978, p. 123.

se refieren a la *sanción eficaz* de las mismas.⁷² En general, la efectividad de una determinada legalidad depende de la configuración política del *poder social* (entendido en sentido amplio, a la vez como dominación, dirección y hegemonía cultural), y éste es inseparable, como se ha visto en otra parte, de la correlación de fuerzas y de su expresión estatal.

Se habrá observado que esta última tesis viene a completar la unilateralidad de los análisis de Pashukanis,⁷³ estableciendo la *determinación múltiple* y no solamente económica del derecho considerado en *todos sus niveles y aspectos*.

Podemos concluir diciendo que estos aspectos son principalmente dos: la *forma jurídica*, en el sentido de Pashukanis, es decir, el derecho en cuanto *derecho igual o técnica del derecho subjetivo o norma general y abstracta*; y la *ley* como ordenamiento normativo sancionado por la fuerza en general.

En su primer aspecto, el derecho es expresión de las relaciones mercantiles; se halla ligado a una existencia histórica determinada de la sociedad de clases (no a las clases en general), cual es el modo de producción capitalista, y remite a una fase histórica que se caracteriza por la generalización máxima de la forma-mercancía.

En su segundo aspecto el derecho se halla directa e inmediatamente conectado con la estructura de clases de la sociedad y se manifiesta como una forma inmanente de las relaciones de dominación-subordinación que constituyen típicamente relaciones *políticas* de clase. Aunque debe admitirse también, conforme a la hipótesis marxista, que aún bajo este segundo aspecto el derecho remite siempre, mediatamente y en última instancia, a las relaciones sociales de producción. En efecto,

la existencia total de una clase está determinada ciertamente por la estructura de la producción que la convierte en polo de una sociedad dicotómica; y su interés cae bajo la misma determinación en la medida en que no es fruto de opciones arbitrarias, sino de condiciones materiales objetivas. De aquí la *política* de una determinada clase; de aquí el contenido material de la reglamentación jurídica producida por la clase *dominante* en forma de voluntad general; y de aquí el *derecho* en aquella

⁷² Cf. P. Amsleek, "Reflexions critiques..." *loc. cit.*, pp. 15-17, donde se establece, de modo un tanto discutible, la distinción entre *validez, vigencia y obligatoriedad* de las normas. Ya Siches, Recaséns había observado que "la norma fundamental de Kelsen, que desde luego no es una norma jurídica sino tan sólo una hipótesis, deriva de la *realidad de un poder social*. (Las cursivas son nuestras). Por eso el jurista no es libre de escoger como le plazca la norma fundamental; por el contrario, su elección se halla condicionada por ciertos hechos sociales". Josef L. Kunz, *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo xx*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1951, p. 195.

⁷³ "E. B. Pashukanis, no da cuenta de la dominación por medio del derecho. Es cierto que en su análisis jurídico no desconoce el papel del poder de Estado, pero sólo le atribuye una función secundaria de estabilización de la estructura jurídica. Por eso se ha podido hablar con justicia de economicismo a propósito de E. B. Pashukanis. (...) Con respecto a él, es preciso desplazar el debate sobre el derecho, trasladándolo al lugar social donde se ejerce la dominación y se concentra el conjunto de las contradicciones. Hay que pasar de una aproximación económica a un análisis político del fenómeno jurídico". Gleizal, "Le droit administratif..." *loc. cit.*, pp. 112-113.

particular acepción, no exhaustiva del fenómeno, que hemos llamado *ley* o *norma* (sin más especificación sobre la estructura formal de esta norma y de su contenido).⁷⁴

Hay que precisar, sin embargo, que no es propiamente la "voluntad" de la clase dominante la que se expresa en la ley positiva estatal como fuente exclusiva de ésta, sino más bien un determinado estado de la correlación de fuerzas entre las clases, de las que ciertamente una es dominante. Esta precisión reviste gran importancia para descartar cierta concepción simplista del derecho como expresión exclusiva de los intereses de la clase dominante y como instrumento dócil entre sus manos.⁷⁵

4. *La eficacia social del discurso jurídico*

La explicación sociológica del fenómeno jurídico puede encararse también desde un punto de vista funcional (que no es lo mismo que punto de vista "funcionalista").⁷⁶ De este modo se introduce una nueva problemática, la de la *eficacia social* del derecho, que lejos de contraponerse a la problemática anterior como un sustituto o una alternativa diferente de explicación, la refuerza y consolida admirablemente.⁷⁷

No debe confundirse la problemática de la eficacia social del derecho con la de su vigencia o efectividad. Esta última se refiere a la capacidad que tiene una norma o un sistema normativo de ser observado o aplicado. Aquí damos por supuesta esa vigencia y nos preguntamos: ¿cuál es la eficacia objetivamente observable del derecho con respecto al funcionamiento global de una sociedad? De otro modo: ¿cuál es la función relativamente instrumental del derecho con respecto a la dinámica de la totalidad social?

