



COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

GREGORIO ROBLES MORCHÓN / *Universidad de las Islas Baleares, España.*

SIXTO CASTRO RODRÍGUEZ / *Universidad de Valladolid, España.*

ANDRÉS ORTIZ OSÉS / *Universidad de Deusto, España.*

LUIS MARÍA BALIÑA / *Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, Argentina.*

MAURICIO BEUCHOT PUENTE / *Instituto de Investigaciones Filológicas y Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México.*

ARÍSTIDES OBANDO CABEZAS / *Universidad del Cauca, Cali, Colombia.*

EDWIN QUIÑONES RIVERO / *Universidad Industrial de Santander, Colombia.*

JUAN M. ALMARZA MEÑICA / *Universidad de Deusto, España.*

JOSÉ DE JESÚS LEDESMA URIBE / *Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.*

LOURDES OTERO LEÓN / *Universidad de Valladolid, España.*

FRANCISCO ARENAS DOLZ / *Universidad de Valencia, España.*

JUAN R. COCA / *Universidad de Valladolid, España.*

ARMANDO SAVIGNANO / *Universidad de Trieste, Italia.*

STEFANO SANTASILIA / *Universidad de la Calabria, Italia.*

NOÉ HÉCTOR ESQUIVEL ESTRADA / *Universidad Autónoma del Estado de México.*

MANUEL FIGUEROLA PALOMO / *Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España.*

JUAN ANTONIO GÓMEZ / *UNED, Madrid, España.*

## Teoría crítica y derecho contemporáneo



HERMENÉUTICA DIALÉCTICA TRANSFORMACIONAL: “HIPERBÓREA”  
Colección dirigida por Napoleón Conde Gaxiola

- Napoleón Conde Gaxiola. *Hermenéutica dialéctica transformacional y la cuestión jurídica*. IPN, México, 2008.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Hermenéutica dialéctica transformacional aplicada al turismo, al derecho y las ciencias sociales*. IPN, México, 2008.
- Napoleón Conde Gaxiola y Paola Martínez Vergara. *Turismo y Derecho, un Horizonte Interpretacional. Primer Coloquio Internacional de Hermenéutica Turística y Jurídica*. IPN, México, 2009.
- Napoleón Conde Gaxiola y Paola Martínez Vergara. *Estudios Turísticos y Jurídicos. Una Perspectiva Hermenéutica. Segundo Coloquio Internacional de Hermenéutica Turística y Jurídica*. IPN, México, 2009.
- Paola Martínez Vergara y Ricardo Tejeida Padilla. *Ensayos jurídicos y turísticos desde la perspectiva de la Hermenéutica Dialéctica Transformacional de Napoleón Conde*. IPN, México, 2009.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Ensayos turísticos (sociología, antropología y derecho turístico)*. IPN, México, 2009.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Ensayos jurídicos (sociología, antropología y filosofía del derecho)*. IPN, México, 2009.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Sociología Jurídica*. IPN, México, 2010.
- Napoleón Conde Gaxiola y Paola Martínez Vergara. *Hermenéutica y Derecho. Perspectivas analógica y dialéctica*. IPN, México, 2010.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Hermenéutica Jurídica*. HORIZONTES, México, 2011.
- Napoleón Conde Gaxiola y Paola Martínez Vergara. *Ensayos Críticos de Hermenéutica Jurídica*. HORIZONTES, México, 2011.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Ensayos de Hermenéutica Turística*. HORIZONTES, México, 2011.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Hermenéutica Turística*. HORIZONTES, México, 2011.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Nuevas propuestas para una hermenéutica del turismo*. HORIZONTES, México, 2012.
- Napoleón Conde Gaxiola y Paola Martínez Vergara. *Temas centrales de una hermenéutica jurídica analógica*. HORIZONTES, México, 2012.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Prolegómenos de una hermenéutica jurídica*. HORIZONTES, México, 2012.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Notas preliminares para una hermenéutica turística*. HORIZONTES, México, 2012.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Caminos y senderos de la hermenéutica turística*. HORIZONTES, México, 2013.
- Napoleón Conde Gaxiola. *La teoría comunicacional del derecho y la hermenéutica jurídica*. HORIZONTES, México, 2013.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Ideas para una hermenéutica jurídica*. HORIZONTES, México, 2014.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Elementos de sociología jurídica*. HORIZONTES, México, 2014.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Claves para una hermenéutica jurídica*. HORIZONTES, México, 2014.
- Napoleón Conde Gaxiola. *Teoría crítica y derecho contemporáneo*. HORIZONTES, México, 2015.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA  
Compilador

# Teoría crítica y derecho contemporáneo

**EH**  
Editorial Horizontes

Esta obra se realizó gracias al apoyo económico de CONACYT en el Proyecto de Investigación en Ciencia Básica 219571.

Colección:

HERMENÉUTICA DIALÉCTICA TRANSFORMACIONAL: “HIPERBÓREA”  
dirigida por Napoleón Conde Gaxiola

*Teoría crítica y derecho contemporáneo*

PRIMERA EDICIÓN, 2015

© 2015 Napoleón Conde Gaxiola / Compilador

D.R.© 2015 Editorial Horizontes

Morelos 27, Delegación Coyoacán,

04850 México, D.F.

Se prohíbe la reproducción parcial o total  
de esta obra —por cualquier medio—  
sin el permiso previo y por escrito del editor.

DISEÑO: Gregorio Cervantes gre\_cer@yahoo.com.mx

ISBN: ISBN: 978-607-00-9345-6

IMPRESO EN MÉXICO / PRINTED IN MEXICO

## PRÓLOGO

El presente texto titulado “Teoría Crítica y derecho contemporáneo” constituye una recopilación de escritos jurídicos sobre temáticas relevantes de nuestro tiempo. También implica una recuperación de diversas orientaciones de corte marxista, anarquista, hermenéutico, interpretacional y de otras corrientes sobre tópicos básicos, entre los que se encuentra el cruce que se realiza, entre la teoría de la dependencia y la teoría del derecho llevado a cabo por los juristas brasileños Ricardo Prestes Pazello y Rubens Bordinhão de Camargo Neto. También es posible encontrar la visión crítica del nuevo constitucionalismo latinoamericano encarnado en el escrito del jurista español Albert Noguera titulado “Igualdad, crisis y constitucionalismo: Los aportes del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Por otro lado, el abogado anarquista argentino Anibal D’Auria nos provoca con un artículo denominado “Teoría del Estado y crítica del derecho: un análisis semántico preliminar para un programa de crítica radical”; en un sentido similar el crítico de Puerto Rico Carlos Rivera Lugo presenta un interesante reflexión sobre la normatividad comunitaria elaborando un fuerte cuestionamiento a la normatividad coactiva del estado. A su vez el Dr. Oscar Correas nos invita a reflexionar sobre la articulación sobre marxismo y derecho y a pensar el papel del estado en la transformación de la sociedad. Los juristas brasileños Márcio Bilharinho Naves y Celso Naoto Kashiura Jr. Han elaborado un sugestivo trabajo en la que la ideología jurídica es fundamental para subordinar el trabajo real de los seres humanos a la reproducción del capital. En una arista similar el brasileño Julio Moreira introduce una visión de cómo leer a Vladimir Illich Lenin desde la teoría marxista del derecho. El joven pensador

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

mexicano Víctor Romero Escalante analiza la primera aproximación seria para construir una teoría marxista del derecho desde el jurista soviético Peter Ivanovich Stucka y los aportes que puede ser utilizado en el siglo XXI. Finalmente Napoleón Conde aborda la problemática del positivismo jurídico desde la teoría, el método y la ideología para señalar sus límites desde la perspectiva de una jus-hermenéutica.

A su vez agradecemos al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y de manera especial al proyecto de Ciencia Básica 219571, titulado “Un enfoque hermenéutico del derecho y del turismo (continuación) caso de éxito 2012”, su apoyo para la concreción del presente libro.

Napoleón Conde Gaxiola

## TEORÍA DEL ESTADO Y CRÍTICA DEL DERECHO: UN ANÁLISIS SEMÁNTICO PRELIMINAR PARA UN PROGRAMA DE CRÍTICA RADICAL

Aníbal D'Auria<sup>1</sup>  
Jurista argentino.

### INTRODUCCIÓN

En este artículo hago un análisis semántico de la diversidad de sentidos con que se suelen emplear términos demasiado manoseados y gastados como “ius-naturalismo”, “ius-positivismo” y “crítica”. Después de mostrar la incómoda multivocidad de esos términos, sugiero un cambio de vocabulario para evitar confusiones terminológicas. Hablaremos de “preferencias ético-políticas” cuando el lenguaje es empleado normativamente, o sea, para expresar valoraciones, órdenes, consejos, etc. (uso del lenguaje que, obviamente, incluye al mismo derecho). Hablaremos de Ciencia del Derecho cuando el lenguaje es empleado para informar (de modo constatable) acerca las normas y las relaciones entre las normas que conforman un determinado orden jurídico vigente (derecho positivo). Y hablaremos de Crítica del Derecho cuando el lenguaje también es empleado para informar (de modo constatable), pero sobre los condicionamientos, prejuicios y supuestos sociales, históricos, culturales, económicos, que determinan al mismo derecho, tanto en su contenido como en su forma coactiva. Una vez aclaradas estas nociones, ensayo algunas ideas acerca de lo que sería propiamente un programa de crítica radical del derecho como crítica radical del Estado.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad de Buenos Aires

ANÍBAL D'AURIA

## 1, LA PALABRA “IUS-NATURALISMO”

Aunque en los ámbitos jurídicos suele emplearse el término “ius-naturalismo” con temeraria seguridad, casi siempre se lo hace de manera vaga y poco clara. En realidad, la mayoría de las veces que lo he oído o leído, he podido constatar que se lo hace de modo confuso, y que no siempre se lo emplea del mismo modo cuando dos o más personas discuten sobre algún asunto de filosofía del derecho o de filosofía política.

En primer lugar, y en una acepción muy general, muchos juristas (no por cierto los filósofos del derecho ni los filósofos políticos) emplean el término “ius-naturalismo” para designar a cualquier discurso normativo acerca de cómo *debería ser* el Derecho o el orden político de una sociedad. Este es un uso que creo inapropiado por ser excesivamente amplio, pues en este sentido todos seríamos ius-naturalistas, incluso los ius-positivistas más rigurosos. En efecto todos tenemos convicciones más o menos explícitas acerca de cómo *deberían ser* el Derecho o el orden político. El propio Kelsen posee una teoría de la justicia y nunca ocultó sus convicciones democráticas.<sup>2</sup> Por ser desmedidamente amplio, este empleo del término resulta científicamente inútil y lleva a peligrosas confusiones (como, por ejemplo, cuando Zaffaroni incluye al pensamiento jurídico-político anarquista dentro de una amorfía, indefinida y gigantesca bolsa de ius-naturalismos).<sup>3</sup>

En una segunda acepción, algo más restringida pero igualmente confusa, se emplea la etiqueta “ius-naturalismo” prácticamente como

2 Por ejemplo, escribe Kelsen: “En rigor yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia.” KELSEN (1984: 120). Como se ve, sería ridículo decir que Kelsen es un ius-naturalista por el simple hecho de expresar esas preferencias morales o políticas.

3 Ver ZAFFARONI (2005: 407-408). Creo haber mostrado la confusión que genera Zaffaroni en este sentido, en D'AURIA (2012: 174-177).

sinónimo de toda la variada y heterogénea gama de teorías políticas denominada *contractualismo*. Así lo emplean, por ejemplo, Bobbio y Bovero en un afamado ensayo, a pesar de que autores como Spinoza, Puffendorf, Hobbes, Locke, Rousseau o Kant apenas tienen en común el uso de la figura del contrato.<sup>4</sup> No es éste el lugar para explicar las notables diferencias entre todos los autores escolarmente llamados *contractualistas* más allá de la metáfora en común que engañosamente los reúne.<sup>5</sup> Pero para mostrar la impropiedad del término así empleado, acaso alcance con mencionar que el propio Bobbio, a pesar de incluir a Hobbes dentro del “modelo ius-naturalista”, también lo cataloga como *positivista ideológico* o *legalista ético*.<sup>6</sup> En cuanto a otros autores contractualistas tenidos por “ius-naturalistas”, algunos sólo están postulando una teoría normativa acerca de *cómo debería ser* el orden político (es decir, una simple teoría de la justicia, en el sentido explicado más arriba).

En una tercera acepción, ya mucho más precisa y técnica, “ius-naturalismo” se emplea para designar una suerte de *metafísica idealista y platónica* acerca del derecho, es decir, un dualismo ontológico que postula una realidad trascendente, inmutable e intangible, considerada, no como una simple preferencia normativa, sino como LA VERDADERA REALIDAD INMUTABLE Y TRASCENDENTE de la que emanarían LOS VERDADEROS VALORES, IMPERATIVOS O DEBERES. Es decir: se postula aquí un orden moral supra-histórico, eterno y trascendente que se postula como derecho. Cuando Kelsen dirige sus dardos contra el ius-naturalismo, generalmente está usando específicamente el término en este sentido.<sup>7</sup>

4 BOBBIO y BOVERO (1986).

5 Ver D'AURIA (2013 b).

6 BOBBIO (1992: 57-60). Es cierto que el positivismo ideológico o legalismo moral, como veremos, puede cometer una falacia similar a la que comete el ius-naturalismo entendido en sentido estricto. Pero precisamente esto muestra la confusión terminológica que conlleva el empleo indiscriminado de etiquetas simplonas como “ius-positivismo” o “ius-naturalismo”.

7 Así lo explica Kelsen: “La doctrina del derecho natural se caracteriza por el establecimien-

ANÍBAL D'AURIA

En una cuarta y última acepción, que incluiría a la anterior pero no se agota en ella, por “ius-naturalismo” se entiende una *confusión lógica entre el uso informativo-constatativo del lenguaje y su uso normativo o prescriptivo*. En este sentido se suele decir que el “ius-naturalismo” pretende derivar el “*es*” a partir del “*debe*” (es decir, quebranta el denominado “principio de Hume”) o que incurre en la llamada “falacia naturalista” de hablar de preferencias o valores como si se tratara de cosas o hechos. Como vemos, el sentido anterior (ius-naturalismo como dualismo ontológico) queda subsumido dentro de esta cuarta acepción. Pero esta última presenta la ventaja de plantearse en el terreno de la filosofía del lenguaje. Como se ve, entonces, en este sentido, ser ius-naturalista no consiste meramente en tener ciertas convicciones o preferencias acerca de *cómo debería ser* el Derecho o el orden político (convicciones o preferencias que tenemos todos), sino en confundir esas preferencias con el orden jurídico-político positivo, es decir, en confundir el uso normativo del lenguaje con el uso informativo-constatativo del mismo. A esta confusión lógica le llamaré “ius-naturalismo” como falacia.

---

to de dualismo fundamental entre derecho positivo y derecho natural. Por encima del imperfecto derecho positivo existe un derecho natural perfecto, absolutamente justo; y aquél se justifica únicamente en la medida en que corresponde al natural. El dualismo de los derechos positivo y natural, característico de la doctrina, se asemeja en tal respecto al dualismo metafísico de la realidad y las ideas platónicas. El centro de la filosofía de Platón es la doctrina de las ideas. De acuerdo con dicha doctrina —que tiene un carácter totalmente dualista— hallase el mundo dividido en dos esferas diferentes: una es el mundo visible que sólo podemos percibir a través de nuestros sentidos y al cual damos el nombre de realidad; la otra está constituida por el mundo invisible de las ideas. Cada objeto del mundo visible tiene su patrón ideal o arquetipo en el invisible. Las cosas en el orden de la sensibilidad son sólo copias imperfectas, sombras, por decirlo así, de las ideas que existen en el mundo invisible. El dualismo entre realidad e idea, entre el mundo imperfecto de nuestros sentidos y otro mundo perfecto, inaccesible a la experiencia de los mismo sentidos, es decir, el dualismo entre naturaleza y súper naturaleza, entre lo natural y lo sobrenatural, lo empírico y lo trascendente, el más acá y el más allá, esta reduplicación del universo, no es sólo un elemento de la filosofía platónica, sino ingrediente típico de toda interpretación metafísica o, lo que es lo mismo, religiosa de lo existente. Tal dualismo tiene a veces un carácter optimista y conservador, a veces pesimista y revolucionario, según que se pretenda que hay conformidad o contradicción entre la realidad empírica y las ideas trascendentes. El propósito de semejante metafísica no es, como el de la ciencia, explicar racionalmente la realidad, sino más bien aceptarla o rechazarla en actitud emocional. Y el sujeto es libre para elegir la primera o la segunda de esas interpretaciones de la relación entre la realidad y las ideas, porque el conocimiento objetivo de estas últimas no es posible, a causa del carácter trascendente implicado en su misma definición” (KELSEN, 1988: 13-14).

Ahora bien, en el sentido moderno de *ciencia* (que poco o nada tiene que ver con la noción platónica de *episteme*), el discurso científico sobre un fenómeno u objeto determinado recién surge cuando se logra separar analíticamente la descripción de la valoración y la explicación de la prescripción; es decir, cuando se sabe diferenciar el empleo informativo-constatativo del lenguaje (que describe o explica lo existente) de su empleo normativo (que valora, prescribe o expresa “preferencias” subjetivas). Esta fundamental distinción lógico-lingüística es lo que marca el tránsito, por ejemplo, de la astrología a la astronomía, de la alquimia a la química y de la moral y la religión a las ciencias sociales. Por la misma razón, podemos decir que, en el campo del estudio del derecho, el ius-naturalismo, entendido como teoría de la justicia, puede constituir un discurso extra-científico respecto del derecho, aunque tal vez de interés filosófico moral o político; pero entendido como falacia, no es más que una visión pre-científica de los fenómenos jurídicos.

## 2, LA PALABRA “IUS-POSITIVISMO”

El empleo del término “ius-positivismo” no resulta menos equívoco que el de “ius-naturalismo”. En principio, porque ya el sólo término “positivismo” tiene varios significados en el campo filosófico general: a veces se llama positivismo a la metafísica de la historia de Comte; también se llama así a la sociología de Dukheim, que poco o nada tiene que ver con lo anterior; a veces se llama de igual manera al darwinismo social de fines del siglo XIX y principios del XX; ya en el siglo XX también se llama “positivismo” al empirismo lógico, o bien, vinculado a esa corriente, también se llama así al “fiscalismo” y al “conductismo”; a veces se llama “positivista” a quien sólo recurre a técnicas cuantitativas de investigación y se apega a un modelo “explicacionista” de ciencia social (es decir, rechaza el “comprensivismo” y las técnicas cualitativas de investigación); en fin, creo que podríamos escribir todo un libro

ANÍBAL D'AURIA

sobre la inmensa cantidad de sentidos que se le ha dado y se le sigue dando al término “positivismo”. Incluso en el campo específico de la criminología también se ha llamado “positivismo” al lombrosianismo.

Pero los usos actuales del término dentro de los ámbitos jurídicos tienen poco o nada que ver con todo eso. Lo que no significa que el término “ius-positivismo” sea hoy empleado de modo claro y preciso. Pero afortunadamente ya contamos con las diferenciaciones analíticas necesarias para evitar confusiones. En efecto, en un libro ya clásico, Bobbio traza las distinciones semánticas que hoy día se encubren tras la misma etiqueta.<sup>8</sup>

En un sentido *ideológico político* o *ético* se emplea “ius-positivismo” para designar ciertas posiciones políticas que identifican el *deber moral* con el derecho.<sup>9</sup> Se trata del legalismo moral o “positivismo ético”. Como se ve, el ius-positivismo entendido de esta manera *es proclive* a cometer el mismo sofisma que el ius-naturalismo como falacia, sólo que en dirección opuesta.<sup>10</sup> Mientras el ius-naturalismo como falacia tiende a desconocer el carácter jurídico del derecho en nombre de ciertas convicciones morales, el jus-positivismo ético desconoce toda preferencia moral diferente de lo que ordene el derecho vigente: el primero pretende deducir el “*es jurídico*” del “*debe ser moral*”, en tanto que el segundo pretende deducir el “*debe ser moral*” del “*es jurídico*”. En ambos casos se confunde el discurso moral con el discurso jurídico, y se confunden los usos normativo e informativo del lenguaje. Entendido en este sentido ético o ideológico, el “ius-positivismo” resulta ser tan pre-científico como su supuesto oponente (pero secreto cómplice), el “ius-naturalismo”.

En otro sentido, que podríamos llamar *doctrinario*, la etiqueta “ius-positivismo” se aplica a ciertas teorías que proveen un aparato concep-

<sup>8</sup> BOBBIO, N. (1993).

<sup>9</sup> Téngase presente, como ya dije, que siempre que yo escriba “derecho”, sin adjetivo alguno, ha de entenderse derecho positivo.

<sup>10</sup> Sin embargo, veremos con el ejemplo de Hobbes que no necesariamente el legalismo moral resulta lógicamente inconsistente.

tual técnico que pueda servir para la sistematización, explicación y descripción dogmática del ordenamiento jurídico. De esta manera el término “ius-positivismo” es aplicado a ciertas Teorías del Derecho que definen a su objeto (o sea, al derecho) a partir de ciertas características constatables (v.gr. como orden normativo coactivo y vigente) dejando de lado o entre paréntesis los juicios de valor y las preferencias morales del observador. Es claro que se trata aquí de teorías con pretensiones de validez epistémica, es decir, con pretensiones de coherencia interna y, desde el punto de vista externo, con pretensiones de ser tenidas por útiles para una *descripción* fiel y precisa del derecho. Y por ello, son teorías científicas acerca del derecho, aunque pueda haber divergencias y polémicas entre los diversos juristas positivistas (es más: precisamente por ello mismo son científicas, es decir, susceptibles de ser testeadas y corregidas intersubjetivamente en referencia al ordenamiento jurídico positivo). Por ejemplo, la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen es una teoría ius-positivista en este sentido, pues básicamente se trata de un aparato teórico-conceptual, con pretensiones de asepsia valorativa y consistencia lógica, que puede servir de herramienta a la Dogmática Jurídica para describir y explicar cualquier orden jurídico positivo.

En fin, en un tercer sentido que abarca al anterior se suele entender también por “ius-positivismo” un *método* consistente simplemente en estudiar al Derecho como un fenómeno fáctico, o sea, en su exclusiva y efectiva positividad. Claramente hay una fuerte vinculación entre el ius-positivismo entendido así, como método, y el ius-positivismo entendido como teoría jurídica específica: una determinada teoría positivista del derecho como la de Kelsen presupone al ius-positivismo metodológico, pero no a la inversa. Como explica Bobbio:

“Efectivamente, aceptar el método positivista no implica aceptar también la teoría iuspositivista: la conexión entre el primero y la segunda es un hecho puramente histórico, no lógico, que se explica porque los primeros autores que aplicaron el método positivista vivían en un contexto

ANÍBAL D'AURIA

histórico-social (la Europa continental del siglo pasado) en el que el Derecho pasó a ser exclusivamente un producto del Estado, y a partir de ese dato esos autores construyeron su teoría iuspositivista. En otros ambientes, en cambio (como en el mundo anglosajón), la vida jurídica reúne características diferentes (creación del Derecho por el juez, etc.) y, por tanto, la aplicación del método iuspositivista lleva a resultados teóricos diferentes: las diferencias entre teoría iuspositivista y teoría realista del Derecho no deriva de una *diferencia de método*, sino de la aplicación del mismo método –el del positivismo jurídico– a una *realidad jurídica diferente*.<sup>11</sup>

Como se ve, el ius-positivismo entendido como método consiste simplemente en no confundir el empleo informativo-constatativo del lenguaje con su empleo normativo o valorativo. Obviamente, el lenguaje del derecho es normativo (porque ordena), pero el lenguaje de la Ciencia del Derecho no lo es (porque *pretende* informar, de manera sistematizada, acerca de lo que el derecho ordena). Esta distinción entre derecho y Ciencia del Derecho es vital para el ius-positivismo metodológico: el derecho prescribe normas; la Ciencia del Derecho *pretende* describir esas normas como elementos de un sistema normativo consistente.<sup>12</sup> En este sentido, la Ciencia del Derecho sólo es posible desde el ius-positivismo metodológico, o para ser más precisos: *si* una Ciencia del Derecho ha de ser posible, sólo puede serlo desde el ius-positivismo metodológico. En las páginas siguientes emplearemos el término “ius-positivismo” entendido en este estricto sentido metodológico, y a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen la consideraremos como una teoría

11 BOBBIO (1993: 238).

12 La ambigüedad del término “derecho” que suele designar tanto a un objeto de estudio (el orden jurídico positivo) como al estudio de ese mismo orden jurídico (Ciencia del Derecho) genera muchas confusiones y malentendidos respecto del “iuspositivismo” en general y de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen en particular. Por ejemplo, la tan discutida postulación kelseniana de la *Grundnorm* debe entenderse propiamente, no como un presupuesto del derecho, sino como un presupuesto para el estudio y el conocimiento del derecho (es decir, de la Ciencia del Derecho). Cf. KELSEN (2011: 209).

jurídica “positivista” entre otras posibles, aunque central e importantísima para la conformación de un programa radical de Crítica del Derecho. En cuanto al “positivismo ético o ideológico”, por tratarse de un discurso de tipo moral o político, lo consideraremos como una actitud pre-científica que confunde diferentes empleos del lenguaje (igual que el ius-naturalismo como falacia) o, en el mejor de los casos (igual que el ius-naturalismo como teoría de la justicia), como un simple discurso normativo que expresa preferencias personales en el plano del “deber”.

### 3, LA PALABRA “CRÍTICA”

En su uso más general, cotidiano y vulgar, el término “crítica” suele designar algún tipo de discurso valorativo negativo respecto de algo; es decir: se dice que alguien hace una crítica de algo o de alguien cuando emite *comentarios morales o estéticos des-valiosos*. En este amplísimo y vulgar sentido, la crítica se entiende como la expresión de preferencias normativas o valorativas adversas. A este uso del término le llamaré *crítica como juicio des-valioso*.

En un sentido algo más restrictivo (aunque no demasiado), “crítica” se emplea como sinónimo de *objeción fundamentada o argumentada* respecto de un discurso o a una acción, por ejemplo, haciendo públicas sus contradicciones teóricas o sus inconsecuencias prácticas. En este sentido, la crítica no puede ser patrimonio de ninguna escuela filosófica ni ius-filosófica en particular porque es el tipo de actitud que se espera de cualquier escuela o de cualquier adversario razonable en toda polémica, sea o no académica. Y especialmente en el campo intelectual es lo que de hecho suelen hacerse mutuamente los miembros de las más diversas y heterogéneas comunidades científicas, tanto de las ciencias duras como de las sociales. Ahora bien, a este uso podríamos llamarle *crítica como objeción fundamentada*.

ANÍBAL D'AURIA

En un sentido más específico todavía, “crítica” se emplea para designar una suerte de *examen criterioso, analítico, detallado e interpretativo* de algo, v.gr. una obra de arte (un *film*, una novela, una pintura), una ley o una sentencia, un proceso histórico político o incluso una gestión de gobierno. En este sentido, “crítica” no significa necesariamente juicio des-valioso ni objeción; puede perfectamente tratarse de una crítica laudatoria. A este uso del término le llamaré *crítica como análisis criterioso*.

En otro sentido muy generalizado en el ámbito de las ciencias sociales, también se suele identificar la palabra “crítica” con cualquier tipo de *discurso o punto de vista alternativo* a cualquier discurso (supuesta o realmente) hegemónico. Así, por ejemplo, en los últimos años muchos se ha empleado el término para designar puntos de vista, discursos o manifestaciones simbólicas contrarias o diferentes del (supuesta o realmente) hegemónico pensamiento único neo-liberal. A este uso del término, le llamaré *crítica como discurso heterodoxo*.

En fin, en un sentido ya muy preciso y técnico, “crítica” significa un tipo de reflexión filosófica o de indagación científica que apunta a mostrar las *condiciones de posibilidad* o los supuestos no explícitos de ciertos discursos (científicos o no) o de determinadas instituciones (valoradas positivamente o no). El uso del término “crítica” en este sentido técnico filosófico se remonta a Kant y a sus tres *Críticas* fundamentales: *Crítica de la razón pura*, *Crítica de la razón práctica* y *Crítica del juicio*. Pero en Kant, la investigación de esas “condiciones de posibilidad” del conocimiento, del actuar moral y del juzgar, se plantea aún en un plano trascendental a-histórico. Como veremos más adelante, fue recién después de Hegel y a partir de Feuerbach, con la Crítica dirigida al propio idealismo filosófico por parte de lo que se conoció como “izquierda hegeliana”, que la idea filosófica de Crítica viró hacia el materialismo anti-metafísico y anti-trascendentalista para pasar a ser indagación de las condiciones *materiales* de posibilidad, presupuestos y prejuicios subyacentes en cualquier discurso, punto de vista o institución social.

A este uso del término “crítica” le llamaré crítica *en sentido técnico-filosófico*, o simplemente Crítica, así, con mayúscula. Subrayemos ahora un par de cosas que no deben perderse de vista:

1. Al hacer la Crítica, por ejemplo, de un determinado modo de pensar o de observar, se busca poner en evidencia los puntos ciegos no explícitos en los que dicho modo de pensar u observar se apoya o presupone sin tematizar. Como se ve, en este sentido, la Crítica es *observación* del modo de observar. La Crítica, entonces, en este sentido técnico, no es una vuelta a la confusión entre observación y valoración (o sea, entre el uso informativo-constatativo y el uso normativo del lenguaje), sino que más bien es una radicalización del discurso científico (uso informativo-constatativo del lenguaje). En otras palabras: la Crítica así entendida no es una reedición de la confusión entre los usos del lenguaje que caracteriza al pensamiento pre-científico, sino que más bien es una observación de segundo grado que pretende poner a la vista el suelo real (condiciones de posibilidad, supuestos o prejuicios) que otros han dado por sentado.
2. Ahora bien, en tanto observación de segundo grado, la Crítica es investigación y exposición de las *condiciones* desde donde otros prescriben o describen, el suelo real en que se apoya, sin advertirlo conscientemente, una institución o un discurso. Y como ese suelo es siempre histórico y social, la Crítica viene a desenmascarar la pretendida universalidad y atemporalidad de esos discursos e instituciones. Pero la Crítica no pretende necesariamente mostrar la falsedad de una determinada ciencia social o la injusticia de una determinada institución, sino simplemente su condicionamiento histórico-social. En este sentido, la Crítica contextualiza, historiza y desmitifica. Por ejemplo, cuando Marx hace la Crítica de la economía política clásica no está refutándola o desmintiéndola, sino mostrando sus condicionamientos socio-históricos, sin los cuales no hubiera sido posible, pues sólo podía surgir cuando y donde

ANÍBAL D'AURIA

surgió, como ciencia económica de la economía capitalista; por lo tanto, las “verdades” de la economía clásica no son a-temporales sino históricas. Como la Crítica relativiza e historiza, su efecto suele ser la corrosión de lo vigente y aceptado, abriendo así camino a la transformación social.<sup>13</sup>

3. Luego veremos con algún detalle que la Crítica guarda un vínculo de origen imposible de quebrar con la visión moderna acerca de las relaciones entre Historia y Razón. Por ahora recordemos lo ya dicho: la Crítica parte del supuesto fundamental de que toda teoría, toda institución y todo discurso en general, están condicionados por el contexto histórico y social en que ha emergido, y al poner en evidencia esos condicionamientos históricos, la Crítica historiza y relativiza, mostrando cómo su objeto, si bien positivo (es decir: vigente en cierto momento histórico), es contingente y no universal ni inmutable. Ahora agreguemos, entonces, que todo discurso o investigación producido por la Crítica, por estar también determinado por un contexto histórico y social, es susceptible, a su vez, de caer bajo la lupa de la Crítica.

De esta manera, en el campo del derecho, la Crítica (o sea, crítica en sentido técnico-filosófico) puede dirigirse tanto al derecho, como a la Ciencia del Derecho, a los fines de poner en evidencia sus supuestos implícitos y sus condicionantes epocales o contextuales, incluso lo

---

<sup>13</sup> De ahí que sea muy común extender el significado de “crítica” (por una suerte de metonimia inconsciente) a aspectos accidentales (es decir, no definitorios) de la Crítica; ello es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se emplea el término como *discurso heterodoxo* (alternativo o contra-hegemónico). En estos casos se está tomando una consecuencia o característica habitual de la Crítica como si fuera su diferencia específica; pero aún en el caso de que toda indagación Crítica (en sentido técnico-filosófico) fuera heterodoxa, de aquí no podría inferirse que cualquier discurso heterodoxo (alternativo o contra-hegemónico) fuera crítico en sentido técnico-filosófico. Lo mismo ocurre cuando se identifica “crítica” con *militancia académica de izquierda*: aunque la Crítica suele ser cultivada por investigadores con convicciones progresistas, izquierdistas o revolucionarias, ello no constituye su rasgo necesario ni mucho menos definitorio; y aunque todo pensador que se dedique a la Crítica fuese necesariamente de izquierda, de ello tampoco se seguiría que cualquier discurso académico y militante de izquierda fuera “crítico” en sentido técnico filosófico.

psicológicos; pero nunca puede significar un ius-naturalismo redivivo y encubierto (sea éste entendido en el simple sentido de *discurso normativo* o, mucho menos, en el sentido de *falacia o confusión de usos del lenguaje*).

#### 4, UN CAMBIO DE VOCABULARIO: PREFERENCIAS ÉTICO-POLÍTICAS; CIENCIA DEL DERECHO; CRÍTICA DEL DERECHO

Al mostrar la enorme plurivocidad de los términos “ius-naturalismo”, “ius-positivismo” y “crítica” he intentado mostrar que esas etiquetas suelen emplearse ligeramente (y hasta temerariamente), generando más confusiones que claridades conceptuales. Creo que si somos capaces de distinguir (al menos teórica y analíticamente) el uso normativo del lenguaje (prescripción de conductas, expresión de preferencias) y el uso informativo-constatativo (información, descripción y/o explicación de hechos o comportamientos empíricos), y si fuéramos capaces de no dejarnos llevar fácilmente por términos que nos tocan afectiva o emocionalmente (como “ius-naturalismo”, “ius-positivismo” o “crítica”), los frecuentes y acalorados disensos dentro de la Teoría y la Filosofía del Derecho serían, si no inexistentes, sí menos intensos y superfluos.<sup>14</sup> Intentaré entonces reordenar en otras categorías lingüísticas menos comprometidas todo lo dicho hasta ahora.

<sup>14</sup> Suscribo lo que afirma Resnik: “Cuando se ilumina la cuestión terminológica, simplemente se ha desbrozado el camino de la ciencia de un escollo importante pero, en la mayoría de los casos, no se ha transitado aún la huella que podría conducir a la aclaración proficua del problema. / Pero también creo que muchas de las cuestiones que se arrastran a lo largo de los siglos en las ciencias sociales –incluyo ahora también al derecho o la ciencia política– se han visto enturbiadas por un manejo negligente de las convenciones lingüísticas. / Tampoco quiero dejar de lado que justamente con lo que podríamos llamar ‘la cuestión lingüística’, aparecerá, casi de modo irremediable lo que podríamos llamar ‘la cuestión valorativa’. Y esta cuestión valorativa se manifestará, casi con seguridad, con un uso poco pulcro –quizás habría que decir *poco consciente*– de los diversos niveles del lenguaje que podrían discriminarse”, RESNIK (2012: 140-141).

ANÍBAL D'AURIA

Hasta aquí hemos visto que tras la etiqueta “ius-naturalismo” se encubren al menos tres sentidos diferentes: a) mero discurso normativo; b) ontología dualista; c) falacia. Vimos también, por otra parte, que tras la etiqueta “ius-positivismo” se encubren al menos tres sentidos diferentes: a) legalismo moral (positivismo ético o ideológico); b) cierto tipo de teoría jurídica; c) cierta actitud metodológica ante el estudio del derecho. Por último, también vimos que tras la etiqueta “crítica” se encubren al menos cinco sentidos diferentes: a) juicio des-valioso; b) objeción fundada o argumentada; c) análisis criterioso; d) discurso contra-hegemónico o alternativo; e) indagación de las condiciones de posibilidad o supuestos de otros discursos (crítica *en sentido técnico* o Crítica).

Esos análisis, espero, han mostrado toda la vaguedad y multiivocidad de esos términos tan consolidados como gastados en la jerga jurídica. Bien, para evitar recurrentes y cansadoras discusiones yo propongo (sin pretensión alguna de ser original en ello) un simple cambio de vocabulario, al menos para el campo académico del estudio del derecho. Llamemos “preferencias ético-políticas” a todo lo que sea *discurso normativo*, es decir, a toda expresión de un “deber”, sea el del propio derecho positivo, sea el de un discurso particular acerca de cómo *debería ser* el derecho positivo. Llamemos “Ciencia del Derecho” a todo discurso descriptivo-explicativo (es decir, informativo con pretensiones constatativas) acerca del derecho vigente en cierta sociedad o ámbito societal. Y llamemos “Crítica del Derecho” a todo discurso descriptivo-explicativo (es decir, también informativo con pretensiones constatativas) acerca de las condiciones implícitas o presupuestos que determinan a cierto derecho vigente y a la Ciencia del Derecho.

Veamos con un poco más de detalle nuestra propuesta terminológica:

## a) PREFERENCIAS ÉTICO-POLÍTICAS:

Por “expresión de preferencias ético-políticas” entiendo todo discurso que formule prescripciones explícitas (v.gr. “debes hacer esto” o “no debes hacer aquello”) o postule juicios de valor (v.gr. “esto es bueno” o “aquello es injusto”); es decir: todo discurso que haga un empleo normativo del lenguaje.

En primer lugar, y obviamente, en esta categoría queda incluido lo que antes llamamos *jus-naturalismo en el sentido de mero discurso normativo* (o teoría de la justicia). Los discursos normativos acerca del derecho pueden consistir en la expresión aislada (e incluso no argumentada) de simples juicios morales o políticos puntuales como por ejemplo: “el aborto *no debería ser* punible” (o “el aborto *debe seguir siendo* punible”), “el régimen presidencialista *debería ser* modificado” (o “el régimen presidencialista *no debería ser* modificado”), pero también puede consistir en algún tipo de discurso más general, bien articulado, argumentado e internamente consistente, como por ejemplo la *Teoría de la Justicia* de John Rawls. De esta manera, también quedan incluidas dentro de esta categoría muchas obras fundamentales de la filosofía política, desde el *Contrato social* de Rousseau hasta las *Consideraciones del gobierno representativo* de J. S. Mill, desde *Utopía* de Moro hasta *Anarquía, Estado, Utopía* de Nozick, etcétera. Es decir, todas las teorías políticas apologéticas de algún tipo de orden social o político determinado (sean teorías *contractualistas* o no) constituyen expresiones de preferencias ético-políticas: emplean un lenguaje predominantemente normativo. En palabras de Kelsen: no pretenden explicar la realidad, sino incidir en ella deliberadamente motivando conductas.

Como puede verse, entonces, si nos atenemos a la idea de ciencia como conocimiento teórico constatativo construido sobre alguna clase de base empírica o, al menos, de referencia inter-subjetivamente constatable, la elaboración de discursos de preferencias ético-normativas no

ANÍBAL D'AURIA

necesariamente constituye la reedición de un pensamiento pre-científico o anti-científico (mágico o premoderno), sino meramente a-científico, extra-científico o no científico. Simplemente, cuando se expresan así preferencias ético-políticas se está haciendo un *uso normativo* del lenguaje que en nada contraría al ideal moderno de ciencia, sino que, en todo caso, corre por otro r carril.

Incluso también se podría decir lo mismo respecto del *ius-naturalismo entendido como dualismo ontológico*, en la medida que esta posición metafísica no obstaculice la comprensión de que una cosa son las normas positivas y otra cosa son las normas como me gustaría o deseara que ellas fueran. En este sentido, por ejemplo, el idealismo metafísico sólo sería pre-científico o anti-científico (y no meramente a-científico) si incurre en la necedad de confundir la validez formal de una norma positiva a partir de no reconocerle validez moral o política; es decir, el dualismo ontológico es anti-científico sólo cuando se torna en falacia; cuando no lo hace, es meramente extra-científico o a-científico.

Y lo mismo cabe decir del *positivismo ideológico o ético*. En efecto, no es lo mismo el “legalismo moral” al estilo Hobbes, que el simple error lógico de derivar la moral del derecho positivo. En realidad, Hobbes no sostiene que toda norma jurídica positiva sea una norma moral, sino que siempre es más peligroso y perjudicial desobedecer el derecho positivo, por injusto o inmoral que nos parezca, antes que vulnerarlo y abrir camino a la beligerante anomia que caracteriza, según él, a la ausencia de soberanía estatal. En otros términos: Hobbes está postulando que es *preferible* soportar y respetar un derecho relativamente injusto o inmoral antes que correr los riesgos sociales de una injusticia absoluta de un “estado de naturaleza” (ausencia de autoridad política). Como se ve, esta línea de argumentación puede resultarnos nada convincente, débil, antipática o insuficiente, pero no hay ninguna inconsecuencia lógica en ella; simplemente podemos no compartir la “preferencia” de Hobbes. De cualquier modo, este “legalismo moral”, que es

una variante de *positivismo ideológico*, pertenece al campo de la expresión de “preferencias ético-políticas” y es ajeno al uso constatativo del lenguaje que caracteriza a la ciencia. Tanto para el *ius-naturalismo entendido como dualismo ontológico* como para el *ius-positivismo ideológico o ético*, como para cualquier otro tipo de discurso normativo, la inconsecuencia lógica (falacia) no se da en el nivel de la “preferencia” en sí misma, sino que sólo puede producirse en el razonamiento o en la argumentación esgrimida para justificarla como “preferible”. Es decir: dos personas pueden coincidir en sus “preferencias”, pero una puede defenderla con una argumentación coherente y consecuente, mientras que la otra no. De cualquier modo, coherente o no, la expresión de “preferencias ético-políticas” consiste siempre en el empleo *normativo* del lenguaje y es ajeno (aunque no necesariamente contrario) al discurso de la ciencia.

Por la misma razón, también queda incluida como expresión de preferencias la *crítica entendida como juicio des-valioso*, pues emitir tal tipo de juicios no es otra cosa que expresar ciertas “preferencias ético-políticas” negativas respecto de otras “preferencias ético-políticas”. Lo mismo podemos decir de la *crítica entendida como análisis criterioso* en la medida en que se trata de un discurso evaluativo (positivo o negativo).<sup>15</sup>

En cuanto a la *crítica entendida como objeción argumentada*, en tanto consiste en el análisis de la estructura lógica de cualquier discurso, ya no se trata de un discurso normativo de expresión de “preferencias”; pero tampoco es incompatible con ese tipo de discurso. Antes bien, la consistencia lógica es lo que cualquiera espera de todo discurso, normativo o constatativo, político, moral, estético, científico o, incluso, religioso (la teología, entre otras cosas, es un intento por presentar más o menos lógicamente al discurso religioso). Por lo tanto, un discurso que

<sup>15</sup> Obviamente la expresión de “preferencias” no tiene por qué referirse exclusivamente a lo ético-político; también puede tratarse de preferencias estéticas. Pero en este trabajo dejaremos de lado este tipo de preferencias por ser demasiado ajenas al tema del Derecho, aunque nada impida un análisis estético-literario de los textos jurídicos.

ANÍBAL D'AURIA

expresé “preferencias ético-normativas” bien puede incluir “críticas” (objeciones fundadas o argumentadas) respecto de otros discursos normativos rivales. Pero es claro que el hecho de incluir objeciones fundamentadas respecto de otros discursos no transforma al discurso “criticante” en un discurso crítico en sentido técnico-filosófico (es decir, en Crítica).

Algo parecido podemos decir de la *crítica entendida como discurso heterodoxo*. Un discurso “heterodoxo” sólo puede entenderse como tal en relación a otro discurso considerado “ortodoxo”, hegemónico o dominante, independientemente de que se trate de un discurso normativo (es decir, de expresión de “preferencias”) o de un discurso con pretensiones de verdad científica. Por lo tanto, un discurso normativo puede perfectamente ser ortodoxo o heterodoxo (contra-hegemónico, alternativo). Pero aquí también resulta claro que el hecho de ser heterodoxo, alternativo o contra-hegemónico no transforma automáticamente al tal discurso en Crítica en sentido técnico-filosófico.

Por último, lo que es más importante: el mismo derecho positivo, en tanto discurso normativo, no es otra cosa que un conjunto de “preferencias ético-políticas” que pretenden imponerse obligatoriamente a todos (incluso a quienes no comparten esas “preferencias”) mediante un aparato coercitivo.<sup>16</sup> En este sentido, el derecho es un discurso

---

16 Esto no debe sorprender a nadie, pues el Derecho emerge como resultante de la interacción política. En un trabajo anterior lo he explicado de la siguiente manera: “Las fuerzas políticas que se mueven en el universo político (...) ejercen influencia motivadas por ciertos valores e intereses; por lo tanto, con la generalización de ciertas pautas de acción política, no sólo se produce poder, sino también derecho, que no es otra cosa que un conjunto de valores e intereses ‘objetivado’. (...) no hay que confundirse con el empleo de este término; no quiere decir que se trata de valores e intereses objetivos en un sentido axiológico o moral; simplemente quiere decir que ciertos valores e intereses, por lograr predominio en el mundo político, adquieren el estatus de derecho, es decir, tienen la pretensión de ser válidos positivamente para todos; y ‘positivamente’ quiere decir aquí que se apoyan en el régimen de poder vigente. Al afirmar que el derecho es un conjunto objetivado de valores e intereses, estamos diciendo que ciertos valores e intereses, los de un sector o grupo, se impone como válido para todos, incluso quienes tienen valores e intereses distintos” (D'AURIA, 2012: 28). Ahora, en el presente trabajo, remplazo la expresión “valores e intereses” por la expresión “preferencias ético-políticas”, y al hacerlo sigo una acertada sugerencia que me hiciera en comunicación privada Roberto Vernengo. De esta manera se elimina toda connotación metafísica o sustancialista que la anterior expresión pudiera sugerir.

normativo integrado por dos tipos de normas jurídicas: las que determinan conductas sancionables y las que organizan el aparato sancionatorio. Pero en todo caso, por “positivo” que fuere, se trata de un discurso normativo que expresa “preferencias ético-políticas”. Y de esta manera, todo discurso normativo que postule “preferencias ético-políticas” diferentes de las oficializadas por el derecho positivo, viene a resultar un discurso normativo crítica *en el sentido de heterodoxo, alternativo o contra-hegemónico* (lo que, como vimos, no significa de ninguna manera que constituya Crítica en sentido técnico).<sup>17</sup>

#### b) CIENCIA DEL DERECHO:

Por “Ciencia del Derecho” entiendo un tipo de discurso *no normativo sino informativo-constatativo* (descriptivo y explicativo, es decir, con *pretensiones veritativas*) acerca del derecho positivo. Si el discurso del derecho es normativo (esto es, expresa preferencias ético-políticas), el discurso de la Ciencia del Derecho es un discurso informativo-constatativo que pretende describir sistemáticamente esas preferencias positivizadas en derecho. En efecto, no es lo mismo decir: “el aborto *debe* ser castigado con X pena” (discurso normativo del derecho), que decir: “en el derecho argentino hay una norma que castiga el aborto con X pena” (discurso informativo-constatativo de la Ciencia del Derecho). En el primer ejemplo hay una prescripción, una norma; en cambio, en el segundo ejemplo hay una descripción, una información constatable acerca de la existencia de una norma. El derecho prescribe conductas; la Ciencia de Derecho pretende informar acerca de las conductas que el derecho prescribe. El lenguaje de la Ciencia del Derecho es, o pretende ser, informativo-constatativo.

<sup>17</sup> En este sentido no técnico parece entender “crítica” Dussel cuando da ese nombre a su propuesta ética normativa (ética de la liberación) por ser una ética *contra-hegemónica*. Cf. DUSSEL (2009). Sin embargo, aunque Dussel emplee ese término de manera técnicamente incorrecta, toda su teorización incluye importantes aspectos críticos en sentido estricto, es decir, técnico-filosófico.

ANÍBAL D'AURIA

Nunca está de más insistir en estas obviedades, porque los malentendidos sobre esto aún siguen reinando en el ambiente académico, incluido el ámbito más específico y especializado de los filósofos del derecho. Sin embargo, la claridad analítica de esta diferencia entre derecho y Ciencia del Derecho no significa que el programa de un estudio científico (asépticamente descriptivo-explicativo) del derecho no revista problemas epistemológicos importantes; sin ir más lejos, hay que preguntarse seriamente qué significa *describir una norma*, sobre todo teniendo en cuenta que no se trata de un objeto estrictamente empírico, es decir, sensible, sino de la comprensión de un sentido (aun cuando ese sentido sea abstraído a partir de la observación empírica de un texto legal o de una conducta). Esto nos llevaría a la cuestión que yo llamo “problema del efecto realizativo de la explicación” (como veremos luego).

Que en la práctica sea difícil (o incluso, imposible) diferenciar con precisión el derecho de la Ciencia del Derecho no significa que analíticamente no tengamos en claro la diferencia entre emitir una orden e informar sobre una orden emitida por un tercero. En efecto, el tema de la persona (gramaticalmente entendida) que emite el discurso es fundamental en este asunto. En primera persona del singular la diferencia entre emitir una orden e informar de ella se desdibuja: cuando digo “les prohíbo que fumen” es obvio que al mismo tiempo que doy la orden la estoy comunicando (la estoy informando a sus destinatarios); y a la inversa, tampoco tendría sentido decirle a alguien: “les informo que les prohíbo fumar, pero no se los ordeno”. Pero cuando el registro discursivo se presenta en tercera persona, la diferencia sí se hace bien clara: una cosa es que alguien diga “les prohíbo fumar” y otra cosa es que un tercero diga: “les informo que el profesor nos prohíbe fumar”. En este último caso, el hablante no está ordenando nada, sino que nos informa acerca de la orden dada por otro. Y este sería el caso, al menos en teoría, de la Ciencia del Derecho: no pretende emitir normas, sino sólo informar de manera

coherente y sistemática acerca de las órdenes emitidas por el derecho.

La Ciencia del Derecho, entonces, estaría constituida por dos subtipos de discurso: la Teoría General y la Dogmática. Como toda disciplina con pretensiones científicas, la Ciencia del Derecho requiere de un aparato conceptual sólido y lógicamente consistente, así como de un lenguaje técnico, en gran medida especializado, para poder definir, describir y explicar con algún rigor y precisión el objeto de su estudio (en este caso, el derecho). Bien, esa tarea es la que viene a cubrir la Teoría General del Derecho.<sup>18</sup> En cuanto a la Dogmática, no consistiría en otra cosa que en la descripción y explicación efectiva del derecho vigente realizada a través del aparato terminológico y conceptual provisto por la Teoría General. De esta manera, la Teoría General no es ni falsa ni verdadera, sino lógicamente consistente o inconsistente, y pragmáticamente útil o inútil al efecto de proporcionar herramientas adecuadas a su fin de describir y explicar el derecho; pero la Dogmática sí puede ser verdadera o falsa, en la medida que brinde o no una descripción y

18 Con la palabra "Teoría del Derecho" tenemos una ambigüedad que da lugar también a varios malentendidos. A veces, como ahora, usamos "Teoría del Derecho", para referirnos al aparato conceptual técnico que sirve de instrumento a la Dogmática del Derecho. Pero a veces lo usamos para referirnos a cualquier clase de teorización acerca del derecho, aunque no tengan utilidad directa alguna para la Dogmática; éste es el caso de ciertos autores de *crítica jurídica* que hablan de una Teoría *Crítica* del Derecho como si se tratara de una opción alternativa a las teorías del derecho positivistas. Obviamente, una teoría crítica del derecho (es decir, una teoría resultante de la Crítica acerca de los condicionamientos extra-jurídicos del derecho) es una Teoría del Derecho en el sentido de *acerca* del derecho, es decir, un conjunto de proposiciones coherentes y con pretensiones veritativas acerca de las determinaciones y condiciones sociales del derecho; pero no lo es en el mismo sentido de la Teoría General del Derecho, que es un conjunto de proposiciones coherentes y definiciones destinadas al uso informativo y sistematizador de la Ciencia del Derecho. Por ejemplo veamos una analogía con la religión: una cosa es una religión positiva (v.g. el cristianismo católico); otra cosa es el estudio sistematizado de los dogmas religiosos de esa religión (lo que podríamos llamar "dogmática teológica", como equivalente a la Dogmática Jurídica); otra cosa es una Teología General que provea conceptos y proposiciones generales para el estudio de cualquier religión (análoga a la Teoría General del Derecho); y otra cosa es la Crítica de la religión, o sea, la indagación acerca de las condiciones materiales, sociales, etc. que hacen posible que haya ciertos dogmas religiosos o religión en general. Ciertamente también se le puede llamar "teología crítica" a la Crítica de la religión, pero indudablemente ya estamos en un plano muy distinto de lo que entendemos por "teología" cuando hablamos de "dogmática teológica" y de "teología General".