También aquí intentaremos responder esquemáticamente con una serie articulada de tesis.

Tesis I. De un modo general, el derecho fija y garantiza la realización de la esfera de la circulación como *dato natural*.

⁷⁴ Guastini, R., "La 'Teoria generale del diritto' in URRS", *loc. cit.*, p. 497.

⁷⁵ De este modo se excluye el *voluntarismo jurídico* que identifica la ley con la voluntad del soberano o del legislador. Ver a este respecto las juiciosas reflexiones de Gramsci en *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, México, Juan Pablos Editor, 1975, pp. 170 y ss.

⁷⁶ El funcionalismo es un modelo de explicación que, desdénando la problemática de la determinación social y de las clases, explica los fenómenos sociales por su función integradora o reguladora al menos en última instancia, en el marco de una teoría de la sociedad cuya hipótesis central es la *tendencia al equilibrio*.

⁷⁷ Tenemos la impresión de que el grupo "Critique du Droit" (Miaille, Dujardin, Gleizal, etc.) tiende a presentar las cosas de este modo, so pretexto de evitar la "causalidad economicista", la teoría del reflejo y los inconvenientes de la dicotomía infraestructura-superestructura. De allí su insistencia en la contribución determinante del derecho a la "constitución misma" de las relaciones capitalistas de producción. Además de que de este modo se dificulta la comprensión del papel diferencial de las superestructuras en el modo de producción feudal y en el capitalista, la tesis en cuestión conduce a privilegiar unilateralmente la explicación *funcional* (y casi funcionalista) en detrimento de la explicación en términos de fundamentos o de condiciones de posibilidad.

Tesis II. Fijando y garantizando de este modo la realización de la esfera de la circulación, *el derecho hace posible la producción capitalista*. Desde este punto de vista, en efecto, el derecho mediatiza las relaciones de producción (sin constituir las, por supuesto), convirtiéndose en *presupuesto* de su pleno desarrollo. Lo que equivale a decir que el derecho constituye la *condición de funcionamiento* del sistema capitalista en su conjunto.⁷⁸ Para percatarse de ello, basta reflexionar sobre estos dos puntos:

a) La relación típicamente capitalista de producción (la compra-venta de la fuerza de trabajo) requiere, por una parte, un sujeto jurídicamente propietario de los medios de producción y, por otra, un sujeto que tenga jurídicamente la libertad de vender su fuerza de trabajo;

b) La relación típicamente capitalista de producción se realiza precisamente bajo la forma jurídica del contrato salarial.

Los análisis de Marx en el libro primero de *El Capital* indican con toda claridad el carácter esencial de esta triple juridificación de las relaciones sociales para que el modo capitalista de producción adquiriera su propia fisonomía. Y debe añadirse todavía que la extensión cuantitativa y cualitativa de la *forma mercancía*, es decir, de las *relaciones de intercambio* propias del capitalismo, requiere también paralelamente una generalización de la forma jurídica del contrato.⁷⁹

Tesis III. La generalidad y la abstracción de las normas jurídicas tienen por función asegurar la *calculabilidad* y la *certeza* del derecho en vista de los procesos de circulación económica.

Por certeza del derecho se entiende por lo general la determinación de una vez por todas de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a cierto tipo de acto o de hecho, de modo que el ciudadano pueda conocer con anticipación las consecuencias de las propias acciones y pueda regirse conscientemente de conformidad con las normas establecidas.⁸⁰

Max Weber fue el primero en establecer una relación significativa entre esta exigencia de certeza y de cálculo y las necesidades del intercambio mercantil capitalista.

La dirección (de los factores de orden económico) —dice— consistió en la racionalización y sistematización del derecho, lo que en general significó

⁷⁸ Esta afirmación no contradice las tesis formuladas dentro de la problemática anterior, que no es una problemática historicista de la génesis, sino una problemática de los *fundamentos* o de las condiciones de posibilidad en última instancia. No nos preguntábamos allí si *primero* existieron las relaciones sociales capitalistas y *después* las jurídicas, sino cuáles fueron los *fundamentos* que hicieron posible *lógicamente* la juridificación, en una determinada forma, de las relaciones sociales de producción. Ver a este propósito Poulantzas, *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, ed. cit., p. 34.

⁷⁹ Guastini, R., "La 'Teoria generale'...", *loc. cit.*, p. 491.

⁸⁰ Bobbio, Norberto, *Studi...*, ed. cit., p. 26.

para los interesados en el mercado, con la reserva de una limitación posterior, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de la justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la seguridad del tráfico.⁸¹

Las tesis hasta aquí formuladas permiten concluir que el derecho, considerado en su conjunto, tiene por función *contribuir a la reproducción* (ampliada) de la sociedad capitalista y que, por lo mismo, tiende a favorecer globalmente los intereses de las clases dominantes en dicha sociedad. Se trata de un hecho reconocido por los propios normativistas, aunque lo consideren irrelevante desde el punto de vista de una “teoría pura” del derecho.

Ningún autor burgués serio —confiesa Kelsen—, que no sea un adepto de la doctrina del derecho natural, excluye de su definición del derecho un orden social que está en el interés de una clase dominante, y la mayoría de los autores burgueses no habrá de negar que el derecho existente funciona más en interés de una clase que en el de otra.⁸²

Debe notarse, por último, que la percepción de esta eficacia reproductora del derecho constituye el fondo de verdad contenido en las teorías funcionalistas que caracterizan la función del derecho en términos de “control social” (Parsons), de “integración social” (Bredemeier) o de “generalización congruente de las expectativas normativas” (N. Luhmann).⁸³

Tesis IV. Si se lo considera en perspectiva histórica, un determinado ordenamiento jurídico puede tener, en su fase inicial, una función innovadora y progresista (como el caso de la legalidad burguesa en su fase revolucionaria), aunque posteriormente esa función se torne conservadora en la medida en que se limite a garantizar la reproducción social.

El derecho puede ser considerado como progresista y motor de un modo de producción que necesita ser promovido y estabilizado —escriben Ph. Dujardin y J. Michel—; pero en otra fase puede ser considerado, a la inversa, como reaccionario, en cuanto intrínsecamente ligado al modo de producción que lo ha suscitado y que él mismo autorizó social y políticamente.⁸⁴

Tesis V. Aun cuando se lo considera en una perspectiva sincrónica, el ordenamiento jurídico manifiesta, sobre todo en algunas de sus partes, una eficacia contradictoria que resulta de la doble lógica (la progresista y la conservadora) que lo atraviesa y dinamiza. Esta contradicción refleja la correlación de fuerzas entre las clases sociales cristalizada en la materialidad de la ley e inscrita en su producción, en su historia y en la lógica de su funcionamiento.

⁸¹ Weber, Max, “Economía y sociedad”, *op. cit.*, vol. I, p. 272.

⁸² Kelsen, *Teoría comunista del Estado y del derecho*, ed. cit., p. 109.

⁸³ Cf. Resta, Eligio, *op. cit.*, pp. 136-145; 146-154; 155-164.

⁸⁴ Varios, *Pour une critique du droit*, ed. cit., p. 23.

Las dos últimas tesis introducen un importante correctivo dentro de la problemática que nos ocupa. Si bien es cierto que en su conjunto y, por así decirlo, terminalmente el derecho contribuye a la reproducción social, este efecto se obtiene siempre a través de un funcionamiento contradictorio y sinuoso que impide concebirlo como un instrumento totalmente homogéneo y monovalente, sólo útil para gobernar y oprimir a las clases dominadas. Por el contrario, el derecho constituye, en cuanto mediación específica de las relaciones sociales, un terreno de confrontación de clases.⁸⁵

En cuanto expresión de la sociedad existente y de la división en clases —escribe Lelio Basso—, el derecho es en primer lugar un instrumento en manos de la clase más fuerte, de la clase dominante; pero sería erróneo entender esta afirmación en un sentido cerrado y estático, porque la lucha de clases tiende a modificar continuamente las relaciones de fuerza entre las clases. La contradicción que lacera a la sociedad capitalista está presente también necesariamente en el ordenamiento jurídico, el cual, lejos de constituir un corpus compacto de normas enteramente ordenadas a la dominación bruta de la voluntad capitalista, es, en último análisis, el resultado de un enfrentamiento de fuerzas y del compromiso que de ahí deriva, compromiso siempre variable según el proceso de la lucha.⁸⁶

5. Derecho e ideología

Como acabamos de verlo, el derecho es un fenómeno específico y en sí mismo consistente, aunque no autógeno ni totalmente autónomo por hallarse subordinado formal y funcionalmente a la política (en cuanto discurso del poder) y a la economía (en cuanto discurso del capital).

Pero el derecho es también un *fenómeno ideológico* susceptible, como tal, de un análisis específico bajo el ángulo de sus significados sociales.

Entendemos aquí por *ideología* cualquier forma socialmente procesada y socialmente eficaz de representación o esquematización de la realidad, presente por lo menos implícitamente no sólo en el discurso, sino en cualquier práctica social, como una dimensión posible de análisis.⁸⁷ Según Gramsci “el significado más alto” de ideología es el de una “concepción del mundo que se manifiesta implícitamente en el arte, en el derecho, en la actividad económica y en todas las manifestaciones de la vida individual y colectiva”.⁸⁸

En este primer sentido las ideologías son ubícuas u omnipresentes, pueden ser teóricas o prácticas, y no comportan necesariamente connotaciones peyo-

⁸⁵ Consúltese a este respecto el excelente artículo de Thompson, Edward P., “Modes de domination et révolutions en Angleterre”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, núm. 2-3, junio de 1976, pp. 139-140.