ANÍBAL D'AURIA

explicación del derecho adecuada a su realidad efectiva. Por ejemplo: la proposición informativa (de la Ciencia del Derecho) que afirme que “el derecho argentino penaliza el aborto” será verdadera *si y sólo si* en el derecho argentino existe alguna *norma* que efectivamente *prescriba* una sanción penal para la conducta del aborto.

Parece claro que puede haber divergencias entre especialistas de la Ciencia del Derecho (juristas), en cuanto a las ventajas de ciertas categorías de la Teoría General (por ejemplo, la noción de “derecho subjetivo”) o en cuanto a las diferentes descripciones del derecho que pueda ofrecer la Dogmática (por ejemplo, si en el derecho argentino hay realmente una norma que penalice la violación del hombre por una mujer). Pero tales divergencias son internas a la disciplina, como las que pueden darse dentro de cualquier otra ciencia positiva, incluso las llamadas “duras”. Las polémicas internas, aunque en diferente medida, son inherentes a toda ciencia, precisamente por el carácter siempre hipotético del discurso científico, que queda siempre abierto a nuevos testeos constatativos y a nuevas reformulaciones teóricas. Por lo demás, del hecho de que haya ciencias menos rigurosas que otras no se infiere que unas sean menos ciencia que otras. El rigor de un discurso científico suele estar más relacionado a las características de su objeto de estudio que a una deficiencia cognitiva; y es obvio que el mundo social es, por así decirlo, menos sólido que el mundo natural; además, el mundo social, y particularmente las normas jurídicas, está transido de sentidos que han de ser comprendidos. Pero este problema no es mayor en la Ciencia del Derecho que en la Sociología, la Antropología, la Psicología, la Historia, la Economía, etc. (y como dije, ni siquiera está totalmente ausente en las ciencias más duras)

Entonces, dicho todo esto, dentro de la categoría “Ciencia del Derecho” comprenderemos tanto al *positivismo metodológico*, como a toda Teoría General del Derecho concebida a los fines de describir-explicar al derecho vigente (incluida la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, pero también teorías como el realismo jurídico). Y obvia-

mente, también queda incluido aquí todo discurso descriptivo-explicativo del derecho (Dogmática Jurídica) resultante de la aplicación de una Teoría del Derecho positivista.<sup>19</sup>

Por otro lado, la *crítica entendida como objeción fundada o argumentada* no sólo no es incompatible con los discursos de la Ciencia del Derecho (como no lo es tampoco con los discursos de preferencias ético-políticas), sino que le es particularmente común, siempre que se trate de objeciones lógicas o empíricas; son esta clase de críticas las que se reflejan en el campo de las polémicas intra-disciplinarias propias de toda ciencia positiva.

En cuanto a la *crítica entendida como discurso heterodoxo, alternativo o contra-hegemónico* (como ya dijimos respecto de los discursos de preferencias ético-normativas) tampoco resulta incompatible con la Ciencia del Derecho. Por el contrario, más que cualquier expresión de preferencias ético-políticas, la Ciencia del Derecho es el único discurso verdaderamente contra-hegemónico en las sociedades o en los ámbitos donde aún no se ha constituido o consolidado un estudio descriptivo-explicativo del derecho (es decir, donde reina una concepción pre-científica que aún no ha sabido comprender la diferencia entre un empleo normativo y otro informativo del lenguaje, o sea, entre prescribir y constatar). Pero además, una descripción-explicación sistemática del Derecho, mientras se apegue al derecho positivo, bien puede ser heterodoxa o alternativa respecto de otras (por ejemplo al poner en duda la validez jurídica de una norma considerada mayoritariamente válida).

Por último, la Crítica, *en sentido técnico-filosófico*, si bien es un tipo de estudio diferente de la Ciencia del Derecho, no le resulta del todo extraño ni incompatible:

“Adoptar una actitud reflexiva y hacer temático lo que ordinariamente constituye un presupuesto implícito –los criterios que utilizamos efecti-

<sup>19</sup> Como bien apunta Bobbio, no es posible ser un positivista teórico sin ser positivista metodológico.

ANÍBAL D'AURIA

vamente cuando atribuimos a una norma la calidad de integrante del orden positivo argentino—, es ya de por sí un momento de la faena científica de conocimiento del derecho. Y al adoptarla, comprendemos cómo la actitud científica implica de consuno adoptar un suerte de actitud crítica, entendida por tal la actitud que exige que los presupuestos implícitos sean hechos explícitos y sometidos a control racional”.<sup>20</sup>

Esta clara explicación de Vernengo, muestra que los vínculos entre Ciencia del Derecho y Crítica del Derecho son más fuertes de lo que tanto ciertos dogmáticos ingenuos como ciertos “críticos” vulgares suelen creer.

### C) CRÍTICA DEL DERECHO:

En lo que a mí respecta, y como he venido haciendo hasta ahora, empleo “crítica” (así, entre comillas) cuando deliberadamente quiero usar la palabra en toda su multivocidad y ambigüedad, incluyendo tanto su significado técnico como sus variados significados vulgares). En cambio, cuando la empleo estrictamente en sentido técnico-filosófico uso la mayúscula, Crítica (o digo crítica en sentido técnico, así adjetivada). Por último, cuando escribo simplemente crítica (así, con minúscula, sin comillas y sin adjetivos adicionales) la estoy usando para aludir a cualquiera de sus significados vulgares o no técnicos. De cualquier modo, confío también en que el lector se dará cuenta, por el contexto en que aparezca, del sentido en que empleo el término en cada caso.

Según lo visto en a) y en b), entonces, tenemos que el discurso *normativo* del derecho (que no es otra cosa que una serie de preferencias ético-políticas respaldadas por un aparato coercitivo) constituye el

---

<sup>20</sup> VERNENGO (1985: 29).

objeto de estudio que la Ciencia del Derecho procura *describir sistemáticamente*. De este modo, a primera vista, debería diferenciarse la Crítica del Derecho de la Crítica de la Ciencia del Derecho, pues pareciera que una cosa es la indagación sobre las condiciones de posibilidad, supuestos y prejuicios del discurso normativo del derecho y otra cosa es la indagación de las condiciones de posibilidad, etc. del discurso descriptivo-informativo de la Ciencia del Derecho. Sin embargo, la cuestión no es tan simplona.

En efecto, cuando la Crítica se dirige al derecho, procura poner en evidencia simplemente los condicionamientos que hacen posible al discurso normativo del derecho. En este caso la Crítica consiste simplemente en un discurso informativo-constatativo acerca de los supuestos implícitos en un discurso normativo (el del derecho). Pero cuando se dirige al discurso de la Ciencia del Derecho, entonces la Crítica adopta la forma de un discurso (nuevamente) informativo-constatativo, pero acerca de otro discurso también informativo-constatativo. Acá la Crítica ya no es una simple observación acerca de los presupuestos ciegos de un discurso normativo, sino que es una observación acerca de los presupuestos ciegos de otro discurso explicativo; es decir, se trata en este caso de una observación de segundo grado. Y en esta observación de segundo grado, la Crítica ve claramente que si bien puede haber derecho (preferencias ético-políticas positivadas por medio de la coacción organizada) sin Ciencia del Derecho, no puede haber Ciencia del Derecho sin derecho (preferencias ético-políticas positivadas), pues la existencia del derecho es la primera condición de posibilidad de la Ciencia del Derecho. Por lo tanto, un programa de Crítica del Derecho no puede agotarse en la indagación de las condiciones de posibilidad de la Ciencia del Derecho, sino que debe proseguir hasta las condiciones de posibilidad del Derecho mismo, lo que lleva a la Crítica al terreno de otras ciencias sociales.

ANÍBAL D'AURIA

Pero por otra parte, no se requiere mucha agudeza para advertir que la distinción entre el derecho como “objeto” de estudio y la Ciencia del Derecho como disciplina científica acerca de ese “objeto”, es un postulado necesario de la propia Ciencia del Derecho. Es decir: la delimitación y definición del “objeto” de la Ciencia del Derecho provienen de la misma Ciencia del Derecho. Desde esta óptica, entonces, parece ahora que es la Ciencia del Derecho la condición de posibilidad del derecho, con lo que aparentemente nos encontraríamos envueltos en un círculo lógico: sin derecho no hay Ciencia del Derecho, pero sin Ciencia del Derecho no hay derecho. Pero este aparente círculo lógico no es tal, pues la primera parte de la proposición anterior alude a una condición fáctica, en tanto que la segunda alude a una condición epistemológica (sin Ciencia del Derecho no habría “derecho” como “objeto de estudio” de la propia Ciencia del Derecho, aunque bien pueda haber fácticamente derecho: o sea, no puede haber Ciencia del Derecho si ésta no define previamente su propio objeto de estudio).<sup>21</sup>

Sin embargo, si bien no existe ningún círculo entre derecho y Ciencia del Derecho en el plano lógico, sí existe entre ellos un círculo fáctico, práctico, que no constituye un defecto epistemológico de la Ciencia del Derecho, sino que es un rasgo inherente a todo ámbito de la acción humana y su correspondiente disciplina de estudio. En otro trabajo lo he explicado en relación a la política y la teoría política en particular:

“...toda teoría, en tanto es, genera y promueve creencias políticas, juega un rol en relación al mismo orden político al cual se refiere (con otras palabras: la teoría política, paradójica y recurrentemente, queda incluida dentro de su propio objeto de estudio; de aquí la necesidad de un reflexión crítica permanente sobre la teoría política)”<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Del mismo modo, la astronomía puede definir como su objeto de estudio al sistema planetario, lo que no significa que sin astronomía no existiría el sistema planetario.

<sup>22</sup> Cf. D'AURIA (2012: 36).

A este rasgo, muy propio de las ciencias sociales, le llamo “problema del efecto realizativo de la explicación”. Como la Ciencia del Derecho se avoca al estudio sistemático y descriptivo del derecho, la distinción fáctica entre éste y los resultados de su descripción científica se torna difícil, cuando no imposible, porque el derecho sistematizado, explicado y descrito por la Ciencia del Derecho termina confundiendo recurrentemente con su propio objeto (el derecho como discurso normativo vigente y vivo). En otras palabras: en el plano práctico y fáctico no resulta tan claro diferenciar lo que es el derecho de lo que los juristas (especialmente los juristas que son jueces o que tienen influencia sobre los jueces) dicen que el derecho es.<sup>23</sup> Y ello no debe sorprendernos, pues el derecho, como parte de la realidad social, está siempre condicionado, entre otros factores, por las creencias y las teorías acerca del mismo derecho que circulan por la sociedad. Quiero decir: en el campo del derecho, la Crítica se hace más imperiosa porque tanto la Teoría General como la Dogmática (por honestas, científicas o asépticas que se pretendan), generan y ponen en circulación “certezas” jurídicas y políticas, influyendo dentro del mismo orden jurídico del cual pretenden dar cuenta.

Pero en cualquier caso, *al menos en nuestras sociedades modernas*, la Crítica no es incompatible con la Ciencia del Derecho sino que más bien la reclama para poder constituir epistemológicamente su propio “objeto” de indagación científica. Es decir: sin Teoría General y sin

---

23 Oscar Correas lo explica muy claramente: “Los textos legislativos están constituidos por enunciados de distinta índole: los juristas los leen, y luego concluyen encontrando ciertas normas. Pero sucede cotidianamente, como se trata de una tarea de *interpretación*, que otros juristas encuentran, en el mismo texto, otras normas, a veces contradictorias. Y por eso hay litigios. Muchos juicios tienen como origen el hecho de que distintos juristas encuentran –dicen encontrar– distintas normas en los mismos textos. Esto significa, ni más ni menos, que las normas no son en verdad, producto del acto de habla de la autoridad, sino del análisis que ‘alguien’, principalmente el jurista, hace de los textos emanados de los órganos competentes. Más aún: los órganos competentes lo son precisamente porque el jurista los reconoce como tales, al buscar en sus textos las normas que califica de *jurídicas*” (CORREAS, 1997: 161). Ver también VERNENGO (1985: 398).

ANÍBAL D'AURIA

Dogmática jurídica (al menos en nuestras sociedades modernas, reitero) no habría Crítica posible del derecho ni de la Ciencia del Derecho. Y así como vimos que sólo la Ciencia del Derecho puede definir y delimitar claramente su objeto de estudio científico (el derecho), del mismo modo, sólo la Crítica del Derecho puede definir y delimitar claramente a la Ciencia del Derecho como su objeto de indagación crítica. Tanto en el caso de la Ciencia *del* Derecho como en el de la Crítica *del* Derecho, hay que entender la preposición en genitivo como “acerca del”, o “sobre él”, o “respecto del”. En el caso de la Ciencia *del* Derecho se trata de un discurso informativo-constatativo (no-normativo) *respecto* de lo que el derecho vigente estatuye y prescribe; en el caso de la Crítica *del* Derecho, se trata de un discurso constatativo (no-normativo) *respecto* de las condiciones (presupuestos, etc.) que hacen que el derecho y la Ciencia del Derecho sean lo que son y cómo son. Pero en ambos casos, por tener pretensiones veritativas, se trata siempre de discursos hipotéticos, falseables racional y empíricamente, y sobre todo, condicionados histórica y contextualmente.

Ahora bien, por otra parte, si la Ciencia del Derecho es esencialmente la Teoría General más la Dogmática Jurídica, entonces la Crítica del Derecho sólo puede hacerse radicalmente desde otras disciplinas diferentes de la Ciencia del Derecho. Para observar los puntos ciegos desde los cuales observa la Ciencia del Derecho es lógicamente necesario salirse de la esfera de la Ciencia del Derecho (tanto de la Teoría General como de la Dogmática), pues las *condiciones de posibilidad, presupuestos y prejuicios* de esa disciplina sólo pueden salir a la luz desde otras disciplinas científicas o filosóficas, por ejemplo, la sociología, la antropología, la teoría política, la epistemología, la psicología, la lingüística, etcétera. Esto no significa que sólo puedan hacer Crítica del Derecho los especialistas diplomados en esas disciplinas; sólo significa que el tipo de discurso que emita la Crítica del Derecho no ha de ser propiamente Ciencia del Derecho, sino de cualquier otro tipo de conocimiento social (sociológico, antropológico, etc.).

Para terminar este apartado, ¿qué podemos decir de la crítica *entendida en otros sentidos no técnicos* en relación a la Crítica? Creo que con lo dicho hasta aquí, la respuesta a esta pregunta debería caer de maduro, pero vale la pena expresarla rápidamente.

La crítica entendida como *juicio des-valioso* no es otra cosa que la expresión de “preferencias ético-políticas”, por lo que constituye un discurso normativo y resulta, en principio, ajena a la indagación de la Crítica, que tiene siempre pretensiones veritativas.

La crítica entendida como *objeción argumentada o fundada*, en tanto se trate de objeciones lógicas o empíricas, no es incompatible con la indagación Crítica, sino que por ser propia de toda actividad científica le resulta totalmente adecuada, aunque no sea su nota definitoria.

Por último, en cuanto a la crítica entendida como *discurso heterodoxo, alternativo o contra-hegemónico*, la respuesta reviste un aspecto muy particular. Vimos que el carácter heterodoxo de un cierto discurso no es necesariamente incompatible ni con la expresión de preferencias ético-políticas ni con la Ciencia del Derecho, aunque ese carácter heterodoxo les sea completamente accidental (pueden ser heterodoxos pero también pueden no serlo). En cambio, en el ámbito de la Crítica el vínculo con la heterodoxia es mucho más fuerte, aunque tampoco sea ésta una nota definitoria de aquélla. Me explico: por su carácter recurrentemente *cuestionador*, la Crítica suele articular discursos heterodoxos o contra-hegemónicos, pues siempre está poniendo sobre el tapete los puntos ciegos o presupuestos no explícitos de otros discursos, incluso de otros discursos críticos *en sentido técnico*, pues los discursos de la Crítica, como dijimos, también están sujetos a la Crítica (el problema del efecto realizativo de la explicación que mencionamos respecto de la Ciencia del Derecho también es extensible a la Crítica del Derecho). Y *cuestionar* lo que se da implícitamente por sentado suele dar lugar a respuestas heterodoxas.<sup>24</sup> Por ello, los discursos verdaderamente críticos

<sup>24</sup> La palabra castellana “cuestionar” es una adecuada palabra para caracterizar a la Crítica,

ANÍBAL D'AURIA

en sentido técnico *suelen* ser heterodoxos, pero esto no constituye la nota definitoria de Crítica; en terminología de la filosofía clásica, diríamos que es una característica natural de la Crítica, pero no es una característica esencial.<sup>25</sup> Entonces no hay que confundir heterodoxia con Crítica: si bien la Crítica *suele* ser heterodoxa, no todo discurso heterodoxo, alternativo o contra-hegemónico es Crítica. Esto también puede explicar por qué la Crítica *suele* ser cultivada por intelectuales, pensadores o investigadores de izquierda (o cuando menos, disconformes con el estado de cosas); pero sería un grave error considerar que Crítica e izquierdismo (o inconformismo en general) se implican necesaria y recíprocamente.

## 5, ENUNCIADOS Y DISCURSOS EN LA PRAGMÁTICA DEL LENGUAJE.

Entonces podríamos resumir lo dicho del siguiente modo:

1. El *uso normativo del lenguaje*: a) expresa preferencias ético-políticas; b) se refiere a lo que *debería ser*; c) tiene pretensiones de “valor”; d) no es susceptible de verdad o de falsedad (al menos en el sentido más habitual de estos términos); e) pretende motivar conductas. Ejemplos de discursos donde predomina este uso normativo del lenguaje son el derecho y cualquier otro tipo de expresiones de preferencias no positivadas en derecho.
2. El *uso informativo-constatativo del lenguaje*: a) describe o explica un estado de cosas efectivo; b) se refiere a lo que *es*; c) tiene pretensiones de “verdad”; d) es susceptible de verdad o de falsedad; e) pretende informar

---

pues encierra una doble significación: 1. Preguntar, y 2. Poner en duda. No es una ambigüedad dañina, sino todo lo contrario, pues nos recuerda siempre que el simple hecho de repreguntar acerca de una certeza sólidamente asentada (v.gr. cuestionando si es ella verdaderamente tan inmovible como parece), ya es de alguna manera ponerla en duda.

<sup>25</sup> Del mismo modo que ser bípedo es una característica natural del hombre, pero no es su característica esencial o definitoria (no es su “diferencia específica”).

acerca de las cosas sin alentar directamente conducta alguna. Ejemplos de discursos donde predomina este uso constatativo del lenguaje son la Ciencia del Derecho y la Crítica del Derecho.

Ahora bien, estas distinciones, como dijimos, son en principio, puramente analíticas, semánticas y teóricas; pero en la pragmática efectiva del lenguaje el asunto suele resultar más complejo.

En el campo de las llamadas “ciencias duras” no *parece* haber mayores problemas en admitir que una teoría es científica si evita cuidadosamente el empleo normativo del lenguaje y se limita a tratar de explicar, con posibilidad de constatación empírica, el objeto de su disciplina. Por ejemplo, la teoría de la gravedad no se interesa en la belleza de los cuerpos ni en cómo *deberían* moverse, sino en cómo de hecho se mueven y atraen; lo mismo vale para una teoría biológica o astronómica: pretenden dar cuenta de *cómo efectivamente* se produce y reproduce la vida, en el primer ejemplo, o de *cómo efectivamente* se mueven los cuerpos celestes, en el segundo. En ningún caso estas teorías *científicas*, sean verdaderas o falsas, pretenden prescribirle pautas a su objeto de estudio ni pretenden modificarlo según un ideal moral preconcebido. Pero en el ámbito de las “ciencias sociales o humanísticas” esa pretensión de asepsia valorativa se torna algo problemática, pues en cierto modo el hombre se vuelve objeto de estudio de sí mismo, lo que hace muy dudosa una efectiva imparcialidad valorativa. Además, el hombre cambia históricamente, y sus juicios necesariamente están condicionados por su época y su circunstancia.<sup>26</sup> Sin embargo, no creo que nada de todo esto constituya ninguna objeción seria a la distinción analítica entre el empleo normativo y el empleo informativo-constatativo del lenguaje, ni al programa de un estudio científico del Derecho y la sociedad. Es más: es precisamente ese carácter histórico y social del hombre lo que

<sup>26</sup> En verdad, hoy se acepta que estas limitaciones a la idea de una explicación pura libre de valoraciones, también se presentan para los ejemplos de las “ciencias duras” que dimos anteriormente, pero se hacen mucho más manifiestas y problemáticas en el campo de las disciplinas humanísticas y de las ciencias sociales.

ANÍBAL D'AURIA

hace posible y necesaria a la Crítica como indagación explicativa recurrente de las condiciones de posibilidad de todo discurso:

1. *Del hecho* de que todo observador esté condicionado por su tiempo y su contexto, y por ende no pueda lograr nunca una imparcialidad efectiva, no se infiere que *deba* renunciar al empleo informativo-constatativo del lenguaje para constituir conocimiento. Es decir, una vez más: de un hecho no se puede deducir un deber; de una descripción no se puede inferir una norma.
2. Además, la “imparcialidad del observador” puede perfectamente concebirse como un ideal, contra-fáctico pero necesario, para la actividad científica.<sup>27</sup> Por ejemplo: un historiador puede saber perfectamente que su interpretación del pasado está condicionada por su contexto presente, pero ello no lo habilita para redactar libre y arbitrariamente su versión. Por condicionada social y psicológicamente que sea su interpretación, la misma pretenderá ser tenida por *verdadera* en relación a los hechos; y para ello deberá no sólo argumentar racionalmente y no ser lógicamente inconsistente, sino remitirse a cierta base empírica intersubjetivamente testeable (v.gr. documentos).
3. Aun suponiendo que la misma distinción entre descripción y prescripción fuera producto de una mera contingencia histórica, ni la mutabilidad histórica del mundo humano, ni el inevitable condicionamiento social de la observación y la valoración nos impiden tener (al menos una vez alcanzada la modernidad científica) una clara distinción analítica entre, precisamente, el uso informativo-constatativo y el uso normativo del lenguaje. Quiero decir: no se puede renunciar por un simple acto voluntarista a la comprensión de esa distinción ya adquirida culturalmente.

<sup>27</sup> Y la admisión de esto no impide ser positivista jurídico ni concebir la posibilidad de un estudio científico del derecho. Por ejemplo, su positivismo jurídico no le impide a Vernengo afirmar que: “La ciencia jurídica en que una sociedad objetiviza sus pautas normativas y valorativas es un momento de la historia misma de esa sociedad. Una sociedad tan perfectamente lúcida y racional que pretenda contar con un conocimiento suficiente y completo de sus propias estructuras es más un ideal de la razón que una realidad históricamente identificable” (VERNENGO, 1985: 34).

4. Para poder afirmar que  *fácticamente*  no es sencillo (o incluso, no es posible) distinguir entre discursos constatativos y discursos normativos, es necesario tener ya clara esa misma distinción, al menos en el plano  *analítico*  o conceptual. La supuesta objeción de que  *fácticamente*  no es posible en absoluto distinguir entre discursos constatativos y discursos normativos, se auto-refuta ella misma desde que pretende ser una proposición verdadera, es decir, informativa-constatativa.
5. Si bien es cierto que todo discurso (incluso los constatativos y altamente científicos) están condicionados contextualmente por supuestos valorativos, políticos, etc., ello no invalida el programa de un conocimiento científico del mundo humano, por histórico y mutable que éste fuere (y efectivamente lo es y mucho, pero esta afirmación también constituye un enunciado constatativo). Precisamente por esto es que toda teoría científica se halla sujeta a la Crítica, que no es en estos casos más que una observación de la observación, para poner a la luz sus condicionamientos epocales y contextuales. Y esto vale —ya lo dijimos— para los propios discursos constatativos de la Crítica misma. Pero los mismos discursos críticos, en tanto pretenden desenmascarar los condicionamientos, valoraciones y presupuestos implícitos de otros discursos (normativos, científicos o críticos) ya asumen también la ineludible distinción lógica entre enunciados informativos-constatativos y oraciones normativas.
6. En fin, es cierto que en la pragmática del lenguaje no siempre es fácil en todos los casos diferenciar el sentido informativo-constatativo del sentido normativo de un discurso en particular. En general todo discurso de cierta extensión, incluidas las “teorías científicas”, suele entrecruzar en diferente medida enunciados constatativos con expresiones normativas y juicios de valor, al menos implícitamente. Y esto es particularmente problemático en la esfera del mundo humano o social. Explicar (siquiera apenas describir) un fenómeno social no es igual que describir una cosa del mundo natural (v.gr. una planta o una piedra). La subjetividad valorativa y los prejuicios más profundos e inconscientes del “observador” se filtran frecuente e inevitablemente en las teorías de las ciencias

ANÍBAL D'AURIA

sociales. Pero si bien difícilmente (o nunca) encontremos en la historia del pensamiento social una teoría puramente explicativa ni puramente normativa, sin embargo, la distinción analítica entre discursos constata-tivos y normativos no deja de resultar útil. Y si bien puede ser complica-do a veces atribuir a determinada teoría del derecho, del Estado o de la sociedad, un carácter exclusivamente explicativo o exclusivamente nor-mativo, siempre resultará más o menos posible distinguir cuáles de sus enunciados particulares son definiciones conceptuales, cuales son expli-caciones o descripciones constata-tivas, cuales son preferencias ético-políticas, y cuales son alguna otra cosa.<sup>28</sup>

## 6, HETEROGENEIDAD DE LAS CORRIENTES LLAMADAS GENÉRICAMENTE “CRÍTICA JURÍDICA”

En el punto 3 hemos ensayado algunas distinciones para poner en evi-dencia la enorme equivocidad del término “crítica”. De entre sus varia-dos usos extra-académicos y académicos hemos procurado rescatar con algún detalle su significado técnico-filosófico (Crítica, con mayúscu-la).<sup>29</sup> Luego, en el punto 4, ítem c), hemos trazado algunas pautas gene-rales de lo que constituiría propiamente, en sentido técnico, un progra-ma de Crítica del Derecho.

Obviamente, la Crítica del Derecho no es nueva, sino que tiene notables precursores ya en el siglo XIX.<sup>30</sup> Sin embargo, esa Crítica del

<sup>28</sup> Viene aquí al caso el manido ejemplo de la calvicie: todos sabemos qué significa tener cabello y qué significa ser calvo, porque *analíticamente* tenemos en claro qué significa cada cosa; pero siempre resultará imposible determinar cuál es el pelo que debemos perder para pasar del primer estado al segundo.

<sup>29</sup> En el capítulo siguiente nos detendremos aún más en el origen, el desarrollo y los presu-puestos de la propia Crítica.

<sup>30</sup> En las siguientes obras del siglo XIX pueden hallarse (si bien entreveradas con un fuerte discurso normativo) importantes aportes a la Crítica del Derecho: PROUDHON (1983); MARX (1986), (1996), (2004); BAKUNIN (1994), (2000); ENGELS (2006), KROPOTKIN (1923), (s/f).

Derecho decimonónica, no obstante sus valiosos aportes, resultó un tanto prematura, pues el estudio del derecho aún estaba en una etapa que podríamos considerar pre-científica, pues el *positivismo metodológico* aún no se había terminado de afinar ni de afirmar como instrumento para el conocimiento científico del derecho. Por otra parte, y al margen de los aportes de aquella Crítica pionera, el programa de una Crítica del Derecho sigue teniendo actualidad (y la seguirá teniendo mientras exista el derecho) por dos razones: 1. la indagación de la Crítica ha de ser recurrente, pues los condicionamientos sociales cambian históricamente (aunque algunos puedan perdurar por mucho tiempo) y 2. Los resultados logrados por cualquier indagación de la Crítica no quedan exentos de ulteriores cuestionamientos de la misma indagación de la Crítica.

Pero existe otra razón adicional para fundamentar la actualidad de un programa claro de Crítica del Derecho. Ocurre que desde hace ya algunas décadas, y en varios países, existe una corriente genéricamente denominada *crítica jurídica*. Es singularmente notable el crecimiento y la importancia que ha adquirido en los ámbitos académicos latino-americanos. Y no menos notable es la enorme heterogeneidad interna de todo ese amplio movimiento teórico, heterogeneidad que nos hace sospechar la ausencia de un sentido más o menos preciso y compartido del término "crítica". En realidad, entre todos esos autores (y a veces dentro un mismo autor) uno puede encontrar el empleo indiferenciado y confuso de todos los sentidos que hemos distinguido en el punto 3.

La situación podría explicarse, aunque no justificarse, por la también amplísima heterogeneidad de fuentes teóricas de las que beben alternativamente estos juristas: de Derrida a Foucault, de Luhmann a Habermas, de Marx a Gadamer, etcétera. Es claro que toda esta diversidad de fuentes teóricas no es un problema *per se*, y que bien podría constituir un factor de riqueza analítica. Pero toda esa heterogeneidad ya pasa a ser un problema cuando esas fuentes, que a veces no son más que modas académicas, son tomadas *in totum*, mezcladas y sin crítica

ANÍBAL D'AURIA

previa (lo que resulta paradójico para un pensamiento que se pretende crítico). Aunque no sea el caso de todos los juristas llamados “críticos”, entre ellos parece reinar la confusión o la vaguedad en torno al sentido de ese término. Es más: muchas de sus contribuciones son realmente Críticas, pero cuando ello ocurre es más por azar que por seguir un programa consciente o tener una idea precisa de lo que es indagación, reflexión o investigación crítica en sentido técnico.

Yo no pretendo ser el dueño de las palabras, y es muy claro que nadie está obligado a emplear la palabra “crítica” en el sentido que propongo (y que es el que se corresponde a una arraigada tradición filosófica). Pero creo que esa corriente llamada *crítica jurídica* podría tornarse más clara, sólida, comprensible e interesante si se focalizara centralmente en el sentido técnico del término (es decir, si entendiera “crítica” como Crítica) y al mismo tiempo aceptara la interpretación kelseniana del derecho y del Estado, es decir, si comprendiera al derecho exclusivamente como un sistema de normas respaldadas en la amenaza coercitiva, y al Estado como una “personificación metafórica” del mismo derecho.<sup>31</sup> De esta manera, la Crítica del Estado y la del derecho se identificarían como una misma reflexión e indagación radical acerca de las *condiciones históricas, sociales, psicológicas e ideológicas que hacen posible la existencia de un aparato normativo-coactivo como mediador de las relaciones intersubjetivas de la sociedad.*

## CONCLUSIÓN

En este breve artículo he intentado mostrar la esterilidad de ciertos giros tan comunes como vagos y equívocos dentro del ámbito jurídico (“ius-naturalismo”, “ius-positivismo”, “crítica jurídica”). En ese sentido, también he querido mostrar que sería mucho más fecundo hacer un cambio de vocabulario y hablar simplemente de discursos normativos y

<sup>31</sup> KELSEN (1988, 2011 y 2012).

discursos constatativos. Mientras en los primeros el lenguaje se emplea para expresar prevalentemente preferencias ético-políticas, en los segundos el lenguaje es empleado prevalentemente para informar o dar cuenta de un estado de cosas efectivo. Según esto, el derecho es un tipo de discurso normativo (pues expresa ciertas preferencias ético-políticas, que aunque se hallen positivadas en derecho no dejan de ser tales), pero su descripción sistemática y expositiva ya no es discurso normativo sino constatativo; y a este tipo de discurso constatativo le llamamos Ciencia del Derecho. Pero también he intentado caracterizar preliminarmente a la Crítica del Derecho como un discurso constatativo de segundo grado, también con pretensiones explicativas, pero acerca de las condiciones y presupuestos extra-jurídicos que hacen posible que haya tanto derecho como Ciencia del Derecho. En este sentido técnico específico, la función de una Crítica del Derecho es mostrar, sacar a la luz, los condicionamientos subyacentes, implícitos, no tematizados o dados dogmáticamente por supuesto, tanto del derecho como de la Ciencia del Derecho.

En el campo del derecho, entonces, hacer Crítica no significa formularse la clásica pregunta jus-naturalista (¿cuáles son las normas jurídicas justas?), que plantea extra-jurídicamente una simple cuestión de preferencias normativas. Tampoco significa formularse la no menos clásica pregunta jus-positivista (¿cuál es la normativa válida vigente?), que plantea de modo acertado la cuestión más elemental de la Dogmática del Derecho. Hacer Crítica en el campo del derecho es plantearse: “¿cuáles condiciones hacen posible que tal institución jurídica exista o funcione como funciona? Esta pregunta también es extra-jurídica, pero no en el sentido jus-naturalista, pues no remite a justificar preferencias normativas, sino a indagar en otras disciplinas científicas (v.g. la sociología, la teoría política, la psicología, la semiología, etc.) los presupuestos y condicionamientos del derecho.

Y llegados a este punto, creo que podríamos diferenciar tres niveles posibles de Crítica del Derecho:

ANÍBAL D'AURIA

En primer lugar, está la que podemos denominar Crítica Jurídica Parcial, enfocada en alguna institución particular del derecho (como puede ser la función judicial, o la legislación, o la promulgación de decretos, o la división de poderes, o la propiedad privada, o el régimen de los contratos, o la enseñanza del derecho en las universidades, etc.). Un ejemplo de este tipo de trabajos lo hallamos en el ensayo de Duncan Kennedy titulado *El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica*.<sup>32</sup>

En segundo lugar, está la que podemos denominar Crítica Jurídica General, enfocada en el *contenido en general* de lo que el derecho dice y en *aspectos genéricos* de cómo lo dice. Ejemplos de este tipo de trabajos los hallamos en textos como *Crítica de la ideología jurídica*, de Oscar Correas, y *La opacidad del derecho*, de Carlos Cárcova.<sup>33</sup>

En tercer lugar, está lo que aquí hemos intentado esbozar como Crítica Radical del Derecho, enfocada específicamente en la coactividad misma que define al derecho (lo que Kelsen llamó el “criterio formal de supremo orden coactivo”). Aquí la cuestión ya no es *particularmente*, por ejemplo, cómo, cuándo y por qué se filtra la ideología política en las decisiones del juez. Tampoco se trata de la cuestión *genérica* de por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa, o de por qué lo que el derecho dice se supone jurídicamente conocido por todos a pesar de su evidente opacidad para todos. La cuestión de la Crítica Radical del Derecho apunta *específicamente* a la raíz del derecho, es decir, a su carácter coactivo: ¿Por qué hay coacción jurídica? ¿Qué condiciones sociales hacen posible que exista un orden coactivo, cualquiera fuera? ¿Existe una suerte de “ideología de la coacción”? Y en tal caso, ¿sobre cuáles prejuicios y supuestos implícitos se apoya?<sup>34</sup> Resulta así que la Crítica radical del derecho equivale a la Crítica del Estado.

32 KENNEDY (2010: 27 y ss.).

33 CORREAS (1993), CÁRCOVA (2006).

34 Un programa tal de Crítica Radical del Derecho sólo podría ensayarse desde el supuesto hipotético de un universal libertario (una suerte de anarquismo teórico o epistemológico, no necesariamente coincidente con convicciones ético-políticas anarquistas). Pero explicar esto requeriría ya de otro artículo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAKUNIN, M. (1924), *Obras completas, vols. 1 y 2*, Editorial La Protesta, Buenos Aires.
- (1977), *Obras, Vol. III*, Júcar, Madrid.
- (2000): *Dios y el Estado*, Altamira, Buenos Aires.
- (1994): *Escritos de Filosofía Política* (compilados por G. Maximoff), dos tomos, Altaya, Barcelona.
- BOBBIO, N. (1993), *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid.
- (1992), *Thomas Hobbes*, FCE, México.
- BOBBIO, N. y BOVERO, M. (1986), *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, FCE, México.
- CARCOVA, C. (2009), “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en COURTIS, Ch. (comp.) (2009), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
- (2006), *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid.
- CORREAS, O. (2009), *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, Eds. Coyoacán, México.
- (2003), (Comp.) *El otro Kelsen*, Eds. Coyoacán, México.
- (1998), *Sociología del derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México.
- (1999), *Introducción a la sociología jurídica*, Fontamara, México.
- (1997), *Metodología jurídica. Una introducción filosófica*, Fontamara, México.
- (1995), *Teoría del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona.
- (1993), *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, UNAM, México.
- D’AURIA, A. (2013), “Introducción a la pureza de la razón crítica (o ‘el otro Correa’)”, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, N° 35, México.
- (2013 b), “Las teorías del contrato social”, en BALERDI, J. y PERI GUEDES, M. A. (2013), *Teoría del Estado. Miradas desde el sur del continente americano*, La ley, Buenos Aires.

ANÍBAL D'AURIA

- (2012), *Teoría y crítica del Estado*, Eudeba, Buenos Aires.
- (2007), *Rousseau: su crítica social y su propuesta política*, La Ley, Buenos Aires.
- DUSSEL, E. (2009), *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid.
- ENGELS, F (2006), *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación F. Engels, Madrid.
- HORKHEIMER, M. (2008), *Teoría crítica*, Amorrortu, Buenos Aires.
- (2002), *Crítica de la razón instrumental*, Trotta, Madrid.
- HORKHEIMER, M. y ADORNO, Th., (1969), *Dialéctica del iluminismo*, Sudamericana, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (2012), *Teoría general del Estado*, Coyoacán, México.
- (2011), *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México.
- (2003), "Dios y Estado", en CORREAS, O. (comp.) (2003), *El otro Kelsen*, Eds. Coyoacán, México.
- (1988), *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México.
- (1984), *¿Qué es la justicia?* Editorial Leviatán, Buenos Aires.
- (1945), *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires.
- KENNEDY, D. (2012), *La enseñanza del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- (2010), *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- (1980), "First Year Teaching Law as Political Action", en *Law & Social Problems*, Vol. 1, 1980, p47 y ss. Tomado de [www.duncankennedy.net](http://www.duncankennedy.net)
- KROPOTKIN, P. (1923), *El Estado. Su rol histórico y El Estado moderno*, Editorial La Protesta, Buenos Aires. [El nombre del autor figura como *Kropotkine*].
- (s/f), *Las prisiones* [Incluye también *La moral anarquista y El salariado*], Biblioteca de Cultura, Casa editorial de Bauzá, Barcelona. [El nombre del autor figura como *Kropotkine*].
- MARÍ, E. y otros (2006), *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MARX, K. (2010), *La ideología alemana y otros escritos filosóficos*, Losada,

- Buenos Aires.  
 (2004), *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*, Ediciones del Signo, Buenos Aires.  
 (1996), *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*, Siglo XXI, México. [Esta edición en español incluye el “Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política” de 1859].  
 (1986), *El capital. Crítica de la economía política*, FCE, México.  
 (1985), “El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte”, en MARX, K. (1985), *Trabajo asalariado y capital*, Planeta-Agostini, Barcelona, pp135 y ss.  
 MARX, K. y ENGELS, F. (1938), *La sagrada familia, Crítica de la crítica crítica*, Editorial Claridad, Buenos Aires.  
 PROUDHON, P. (2008), *El principio federativo*, Anarres, Buenos Aires.  
 (1983), *¿Qué es la propiedad?*, Orbis-Hyspamérica, Buenos Aires.  
 RESNIK, M. (2012), *Paradigmas en ciencia política*, Eudeba, Buenos Aires.  
 (1997), *Estado y Política. Una aproximación sistémica*, La Ley, Buenos Aires.  
 RUIZ, A. (2009), “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en Courtis, Ch. (comp.) (2009), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires.  
 SOUZA SANTOS, B. de (2009), *Una epistemología del Sur*, CLACSO-Siglo XXI, Buenos Aires.  
 VERNENGO, R. (1985), *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires.  
 WIGGERSHAUS, R. (2011), *La Escuela de Franckfort*, FCE, México.  
 ZAFFARONI, E. (2005), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires.



## IGUALDAD, CRISIS Y CONSTITUCIONALISMO: LOS APORTES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Albert Noguera Fernández<sup>1</sup>  
Universidad de Valencia.

### 1. LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD Y LAS FORMAS DE RELACIÓN ENTRE ELLAS

La igualdad es una idea regulativa de las relaciones que se dan entre individuos y sujetos colectivos entre sí y de éstos con la naturaleza. Existen distintas dimensiones de la igualdad, cada una de las cuales regula distintas formas de relación posibles.

Diferenciaré cinco dimensiones de la igualdad. A las dos tradicionales: la igualdad formal y la igualdad material; añadiré la igualdad subjetiva, la igualdad intercultural y la igualdad con la naturaleza. Entre todas agrupan el conjunto de relaciones que se pueden dar en nuestro entorno.

La *igualdad formal* implica la integración de la igualdad frente a la ley, de una igual libertad y de la igualdad de derechos.

La *igualdad material* es la que nivela las diferencias económicas de ingresos y patrimonio.<sup>2</sup>

Respecto a la *igualdad subjetiva*, la posición de un individuo en la estructura social viene determinada, por un lado, por sus propiedades jurídicas (derechos) y/o materiales (ingresos, riquezas), pero también

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).

<sup>2</sup> Para un estudio de los mecanismos de medición de la desigualdad económica, ver Sen, 2001: 18-19.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

por sus propiedades simbólicas. El capital simbólico es cualquier forma de propiedad o atributo de una persona (objetos de consumo, conocimientos, belleza, fuerza, habilidades artísticas, físicas, etc.) a la que el resto de ciudadanos, en un contexto cultural determinado, reconocen y otorgan valor, aprecio o admiración (Bourdieu, 1994: 116). En consecuencia, la igualdad o desigualdad subjetiva es aquella que surge en cada sujeto o grupo de sujetos a partir de la posición de inferioridad o superioridad desde la que cada uno se evalúa a sí mismo con respecto a los demás y desde la que los demás lo evalúan respecto a ellos.

La *igualdad intercultural* es la que regula los actos de autodeterminación individual y colectiva de los sujetos y sus relaciones. Es aquella que equipara o nivela a las personas o sujetos colectivos en su posibilidad de determinar concéntricamente o “hacia dentro” la manera en que quieren vivir, en el sentido que cada uno de ellos tiene como persona o grupo merecedor de respeto. Expresiones de igualdad intercultural pueden ser el derecho de autodeterminación, la posibilidad de un pueblo de decidir, en igualdad de condiciones que el resto de pueblos del mundo, la forma en que quiere vivir y organizarse societalmente.

Y, finalmente, la *igualdad con la naturaleza*. En contraposición a la visión antropocéntrica de la naturaleza que concibe el ser humano como su principal propietario, dueño, ocupante y administrador, la igualdad con la naturaleza se enmarcaría en las nuevas concepciones en el ámbito del derecho que plantean una equiparación o igualdad de la naturaleza con los hombres, abogando por el reconocimiento, igual que los seres humanos, de derechos para la naturaleza.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> El primer antecedente en este sentido fue, seguramente, el voto particular u opinión discrepante emitida por el juez William O. Douglas en la sentencia *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)] del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El objeto del litigio fue la autorización concedida por el Servicio Forestal de los Estados Unidos a la *Walt Disney Corporation* para construir un gran complejo recreativo en el *Mineral King Valley*, paraje natural ubicado en el sur del parque nacional de la *Sequoia*. El juez, fundamentándose en el artículo “Should trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects” del profesor de la University of Southern California, Christopher D. Stone (1972: 450-501) manifestó su discrepancia con la resolución de la Corte denegando la demanda del *Sierra Club* por no tener un interés privado directo afectado y abogó por el reconocimiento de los derechos subjetivos del *Mineral King Valley* como ser vivo, constitu-

En resumen, estas cinco serían las dimensiones de la igualdad. Entre todas agrupan el conjunto de relaciones que se pueden dar en nuestro entorno.

Vistas las cinco dimensiones de la igualdad podemos afirmar que las mismas pueden articularse o relacionarse entre ellas a partir de distintos modelos:

Un primer modelo es el que llamaré el *modelo de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de las dimensiones de la igualdad*. Este modelo parte de la base de que el pleno reconocimiento de cualquiera de las dimensiones de la igualdad sólo puede darse si se reconocen también el resto. Este es un modelo donde habría un pleno reconocimiento y protección de todas las dimensiones de la igualdad y unas políticas públicas destinadas a generar igualdad de manera equilibrada en todas y cada una de las dimensiones.

Un segundo modelo es el que llamaré el *modelo de negación parcial de igualdad*.<sup>4</sup> Son aquellos en la que se da la garantía de una determinada dimensión de la igualdad como algo absoluto e ilimitable, lo que implica una desatención o generación de desigualdad en las otras dimensiones. El constitucionalismo liberal temprano es un ejemplo de este modelo.<sup>5</sup> Estos son pues los que llamo modelos societales de igual-

---

yendo primer antecedente en la praxis jurídica de defensa de los derechos de la naturaleza.

Más allá de estos antecedentes, la norma de referencia en la actualidad en cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza es la Constitución ecuatoriana de 2008. El texto constitucional ecuatoriano reconoce, en su art. 10, a la naturaleza como sujeto de derechos autónomos y desarrolla estos en el Capítulo séptimo del Título II (Derechos de la naturaleza). Además, al otorgar a los derechos de la naturaleza aplicabilidad directa (art. 11.3) e igual jerarquía (art. 11.6) que el resto de derechos constitucionales, ubica los derechos de la naturaleza en posición de plena igualdad con los derechos de los seres humanos.

<sup>4</sup> Este concepto es una adaptación del usado por Peces-Barba para referirse a aquellos modelos constitucionales donde se otorga fundamentalidad sólo a un grupo de derechos, excluyendo a los otros (Peces-Barba, 2004: 58).

<sup>5</sup> Durante el Estado liberal temprano, surgido a finales del siglo XVIII y en vigor durante todo el siglo XIX, el pleno e ilimitado reconocimiento de la igualdad formal como absoluta ("todos los hombres son iguales, libres y autónomos") implicaba, al mismo tiempo, una fuerte desigualdad material. La universalización de la libertad (entendida como igualdad jurídica, autonomía e individualidad) acentúa y agudiza su contradicción con la igualdad (equiparación real de los hombres en sus condiciones de vida), ya que, al darse primacía, por encima de todo, a la libertad

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

dad limitada o de negación parcial de igualdad. Modelos insostenibles en el tiempo en tanto que terminan generando contradicciones.

## 2. LAS CRISIS Y LA SUMA CERO ENTRE LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD

A lo largo de la historia del capitalismo, todas y cada una de las citadas dimensiones de la igualdad han sufrido crisis. No obstante, la tesis que mantengo es que las crisis inmediatas en alguna de estas dimensiones de la igualdad han sido desactivada o superada “con éxito” gracias a su interacción recíproca con el resto de dimensiones. Así, las crisis inmediatas de una de las dimensiones de la igualdad eran reforzadas o salvadas mediante su interacción con las otras dimensiones restableciendo el equilibrio. Las crisis periódicas se resolvían mediante un sistema de desplazamientos entre las dimensiones de la igualdad.

Este proceso de interacción o equilibrio se puede dar por dos vías distintas: por una vía de suma negativa o por una vía de suma positiva; en ambos casos se llega a una situación de “suma cero” (o, mejor dicho, de restablecimiento del equilibrio pues la suma nunca es cero exacto).

Pondré un ejemplo de restablecimiento del equilibrio por la vía de suma negativa, concretamente me referiré a la solución de la crisis de la igualdad material del s. XIX mediante “vaciamiento” de la igualdad intercultural.

En los primeros países donde tiene lugar, en el siglo XIX, la revolución industrial y la creación de las ciudades industriales, se produce una masiva llegada de campesinos hacia las ciudades sin la más mínima planificación. La nueva industria no pudo absorber el enorme contingente

---

del individuo (la equiparación real de todos los hombres para intervenir en el canje de productos), la igualdad sólo puede concebirse como instancia accesoria de la libertad, como “igual libertad”, pero no como “igualdad real”. Este fue un modelo donde la desigualdad en la dimensión material se basa en la creación previa de igualdad absoluta en la dimensión formal, dando lugar a lo que algunos autores han llamado la “forja igualitaria de la desigualdad” (Giner, 1194: 118).

te de población desplazada a las ciudades, lo que causó dos problemas que dieron lugar a una fuerte crisis de la igualdad material: en primer lugar, la enorme cantidad del llamado “ejército industrial de reserva” permitía a los empresarios contratar a los trabajadores en condiciones de explotación extensiva. Y, en segundo lugar, la fuerza de trabajo excedente era de tal dimensión que desbordó las posibilidades de las instituciones y leyes de beneficencia de la época.

En este contexto, la solución de la crisis de la igualdad material se encontró, entre otros aspectos, en su interacción negativa con la dimensión de la igualdad intercultural.

El inicio de la industrialización europea provocó una transformación en la naturaleza del colonialismo. Si durante el siglo XVIII, el colonialismo surgió fruto de las exploraciones geográficas que tanto interesaban a los monarcas, respondía a un puro ejercicio de expansión militar y territorial; a partir de este momento, se inaugura una nueva era colonial, caracterizada por la ocupación de nuevos territorios, sobretudo en África y Asia, y por la incorporación de todos los territorios periféricos como parte del proceso de producción de las industrias europeas, exportando en ellos los patrones europeos de organización económica y concibiéndolos como proveedores de materias primas a la vez que mercados receptores de los productos manufacturados.

Transformada, entonces, la naturaleza del colonialismo e implantada una estructura industrial en la periferia, se abre la puerta a la emigración de gran parte de la población de los países centrales hacia fuera del continente europeo. Entre 1820 y 1930 emigraron unos 60 millones de europeos. Entre 1830 y 1900 emigraron 8 millones y medio de británicos, cerca de 4 millones trescientos mil alemanes, algo menos de ochocientos mil suecos y unos trescientos mil franceses (Tortella, 1995; Sánchez Alonso, 1995: 172). En consecuencia, detrás de los capitales se desplazaba también la fuerza de trabajo europea, lo que producía un impacto negativo sobre las economías y la población de los países del sur, pero un impacto positivo sobre las sociedades europeas.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

La emigración de esta fuerza de trabajo excedente permitió aliviar en las sociedades europeas las enormes tensiones sociales generadas que habían acompañado al proceso de industrialización, mediante la reducción del contingente de trabajo que quedó fuera del proceso salarial, y además, esta reducción del ejército laboral de reserva “contribuyó a crear unas condiciones favorables para el surgimiento de movimientos obreros de masas en las décadas de 1880 y 1890” (Mandel, 1986: 23) que consiguieron mejoras en materia de derechos laborales.

En consecuencia, la situación de crisis de la igualdad material surgida fruto del proceso de industrialización-proletarización del siglo XIX fue apaciguada mediante una interacción o suma negativa (vaciando o vampirizando el contenido esencial de otra de las dimensiones de la igualdad) o, dicho de otra manera, mediante el valor de cambio aportado por la dimensión de la igualdad intercultural, “reequilibrando” la situación de crisis en Europa.

Podríamos poner también otros ejemplos de suma positiva.<sup>6</sup> Acabo de exponer un ejemplo simplificado, en toda solución de recuperación de una crisis, el trasvase de contenidos se puede producir de una dimensión a otra dimensión, así como también de una dimensión a otras dimensiones o de otras a una, de manera que los flujos no tienen por qué ser unidireccionales ni bidireccionales, siendo a menudo pluridimensionales. Pero en cualquier caso, el ejemplo señalado pone de manifiesto como uno de los mecanismos desde los cuales el Poder ha gestionado las crisis en alguna de las dimensiones de la igualdad, es redistribuyendo flujos de recursos de igualdad de una dimensión a otra, con ello regula el conflicto social y reestablece el equilibrio. Aunque eso sí, dando siempre como resultado no un modelo de indivisibilidad e interdependencia entre las dimensiones de la igualdad; sino siempre un modelo nuevo de negación parcial de igualdad, que son modelos que permiten restablecer el equilibrio momentáneamente pero que son insostenibles a largo plazo, en tanto que acaban por generar nuevas

<sup>6</sup> Sobre ello, ver: Noguera Fernández, 2014: 56-64.

contradicciones de las que surgen otras crisis iguales o peores que las anteriores.