⁸⁶ Basso, Lelio, “L'utilizzazione della legalità nella fase di transizione al socialismo”, *Problemi del Socialismo*, núms. 5-6, 1971, pp. 838-839.

⁸⁷ No es posible desarrollar aquí la teoría de las ideologías. Véase, entre otros, Fossaert, Robert, *La société*, ed. cit., t. I, pp. 13-108.

⁸⁸ Gramsci, *El materialismo histórico y la filosofía de B. Croce*, México, Juan Pablos Editor, 1975, p. 16.

rativas como las de ilusión, falsedad u ocultamiento.⁸⁹ Aunque en un sentido más restringido suele entenderse también por ideología una subclase particular de representaciones o esquematizaciones de la realidad caracterizadas por su función encubridora y distorsionante.⁹⁰

No caracterizan adecuadamente el aspecto ideológico del derecho los que se limitan a repetir que su función es encubrir la dominación burguesa y legitimar a la clase dominante como clase universal. Esta formulación simplista desconoce la enorme complejidad y la naturaleza contradictoria del derecho.

Comencemos por recordar la distinción inicial entre *discurso sobre el derecho* y *discurso del derecho o de la ley*.

Por lo que toca al primero, la caracterización de su naturaleza ideológica no ofrece mayores dificultades. El discurso sobre el derecho se presenta en forma de *ideologías teóricas* que representan, interpretan o reconstruyen argumentativamente los fenómenos jurídicos en una óptica legitimadora o crítica, aunque frecuentemente con pretensión de neutralidad científica. Las doctrinas jusnaturalistas y positivistas (formalistas, normativistas, realistas, etcétera) y, de un modo general, las filosofías del derecho son ejemplos de lo que aquí llamamos ideologías teóricas. Lo mismo puede decirse del "sentido común teórico" de los juristas, como lo han demostrado los análisis de Rosa María Cardoso da Cunha y Luis Alberto Warat.⁹¹ Estas ideologías teóricas son frecuentemente contradictorias y competitivas entre sí, y la hegemonía eventual de alguna de ellas depende de la coyuntura sociocultural, de la correlación de fuerzas que la subtiende y del peso institucional de los aparatos que le sirven de soporte.

La dificultad comienza cuando se trata de identificar la dimensión ideológica del discurso de la ley.

Tal vez convenga introducir aquí, para clarificar las cosas, una distinción adicional entre el discurso de la ley tal como lo hemos caracterizado más arriba (discurso preceptivo, performativo, sistemático y globalmente coactivo, que consta de elementos formales y materiales), y la *práctica jurídica* a partir y en función de esta ley, que se refiere de un modo general a los procesos de producción y aplicación de la norma (prácticas legislativas y jurisprudenciales...).

En su forma codificada, el discurso de la ley comporta obviamente una dimensión ideológica en la medida en que, ya sea a nivel formal, ya sea a nivel de contenido, vehicula cierta imagen implícita o manifiesta de la realidad social. Esta aparecerá, por ejemplo, como un mundo poblado de sujetos jurídicos abstractos, reputados libres e iguales, en permanente y voluntaria actividad de intercambio y comunicación. La relación entre trabajadores y empleados se tipificará como una relación de libre intercambio consa-

⁸⁹ Quintanilla, M. A., "El concepto marxista de ideología", *Sistema*, núm. 7, octubre de 1974, pp. 42 y ss.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Warat, Luis Alberto, *Mitos e Teorias na interpretação da Lei*, Porto Alegre, Editora Síntese, 1979. Cardoso da Cunha, Rosa María, *O caracter retórico do princípio da legalidade*, Porto Alegre, Editora Síntese, 1979.

grada por un contrato de compra-venta. El Estado se caracterizará como una instancia separada de la sociedad civil, con funciones de dirección, de orden y de arbitraje en vista del interés general. La "comunidad internacional" se presentará como una sociedad de Estados igualmente libres y soberanos,⁹² etcétera... El conjunto de estas y otras representaciones, que implican indudablemente una filosofía del hombre, de la sociedad y del Estado, constituye lo que se ha dado en llamar "visión jurídica del mundo".⁹³

Esta visión es, por supuesto, distorsionante, como lo ha demostrado desde hace mucho tiempo la crítica marxista, en la medida en que representa lo desigual y lo no equivalente bajo la forma de la igualdad y de la equivalencia.⁹⁴ La legalidad burguesa desconoce y encubre, por ejemplo, la disimetría estructural de la sociedad, las relaciones de clase, los fenómenos de explotación y de dominación que les son inherentes y, en otro plano, la estructuración imperialista o neocolonialista del sistema internacional.