Partiendo de todo lo anterior, podemos decir que aquello que muchas veces se ha presentado como el producto más acabado de la igualdad en las sociedades europeas occidentales del s. XX: el Estado social; no fue nada más, en realidad, que otro intento histórico de dar solución a una crisis por la vía del desplazamiento o interacción pluri-dimensional entre las dimensiones de la igualdad, dando lugar a otro modelo de negación parcial de igualdad que, como todos, ha terminado siendo insostenible.

### 3. EL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO SOCIAL COMO MODELO DE NEGACIÓN PARCIAL DE IGUALDAD

Parece haber un consenso generalizado que el Estado social implicó una mejora indiscutible de las condiciones de vida material de una amplia parte de la clase trabajadora europea de posguerra. Sin embargo, el mantenimiento de estos niveles casi-universales de bienestar económico y social durante las llamadas tres décadas doradas del Estado social (entre 1945 y 1975, aproximadamente) estuvo estrechamente vinculado a una coyuntura de fuerte crecimiento económico constante y estable. Es lo que se llamó el “círculo virtuoso del crecimiento”.

Esta fuerte e indisoluble dependencia del crecimiento productivo, económico y del consumo, hizo que la creación de igualdad en la dimensión material por parte del constitucionalismo del Estado social generara y, en parte, sólo se pudiera realizar, a partir de generar desigualdad o de un vaciamiento o vampirización de las otras dimensiones de la igualdad. Por eso, podemos definir el Estado social como un modelo de negación parcial de igualdad. El incremento de la igualdad material en los países centrales solo se puede hacer vaciando:

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

El ámbito de la dimensión de la igualdad con la naturaleza. La contradicción entre el binomio crecimiento industrial expansivo-consumo y la naturaleza es conocido.<sup>7</sup>

El ámbito de la igualdad intercultural. Los autores que analizan las relaciones Norte-Sur en la segunda mitad del s. XX,<sup>8</sup> coinciden en establecer una vinculación o participación de los trabajadores del Norte en la explotación de los trabajadores del Sur debido a que su aumento de salario era, en parte posible, también porque los capitalistas les pasaban una parte de las ganancias extraordinarias que obtenían con la explotación o intercambio desigual de la economía del Sur.

El ámbito de la igualdad formal. Podemos aquí hacer referencia, entre otros muchos aspectos, a la distinta forma de acceso a los derechos entre hombres y mujeres en una sociedad donde la carrera profesional era, básicamente, masculina y lo que otorgaba acceso a los derechos sociales era la condición de trabajador oficialmente remunerado. La mujer que no trabajaba (o trabajaba en el hogar con un reconocimiento social menor y sin cobrar), al igual que cualquier otra generación familiar se consideraba “a cargo del cabeza de familia” y adquiriría sólo garantías ciudadanas de manera derivada o indirecta. Su ciudadanía era una ciudadanía vicaria, fragmentada y dependiente<sup>9</sup> (Alonso, 2007: 71).

Y, finalmente, el ámbito de la igualdad subjetiva. En una sociedad como la del Estado social donde el consumo es el motor del crecimiento, en tanto la felicidad se mide en términos cuantitativos, la

7 No fue hasta la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano (1972), donde por primera vez se empieza a preguntarse si desarrollo y medio ambiente son dos conceptos excluyentes y se establece un vínculo entre desarrollo y medio ambiente. El informe del Club de Roma, *Los límites al crecimiento*, publicado en 1972 y que constituyó el antecedente de las teorías del desarrollo sostenible, señaló que la actividad industrial global se estaba incrementando no de manera uniforme sino a un ritmo acelerado o exponencial.

8 Ver: Sweezy, [1942] 1959; Baran, [1057]1959; Mandel [1962] 1975 y [1972] 1979; Sweezy y Baran [1966] 1972; Emmanuel (1972); así como los teóricos de la dependencia: A.G. Frank, Samir Amin, Ruy Mauro Marini o T. dos Santos.

9 De ahí que diversos autores como Hernes (1990), Lewis (1993), Pateman (1988/1995) o Méda (2002) hablen de una desigualdad de acceso a los derechos entre hombres y mujeres.

igualdad subjetiva nunca es posible. El querer siempre tener más que el vecino introduce también algo incompatible con la igualdad subjetiva: la lucha. Estar permanentemente luchando con los que son más felices para que lleguen a serlo menos que uno, genera una voluntad continua de desigualdad con los otros. La igualdad en su dimensión subjetiva es aquí imposible.

En resumen, como decía antes, el Estado social no es más que una forma de dar, en la segunda mitad del s. XX, solución a una crisis por la vía del desplazamiento o interacción pluridimensional entre las dimensiones de la igualdad, dando lugar a otro modelo de negación parcial de igualdad que, como todos hemos comprobado, ha terminado siendo insostenible.

#### 4. EL FIN DEL VALOR DE CAMBIO DE LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD: LA CRISIS ESTRUCTURAL

El inicio de la crisis del Estado social, durante la década de los 70, y la aplicación de un nuevo Derecho económico neoliberal desde entonces ha supuesto una doble crisis de la igualdad material: una crisis de la igualdad material como garantía real de bienestar y una crisis de la igualdad material como ideal.

Como garantía de bienestar parece evidente que las actuales políticas económicas implican recortes sociales y crecimiento de la pobreza y exclusión. Y como ideal, existen varias teorías y ejemplos que ponen de manifiesto cómo, a diferencia de lo que muchas veces se piensa de que a mayor precariedad generalizada mayor solidaridad social, el fenómeno que se da es el inverso. A medida que se debilita el paradigma asegurador se limita también las relaciones de solidaridad entre los ciudadanos.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Esta es una hipótesis sostenida por Rosanvallon (2012: 255-258).

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Este es, sin embargo, un contexto distinto al de crisis anteriores. La construcción, durante el Estado social, de la igualdad material en abierta contradicción con las otras dimensiones de la igualdad, ha provocado que la actual crisis de la igualdad material coincida en el tiempo con una crisis profunda de las otras dimensiones de la igualdad.

En consecuencia, podemos decir que se ha producido un vaciamiento del contenido esencial de todas y cada una de las dimensiones de la igualdad. Ello determina que no nos encontremos ante una más de las crisis periódicas o cíclicas del capitalismo, sino ante una crisis estructural. ¿Por qué? ¿Cuál es la diferencia entre ambos tipos de crisis?

Lo que determina que una crisis sea estructural y no simplemente periódica, no es tanto un elemento cuantitativo (nivel de pobreza, porcentaje de desempleo, etc.), sino lo que podríamos llamar una pérdida simultánea por parte de todas las dimensiones de la igualdad de su “valor de cambio”.

Antes, hemos señalado como, a lo largo de la historia, las crisis inmediatas en alguna de estas dimensiones de la igualdad han sido desactivadas o superada con éxito gracias a su interacción recíproca con el resto de dimensiones. Desde la configuración de la modernidad hasta nuestros días, hemos transitado por una etapa histórica donde todas las dimensiones de la igualdad tenían valor de cambio. Todas poseían una magnitud valorable para las demás en tanto que en su interacción podían ser funcionales unas a otras.

Ahora bien, el problema existente en la actualidad, es que la crisis no se da sólo en una de las distintas dimensiones de la igualdad, sino que se da en las cinco y dimana de ellas, con lo que se produce un bloqueo estructural del sistema. Hoy, ninguna de las cinco dimensiones de la igualdad ya no tienen ningún valor de cambio para las otras, todas ellas exhiben cada vez mayores trastornos, por tanto, no sólo tienen dificultades para garantizarse a ellas mismas, sino que también prefiguran un fallo en su función tradicional de desplazarse entre ellas las crisis inmediatas de cada una.

El trasvase de valor de cambio de una dimensión a otra ya no es posible por la vía de la suma negativa<sup>11</sup> ni de la positiva.<sup>12</sup>

En resumen, las crisis, trastornos y disfunciones de cada dimensión de la igualdad en vez de ser absorbidas, disipadas, difuminadas y desactivadas por las otras, tienden ahora a volverse acumulativas en cada una de ellas y, por tanto, estructurales, y acarrear un peligroso bloqueo del complejo mecanismo de desplazamiento de las crisis. De ahí que ya no nos enfrentemos a algo simplemente periódico sino estructural.

Ello hace que el sistema ya no tenga margen de maniobra para salir de la crisis actual mediante un simple movimiento interno de piezas, la única salvación posible pasa necesariamente por “resetearlo” y crear un nuevo modelo constitucional. Ya no es posible restablecer una nueva concepción fragmentada o atomista de la igualdad, la única solución posible pasa por la implementación de un modelo integral de igualdad.

Este es un modelo que se empieza a dar en las nuevas constituciones aprobadas en la zona andina de América Latina.<sup>13</sup>

11 Por la vía de la suma negativa, resulta imposible hoy, por ejemplo, plantear como solución a la crisis, sin implicar una auténtica amenaza para la supervivencia humana, una expansión de la depredación y destrucción ecológica.

12 Tampoco por la vía de la suma positiva. La potenciación de la igualdad formal o de la igualdad material como solución a la crisis, exigiría de unas instituciones político-estatales cuya naturaleza y competencias permitiera poder activar e impulsar, desde y por ellas, políticas o escenarios de mayor democratización o ampliación de derechos. Estas instituciones están, actualmente, en desmantelamiento y sustitución por instancias tecnocráticas ajenas a la participación y los derechos (sobre ello, ver: Noguera Fernández 2012: 91-108).

13 Los inicios del llamado neoconstitucionalismo latinoamericano suelen ubicarse en el proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991, la cual presentan ya determinados rasgos que los diferencian claramente de la tradición constitucional occidental. Unos rasgos que serán desarrollados, posteriormente, por los procesos constituyentes y constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) (Sobre ello, ver Noguera Fernández y Criado, 2011: 15-49).

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

## 5. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y LA CONCEPCIÓN INTEGRAL DE LA IGUALDAD

Tres de los grandes retos para un nuevo y auténtico constitucionalismo de la igualdad consistirían en superar lo que fueron tres de las características propias del Estado social europeo y que actúan hoy, como límites a la igualdad:

Un primer reto es lograr un modelo con descentralización de la igualdad hacia todas sus dimensiones en conexión con un modelo de constitucionalismo garantista basado en el igual reconocimiento y justificabilidad de todos los derechos, capaz de garantizar todas las dimensiones de la igualdad, y en una Constitución económica con un rol activo en el proceso productivo y distributivo.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> A partir de las décadas de los setenta ochenta empezó en los países europeos, un proceso de descentralización de las políticas de igualdad hacia varias de sus dimensiones (políticas de género, de protección medioambiental, de reconocimiento derechos de los inmigrantes, etc.). Sin embargo, de acuerdo con las llamadas teorías del *Welfare Mix* o “división social del bienestar” defendida por autores como N. Johnson (1987) o P. Hirst (1994 y 1997), se consideró que esta descentralización de las políticas de igualdad no podía asegurarse sólo por el estado ni por una concertación neocorporativa entre el Estado y los actores del mercado laboral, sino que debía ir acompañada también de una descentralización y pluralización de las agencias e instituciones que elaboran y prestan tal igualdad (empresa privada, tercer sector, familia, redes informales, el “buen vecino”, etc.). Ello terminó provocando que la descentralización de la igualdad hacia sus dimensiones, por la vía del llamado *Welfare mix*, no generara más igualdad sino más desigualdad. Tal descentralización o redistribución del poder y responsabilidad de la igualdad entre diferentes actores públicos, privados y particulares, implica varios problemas. Uno es que se abren nuevas oportunidades de inversión para el sector privado que gana terreno en detrimento del Estado, de lo que se deriva una mercantilización de muchos servicios de protección social. Otro, respecto al tercer sector es que muchas veces la frontera entre la intervención asociativa y la mercantil resulta difusa, pero incluso cuando no es así, el tercer sector sólo puede paliar mediante la solidaridad determinados déficits de forma discrecional o parcial, pero sin constituir nunca derechos legales de ciudadanía. Además, en cuanto a la familia o las redes informales, una familia sobrecargada de responsabilidades de cuidado existencial sobre sus miembros le obliga, en la mayoría de casos, a terminar desplazando parte de éstos hacia el mercado. Con lo cual, la idea de un pluralismo de agencias y actores diferentes que elaboran servicios y prestaciones de bienestar-igualdad de manera conjunta y sin dar prioridad a ninguno de ellos es, en realidad, un falso pluralismo o un “pluralismo sesgado en favor del mercado” (Noguera Ferrer, 2000: 487).

Un segundo reto consiste en desvincular el acceso al bienestar y la dignidad de la nacionalidad<sup>15</sup> y el trabajo asalariado,<sup>16</sup> esto se hace mediante el reconocimiento del principio de universalidad de todos los derechos.

Y el tercer reto consistiría en establecer un modelo de constitucionalismo donde la implementación de la igualdad no sea responsabilidad únicamente del Estado, sino que se lleve a cabo a partir del principio de corresponsabilidad Sociedad-Estado o Sociedad-sociedad, lo que implica ampliar el concepto de participación ciudadana también a los ámbitos social y económico.

Si bien parece claro que la gran parte de formas de constitucionalismo que han existido desde el siglo XVIII hasta hoy no han cumplido todos estos requisitos, podríamos afirmar que la construcción de un constitucionalismo capaz de cumplirlos se ha intentado hacer, a lo largo de la historia, de dos maneras distintas: una es a partir de lo que podríamos llamar un *constitucionalismo de la igualdad estática* y otra de un *constitucionalismo de la igualdad en acción*.

Ambos pretenden cumplir los tres retos señalados, pero se diferenciarían entre ellos por la distinta manera en que opera el principio de corresponsabilidad Sociedad-Estado o Sociedad-Sociedad para la garantía de las distintas dimensiones de la igualdad.

15 A partir de la noción de "ciudadanía" introducida por Thomas H. Marshall (1998 [1950]), como *status* al que se asocian *ex lege* los derechos, muchos de los procesos de constitucionalización de derechos, especialmente del siglo XX, incurrieron en lo que podemos denominar una "ciudadanización de los derechos", al incorporar gran parte de los derechos dentro del ámbito de influencia de un modelo que otorga estos sólo a aquellos que poseen la "ciudadanía" del país en cuestión.

16 En el marco del Estado social la condición que determinaba el acceso a la ciudadanía social o a la gran mayoría de los derechos sociales, era la condición de trabajador asalariado. El trabajo productivo se constituye en el componente fundamental de la estructura de la sociedad, Constituciones como la italiana empiezan en su primer artículo señalando "Italia en una República democrática fundada en el trabajo". El Estado social no fue una actualización de la ley de pobres del siglo XIX, los derechos sociales no eran prestaciones no contributivas; sino una forma de gestión y organización del salario diferido de los trabajadores a tiempo indefinido, los derechos sociales eran prestaciones contributivas y de base profesional. Las prestaciones sociales en materia de desempleo, jubilación, etc. dependían, directa o indirectamente vía cotizaciones, de la cuantía de los salarios previamente devengados.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

En el modelo de *constitucionalismo de la igualdad estática* opera un principio de corresponsabilidad consensual o armoniosa, es decir, éste se articula a partir de un consenso y armonía Sociedad-Estado o Sociedad-Sociedad para construir una concepción integral de la igualdad. El consenso y armonía social es la condición de la que emerge la igualdad.

Por el contrario, en el modelo de *constitucionalismo de la igualdad en acción* opera una corresponsabilidad conflictiva o antagonica, es decir, ésta se articularía a partir del antagonismo o contrapoder Sociedad-Estado o Sociedad-Sociedad para construir una concepción integral de igualdad. El conflicto social es la condición de la que emerge la igualdad. Veamos algunos ejemplos históricos de cada uno de ellos.

### 5.1. EL CONSTITUCIONALISMO DE LA IGUALDAD ESTÁTICA: EL CONSTITUCIONALISMO UTÓPICO DEL S. XIX Y LA CONSTITUCIÓN SOVIÉTICA DE 1977

Llamo constitucionalismo de la igualdad estática a aquellos modelos en el que la nueva Constitución se percibe como un antes y después sin continuidad, a partir del cual se conforma una nueva igualdad absoluta, óptima y acabada, implementada mediante la corresponsabilidad ciudadanos-instituciones y ciudadanos-ciudadanos, que se mantiene, desde entonces, en un régimen social estático y permanente en el tiempo sin conflictos ni contradicciones. La Constitución crea una sociedad perfecta y sin conflictos.

Una “comunidad de iguales” o “constitución de los comunes” donde se reconoce la igualdad absoluta de todas las personas, la propiedad y gestión colectiva de todos los bienes y recursos, así como su producción y redistribución a partir del respeto con la naturaleza y de acuerdo con el famoso principio marxiano “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su necesidad”. Una Constitución que establez-

ca un régimen de igualdad óptimo, acabado, permanente o estático, en una sociedad sin contradicciones o conflictos.

Dos ejemplos de este tipo de constitucionalismo son: las Constituciones utópicas del siglo XIX y la Constitución soviética de 1977.

Las Constituciones de las colonias comunistas que primero Robert Owen<sup>17</sup> y después E. Cabet instauraron en Estados Unidos en el s. XIX, constitucionalizaban una comunidad con gente de distintas nacionalidades donde regía una plena igualdad, respeto y comunitarización de todas las propiedades. Y donde había un periodo de prueba para ingresar.<sup>18</sup> En ellas se establecía una sociedad de igualdad perfecta y acabada donde no se permitía ningún tipo de conflicto que alterará este orden acabado, perfecto y estático, procediendo a la expulsión de las personas problemáticas.<sup>19</sup>

17 Owen fundó en la década de 1820, en suelo norteamericano, la colonia *New Harmony* en Indiana, *Yellow Springs Community* en Cincinnati, Nashoba en Tennessee o la colonia de Haverstraw en Nueva York. Su duración media no pasó de dos años.

18 La primera Constitución de 1825 de la colonia owenista de New Harmony había declarado que los colonos serían puestos a prueba durante tres años, bajo el control de un *Preliminary Committee* (Comisión preliminar), y no serían admitidos como socios de la Comunidad más que los que hubieran justificado su admisión por sus esfuerzos durante los tres años. Este periodo de preparación, sin embargo, pareció demasiado largo a los neoharmonistas, pues en enero de 1826, adoptaron una nueva Constitución, por la cual la colonia se reorganizaba sobre bases comunistas, con una Asamblea general y un Consejo de seis miembros, que tenía el Poder Ejecutivo. No siendo tampoco del agrado de todos, esta segunda Constitución se volvió a cambiar, y así hasta adoptar siete Constituciones distintas en los dos años de vida que tuvo la colonia. También en las colonias icarianas de Cabet, a las que después de su fundación fue llegando más gente de nacionalidades distintas, se fijaron periodos de prueba y obligaciones de ingreso y convivencia en comunidad. Para un estudio de las colonias owenistas e icarianas en Estados Unidos, ver Nordhoff, 1966 [1875].

19 En todas estas colonias, los que no estuvieran dispuestos a respetar estos principios de convivencia deberían ser expulsados de la comunidad. En su interior no habría lugar para el conflicto. Un artículo del 21 de enero de 1849 en el diario icariano *Le Populaire*, fundado por Cabet en 1840, establece: "en toda la humanidad no hay más que tres tipos de personajes: trabajadores, hermanos y ladrones (*se identifica ladrón a mal trabajador*). Los trabajadores y los hermanos se entenderán siempre para vivir en una misma familia. En cuanto a los ladrones, hay que mostrarles la puerta". Y, concluye el diario, "nuestra comunidad fraternal no hace más que aplicar su principio al conducirlos a la puerta". La experiencia de las colonias owenianas e icarianas inspiraron la creación de agrupaciones de este tipo en otros países de América y Europa hasta finales del siglo XIX inicios del XX. El artículo 4 de los Estatutos constitucionales de la colonia de Ranahine (Irlanda, 1831) fijaba una admisión provisional para los nuevos miembros a la colonia, teniéndose que aprobar su admisión, después del periodo de prueba, por la mayoría de votos de los socios. Asimismo, el artículo 2, daba la posibilidad de poder expulsar, durante el primer año "todo hombre o mujer que se conduzca mal".

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

En un sentido parecido, la Constitución soviética de 1977, declaraba superada la fase de la “dictadura del proletariado” que había fijado la constitución anterior de 1936, y en un tono triunfalista declara haberse producido la transición del socialismo al comunismo. Constituyendo un nuevo “Estado de todo el pueblo” decía el art. 1, un Estado unánime, donde se daba una existencia armónica y no contradictoria de las relaciones económicas, sociales y culturales, y en el interior del cual decía el art. 8 no se permiten conductas antisociales.

Evidentemente todas estas formas de constitucionalismo de la igualdad estática fracasaron. Su principal problema e imposibilidad lo encontramos en el hecho de creer que la igualdad integral, la indivisibilidad de todas las dimensiones de la igualdad puede ser un espacio-tiempo concreto. Toda agrupación humana ha sido y es un campo de batalla donde igualdad y desigualdad luchan entre ellas, penetrándose y disputándose terreno de manera permanente e infinita. No existe un lugar, ni un tiempo histórico-concreto donde la igualdad óptima está implantada de manera plena y se vive armoniosamente con ella. Esta es más bien un concepto trans-histórico, un “puente”, un múltiple vínculo, la apertura de un horizonte de infinitas posibilidades. La igualdad integral opera no como un lugar espacio-temporal concreto sino como un ideal regulativo irrealizable por definición, pero suficientemente provocativo en sus desafíos permanentes a la realidad. La igualdad integral no puede adoptar la forma de *Ser*, sólo la de *Deber ser*.

Todo ello evidencia que la conformación de un constitucionalismo de la igualdad no puede ser un punto final de llegada sino sólo un punto de inicio del conflicto. Los textos constitucionales no pueden constitucionalizar finales sino sólo inicios. Esto nos lleva a la idea del constitucionalismo de la igualdad en acción constante, donde la construcción de la igualdad en sus distintas dimensiones se hace a partir de una corresponsabilidad antagónica y conflictiva entre Sociedad-Estado o Sociedad-Sociedad. El ejemplo más claro de esta

forma de igualdad son las nuevas constituciones de la zona andina de América Latina.

## 5.2. EL CONSTITUCIONALISMO DE LA IGUALDAD EN ACCIÓN: EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DEL S. XXI

Este es un modelo en el que la constitución establece los elementos que permiten la construcción de una “igualdad en acción” permanente, esto es, un constitucionalismo no estático sino dinámico donde la igualdad se construye progresivamente a partir de una corresponsabilidad antagónica o conflictiva Sociedad-Estado o Sociedad-Sociedad.

Para ello, las constituciones establecen dos aspectos entrelazados entre ellos:

Por un lado, la existencia de un reconocimiento constitucional de los derechos conformador de un espacio neutral o imparcial para que los ciudadanos y movimientos sociales puedan operar en él con posibilidades de éxito;

Por otro lado, la existencia de mecanismos e instrumentos en manos de los ciudadanos que permitan la permanente construcción de la igualdad en el citado campo.

Se trata, en definitiva, de establecer el *escenario* propicio y los *instrumentos* para, *a partir y desde* los ciudadanos y sus múltiples y plurales formas de organización, construir un constitucionalismo de la igualdad en acción permanente.

### 5.2.1. EL ESCENARIO: LA INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS COMO ESPACIO NEUTRAL E IMPARCIAL

Todo modelo constitucional que pretenda la construcción de una indivisibilidad de las dimensiones de la igualdad debe empezar por el reco-

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

nocimiento de una indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos que conforman cada una de estas dimensiones, solo así se puede crear un escenario o espacio neutral o imparcial para que los ciudadanos puedan operar en él para ir construyendo igualdad. Por qué?

En modelos donde se reconocen unos derechos como fundamentales y jerárquicamente superiores y otros no fundamentales e inferiores, no todos los derechos generan las mismas obligaciones. Cuando, en un conflicto de derechos, una parte tiene un derecho que genera obligaciones y la otra no, la reivindicación de la primera prevalece sobre la de la segunda.

En este tipo de modelos no puede existir nunca una igualdad integral o indivisibilidad de la igualdad, pues los afectados por desigualdades en las dimensiones “débiles” o no protegidas de la igualdad, no disponen de posibilidades jurídicas para generar obligaciones a los demás y, en consecuencia, de igualarse. El escenario no es aquí neutral, está trucado o apañado de antemano por la propia regulación jurídica constitucional. Los beneficiarios de las dimensiones “fuertes” o protegidas de la igualdad siempre ganan, mientras que los perjudicados por ellas, independientemente de sus protestas, siempre pierden, al menos por la vía jurídica.

Sólo en un modelo donde se reconocen todos los derechos (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, colectivos y de la naturaleza) como indivisibles y de igual jerarquía (así lo establece el art. 19 de la Constitución venezolana de 1999, el art. 11.6 de la Constitución ecuatoriana de 2008 y los arts. 13.I, 13.III y 109 de la Constitución boliviana de 2009) se crea un espacio donde los derechos propios de las distintas dimensiones de la igualdad, especialmente aquellas que conforman lo que podríamos llamar las dimensiones “débiles” de la igualdad (igualdad material o la igualdad con la naturaleza, por ejemplo), generan iguales obligaciones pudiéndose limitar unos a otros, creando un espacio neutral en igualdad de condiciones y posibilidades jurídicas para todos los ciudadanos y movimientos sociales de reivindicación de

derechos. La creación de un escenario donde todas las dimensiones de la igualdad generan iguales obligaciones, pudiéndose limitar y redefinirse unas a otras,<sup>20</sup> implica la creación de un escenario donde la reivindicación y acción colectiva de los ciudadanos vuelve a constituirse en instrumento válido para la justiciabilidad de los derechos.<sup>21</sup>

Una vez establecido un campo de lucha neutral e imparcial hay que crear instrumentos en manos de las organizaciones, movimientos sociales o población en general que permitan la permanente construcción de la igualdad en el citado campo.

### 5.2.2. LOS INSTRUMENTOS PARA LA PERMANENTE CONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD

Existen dos maneras o tipos de instrumentos para hacer efectivos los derechos o la igualdad: *instrumentos de igualdad reproductores del orden e instrumentos de igualdad transformadores o emancipadores*. El aquí llamado constitucionalismo de la igualdad en acción reconoce y combina ambos.

<sup>20</sup> Por esta razón Häberle define los derechos como “magnitudes” (*Größen*), los derechos fundamentales no tendrían un contenido fijo sino que definen su contenido en función de interrelaciones concretas con el resto de derechos, cada derecho “nace de nuevo en cada situación de conflicto y es actualizado y concretado caso por caso” (Häberle, 1998: 104).