Pero, contradictoriamente, esta misma "visión jurídica del mundo" puede convertirse en "utopía jurídica" y desempeñar un papel crítico, innovador y programático cuando una correlación favorable de fuerzas permite invocarla en el contexto de un proyecto progresista de sociedad. Ernst Bloch ha podido demostrar a este respecto el papel de fermento que, en cuanto utopía jurídica, ha desempeñado el derecho natural burgués en la historia política de occidente con sus ideas de libertad, de igualdad y de dignidad humana.

El contrato social y las construcciones apriorísticas han sido liquidados para siempre —dice—, lo mismo que las "eternidades" de la naturaleza humana y de la naturaleza en su conjunto. Pero los *ideales* no se volatilizaron, ni mucho menos, con el polvo de la historia, ni pueden ser reducidos a una mera ilusión o a un problema ilusorio. ¿No es al fin de cuentas el legado de la trilogía Libertad, Igualdad, Fraternidad lo que hizo exclamar con acentos tan actuales a Rosa Luxemburgo: "No hay democracia sin socialismo ni socialismo sin democracia" ?⁹⁵

Lejos de reducirse a una mera ilusión misticadora o a una mera utopía jurídica, la ideología jurídica adquiere cierta materialización institucional y se halla revestida de eficacia y fuerza operativa, no sólo en el sentido en que suele hablarse de la eficacia social de las ideologías en general, sino en un sentido fuerte y específico derivado de la naturaleza institucional, performativa, preceptiva y coactiva de la ley. Lo que la ley instituye y la forma bajo la cual lo hace adquieren en cierto modo existencia real y producen efectos terriblemente reales. "Existen" realmente y "viven" en los aparatos el sujeto de derecho, la autonomía de la voluntad, la libertad y

⁹² Salomon, Jean, "A propos de quelques techniques de l'idéologie juridique appliquée au droit international", *Scritti in onore di Basso, Lelio*, Milano, Franco Angeli Editore, 1979, pp. 1014-1025.

⁹³ Cf. Toumanov, V., *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*, Moscú, Editions du Progrès, 1974.

⁹⁴ Marx, "Crítica al programa de Gotha", *Loc. cit.*, p. 15.

⁹⁵ Bloch, Ernst, *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1976, p. 192.

la igualdad. . . Las ilusiones de los juristas son siempre “ilusiones eficaces” y sus abstracciones “abstracciones concretas”. En este sentido se puede hablar, con J. Michel, de la “seriedad del discurso jurídico de la clase dominante” en cuanto capaz de organizar materialmente el mundo a partir de una comprensión original del mundo.⁹⁶ También puede hablarse de “fetichismo jurídico” en el mismo sentido en que Marx hablaba del fetichismo de la mercancía y de los efectos de realidad que le son inherentes.

Si consideramos ahora la *práctica de los operadores jurídicos* relacionada con la *producción* o la aplicación del derecho, su dimensión ideológica es patente. Esta práctica, en efecto, se reduce en su mayor parte a discursos de naturaleza argumentativa que:

a) parten de premisas que se identifican generalmente con la “visión jurídica del mundo” (principios generales del derecho, doctrina, “sentido común teórico” del jurista, “condiciones retóricas del sentido” etcétera);⁹⁷

b) construyen y esquematizan argumentativamente la realidad concreta recurriendo a determinadas técnicas de argumentación (lógica jurídica, hermenéutica jurídica, etcétera) y de “producción jurídica” de la realidad (definiciones, tipificaciones, calificaciones jurídicas, etcétera).

Los profesionales del derecho (juristas, jueces y abogados, promotores) desempeñan sus actividades *argumentando* —dice Warat—. Esto significa que la interpretación del derecho positivo que ellos realizan a través de múltiples actividades que van de los alegatos de las partes a las decisiones judiciales, trata de mostrarse como verosímil mediante el recurso a determinados procesos de persuasión.⁹⁸

Ahora bien, la argumentación, contrariamente a la demostración científica, “es una reflexión procesada a partir de elementos ideológicos”⁹⁹ e implica una *construcción discursiva de la realidad* que por definición es también ideológica.¹⁰⁰

Podemos concluir entonces que en este tipo de discursos la ideología está presente bajo dos formas principales: como paradigma o sistema, y como proceso de construcción sintagmática de algún aspecto de la realidad. La primera forma “engendra” a la segunda como la gramática “engendra” los enunciados o como el código “engendra” los mensajes bajo la determinación social de un contexto siempre conflictivo de naturaleza institucional y coyuntural.

Debe advertirse que esta dimensión ideológica tampoco agota la realidad de la práctica jurídica, sino que sólo constituye uno de sus posibles niveles de análisis. En efecto, en la medida en que remata siempre en decisiones jurídicas concretas formuladas normativamente, esta práctica jurídica posee una densidad material y una eficacia performativa que desbordan el nivel puramente ideal o nocional. Las ideologías inherentes a las prácticas jurídicas son ideologías *prácticas* revestidas de eficacia material.

⁹⁶ Michel, J., “Rroit et idéologie”, *loc cit.*, pp. 4 y ss.

⁹⁷ Warat, Luis Alberto, *op. cit.*, pp. 19 y ss. 113 y ss.

⁹⁸ Warat, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 99.

¹⁰⁰ Cf. Vignaux, Georges, *L'argumentation*, Genève-Paris, Droz, 1976.

6. La historicidad del derecho

Ubi societas, ibi jus, —reza un conocido adagio jurídico.

La verdad de este adagio debe ponerse hoy en duda por más de una razón. En primer lugar, han existido sociedades que desconocían el derecho como técnica de regulación social. Y, en segundo lugar, el derecho ha variado cualitativamente de contenido y forma en el transcurso de la historia, en función de los diferentes modos de producción.

Según René Girard, el derecho aparece originariamente en las sociedades antiguas bajo la forma de un sistema judicial cuya función es regular y racionalizar las violencias y venganzas intestinas para evitar que se desarrollen en espiral interminable poniendo en peligro la frágil existencia de dichas sociedades rudimentarias.¹⁰¹

El sistema judicial, —dice Girard—, descarta la amenaza de la venganza. No suprime la venganza, sino que la limita a una represalia única cuyo ejercicio es confiado a una autoridad soberana y especializada en su ámbito. Las decisiones de la autoridad judicial se imponen siempre como la última palabra de la venganza.¹⁰²

Pero esta técnica “curativa” de la violencia no ha existido desde siempre. Numerosos etnólogos, con Malinowski y Radcliffe-Brown a la cabeza, afirman la ausencia de un sistema judicial en las sociedades arcaicas. ¿Cómo conjuraban entonces la amenaza de la espiral de la violencia con sus consecuencias fatales para la existencia social? Mediante el sacrificio y el rito, responde René Girard.

En efecto, el sacrificio constituye un instrumento de prevención de la violencia que permite controlar su temible expansividad canalizándola sobre una *victima sustitutiva*.

En un universo donde el menor conflicto puede acarrear desastres como la menor hemorragia en un hemófilo, el sacrificio polariza las tendencias agresivas sobre víctimas reales o ideales, animadas o inanimadas, pero no susceptibles de ulterior venganza y uniformemente neutrales y estériles en el plano de la venganza.¹⁰³

El sacrificio tiene entonces por función aplacar las violencias intestinas y prevenir la explosión de los conflictos. Las sociedades “policíadas” fueron precedidas por sociedades “sacrificiales”.

Pero entre éstas y aquéllas se interpone un periodo de transición en el que la violencia y el conflicto se regulan mediante “composiciones” y duelos judiciales que están ya en camino hacia el sistema judicial, pero sin alcanzarlo todavía.

No se trata aquí de legislar sobre el bien y el mal ni de hacer respetar

¹⁰¹ Girard, René, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972.

¹⁰² *Ibid.*, p. 32. Véase también Pashukanis, *op. cit.*, p. 179.

¹⁰³ Girard, *op. cit.*, p. 35.

una justicia abstracta; se trata de preservar la seguridad del grupo obstruyendo el paso a la venganza, preferentemente mediante una reconciliación fundada en un arreglo o, si la conciliación es imposible, mediante un encuentro armado que se organiza de modo que la violencia no se propague en el entorno. Este encuentro se desarrollará en un campo cerrado, entre adversarios bien determinados, y tendrá lugar sólo por una vez...¹⁰⁴

Se pueden distinguir, entonces, tres modos de regulación de la violencia que implican el paso gradual de lo *preventivo* a lo *curativo* y corresponden, grosso modo, al desarrollo de la historia real: 1) Los medios preventivos que se reducen a la canalización sacrificial de la violencia; 2) Las "composiciones" y duelos judiciales, de precaria eficacia curativa; 3) El sistema judicial, que marca el nacimiento del derecho y cuya eficacia curativa es inigualable.

En esta especie de alborada del derecho, no es la norma la que lo especifica formalmente, ni mucho menos la categoría abstracta de "sujeto", sino la justiciabilidad, es decir, la *eventualidad* de un juicio (*eventus iudicii*), la posibilidad de un arbitraje judicial de los diferendos, la convertibilidad de los conflictos en litigios. Autores provenientes de horizontes teóricos muy diversos, como Pashukanis, Kantorowicz, M. Kaser y J. Carbonnier, concuerdan sobre este punto.