<sup>21</sup> Conjuntamente con el reconocimiento de la indivisibilidad e interrelación de los derechos, existen otras cláusulas que pueden contribuir, en igual medida, a crear este escenario. Por ejemplo, la cláusula abierta en el reconocimiento de derechos. Los arts. 22 y 27 de la Venezolana de 1999, el art. 11.7 de la Constitución ecuatoriana de 2008 o el art. 13.II de la boliviana de 2009, señalan que el reconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución “no excluye los demás derechos” que derivados de la dignidad humana sean necesarios para su pleno desarrollo. Esta cláusula parte de la idea que la historia de los derechos no es estática sino que está en proceso de evolución, transformación y aparición constante de nuevos derechos. Partiendo de esta premisa opuesta a la concepción iusnaturalista de los derechos naturales, la cláusula citada significa que si en el futuro aparecen, en textos jurídicos internacionales o de otros países, nuevos derechos vinculados a alguna de las dimensiones de la igualdad, aunque éstos últimos no estén explícitamente previstos en el texto de la Constitución, deben gozar de igual jerarquía, protección y garantías que los demás derechos constitucionales, incorporándose por tanto desde el ámbito jurisprudencial, como un derecho plenamente exigible más, indivisible e interdependiente con los demás. En el mismo sentido operaría también el reconocimiento de la jerarquía constitucional y la aplicabilidad directa de los tratados internacionales de derechos humanos.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Los instrumentos de igualación reproductores del orden hacen referencia, principalmente, a las garantías o recursos jurisdiccionales. Las nuevas constituciones latinoamericanas incorporan diversas reformas y novedades en este campo. Podemos hacer referencia a novedades que afectan a la ampliación de la legitimidad activa para presentar los recursos jurisdiccionales a todos los sujetos individuales y colectivos formales e informales;<sup>22</sup> a la introducción, junto a las garantías tradicionales de defensa frente a acciones públicas o privadas de vulneración de derechos, de nuevas acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan obligar al Estado o a terceros privados a que cumpla con las obligaciones derivadas de los derechos (acción de incumplimiento, acción de inconstitucionalidad por omisión, etc.);<sup>23</sup> paralelamente a

22 A modo de ejemplo, la constitución de Bolivia de 2009 señala en su art. 14.III, como titulares de los derechos a todas las personas y a todas las “colectividades”, ya sean pueblos indígenas u organizaciones sociales, independientemente de si están registradas o no. La *Ley Núm. 341, de Participación y control social*, de 5 de febrero de 2013, reconoce como actores de la participación y el control Social a la sociedad civil organizada, ya sea en forma de organizaciones orgánicas y reconocidas legalmente (sindicatos, etc.), comunitarias (organizaciones, pueblos o naciones indígenas) o informales y circunstanciales (aquellos que se organizan para un fin determinado, y que cuando el objetivo ha sido alcanzado, dejan de existir) (arts. 6 y 7). Todos ellos tienen, de acuerdo con el citado art. 14.III de la Constitución, la posibilidad de ejercer y presentar colectivamente acciones jurisdiccionales para la protección de sus derechos. La Constitución de Ecuador de 2008 establece en su artículo 10 y 11, que al igual que los individuos, las “comunidades, los pueblos, las nacionalidades y los colectivos”, son también titulares de todos los derechos y que estos podrán ejercerse, promoverse y exigirse de forma colectiva por tales sujetos colectivos, pudiendo interponer acciones jurisdiccionales para la defensa de sus derechos. En el mismo sentido, la Constitución de Venezuela de 1999, en los artículos 84, 166, 182, 185 y muchos otros, hace referencia tanto a los pueblos indígenas como a lo que denomina “sociedad civil organizada” o “comunidad organizada”, refiriéndose a las organizaciones sociales de la misma, como sujetos de derechos.

23 En términos generales, no ha sido hasta las últimas décadas del siglo XX que empiezan a aparecer en el constitucionalismo acciones que atacan la inconstitucionalidad por omisión. Uno de los primeros textos en establecerlas fue la Constitución de la provincia de Río Negro, Argentina, de 1988, que estableció en su artículo 207.2.d una acción, a promover por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo, por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial y a los municipios. En países como Colombia o Perú la acción de cumplimiento tiene un ámbito restringido en tanto se limita a leyes y actos administrativos. No obstante, en Ecuador, la Constitución de 2008, en el artículo 436.5, atribuye a la Corte Constitucional el conocimiento a petición de parte de acciones por incumplimiento de actos administrativos, así como sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. El artículo 93 también se refiere a esta atribución aunque en términos amplios puesto que alude de forma muy general a “normas que integran el sistema jurídico”, de lo que se entiende que también abarca la Constitución.

éstos, mecanismos ya viejos como la acción ciudadana de inconstitucionalidad o las acciones populares<sup>24</sup> contribuyen también al establecimiento de instrumentos jurisdiccionales populares para la defensa de los derechos.

Conjuntamente con las garantías jurisdiccionales podemos referirnos también a garantías normativas. Una garantía de este tipo podría ser la incorporación en el texto constitucional de la “cláusula de prohibición de regresividad de derechos”. El fundamento de esta cláusula la encontraríamos en la extensión del principio de seguridad jurídica al campo de las posiciones creadas por los derechos.<sup>25</sup> Se trataría, por tanto, de una garantía normativa que puede ser alegada en cualquiera de sus recursos por los ciudadanos y que impone obligaciones al Ejecutivo, al Legislativo y a los jueces de evitar cualquier tipo de restructuración neoliberal, regresiva en materia de derechos, y blindar las victorias sociales conseguidas.

En consecuencia, todas las garantías jurisdiccionales o normativas citadas otorgarían a los ciudadanos y movimientos sociales nuevos instrumentos para, a partir de una corresponsabilidad conflictiva o anta-

24 Estas acciones populares o figuras similares, previstas en Constituciones como la de Brasil de 1988 o de Colombia de 1991, permiten superar muchas de las dificultades tradicionalmente existentes para la justiciabilidad de derechos sociales, aportando muchas ventajas: a diferencia de los instrumentos procesales tradicionales, pensados para juicios bilaterales o conflictos entre individuos privados, la agilidad y eficacia en el procedimiento de la acción popular permite que en un solo litigio se puedan defender a la vez derechos de una multitud de personas. Por otro lado, implica un fortalecimiento de los grupos sociales menos favorecidos al dar vía libre para que los sectores que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad y desventaja económica, se puedan situar colectivamente en condición de igualdad y puedan enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a aquellos sectores más poderosos (Londoño, 2003: 38-39).

25 Constituciones como la de Brasil de 1988 (art. 5.XXXV) o Ecuador de 2008 (art. 11.4) han reconocido esta cláusula. Además, esta cláusula puede derivarse también de disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos, como el art. 2 del PIDESC u otros como el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador (art. 4). También existe jurisprudencia en la materia, son diversas las sentencias de la Corte Constitucional colombiana (Sentencias C-789 de 2002, C-038 de 2004 o C-228 de 2011) donde, a partir de la interpretación del art. 48 de la Constitución colombiana, ésta ha acogido la regla de que toda modificación legal de carácter regresivo de derechos ya reconocidos debe presumirse *prima facie* como inconstitucional.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

gónica Sociedad-Estado y Sociedad-Sociedad, construir igualdad de forma progresiva. No cabe duda que en un escenario neutral o imparcial como el que hemos propuesto (reconocimiento de indivisibilidad e interrelación de los derechos, de la cláusula abierta en el reconocimiento de derechos, de jerarquía constitucional y aplicabilidad directa de los tratados internacionales de derechos humanos, etc.), estas garantías conforman instrumentos útiles para que los ciudadanos y los movimientos sociales puedan conseguir avances reales en la consecución de mayores cuotas de igualdad en cada una de las distintas dimensiones o, al menos, de reducción de las desigualdades.

Hay que reconocer sin embargo, que estos instrumentos presentan muchas veces ciertos límites en su eficacia. Con ello no quiero decir que no sea indispensable su reconocimiento.

La única manera de poder construir un constitucionalismo de la igualdad en acción pasa, hoy en día, por que junto a estos instrumentos de igualación reproductores del orden que ya hemos señalado, se establezcan simultáneamente otros mecanismos que permitan la también construcción de igualdad sin la necesaria intermediación del Estado. Esto es lo que llamamos instrumentos de igualación transformadores del orden, que pueden referirse a una cláusula de reconocimiento de las necesidades como factor de validez de derechos autoejecutables. Un ejemplo de ello sería el art. 98 de la Constitución ecuatoriana de 2008.<sup>26</sup>

Esta cláusula significaría que cuando ni las instituciones ni el Derecho oficial no cubren, por la razón que sea, las necesidades básicas de subsistencia y de una vida digna de un individuo o grupo de personas o cualquiera de sus derechos, desde el marco de la sociedad civil o de su cotidianidad, estas personas, organizadas y apoyadas en la acción de organizaciones comunitarias o movimientos sociales, deben tener

---

26 Art. 98 Constitución Ecuador: "Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos".

capacidad (respetando siempre la necesaria regulación<sup>27</sup> que establezca que sujetos, ante que necesidades y con qué condiciones legitiman para el ejercicio de la misma)<sup>28</sup> para auto-ejecutar por su cuenta estos derechos que les permitan cubrir sus necesidades y materializarlas de manera directa sin la intermediación del Estado, generando así por cuenta propia situaciones de mayor igualdad.<sup>29</sup>

Esta cláusula no tiene porqué conducir a escenarios de anarquía, todo lo contrario, se trata de una coexistencia de prácticas jurídicas populares que acelera el motor de la igualdad en acción:

Primero, por qué la autojusticiabilidad popular de derechos implementa prácticas de redistribución de la riqueza y consolida espacios transformadores y emancipadores regidos por fuera del mercado y por

27 Han sido varios los autores que han argumentado que el reconocimiento de esta cláusula podría favorecer situaciones de parasitismo por parte de algunos ciudadanos o a un estado de anarquía donde cada grupo imponga por la fuerza y al margen de la ley sus aspiraciones. Sobre ello puede verse el filósofo del derecho brasileño Miguel Reale (1984: 263) o Norberto Bobbio (1980: 164, 264-265). Sin embargo, no hay motivo para tal alarma, la manera de garantizar la plena vigencia del derecho a la resistencia con el mantenimiento del orden y la seguridad jurídica pasa por delimitar claramente: 1. quienes son los sujetos; 2. cuales las "necesidades" o "carencias"; y, 3. cuales las condiciones; que legitimarían para la activación y ejecución del derecho a la resistencia.

28 Estas condiciones pueden hacer referencia a: a) el deber de obedecer deberes morales básicos de respeto y reciprocidad; b) la obligatoriedad de tener que existir un vínculo entre las acciones que se realizan y las desventajas que se sufren; y, c) que la ejecutabilidad de un derecho no puede implicar violaciones de derechos más graves que aquellas que se pretenden remediar. En el caso de tratarse de derechos con igual estatus, la afectación causada por el ejercicio de uno, no debe ser más grave que aquella que se pretenda remediar.

29 De acuerdo con el principio de indivisibilidad, interrelación e igual jerarquía de todas las dimensiones de la igualdad debería partirse de la idea que esta cláusula debiera poderse usar para la defensa o reivindicación de cualquiera de estas dimensiones. Autores como Carlos Antonio Wolkmer, han concretado una clasificación y listado de necesidades para cuya reivindicación estaría justificada el ejercicio del derecho a la resistencia. Estos serían: el derecho a satisfacer las necesidades existenciales (alimentación, salud, agua, aire, seguridad, etc.); derecho a satisfacer las necesidades materiales (derecho a la tierra -derecho de posesión, derecho de los sin tierra-, derecho a la habitación y a la vivienda -derecho al suelo urbano, derecho de los sin techo-, derecho al trabajo, al salario, al transporte, a guarderías infantiles, etc.); derecho a satisfacer las necesidades sociopolíticas (derecho a la participación, derecho de reunión, de asociación, de sindicalización, de desplazamiento, etc.); derecho a satisfacer las necesidades culturales (derecho a la educación, derecho a la diferencia cultural, derecho al ocio, etc.); derecho a satisfacer las necesidades difusas (derecho a la preservación ecológica o de la naturaleza, etc.); derecho de los pueblos, de las minorías y de las diferencias étnicas (derechos de las naciones, de la mujer, de los negros, de los indígenas, de los niños y de la gente mayor); (Esta es una clasificación establecida por: Wolkmer, 2006: 150).

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

valores de solidaridad, participación democrática, comunitarismo, economía popular cooperativa, etc. (la ocupación de una propiedad ociosa o abandonada por parte de un grupo de personas debería tener, por ejemplo, como condición la obligación de cooperativizarse, la prohibición de la explotación de trabajo ajeno, o la prohibición de venta, una vez desaparecida la necesidad de uso de su detentador, la simple entrega física de la cosa para el goce de otro, serviría como justificación de la legitimidad de su posesión).

Y, segundo, por qué lo primero repercute directamente en un aumento de las políticas generadoras de igualdad por parte del Estado, a través del derecho oficial, en tanto que se encuentra presionado por una práctica jurídica popular que le disputa la centralidad del poder regulador, debilitándolo hasta poder destruirlo. Es sabido que uno de los motivos que llevaron al reconocimiento del Estado y los derechos sociales en el constitucionalismo del siglo XX fue la amenaza revolucionaria que el accionar de un movimiento obrero organizado y movilizado implicaba.

Por estas razones, es que la incorporación de estos instrumentos de igualdad transformadores contribuyen a acelerar los procesos de igualdad en acción.

En resumen, los anteriores mecanismos reconocidos en las recientes constituciones otorgan el campo y los instrumentos de acción para la construcción de la igualdad, permiten estructurar una corresponsabilidad antagónica o conflictiva Sociedad-Estado o Sociedad-Sociedad, de la que hablaba, poniendo en marcha un proceso progresivo de transformación donde cada vez serían posibles escenarios con mayores cuotas de igualdad en sus distintas dimensiones.

### 5.2.3. LA PARTE ORGÁNICA Y ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN AL SERVICIO DE LA IGUALDAD EN ACCIÓN

La simple introducción de novedades en la parte referida a los derechos sirve de poco si no se plantean, a la vez, novedades en las otras partes de la Constitución. Las distintas partes de la constitución (parte dogmática, parte orgánica y parte económica), no son independientes y autónomas unas de otras sino que se influyen mutuamente. Si introduces cambios en una de estas partes las otras no resultan neutrales respecto a la primera.<sup>30</sup>

Por eso, estos cambios van acompañados también de cambios en las formas tradicionales de organización política del estado, en la parte orgánica, y de cambios en el rol tradicional del Estado, otorgando a éste no sólo un rol meramente normativo, sino una activa intervención en el proceso productivo y distributivo, en la parte económica de la constitución. Las transformaciones en estas dos partes de la Constitución ha sido también una de las características, ampliamente estudiadas, de las nuevas constituciones latinoamericanas.<sup>31</sup>

#### REFERENCIAS

- ALONSO, L.E. (2007), *La crisis de la ciudadanía laboral*, Anthropos, Barcelona.
- ÁVILA, R. A. GRIJALVA y R. MARTINEZ (eds.), (2008), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, Quito.
- BARAN, P. (1959), *La economía política del crecimiento*, Fondo de Cultura Económica, México.

<sup>30</sup> Sobre ello, ver: Gargarella, 2013: 37-58.

<sup>31</sup> Sobre las transformaciones que las nuevas constituciones latinoamericanas introducen en sus partes orgánica y económica, puede verse, entre otros: Morales, Serrano y Montero, 2008; Ávila, Grijalva y Martínez, 2008; Palacios y Velázquez Reque, 2009.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

- BOBBIO, N. (1980), *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia.
- BOURDIEU, P. (1994), *Raisons pratiques: Sur la théorie de l'action*, Seuil, París.
- EMMANUEL, A. (1972), *El intercambio desigual*, Siglo XXI, México.
- GARGARELLA, R. (2013), "Injertar derechos sociales en las constituciones hostiles a ello", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 122, FUHEM/Icaria, Madrid.
- GINER, S. (1994), "Clase, poder y privilegio", en A. VARCÁRCEL, *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid.
- HÄBERLE, P. (1998), *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid.
- HERNES, E. (1990), *El poder de las mujeres y el Estado del bienestar*, Vindicación Feminista, Madrid.
- LENSKI, G. (1966), *Power and Privilege, a Theory of Social Stratification*, McGraw Hill, Nueva York.
- LEWIS, J. (1993), *Women and social policies in Europe: work, family and the State*, Edward Elgar Publishing, Londres.
- LONDOÑO, B. (2003), "Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de los derechos colectivos", en B. Londoño (ed.), *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*, Universidad del Rosario, Bogotá.
- MANDEL, E. (1975), *Tratado de economía marxista*, Era, México.  
 \_\_\_\_\_ (1979), *El capitalismo tardío*, Era, México.  
 \_\_\_\_\_ (1986), *Las ondas largas del desarrollo capitalista. La interpretación marxista*, Siglo XXI, Madrid.
- MARSHALL, T.H. (1998), *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid.
- MÉDA, D. (2002), *Le temps des femmes*, Flammarion, París.
- MORALES, T., A. SERRANO y A. MONTERO (2008), *Organización económica del Estado en la nueva Constitución Política del Estado*, Enlace, La Paz.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2012), *Utopía y poder constituyente*, Sequitur, Madrid.

- \_\_\_\_\_ (2014), *La igualdad ante el fin del Estado social*, Sequitur, Madrid.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y M. CRIADO (2011), "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, 13(1), Universidad del Rosario, Colombia, 2011.
- NOGUERA FERRER, J.A. (2000), "Conclusiones. La reestructuración de la política social en España", en J. ADELANTADO (ed.), *Cambios en el Estado del bienestar*, Icaria, UAB, Barcelona.
- NORDHOFF, CH. (1966), *The Communist Societies of the United States*, Dover Publications, Nueva York.
- PALACIOS, F. y D. VELÁZQUEZ REQUE (coord.) (2009), *Estudios sobre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Venezuela.
- PATEMAN, C. (1988/1995), *The sexual contract*, Polity Press, Londres.
- PECES-BARBA, G. (2004), *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- REALE, M. (1984), *Teoria do direito e do estado*, Saraiva, Sao Paulo.
- ROSANVALLON, P. (2012), *La sociedad de los iguales*, RBA, Madrid.
- SÁNCHEZ ALONSO, B. (1995), *Las causas de la emigración española 1880-1930*, Alianza Universidad, Madrid.
- SEN, A. (2001), *La desigualdad económica*, Fondo de Cultura Económica, México.
- STONE, C.D. (1972), "Should trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law Review*, 45.
- SWEETZ, P. (1945), *Teorías sobre el desarrollo capitalista*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SWEETZ, P. y P. BARAN (1972), *El capital monopolista*, Siglo XXI, México.
- TAYLOR, CH. (1996), *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México.
- TORTELLA, G. (1995), *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza, Madrid.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

WOLKMER, C.A. (2006), *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, MAD, Sevilla.

## MARXISMO Y DERECHO

Oscar Correas  
Facultad de Derecho, UNAM.

### EL JURIDICISMO MARXISTA

#### 1. EL REGRESO DE EL FANTASMA

El Fantasma recorría Europa. Era hacia mediados del siglo XIX cuando el comunismo asustaba al mundo que la burguesía aún estaba creando. Pero pasó el tiempo y El Fantasma se cansó de caminar. Entonces decidió cruzar el charco. Y así, El Fantasma, a principios del siglo XXI, comienza asustar al imperialismo y a la burguesía vernácula. Claro, también a la Iglesia, a los desclasados de la clase media, a los jefes sindicales traidores, y a otras fracciones que a veces nada tienen que perder y mucho para ganar con El Fantasma.

Este fantasma, por lo demás, tiene no sólo nombre, sino también apellido: *marxismo*. Y compañeros de camino, que son todas las formas del pensamiento libertario –no confundir con liberalismo antiestatal, léase postmodernos.

Pero al cruzar el charco, se encontró con un continente que sólo parcialmente se parecía al que había dejado. Y a El Fantasma le costó mucho tiempo entender qué era eso de Nuestra América. Pero ahora comprendió y pudo seguir siendo el fantasma que asusta. Ahora a la burguesía autóctona y, *además*, a este otro enemigo que para él era

OSCAR CORREAS

desconocido: el imperialismo, fenómeno complejo que incluye ingredientes militares al dominio del gran capital.

El Fantasma se equivocó muchas veces. Principalmente prestando su nombre para ser usado en la experiencia de Europa oriental. Fue entonces que la propaganda burguesa consiguió romper el prestigio del comunismo, enfrentándolo con el llamado “Mundo Libre”, que no es otra cosa que la tiranía de las empresas norteamericanas y sus comparas europeas. Ser comunista pasó a ser una mancha envenenada con el apoyo soviético.

En algún momento –clave 1989– el experimento soviético se derrumbó. A este fenómeno se le ha llamado *la caída del muro de Berlín*. Y en efecto había un muro. Y cayó rápido y estrepitosamente. Fue cuando, la burguesía se apuró a festinar la muerte del marxismo, al que comenzó a llamar “ideología” incapaz de entender que estábamos al final de la historia. Pero eso no significaba el fin de los tiempos, sino el fin de los cambios sociales: en adelante todo sería capitalismo. La “ideología”, Marx a la cabeza, se convirtió en la responsable del fracaso del comunismo –como si el capitalismo hubiera acertado en solucionar algún problema social–.

Claro que esta identificación del muro con la teoría marxista es un disparate. Pero no hay tontería que bien mediatizada no consiga capturar a las mentes simples –o ignorantes–. Muchos se lo creyeron: estudiar a Marx fue visto como estudiar doctrinas anticuadas y contra científicas. La ciencia social comenzó a convertirse en una apología de “la democracia” electoral. Aparecieron nuevos santones que retocaban o reemplazaban al marxismo –Habermas, Luhmann–. Y hubo que oír de “desideologizar” la facultad de ciencias políticas y sociales, lo cual significaba hacer desaparecer, o reducir, la presencia de Marx en la universidad. Apareció también la “posmodernidad”, para calmar los espíritus críticos. Como para muchos era un hueso duro de roer el fin de la historia y el triunfo final del capitalismo, la ideología de la posmodernidad postuló la idea de que “la modernidad” no había cumplido sus prome-

sas, las de la libertad en primer lugar. Por tanto había que cumplirlas, en una militancia intelectual y abstracta, en la que ya no se podía hablar de luchas de clase ni de comunismo. Se desarrolló al costado una ideología jurídica que confundía democracia con elecciones sin trampa. La democracia como forma de rescatar lo *común* desapareció del discurso, tal como si Locke hubiera triunfado sobre Rousseau. Confundía democracia con plutocracia de origen electoral. Eso, más la idea de que la panacea consiste en turnarse el gobierno los partidos políticos, triunfó entre los intelectuales orgánicos –algunos ex-marxistas– de la burguesía. La jugada es clara: como lo bueno es la alternancia en el poder, en caso de que la izquierda ganara, lo “correcto” era que en la próxima se entregara el poder a la derecha. Un seguro de vida, pues. Si no, golpe de estado... por eternizarse en el poder. Allí está Venezuela de testigo. Y Honduras.

Hubo que soportar todo eso, y las ironías de la derecha triunfante. Pero les duró poco. Ya se acabó. No pudieron explicar nada –lo cual tampoco intentaban.

Pero ahora resulta que en América Latina se han sucedido varios acontecimientos que pusieron otra vez a El Fantasma en el temor del capital globalizado. El Fantasma está de regreso, pero de este lado del charco –ya aprendió a estudiar los secretos de Nuestra América– esparciendo la zozobra entre los bienpensantes y los desinformados.

## 2. MARXISMO Y DERECHO

Una de las verdades que fueron aprendidas, es que el derecho sí cumple papel importante en la lucha de clases y movimientos revolucionarios. En la etapa anterior, en los 60' y 70', el derecho, en manos de abogados, aparentaba ser un algo que servía para defender presos políticos y derechos humanos... pero algo ha cambiado.

OSCAR CORREAS

## 2.1. LAS NORMAS Y LA LUCHA DE CLASES

Los marxistas siempre supieron que el contenido de las normas debe explicarse “en última instancia”, por las relaciones sociales, específicamente por la lucha de clases. Pero esta convicción ha tenido variantes. En los años 60 y principios de los 70, la idea más influyente sostenía que el derecho, siendo producto de la lucha de clases, era un instrumento de la clase dominante; y como tal, era cosa del enemigo. Esto era apuntalado por la perspectiva guerrillera, para quien resultaba congruente sostener que el mundo jurídico adquiriría importancia después de la toma revolucionaria del poder. Mientras tanto, los derechos no eran otra cosa que un instrumento secundario utilizable para sacar presos de las cárceles.

Ciertamente no era la única posibilidad de uso del derecho. También hubo los que pensaron que la lucha de los abogados revolucionarios tenía otras complejidades y otras utilidades. Se trataba de acompañar la lucha obrera y campesina, las manifestaciones populares de rebeldía y las contiendas estudiantiles. Sacar presos era parte de la tarea.

Los años de fuego sudamericanos cambiaron las cosas. Los abogados tuvieron que aminorar sus compromisos con los movimientos sociales, para dedicar esfuerzos al rescate de la más pedestre “democracia” decimonónica.

Pero pasados esos años, en los 80, derrotados los sueños de la toma revolucionaria del poder, la perspectiva temporal mudó. Ya no eran tiempos en que faltaban pocos años para triunfar. Vinieron los tiempos de pensar en el largo plazo. Y eso cambió fundamentalmente la percepción sobre el derecho. Ahora la normatividad es un *espacio* de la lucha revolucionaria. Y un motivo de reflexión teórica universitaria.

Que es un *espacio* quiere decir que una buena parte de las luchas sociales suceden en ese “espacio” normativo. Los abogados comprendieron, y los movimientos también, que las reivindicaciones sociales se

expresan en términos normativos y se pelean en términos ideológicos, en tribunales pero también en el derecho “hallado en la calle” o en “el derecho que nace del pueblo”, según felices metáforas del pensamiento latinoamericano. Se pelean en el mundo sindical, académico, campesino, urbano; los derechos humanos son moldes que se llenan con infinidad de reivindicaciones anticapitalistas. Se pelean en la calle, en el taller, en la finca ocupada, en la calle tomada, en los juzgados, en los parlamentos burgueses, en los sindicatos traidores; y en el más terrible de los casos, en la selva umbría donde los tambores de guerra siguen batiéndose a pesar de la muerte de comandantes y milicianos —y población civil—, desde luego.

El derecho, forma normativa de la vida discursiva, adopta otro rostro y demanda ser estudiado como parte de la lucha ideológica general. Eso explica estos congresos, estas revistas y estos libros, que son producidos como parte de la vida universitaria de todos los países. Especialmente en aquéllos que han conseguido procesos constituyentes cuyos resultados han puesto nerviosos a magnates, generales, políticos corruptos y, finalmente, al mismísimo ogro imperialista. Porque esos países saben que no pueden hacer efectivas esas constituciones sin el concurso de nuevos juristas, que sólo pueden ser formados en universidades, y para quienes se realiza toda esta nueva producción jurídica.

Y en esto el marxismo tiene mucho qué decir.

## 2.2. DOS DIRECCIONES DE LA MIRADA MARXISTA SOBRE EL DERECHO

No es posible aquí sino dejar apenas apuntado lo siguiente. El pensamiento marxista tiene dos vías de aproximación al derecho. La línea Pashukanis y la línea Kelsen. Esto es para pensar y discutir en el futuro próximo.

OSCAR CORREAS

### 3. EL JURIDICISMO MARXISTA

En la etapa anterior a la caída del muro, y antes del neoliberalismo furioso, era frecuente leer –y oír– que el capitalismo era un sistema social caracterizado por la existencia de la propiedad privada de los medios de producción. Hoy no pensamos así. El capitalismo se caracteriza *por ser un sistema social dominado por la mercancía* (algunos hablan de *forma-mercancía*). Lo cual pone las cosas en otra dimensión: la lucha es por la extinción de la mercancía y la construcción de la comunidad –algunos dicen *lo común* mientras otros prefieren *forma-comunidad*. Esto transforma el papel del derecho en el proceso revolucionario: ya no se trata de expropiar para acabar con la propiedad privada, sino de *construir* un mundo sin mercancías. No basta expropiar a favor del estado para que advenga el comunismo, el triunfo de la comunidad.

Mientras era lo primero, el asunto consistía en cambiar aquello que previamente se definía como siendo el *quid* de la cuestión: había que acabar con la propiedad privada, que era el *quid*, y construir otro estado que fuera el gerente de las empresas expropiadas. Pero cuando se trata de construir un mundo sin mercancías, la expropiación es un lejano primer paso que debe conducir, en línea recta, al triunfo de la comunidad. La posición del marxismo es esta última.

Durante la época del estado propio de la Europa oriental, filósofos y juristas abundaron en esta ideología que llamo *desviación juricista del marxismo*. Leamos a Adam Schaff, polaco, que pasaba, en los 60 y 70', por ser uno de los más importantes filósofos marxistas:

De acuerdo con el uso marxiano genuino de esta expresión puede hablarse de socialismo en sentido estricto, a propósito de toda sociedad que haya acabado con la propiedad privada de los medios de producción (con la excepción del suelo) y con ello, con la clase de los capitalistas en cuanto propietarios de estos medios de producción.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Schaff, Adam, Revista *Dialéctica*, Universidad Autónoma de Puebla, 1980, núm. 7, pág. 91.

Y en la página anterior:

En un sentido estricto “socialismo” significa tanto como “formación económica socialista de la sociedad”, esto es, ese conjunto de relaciones socialistas de producción que encuentra su expresión en el derecho socialista de propiedad de los medios de producción. Un derecho que legitima, en suma, una forma de propiedad [el texto dice, creo que por error, “*producción social*”, O. C. ] de los medios de producción literalmente contraria, por tanto, a la representada por la propiedad privada de los mismos (por ejemplo, propiedad estatal, propiedad de asociación de productores, etcétera).

Obsérvese: “las relaciones socialistas de producción encuentran su “expresión” en el derecho socialista de propiedad de los medios de producción”. El derecho *expresa* las relaciones sociales. Que se “reflejan” en el derecho. Una verdadera petición de principios. Pues si el derecho “expresa”, ¿qué *expresa*? Claro: las relaciones sociales; las del socialismo, por ejemplo. ¿Que consisten en qué? En que no hay derecho privado a la propiedad.

Si el derecho expresara, las relaciones sociales, entonces quedaría al desnudo la explotación de los trabajadores. Y no es así: el derecho no “expresa” sino *desfigura* esas relaciones. Y si las “refleja”, las refleja *invertidas* de modo que aparezcan que no son lo que son. El derecho del trabajo no refleja la explotación, sino que *desfigura* ésta haciendo pasar gato por liebre: parece que “protege” a los trabajadores, pero en realidad esconde la explotación *que sucede porque el trabajo* –la fuerza de trabajo– se ha vuelto *mercancía*. Que no era tal en la comunidad.

Toda esta confusión acontece porque se ha instalado, en el pensamiento jurídico comunista, la concepción juricista: la nueva sociedad consiste en ganar el estado y hacer desaparecer la propiedad privada. Es decir, sea golpe de mano, insurrección popular o guerra prolongada, de lo que se trata es de tomar el poder e imponer nuevo derecho: uno en el que no haya propietarios *privados*. Se admiten sólo los “públicos”.

OSCAR CORREAS

#### 4. El asunto

La cuestión es: ¿qué tiene para decir el marxismo sobre el derecho privado a la propiedad y sobre la sociedad comunista? Entre seguramente otros, quiero recordar el siguiente:

En tal supuesto [el socialista, O.C.], sin embargo, no sería el cambio el que le conferiría [al trabajo del individuo, O.C.] el carácter universal, sino que sería su presupuesto carácter colectivo lo que determinaría su participación en los productos. El carácter colectivo de la producción convertiría al producto desde un principio en un producto colectivo universal. El cambio que se realiza originalmente en la producción –el cual no sería un cambio de valores de cambio sino de actividades determinadas por necesidades colectivas, por fines colectivos– incluiría desde el principio la participación del individuo en el mundo colectivo de los productos.<sup>2</sup>

Es decir, el carácter de “colectivo” –comunista– en la producción no tiene nada que ver con la “propiedad” social –del estado–, sino con el *trabajo* y la *planificación* colectivos. El socialismo queda definido por la posición del individuo frente a la producción social, a la cual no está enfrentado, sino de la cual forma parte desde el principio. Mientras que en la producción mercantil el individuo queda enfrentado a la producción social, a cuya parte que necesita sólo puede acceder mediante la entrega de su trabajo –bajo la forma de dinero– a través del intercambio. La propiedad es sólo un momento posterior; es un elemento *puesto* por el intercambio; si se re-conoce propiedad jurídica es porque eso es necesidad del intercambio, de manera que si éste no existe no es necesario el derecho de propiedad. Pero si no hay intercambio, entonces el trabajo del individuo es puesto, desde el principio, como social:

---

<sup>2</sup> Marx, Karl, Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (borrador) 1857-1858, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973, 4ª, pág. 99.

Sobre la base de los valores de cambio [en el capitalismo, O. C.], el trabajo es *puesto* como trabajo general sólo mediante el *cambio*. Sobre esta base [la socialista comunista, O. C.]– el trabajo sería *puesto* como tal anteriormente al cambio; o sea el cambio de los productos no sería en general el *medium* que mediaría la participación del individuo en la producción general [...] es *mediado el supuesto mismo*; o sea está presupuesta una producción colectiva, el carácter colectivo como base de la producción. El trabajo del individuo es puesto desde el inicio como trabajo social. Cualquiera que sea la forma material del producto que él crea o ayuda a crear, lo que ha comprado con su trabajo no es un producto particular y determinado, sino una determinada porción de la producción colectiva. No tiene entonces producto particular alguno para cambiar.<sup>3</sup>

O sea que no necesita ser reconocido como propietario; no es necesario el “derecho de propiedad” puesto que éste sirve para cambiar y en el supuesto que analiza Marx el individuo no tiene nada que cambiar –no hay mercancías. Sin embargo en la sociedad definida jurídicamente por Schaff sí hay que cambiar y por eso es necesaria la propiedad “social”. Y dice Schaff que la estatal o la social es una propiedad “literalmente contraria” a la privada. Pero el problema no es el de enfrentar dos fórmulas jurídicas, sino dos formas de distribución del producto social, y es entonces que aparece con claridad, cualquiera que sea la fórmula jurídica, que el derecho de propiedad es una forma específica de la distribución *a través del intercambio*. La definición juricista del socialismo tiene el inconveniente de ocultar el problema que señala Marx. Y con poco que se observe, en la página transcripta de los *Grundrisse* se describe una sociedad post-capitalista sin hacer ninguna referencia al problema jurídico.

---

<sup>3</sup> *Idem*, pág. 100.

OSCAR CORREAS

## 5. LA NUEVA JORNADA

A los intelectuales orgánicos de la burguesía se les acabó el tiempo. Se quedaron defendiendo la democracia en abstracto: tramposa electoralmente, corrupta, plutocrática, de minorías, partidocrática; muy lejos de lo *común*. El movimiento que asusta al imperialismo es el latinoamericano: zapatistas, venezolanos, bolivianos, ecuatoriano, nicaragüenses, cubanos; menos peligrosos, Argentina y Brasil. El nuevo curso del movimiento ha aceptado el camino de la democracia electoral y reformas constitucionales. Un nuevo periodo se ha abierto. Y el marxismo ha aprendido a leer el signo de los tiempos y los pueblos. Por otra parte, si de la construcción de una sociedad sin mercancías se trata, está claro que el camino es difícil. Pero sobre todo es largo.

Y mientras tanto, tenemos ya nuevas constituciones surgidas de movimientos sociales importantes. Ya muy probadas como la cubana y la sandinista, en vías de hacerse efectivas las venezolana, boliviana y ecuatoriana. Constituciones que postulan instituciones novedosas, cuya eficacia debe ser estudiada. Con una pregunta fundamental: las nuevas instituciones, ¿apuntan hacia formas comunitarias de lo social? Dicho de otra forma: las nuevas instituciones ¿permiten prever que desaten procesos que tiendan a la superación de la mercancía? Esto porque si la respuesta es negativa, no podrá decirse que hemos avanzado mucho.

¿Qué tareas tenemos los abogados marxistas? Está claro, como siempre: estudiar. Nos espera la tarea de colaborar con la efectividad, y, por tanto, con la eficacia de las nuevas constituciones y preguntarnos cuáles nuevas instituciones apuntan, o pueden transformarse en caminos, al mundo otro, sin mercancías. Como avizora Marx.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

Celso Naoto Kashiura Jr.\*

Márcio Bilharinho Naves\*\*

Juristas brasileiros.

### INTRODUÇÃO

A existência de uma subjetividade de natureza jurídica está ligada ao surgimento do modo de produção *especificamente capitalista*, quando o capital *subsume realmente* o trabalho, que adquire então a forma de uma *abstração praticamente verdadeira*, permitindo que se constitua uma relação de *equivalência efetiva*, desconhecida em outras formações sociais. Esse processo pode ser acompanhado na tortuosa e ilusória elaboração conceitual dos melhores representantes da ideologia jurídica burguesa, Kant e Hegel, e plenamente compreendido nas análises que Marx e Pachukanis fazem da relação fundamental entre a forma de valor e a forma do direito.

---

\* Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor das Faculdades de Campinas (FACAMP). Membro do Grupo de Estudos Althusserianos do Centro de Estudos Marxistas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Autor de *Crítica da igualdade jurídica – contribuição ao pensamento jurídico marxista* (Quartier Latin, 2009) e *Sujeito de direito e capitalismo* (Outras Expressões/Dobra, 2014).

\*\* Doutor em Filosofia e livre-docente pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Professor da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Membro do Grupo de Estudos Althusserianos do Centro de Estudos Marxistas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Autor de *Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis* (Boitempo, 2000) e *A questão do direito em Marx* (Outras Expressões/Dobra, 2014).

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

## I. GEOMETRIA DA LIBERDADE E SUBSUNÇÃO FORMAL DO TRABALHO AO CAPITAL

Podemos observar em Kant a formulação de uma *filosofia prática* (na qual estão incluídas as concepções acerca da moral e do direito), cuja preocupação central está situada na possibilidade de determinação racional da ação individual. Essa filosofia prática parece supor uma subjetividade autônoma universal, no mesmo compasso de uma racionalidade universal – o que, de fato, podemos verificar no que diz respeito à subjetividade pressuposta pela filosofia moral kantiana, mas não podemos verificar de modo pleno na transposição para a filosofia jurídica kantiana. Isto se deve, como veremos, a limitações relativas à realização da abstração *sujeito* impostas pela subsunção tão somente formal do trabalho ao capital.

Com efeito, a filosofia prática de Kant estabelece como fundamento da ação moral e da ação jurídica uma normatividade puramente racional *a priori*. Em última instância, tal fundamento está radicado no célebre *imperativo categórico*: “*Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.*”<sup>1</sup> Esse imperativo impõe incondicionalmente, como comando permanente da razão prática, a forma de uma reciprocidade universal. Tanto para a moral quanto para o direito, o que se exige é a *universalidade* formal da ação individual, calcada no princípio da *autonomia* (autodeterminação racional) e na noção de dignidade de todo ser racional (que só pode ser *fim em si mesmo*). Isto exclui, de pronto, a determinação da ação por fatores exclusivamente empíricos ou por submissão a uma vontade alheia, o que Kant identifica como *heteronomia*.

<sup>1</sup> Kant, *Crítica da razão prática*, s.d., p. 42. Noutra obra, Kant formula o mesmo imperativo como: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.” Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2008, p. 62. “Age segundo uma máxima que contenha simultaneamente em si a sua própria validade universal para todo ser racional.” Id., *ibid.*, p. 85-86.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

Moral e direito diferem, segundo essa formulação, em função da disjuntiva *interior-exterior*: a moralidade diz respeito à determinação interior da vontade, isto é, conformidade ao dever como autodeterminação da vontade (como *razão prática*); a juridicidade diz respeito ao exterior, isto é, a ação exteriorizada pelo indivíduo deve conforma-se às exigências da normatividade racional *a priori*. Assim, para Kant, o direito deixa de lado as motivações interiores e os fins específicos que o indivíduo se propõe e tem como exigência fundamental que a exteriorização da ação, na medida em que coloca o indivíduo em relação com outros indivíduos, conforme-se àquela reciprocidade universal exigida pelo imperativo categórico. Nesse sentido, Kant afirma no §B da *Introdução à doutrina do direito*:

“O conceito de Direito [...] diz respeito, em primeiro lugar, apenas à relação externa e, precisamente, prática de uma pessoa com outra, na medida em que as suas ações possam, como *facta*, ter influência (direta ou indiretamente) umas sobre as outras. Mas, em segundo lugar, não significa a relação do arbítrio com o desejo do outro [...], pura e simplesmente, com o arbítrio do outro. Em terceiro lugar, nesta relação recíproca dos arbítrios não se atende [...] ao fim que cada qual se propõe com o objeto que quer, [...] pergunta-se apenas pela forma da relação entre os arbítrios de ambas as partes, na medida em que eles são considerados simplesmente como livres, e se, com isso, a ação de cada um pode se conciliar com a liberdade do outro segundo uma lei universal.”<sup>2</sup>

O direito trata da forma das relações exteriores e voluntárias entre indivíduos, exigindo que, em tais relações, os indivíduos possam fazer conciliar as suas liberdades. Já não se trata da determinação ou do modo de determinação da vontade interior, mas da atuação exterior de uma vontade previamente determinada, do confronto exterior entre vontades

<sup>2</sup> Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 42-43.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

individuais cujos sujeitos devem manter, ao mesmo tempo, a dignidade de seres racionais. Há, portanto, uma projeção “para fora” da *autonomia* moral – a determinação autônoma da vontade interior é pressuposta e ultrapassada – na forma de uma *liberdade* exterior – não por acaso, o único direito inato.<sup>3</sup> Essa liberdade exterior do indivíduo deve coexistir com a liberdade exterior de todos os demais indivíduos. Eis o núcleo da concepção jurídica de Kant, expresso como *princípio universal do direito*: “Uma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal.”<sup>4</sup>

O princípio universal do direito reafirma, especificamente para as relações exteriores, o essencial do imperativo categórico, o que podemos claramente observar quando Kant exprime verbalmente tal princípio noutra forma: “age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal.”<sup>5</sup> Os seres racionais, como seres morais, devem apresentar-se exteriormente como livres e essa liberdade exterior deve ser universal. O direito trata das condições formais por meio das quais tal universalidade deve ser garantida, isto é, das condições formais por meio das quais os seres racionais podem coexistir universalmente como livres.

A coexistência das liberdades exteriores exige, por sua vez, limitação da liberdade. Em clara oposição a uma concepção dominante na filosofia moderna, Kant recusa a liberdade como direito ilimitado por natureza e apenas posteriormente limitado por circunstâncias externas. Kant propõe o direito inato a uma liberdade limitada: uma liberdade individual ilimitada não poderia coexistir com outras liberdades individuais.

Com isso, Kant pode conceber a coerção como essencial ao direito – mais uma vez, na contracorrente de seu tempo, em que a coerção era

3 Cf. Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 56.

4 Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 43.

5 Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 44.

usualmente entendida como o inverso do direito ou como elemento acidental e posterior deste. A coerção, diz Kant, é um obstáculo contra um obstáculo à coexistência universal das liberdades e, nesse sentido, a “resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele”.<sup>6</sup> Se, portanto, o direito pode ser definido pela forma da coexistência universal das liberdades exteriores, isto significa, ao mesmo tempo, “a possibilidade de uma coerção recíproca universal em consonância com a liberdade de cada um segundo leis universais”.<sup>7</sup>

Num certo sentido, essa concepção derivada do princípio universal do direito de Kant pode ser aproximada da geometria plana: algo como uma geometria idêntica das liberdades exteriores. Todos devem ser exteriormente livres e livres na exata mesma medida: o direito garante um “espaço” idêntico de liberdade para cada indivíduo, um “paralelogramo” de idênticas dimensões, e estabelece as condições para que tais “paralelogramos” possam coexistir lado a lado, sem que um invada o outro. A limitação desse “paralelogramo” de liberdade é, então, essencial. A coerção assegura essa limitação.

Embora Kant não apresente uma definição explícita da subjetividade jurídica,<sup>8</sup> seria possível propor, até aqui, um sujeito de direito que se apresenta como plena projeção exterior do sujeito moral. Assim como não é possível pensar um ser racional desprovido de autonomia moral, não seria possível pensar um ser racional desprovido de liberdade exterior. A universalidade da subjetividade moral seria projetada exteriormente como universalidade da subjetividade jurídica. O sujeito manteria, portanto, a sua autonomia moral interior e, ao mesmo tempo, teria,

6 Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 44.

7 Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 45.

8 A ausência de uma formulação explícita a respeito do sujeito jurídico em Kant se deve, em grande medida, a uma concepção que se estende desde o assim chamado direito romano antigo e que, ao menos em parte, Kant ainda reproduz, na qual o direito é concebido a partir do objeto jurídico. Cf., a esse respeito, Edelman, *La transition dans la “Doctrine du droit” de Kant*, 1973. Isto não elimina, por certo, uma concepção implícita do sujeito jurídico em Kant, em especial em vista da importância prática que essa ideia desempenha na construção de sua filosofia. Cf., nesse sentido, Siep, *Person and law in Kant and Hegel*, 1984.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

pela geometria idêntica do princípio universal do direito, a liberdade externa para buscar os seus próprios fins subjetivos e a garantia contra quaisquer obstáculos à sua liberdade pela faculdade da coerção.

Ora, o “pano de fundo” não declarado e indeclarável de tal concepção jurídica é aquele correspondente à sociedade burguesa em ascensão.<sup>9</sup> É, no fim das contas, essa realidade histórica (e, como tal, condicionada e empírica) que Kant procura transpor filosoficamente como uma racionalidade *a priori* e incondicionada – pois é essa forma de sociedade, cuja consolidação Kant vivencia, que demanda um “espaço” inviolável e idêntico de liberdade dentro do qual a concorrência entre interesses individuais inevitavelmente divergentes deve encontrar sua realização e também seu limite.

Essa realidade histórica, que se traduz na esfera da circulação de mercadorias da sociedade burguesa, exige uma subjetividade jurídica universal – e, a princípio, a filosofia jurídica de Kant parece atender essa exigência. Mas se avançarmos nas concepções da *Doutrina do direito*, veremos que Kant se enreda numa contradição – que, no limite, exige o sacrifício da universalidade do sujeito de direito – ao tratar daquilo que nomeia *ius realiter personale*. Kant introduz essa categoria mediante o argumento de que a dicotomia entre direito real e direito pessoal é insuficiente e a define nos seguintes termos:

“Esse direito é o de possuir um objeto exterior *como uma coisa* e de o usar *como uma pessoa*. [...] direito este que, dado que não é um direito sobre uma coisa nem tampouco direito face a uma pessoa, mas, concomitantemente, *também uma posse desta última*, há de ser um direito que transcende todo o direito real e pessoal, a saber, o direito da humanidade na nossa própria pessoa, o qual tem como consequência uma lei permissiva natural, mediante cuja proteção nos é possível uma tal aquisição.”<sup>10</sup>

9 Nesse sentido, cf. Tosel, *Kant révolutionnaire: droit et politique*, 1988; Edelman, *La transition dans la “Doctrin du droit” de Kant*, 1973; Cerroni, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, 1972; Illuminati, *Kant politico*, 1971.

10 Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 118-119 – grifei.

O *ius realiter personale* tem como espaço aquilo que Kant nomeia “sociedade doméstica” e se aplica à relação do marido para com a esposa, dos pais para com os filhos e do “chefe da família” para com os “criados domésticos”. Em qualquer desses casos, uma pessoa (marido, pai, chefe de família) tem o direito de usar como pessoa e possuir “como se fosse uma coisa” uma outra pessoa (esposa, filho, criado doméstico). O marido-pai-chefe de família não tem a prerrogativa de exigir da esposa-filho-criado doméstico algo que degrade a sua condição de pessoa (isto é, não se trata simplesmente de uma *propriedade*), mas, ao mesmo tempo, possui a esposa-filho-criado doméstico “como se fosse uma coisa” (integram o *meum iuris*). Essa posse tem como principal consequência a possibilidade de reivindicação, isto é, de reconduzir, em caso de “extravio” (isto é, de fuga), se preciso à força, a pessoa possuída “como se fosse uma coisa” ao espaço da sociedade doméstica.<sup>11</sup>

A relação que mais interessa à análise ora proposta é aquela entre chefe de família e criado doméstico. Kant reproduz aqui, sem dúvida, algo da antiga concepção patriarcal da família como unidade produtiva e sua preocupação quanto à evasão revela, nas entrelinhas, que esse tipo de organização produtiva encontra-se, a seu tempo, em dissolução.<sup>12</sup> Mas o criado doméstico do *ius realiter personale* já não é um escravo ou um servo – Kant reconhece (ao menos formalmente) a sua humanidade e busca um meio (ainda que precário) de salvaguardar a sua liberdade jurídica. A questão a que Kant procura responder é, a rigor, a de como tornar juridicamente operacional o *uso* de um *homem livre*.<sup>13</sup> Essa questão guarda plena correspondência com a ascensão da

11 No que diz respeito especificamente aos filhos, Kant chega a afirmar que “quando se fala do direito dos progenitores em relação aos filhos como elemento do seu acervo doméstico, aqueles podem não só invocar o dever dos filhos de regressar quando fugirem, como também têm o direito de se apoderar deles como coisas (como animais transviados) e de os encarcerar”. Kant, *Metafísica dos costumes*, 2005, p. 127. Essa possibilidade de recondução forçada à sociedade doméstica se aplica de forma idêntica à esposa e aos criados domésticos.

12 Cf. Edelman, *La transition dans la “Doctrine du droit” de Kant*, 1973.

13 Edelman, *La transition dans la “Doctrine du droit” de Kant*, 1973, p. 50.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

sociedade burguesa, mas a resposta de Kant está ainda distante daquelas figuras que o direito contemporâneo estabeleceu para dar margem à relação de trabalho assalariado.

Não é possível a Kant, no limite, negar ou disfarçar a submissão do criado doméstico ao chefe de família: embora formalmente pessoa livre, o criado é também possuído “como se fosse uma coisa”. Se voltamos ao princípio supremo da filosofia moral kantiana, o imperativo categórico, podemos observar que essa pessoa possuída “como se fosse uma coisa” pouco ou nada guarda de sua autonomia moral, de sua condição de fim em si mesmo. Se voltamos ao princípio universal do direito, podemos observar que não há propriamente uma coexistência das liberdades individuais do chefe de família e do criado doméstico. A geometria idêntica da liberdade se choca com a sobreposição da liberdade do chefe de família sobre a liberdade do seu criado. A condição mesma do criado doméstico, simultaneamente sujeito livre e coisa possuída, não é universalizável, sob pena de degradação da dignidade intrínseca a todo ser racional. O criado doméstico tem, na verdade, a sua subjetividade jurídica reconhecida por Kant de maneira apenas parcial – mas essa parcialidade é de todo incompatível com os princípios a partir dos quais o próprio Kant erige a sua filosofia prática.

Há, nesse sentido, uma clara tensão no pensamento jurídico de Kant. Por um lado, a universalidade formal derivada do imperativo categórico e a geometria idêntica da liberdade traduzem exigências características da circulação mercantil e colocam Kant em sintonia com a ascensão do capitalismo. Por outro lado, o *ius realiter personale* deixa entrever resquícios pré-capitalistas que ainda operam no pensamento de Kant e que interpõem limitações bastante severas no que diz respeito à formulação da subjetividade jurídica. Essas limitações correspondem a relações de produção cuja forma ainda não possui caráter especificamente capitalista. A ruptura imperfeita de Kant com a dependência pessoal decorre, nessa perspectiva, do domínio ainda incompleto, ainda exterior ao processo de trabalho mesmo, do capital sobre o traba-

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

lho. E o próprio lugar secundário e implícito da categoria sujeito de direito na obra de Kant adquire sentido: essas relações de produção não especificamente capitalistas, que correspondem à subsunção formal do trabalho ao capital, não dão margem, de fato, à plena realização, na prática, da abstração constitutiva da subjetividade jurídica.

## II. PROPRIEDADE DE SI E SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL

Se passamos agora à filosofia do direito de Hegel, podemos observar que desaparecem aquelas limitações que sondavam a concepção de sujeito de direito de Kant. Há uma substancial alteração no que diz respeito à estrutura de pensamento: em Kant, a subjetividade jurídica aparece como implícita e secundária; em Hegel, muito diversamente, ela aparece logo como ponto de partida. Esse deslocamento da subjetividade jurídica para primeiro plano está vinculado, em última medida, a uma significativa transformação no modo de produção capitalista: o advento subsunção real do trabalho ao capital.