Siglos de gobierno "policionado", racional y eficaz —dice este último— han modelado nuestras mentes para concebir la regla como el elemento esencial del derecho, y la sanción que asegura su ejecución como una de sus dimensiones necesarias. Sin embargo, el estudio etnológico nos revela en muchas sociedades arcaicas una mentalidad que, en contraste con la nuestra, considera el derecho no como una regla cuya ejecución debería imponerse por la fuerza, sino una paz, una concordia o un equilibrio que debe ganarse por medio de la conciliación y la reconciliación.¹⁰⁵

Según la sugestiva hipótesis de M. Kaser, la regla o forma normativa del derecho surge originariamente como "derecho relativo", es decir, como *referencias para el juicio*.¹⁰⁶ Se trataría, entonces, de un proceso de racionalización del arbitraje judicial destinada a superar sus formas inicialmente carismáticas o religiosas. Este proceso de racionalización habría sido particularmente estimulado por la expansión del intercambio bajo la forma del *contrato*.

A medida que el intercambio económico se extiende y se multiplica —dice Fossaert—, los mercaderes van tomando la costumbre de fijar sus modalidades y garantías en diversos contratos; en caso de incumplimiento, el

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰⁵ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁶ Cf. Thomas, Yan, "La langue du droit romain", en *Archives...*, vol. cit., p. 105 (en nota).

aparato judicial se convierte en el último árbitro de estos contratos, previos algunos rodeos y al término de cierto plazo.¹⁰⁷

Marx explica de este modo, como se sabe, las características fundamentales del derecho romano clásico que representa el apogeo de la regla jurídica en el mundo antiguo:

Este derecho —dice—, aunque corresponde a una situación social en la que el intercambio no estaba desarrollado, por el hecho de estarlo en algunas esferas pudo exponer *las determinaciones de la persona jurídica, es decir, del individuo que participa en el intercambio*. De esta suerte pudo anticipar (en sus rasgos fundamentales) el derecho de la sociedad industrial, pero es sobre todo si se le confronta con la Edad Media que debía abrirse paso como el derecho de la sociedad burguesa naciente. Su propio desarrollo coincide cabalmente, por otra parte, con la disolución de la entidad comunitaria romana.¹⁰⁸

No se infiere de este párrafo que el derecho romano hubiera elaborado la categoría del sujeto jurídico como forma abstracta y universal. No hay que confundir el derecho romano clásico con el derecho de los romanistas o con las interpretaciones dogmáticas que se han hecho de él desde una perspectiva etnocéntrica y ahistórica.¹⁰⁹ El propio Marx enfatiza que el *propietario* romano, por ejemplo, se considera como tal no en cuanto individuo aislado y abstracto, sino en cuanto “individuo objetivo” determinado por su calidad de ciudadano romano o, de otro modo, en cuanto miembro de la comunidad política romana.¹¹⁰ Las investigaciones recientes no han hecho más que confirmar la inexistencia de un “derecho subjetivo” en el derecho romano clásico. Por otro lado, el empleo casi exclusivo de la noción de derecho (*jus*) dentro de los límites de la controversia y del proceso parece avalar la hipótesis de que también el derecho romano debe considerarse fundamentalmente como un “derecho relativo” y no como un sistema normativo axiomático y coherente, constituido por reglas generales y abstractas.¹¹¹

A raíz de la disolución del imperio romano por la invasión de los bárbaros surge la sociedad feudal cristiana basada, como se ha visto en otra parte, en un sistema de producción rural constituido esencialmente por *relaciones señoriales de dominación*. El advenimiento de este nuevo modo de producción marca el receso del derecho romano y determina un nuevo tipo de derecho cuyas características esenciales son más conocidas y pueden reducirse esquemáticamente a las siguientes:

1) Se trata, en primer lugar, de un derecho fragmentado, en correspon-

¹⁰⁷ Fossaert, R., *Les Appareils*, ed. cit., tomo 3, p. 90.

¹⁰⁸ Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, México, Siglo XXI, vol. 1, 1976, p. 120.

¹⁰⁹ Gleizal, “Le droit administratif...”, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁰ Marx, *Elementos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 452.

¹¹¹ Thomas, Yan, “La langue du droit romain”, *loc. cit.*, p. 105.

dencia estricta con la fragmentación de la soberanía feudal (derecho señorial, derecho de las corporaciones, de las ciudades emancipadas, etcétera...).

2) Se trata, en segundo lugar, de un derecho profundamente desigual en cuanto juridifica directa e inmediatamente las relaciones de vasallaje, dependencia y sujeción personal; y en cuanto consagra la pluralidad jerarquizada de los estatutos personales y sociales (nobles, eclesiásticos, comerciantes, católicos, protestantes, hombres, mujeres, primogénitos, etcétera), dando origen de este modo al *privilegio*.

En contraposición con el derecho moderno —dice J. Michel—, el derecho antiguo se caracteriza por una pluralidad de derechos fundada sobre una pluralidad de condiciones socio-económicas. A cada situación social corresponde un derecho especial, y lo propio de la sociedad es entonces no tratar de esconder (no tiene razón alguna para hacerlo) que está basada en la desigualdad.¹¹²

3) La forma predominante de este tipo de derecho que, por otra parte, es la que mejor se adapta a este tipo de sociedad, es la *costumbre*.

Los textos escritos son abandonados u olvidados, aun cuando se los utiliza. Una decisión, por ejemplo, o la reasunción de un texto romano no constituyen jamás un texto jurídico en el sentido en que nosotros lo entendemos hoy día. Las leyes carolingias o romanas que se citan sirven de apoyo a las reglas transmitidas oralmente. Sólo el derecho eclesiástico, que goza de cierta autonomía, conserva su forma escrita, pero se desarrolla separadamente.¹¹³

4) Este derecho consuetudinario, fragmentado y plural está enmarcado, a nivel de la cristiandad, por el *agustinismo jurídico* de la Iglesia, cuyo paradigma es el derecho monacal, cuya aspiración profunda es la hegemonía universal del derecho canónico, y cuyo contenido tiene que ver con la ideología plotiniana que hace descender jerárquicamente, en cascadas sucesivas, lo múltiple de lo uno. *Omnis potestas a Deo*.¹¹⁴

5) Una consecuencia obvia del agustinismo jurídico fue la pérdida de la especificidad del derecho, conquistada desde Aristóteles y reafirmada por los romanos: la cultura jurídica medioeval no establece una disociación neta entre religión, moral y derecho.

En la fase absolutista del modo de producción feudal se produce un nuevo fenómeno: la reactivación del derecho romano, en forma concomitante con la expansión de la economía mercantil, la emancipación de las ciudades y la lucha del Estado absolutista por el monopolio del derecho.¹¹⁵

El sistema jurídico nacido de la justicia cristiana, que se caracterizaba por su vaguedad y a la vez por sus exigencias ideales poco realistas,

¹¹² Michel, J., "Droit et idéologie", *loc. cit.*, p. 30.

¹¹³ Mialle, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁴ Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique...*, *op. cit.*, p. 98 y ss.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 105.

podía bastar, quizás, a las comunidades rurales, señoriales y patriarcales, a las grandes familias y a grupos feudales restringidos. Pero en el Norte de Italia se produce, en el siglo XI, el renacimiento de las ciudades y del comercio: hay intercambios, contratos y fortunas individuales; es necesario medir estrictamente los límites de las posesiones y las consecuencias de los contratos; se requiere fijar con exactitud el ámbito de lo mío y de lo tuyo. De igual modo, los grandes Estados no podrán a la larga dispensarse de definir las competencias de sus funcionarios. Y sólo el derecho romano podrá ayudar a hacerlo. Se abre entonces el renacimiento boloñés, abrigado algún tiempo bajo el techo del imperio cristiano, aunque en oposición profunda con el agustinismo jurídico (...). Los progresos de la ciencia del *Corpus juris civilis* son rápidos. Posiblemente confinados en un principio dentro de los límites de las justicias municipales, alcanzan finalmente al derecho canónico mismo a partir de la segunda mitad del siglo XII: también la Iglesia siente necesidad de organizarse a la romana; por lo demás, sus oficialidades tienen que proveer también a las necesidades prácticas de los burgueses y del comercio renaciente. Los reyes los imitarán más tarde recurriendo para ello al servicio de los letrados.¹¹⁶

De este modo nos describe M. Villey la natividad del derecho subjetivo burgués.

El resurgimiento del derecho romano, reinterpretado, modernizado y “recreado” por los letrados y los glosadores, se consolida posteriormente gracias al firme apoyo de las monarquías absolutas del Renacimiento, que lo utilizan como arma intelectual al servicio de su programa de integración territorial y de centralización administrativa.¹¹⁷

La unificación y simplificación posterior del derecho en torno a *un solo sujeto y a un solo predicado jurídico fundamental* (la propiedad),¹¹⁸ su formulación axiomática y lógicamente coherente y, en fin, su transmutación en *ley* gracias a la victoria del Estado en su lucha secular por el monopolio de la norma, constituyen la culminación final de este largo proceso bajo la égida del modo de producción capitalista.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 106-107.

¹¹⁷ Anderson, Perry, *L'Etat absolutiste*, Paris, Maspero, vol. I, 1978, pp. 26-27.

¹¹⁸ Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, H. Mulino, 1976, pp. 18 y ss.