Com efeito, a primeira parte da *Filosofia do direito* de Hegel, sobre o *direito abstrato*, começa (§34) pela “vontade livre em si e para si” que, no seu “conceito abstrato”, é “vontade *dentro de si singular* de um *sujeito*” e, logo a seguir (§35), conclui que a “*universalidade* dessa vontade livre para si mesma é formal, relação simples, consciente de si, mas, por outro lado, desprovida de conteúdo para si em sua singularidade – o sujeito é, nessa medida, *pessoa*”.<sup>14</sup> Um pouco adiante (§36), Hegel pode já apresentar claramente o seu imperativo jurídico: “*sé uma pessoa e respeita os outros enquanto pessoas*”.<sup>15</sup>

14 Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 79.

15 Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 80.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

Assim, Hegel resolve, desde logo, as determinações fundamentais do direito: indica, já nos primeiros parágrafos de sua grande obra jurídica, que o direito é forma, que essa forma é determinada pela forma da pessoa (isto é, sujeito de direito), e que a forma sujeito de direito é universal. Hegel inicia pelo sujeito de direito, como momento mais abstrato, ainda desprovido de qualquer conteúdo, a sua dialética do *Espírito objetivo* que, como sabemos, culmina no Estado, o momento mais concreto.

É preciso ter em conta, no entanto, que ao tomar o sujeito de direito como ponto de partida, Hegel não adere àquele jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII ou a qualquer daquelas teorias que Marx apelida de “robinsonadas”, isto é, àquelas concepções que tomam o indivíduo isolado como dado natural, alheio à história.<sup>16</sup> A universalidade do sujeito de direito nada tem de natural: tanto a subjetividade jurídica quanto o seu caráter abstrato são resultado de um processo histórico, representam a efetivação daquelas premissas que o jusnaturalismo não podia apresentar senão como exigências racionais – ou, em termos mais precisamente hegelianos, representam a realização progressiva do *Espírito* na história. Hegel claramente trata da sociedade capitalista e a sua *Filosofia do direito* parte da subjetividade jurídica porque encontra, de fato, diante de si, uma sociedade na qual os homens efetivamente se tornaram sujeitos de direito.

O passo imediatamente seguinte da dialética hegeliana consiste no desdobramento da propriedade (§41) a partir da figura primordial do sujeito de direito: “A pessoa precisa se dar uma *esfera externa de sua liberdade*, a fim de ser enquanto ideia.”<sup>17</sup> A propriedade surge, então, como a primeira determinação da personalidade jurídica: a capacidade jurídica contida na personalidade jurídica apresenta-se logo como capacidade de ser proprietário.

16 Nesse sentido, cf. Losurdo, *Hegel e la libertà dei moderni*, 1992; Ritter, *Persona y propiedad – un comentario de los §§ 34-81 de los “Principios de la filosofía del derecho” de Hegel*, 1989.

17 Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 83.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

A pessoa pode se tornar proprietária, diz Hegel (§42), do “*exterior em geral*”, de tudo que é “*Coisa*, algo de não livre, de impessoal e de desprovido de direito”.<sup>18</sup> A vontade livre que define a personalidade jurídica pode investir tudo que é exterior a ela mesma (isto é, tudo que se caracteriza como *coisa*) e, assim, tornar-se proprietária. Mas Hegel precisa aqui confrontar-se com aquela mesma questão que assombrou Kant, aquela mesma questão que a sociedade capitalista não pode deixar de lançar ao pensamento jurídico: a questão de como fazer uso de um homem livre. E essa questão assume, no interior do pensamento de Hegel, a seguinte formulação: a pessoa pode ser proprietária de si mesma? Ou, o que resulta no mesmo: o sujeito de direito pode ser proprietário da sua própria força de trabalho?

Ora, são “*inalheáveis* [...]” as determinações substanciais que constituem a minha pessoa mais própria e a essência universal da minha autoconsciência, como minha personalidade em geral, minha liberdade da vontade universal [...]”,<sup>19</sup> diz Hegel (§66). Logo, as determinações substanciais que constituem a personalidade jurídica não podem ser apropriadas, visto que não podem ser investidas pela vontade livre (não são exteriores a ela). Tudo mais, isto é, tudo que não se caracteriza entre as determinações substanciais da personalidade jurídica, pode ser objeto de apropriação e de alienação, como coisa. O próprio corpo e, portanto, a própria capacidade de trabalho se caracterizam, nessa perspectiva, como objetos que podem ser apropriados pela vontade interior da pessoa:

“Enquanto pessoa, sou eu mesmo *imediatamente* [*indivíduo*] *singular*, – o que quer dizer, inicialmente, em sua determinação seguinte: eu sou *vivo* nesse *corpo orgânico*, que é, quanto ao conteúdo, meu ser-á externo, indiviso, *universal*, a possibilidade real de todo ser-á mais determinado. Mas,

18 Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 83.

19 Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 100.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

enquanto pessoa, eu tenho ao mesmo tempo minha *vida e corpo*, como outras Coisas, apenas na *medida em que é minha vontade*.<sup>20</sup>

O sujeito de direito se torna proprietário de si mesmo porque em si mesmo – em seu corpo, nas suas forças vitais, na sua capacidade de trabalho etc. – a sua vontade se torna objetiva. A propriedade de si está, para Hegel, inserida no processo pelo qual o homem toma posse do mundo e o transforma, o processo de objetivação do *Espírito*. O direito de propriedade de si não é, nesse sentido, um direito natural: ele se realiza historicamente por meio do processo pelo qual os homens tomam posse de si mesmos e transformam a si mesmos através da própria atividade – o processo através do qual o *Espírito* investe e toma posse do próprio corpo biológico e das potencialidades do homem.

Se o homem pode ser proprietário de si mesmo, isto é, de sua própria capacidade de trabalho, a consequência direta da universalidade do homem como sujeito de direito é universalidade do homem como coisa.<sup>21</sup> A *Filosofia do direito* de Hegel, que se inicia com o sujeito de direito e com a propriedade, fecha esse circuito com a propriedade de si. O sujeito de direito é plenamente capaz de levar ao mercado a sua propriedade e, com isso, é plenamente capaz de levar ao mercado também a si mesmo (sua própria força de trabalho). Por isso Hegel apresenta o *contrato de salário* como espécie dos *contratos de troca* (§80): a capacidade de trabalho é, para o seu proprietário, uma coisa que pode ser

20 Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 87. É preciso notar, contudo, que a possibilidade de apropriação do corpo e da capacidade de trabalho é dada tão somente ao próprio indivíduo, porque é apenas do ponto de vista de sua vontade livre interior que o corpo pode ser tomado como algo exterior. Para todos os demais indivíduos, a vontade livre e o corpo de um indivíduo não podem ser separados. Cf. § 48 da *Filosofia do direito*.

21 Nesse sentido: “A coisificação das relações de pessoa a pessoa é a outra face da propriedade. No terreno da sociedade civil, isto não se limita à relação com coisas naturais exteriores. Implica também que todas as capacidades e habilidades da pessoa se despersonalizem e adotem em cada etapa a forma de coisa para funcionar socialmente como propriedade. [...] Hegel sublinha, é certo, que há ressalvas em chamá-las imediatamente de ‘coisas’, mas o que aqui ocorre é que aquilo que para o homem é ‘interior’ se ‘aliena’ e adquire uma ‘existência exterior’ com a qual é posto sob a determinação de coisa (§43).” Ritter, *Persona y propiedad – un comentario de los §§ 34-81 de los “Principios de la filosofía del derecho” de Hegel*, 1989, p. 136-137.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

trocada, numa relação com outro proprietário, por outra coisa qualquer. Nessa relação, cada um dos sujeitos de direito “*deixa de ser, permanece e torna-se* proprietário”,<sup>22</sup> na medida em que cede a sua propriedade apenas sob a condição de adquirir a propriedade do outro. Há, na verdade, uma única e essencial restrição: a venda da própria capacidade de trabalho deve ser quantitativamente limitada.

“*De minhas habilidades particulares, corporais e espirituais e de minhas possibilidades de atividade eu posso alhear em favor de outros as produções singulares e um uso delimitado no tempo, porque eles recebem, de acordo com essa delimitação, uma relação exterior à minha totalidade e universalidade. Pela alheação de todo o meu tempo, concretizado pelo trabalho, e da totalidade da minha produção, eu faria do elemento substancial desses, da minha atividade e da minha efetividade universais, da minha personalidade, propriedade de um outro.*”<sup>23</sup>

A formulação do sujeito de direito como núcleo de uma vontade livre interior implica desde o princípio a impossibilidade de sua redução integral à condição de coisa. Como sede do *Espírito*, como ser racional e livre, o homem não pode ser possuído por outro como (ou “como se fosse”) coisa. Mas pode, como sujeito de direito, por meio de sua própria vontade livre, tornar-se proprietário de si e alienar a sua propriedade a outro sujeito de direito. O homem não pode ser privado de sua vontade livre, mas pode fazer uso dela para tornar-se voluntariamente, livremente, na plenitude de sua condição de sujeito de direito, vendedor da própria capacidade de trabalho – desde que o uso da sua capacidade de trabalho por um outro seja limitada. Essa limitação quantitativa só pode ter como medida o tempo e é tudo que

<sup>22</sup> Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 107.

<sup>23</sup> Hegel, *Filosofia do direito*, 2010, p. 101. Na anotação desse mesmo parágrafo (§67), Hegel reitera a necessidade da limitação temporal ao afirmar que “o uso de minhas forças apenas é diferente dessas forças mesmas e, com isso, de mim, na medida em que é quantitativamente delimitado”.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

separa a personalidade jurídica da plena despersonalização. Para que o sujeito de direito possa alienar a si mesmo como coisa é preciso que a sua coisificação não seja total e que esse resíduo de personalidade jurídica seja o livre promotor da própria coisificação.

O “intangível” da vontade livre, o “sagrado” do direito, a manutenção daquilo que Hegel estabeleceu como determinação substancial da subjetividade jurídica se coloca na dependência do relógio – em última instância, o relógio de ponto. O tempo em questão no contrato de salário de Hegel é o tempo da jornada de trabalho: a limitação da jornada de trabalho é o que pode assegurar ao assalariado a manutenção de algo da sua vontade livre.<sup>24</sup>

A concepção jurídica de Hegel se coloca assim em plena correspondência com as exigências típicas da sociedade capitalista. O contrato de salário, isto é, a compra e venda da força de trabalho, aparece agora como ato de plena realização da subjetividade jurídica: por meio da condição de sujeito de direito, núcleo da vontade livre, um homem dispõe de si mesmo, livre e voluntariamente, ao mesmo tempo como pessoa e coisa, como proprietário e propriedade. A livre circulação da força de trabalho encontra sua expressão jurídica plena, em correspondência precisamente com a formulação de uma subjetividade jurídica plena. Essa subjetividade jurídica corresponde a relações de produção especificamente capitalistas, isto é, à subsunção real do trabalho ao capital. É somente em vista dessas relações de produção que a abstração sujeito de direito pode se realizar materialmente, como abordaremos a seguir.

Contudo, é necessário ter claro que a concepção jurídica de Hegel, em especial a sua concepção acerca da subjetividade jurídica,

---

<sup>24</sup> É importante observar que Hegel não estipula um limite preciso para o tempo de alienação da força de trabalho. Podemos concluir que basta que reste uma fração de tempo suficiente para que o homem continue capaz de contratar. Durante essa fração, o homem, como sujeito de direito, pode dispor livremente de todo o restante do seu tempo. O tempo de coisificação pode ser mesmo a maior parte do tempo do trabalhador assalariado.

desenvolve-se inteiramente no interior da ideologia jurídica burguesa. Isto implica que a filosofia hegeliana, embora exponha, a seu modo, a subjetividade jurídica em sua plenitude, não é capaz de mostrar, por si mesma, a determinação dessa subjetividade jurídica pela produção especificamente capitalista. É, na verdade, apenas a partir da obra de maturidade de Marx que se torna possível romper com a ideologia para situar o sujeito de direito *num outro terreno*.

Tanto assim que, em Hegel, podemos notar que o espaço em que se dá o máximo desenvolvimento do sujeito de direito e de suas determinações é aquele da *sociedade civil*, precisamente o espaço do máximo desenvolvimento das determinações da circulação mercantil. Esse desenvolvimento do sujeito de direito e de suas determinações, ao reproduzir por completo a ideologia jurídica burguesa, não permite que a realidade propriamente dita da produção capitalista apareça. A esfera das relações de produção não pode constituir, em Hegel, um “outro” em oposição à sociedade civil, isto é, em oposição à circulação mercantil e às formas jurídicas a ela correspondentes. Por isso a produção não aparece senão como uma produção genérica de utilidades, toda produção aparece como exteriorização do sujeito. Toda produção aparece sob o signo da propriedade privada, logo, sob o signo das formas jurídicas. Tudo se passa entre sujeitos de direito; as relações entre sujeitos de direito são relações entre vontades livres; a vontade livre e a personalidade jurídica constituem a esfera do desenvolvimento irrestrito do interesse privado. A compreensão precisa da determinação em última instância da subjetividade jurídica pela produção especificamente capitalista se torna, no esquema conceitual de Hegel, uma questão que não pode sequer ser colocada. Para que ela fosse colocada, seria preciso esperar a elaboração conceitual com que Marx e Pachukanis inauguraram o conhecimento materialista do direito.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

## III. SUBJETIVIDADE E PROCESSO DO VALOR DE TROCA

“Toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos”. Pachukanis inicia assim o capítulo IV: Mercadoria e sujeito, de *A teoria geral do direito e o marxismo*,<sup>25</sup> estabelecendo o lugar fundamental da subjetividade na constituição da forma jurídica. De fato, é a necessidade de que seja criado um circuito de trocas mercantis que não apenas possibilite a circulação universal dos bens, mas que ponha em circulação uma mercadoria em especial, a capacidade de trabalho, que vai exigir que a subjetividade humana se organize de um modo específico, histórica e socialmente determinado. É a isso que se refere Marx, ao dizer que:

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar as vistas para os seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem portanto reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma. As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias.<sup>26</sup>

25 Pachukanis, *A teoria geral do direito e o marxismo*, 1989, p. 81.

26 Marx, *O capital*, v. 1, t. 1, 1983, p. 209-210.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

A relação jurídica é uma relação de vontade, lembra Marx, e nisso ela se distingue de qualquer outra relação que se baseie na violência direta, ela se distingue de qualquer outro modo de apropriação que não decorra de uma disposição subjetiva livre e voluntária de transferir uma coisa a outrem. Uma relação de vontade só pode se constituir se os proprietários de mercadorias aparecem no mercado de trocas como dotados da capacidade de praticar os atos jurídicos de compra e venda. Esta capacidade só pode ser exercitada se os homens reconhecerem uns aos outros como homens dotados de liberdade, isto é, como homens cujas decisões de negócios ocorram de forma autônoma, sem qualquer espécie de constrangimento ou coerção, e que também essa relação seja uma relação de iguais, isto é, de homens que se equivalham, sem qualquer espécie de atributos ou *status* que os coloque em posição social distinta, desequilibrando a relação entre eles e possibilitando que alguém aufera vantagem dessa mesma posição.<sup>27</sup> Essas relações, devem ser, portanto, relações de reciprocidade e de equivalência entre os sujeitos da troca, de tal modo que qualquer distinção entre eles, qualquer “qualidade particular” que possam ter, se dissolvam, e eles sejam “determinados simplesmente como trocadores”. Como diz Marx, ainda nos *Grundrisse*, “[...] como sujeitos que atestam essa equivalência na troca, como sujeitos de igual valor [eles] são ao mesmo tempo indiferentes uns aos outros; suas outras diferenças individuais não lhes interessam; são indiferentes a todas as suas outras peculiaridades individuais”.<sup>28</sup> É,

<sup>27</sup> Marx identifica nesta passagem dos *Grundrisse* o papel decisivo dessa equiparação entre os sujeitos da troca: “De fato, como a mercadoria e o trabalho estão determinados tão somente como valor de troca, e a relação pela qual as diferentes mercadorias se relacionam entre si [se apresenta] como troca desses valores de troca, como sua equiparação, os indivíduos, os sujeitos, entre os quais esse processo transcorre, são determinados simplesmente como trocadores. Entre eles não existe absolutamente nenhuma diferença, considerada a determinação formal, e essa determinação é econômica, a determinação em que se encontram reciprocamente na relação de intercâmbio, o indicador de sua função social ou de sua função social mútua. Cada um dos sujeitos é um trocador, i.e., cada um tem a mesma relação social com o outro que o outro tem com ele. A sua relação como trocadores é, por isso, a relação da igualdade”. Marx, *Grundrisse*, 2011, p. 184.

<sup>28</sup> Marx, *Grundrisse*, 2011, p. 184.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

portanto, o princípio da igualdade o elemento fundamental na constituição de uma subjetividade livre que permita a instauração de um regime de trocas no qual os indivíduos, como sujeitos, possam comercializar a própria força de trabalho sem perder ao mesmo tempo a sua vontade autônoma.

Podemos dizer, então, que a figura do sujeito de direito está ligada ao processo de abstração que o capital instaura, de tal modo que ao trabalho abstrato vai corresponder a abstração do sujeito. A “equivalência subjetiva” decorre da equivalência mercantil, resultado do caráter abstrato que toma o trabalho na sociedade burguesa. A igualdade pode então ser compreendida como “a transposição ao nível dos indivíduos da equivalência das mercadorias”.<sup>29</sup>

#### IV. A EQUIVALÊNCIA SUBJETIVA COMO FORMA DO CAPITAL

O surgimento de uma vontade que permita a venda da força de trabalho sem que o sujeito tenha que abdicar de seus atributos fundamentais, isto é, que ele se ponha a serviço de outrem e ao mesmo tempo possa manter o seu estatuto de homem livre e igual àquele ao qual se subordina, decorre de uma específica forma de organização do processo de trabalho sob o capital, que Marx denominou de “subsunção real do trabalho ao capital”, por meio da qual vem a ocorrer a produção de uma subjetividade *realmente* abstrata. É somente nessas condições, em que se constitui o modo de produção *especificamente capitalista*, que *pode surgir uma subjetividade propriamente jurídica*.

Para Marx, a constituição do modo de produção especificamente capitalista ocorre com a subsunção real do trabalho ao capital, em um movimento que vai da manufatura à grande indústria.

Quando surgem as relações de produção capitalistas, em um primeiro momento, a base técnico-material da produção não é substan-

<sup>29</sup> Michel, *Marx et la société juridique*, 1983, p. 165.

cialmente alterada. O modo de fabricar o produto se realiza do mesmo modo como ocorria na sociedade feudal, de tal modo que não há grande diferença entre o operário das primeiras manufaturas e o artesão.<sup>30</sup> Quase não existe divisão do trabalho, e o operário fabrica parte substancial ou mesmo a totalidade do produto. O instrumento de trabalho é um “prolongamento e uma potencialização” da mão do trabalhador, e, por fim, não há praticamente separação entre o trabalho manual e o trabalho intelectual.<sup>31</sup> Assim, o trabalho depende das condições de habilidade e conhecimento técnico do operário, que já está objetivamente expropriado dos meios de produção, mas ainda não está expropriado das condições subjetivas da produção. Como diz Marx: “O processo de trabalho, do ponto de vista *tecnológico*, efetua-se exatamente como antes, só que agora como processo de trabalho *subordinado* ao capital”.<sup>32</sup>

Em um segundo momento, passa a ocorrer um processo de transformação do modo de produção (em sentido estrito), isto é, a introdução de meios de produção novos, particularmente do sistema de máquinas, que permite que se complete a expropriação do trabalhador direto, o qual agora já não está separado somente das condições objetivas da produção – como no caso da “expropriação objetiva da produção” – mas também das condições subjetivas da produção (configurando uma

30 Cf., a este respeito, La Grassa, *Valore e formazione sociale*, 1975.

31 La Grassa, *Valore e formazione sociale*, 1975, p. 34-35.

32 Marx, *Capítulo sexto (inédito) do Capital*, s/d, p. 94-95. Diz ainda Marx: “[...] com essa transformação (change) não se deu uma modificação essencial na forma e maneira real do processo de trabalho, do processo real de produção. Pelo contrário, é normal que a subsunção do processo de trabalho no capital se opere com base num processo de trabalho *preexistente*, anterior a essa sua subsunção no capital e com uma configuração baseada em diversos processos de produção anteriores e outras condições de produção; o capital subsume em si *determinado processo de trabalho existente*, como, por exemplo, o trabalho artesanal ou o tipo de agricultura que corresponde à pequena economia camponesa autônoma. As modificações que se operarem nestes processos de trabalho tradicionais que caíram na sua alçada só podem ser *consequências* paulatinas da prévia subsunção de determinados processos de trabalho tradicionais no capital. Não é por o trabalho se tornar mais intenso ou por se prolongar a duração do processo de trabalho; nem é por o trabalho ganhar maior continuidade e, sob o olhar interessado do capitalista, mais ordem, etc., que se altera em si e para si o caráter do processo real de trabalho, do modo real de trabalho.” Id., *ibid.*, p. 89.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

“expropriação subjetiva da produção”). Com a utilização do sistema de máquinas, o processo de trabalho se converte em um conjunto de operações que não mais exige do operário as condições intelectuais e a habilidade de antes; ao contrário, o trabalhador se torna um mero fornecedor de energia laborativa indiferenciada, sem qualquer “qualidade” específica. A sua antiga capacidade de manejar os instrumentos de trabalho e de elaboração e compreensão do ciclo produtivo agora é inútil, e ele se vê reduzido à condição de “apêndice da máquina”, como diz Marx. Assim, o trabalho de um operário não se distingue do trabalho de outro operário, e as forças de trabalho dos trabalhadores diretos, conseqüentemente, se tornam *igualizadas* entre si, de modo que *somente neste momento o trabalho abstrato se realiza praticamente*.<sup>33</sup>

Assim se constitui um modo de produção especificamente capitalista, no qual o controle do processo de produção pelo capitalista e o seu domínio sobre o operário é completo, isto é, agora ele tem a *efetiva capacidade* de dispor dos meios de produção, configurando a subsunção real do trabalho ao capital.

Tornando-se realmente abstrato, simples dispêndio de energia laborativa indiferenciada, portanto, completamente homogêneo, o trabalho perde qualquer resquício de qualidade. Assim, totalmente quantificável, ele pode ser comparado a qualquer outro trabalho, e o homem adquire essa condição extraordinária de equivalência viva, isto é, da mais absoluta igualdade. A sua vontade não é mais um atributo para a fabricação da mercadoria, mas tão somente o modo subjetivo de operar os mecanismos do sistema de máquinas no processo de trabalho capitalista.

---

33 Cf. La Grassa, *Valore e formazione sociale*, 1975, p. 35-36. E ainda: “O ‘trabalho abstrato’, portanto, se realiza *praticamente, concretamente*, na *moderna sociedade burguesa*, baseada no maquinismo industrial. A abstração do ‘trabalho em geral’, que – como categoria puramente pensada – não é característica típica de uma sociedade em particular, mas é válida, ao contrário, nessa sua abstração, para todas as formações sociais, se torna ‘praticamente verdadeira’ apenas na sociedade capitalista *completamente* desenvolvida. O ‘trabalho abstrato’ é, portanto, a ‘abstração do trabalho em geral’ *concretizada* no âmbito do modo de produção *especificamente* capitalista; e, ao realizar-se praticamente, o ‘trabalho abstrato’ se torna uma característica peculiar *apenas desse* modo de produção”. Id., *ibid.*, p. 31.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

Podemos afirmar, então, que o que é específico do direito, seu elemento irreduzível, é a *equivalência subjetiva como forma abstrata e universal do indivíduo autônomo quando o trabalho é subsumido realmente ao capital*. Se o direito é um modo de organização da subjetividade humana que a torna capaz de expressão de vontade, com o que é possível a instauração de um circuito de trocas no qual a própria subjetividade adquire uma natureza mercantil sem com isso perder a sua autonomia, é somente nas condições de existência de um *modo de produção especificamente capitalista* que o indivíduo pode se apresentar desprovido de quaisquer atributos particulares e qualidades próprias que o distingam de outros homens; ele se apresenta como pura abstração, como pura condensação de capacidade volitiva indiferenciada. É isso que empresta ao homem, a qualquer homem da sociedade burguesa, a capacidade de praticar os mesmos atos da vida civil, sem quaisquer diferenças, hierarquias ou discriminações de nenhuma natureza entre eles. Podemos chamar a isso de uma *equivalência subjetiva real*, justamente por ela se realizar concretamente, praticamente, inscrita materialmente na prática de atos de troca que a capacidade volitiva autoriza ao homem realizar na condição de sujeito, ou seja, a igualdade se transforma em uma *realidade objetiva*, como observa Marx.<sup>34</sup>

Ao contrário da subjetividade existente nas formações sociais pré-capitalistas, como a romana, por exemplo, na qual não se constitui uma subjetividade propriamente jurídica justamente porque ela esbarra sempre no obstáculo intransponível da *determinação política do indivíduo*, que atribui capacidade para a prática de atos de comércio a alguns homens e não a todos, e bloqueia a autonomia da vontade do cidadão romano, de modo que a liberdade e igualdade dos homens *não decorrem do processo do valor de troca*, como na sociedade do capital, mas do *status* que o indivíduo possui. Isso é válido tanto na relação entre indivíduos de *status* diferenciados, como o cativo e o seu senhor, como nas relações

<sup>34</sup> Marx, *Fragmento da versão primitiva da "Contribuição para a crítica da economia política"*, 1971, p. 292.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

entre os próprios senhores, dotados de um mesmo *status* de homens livres. Assim, podemos dizer que a equivalência subjetiva entre os homens livres em Roma *se distingue da equivalência jurídica burguesa* justamente porque esta é uma “equivalência material” (analogamente ao trabalho materialmente abstrato que resulta da subsunção real do trabalho ao capital). A equivalência entre sujeitos nas sociedades pré-capitalistas resulta tão somente de uma comparação mental daquilo que é comum entre as vontades concretas das pessoas, excluindo as modalidades particulares de sua expressão, daí resultando uma *capacidade volitiva concreta em geral* – distinta da capacidade volitiva materialmente abstrata. A subjetividade humana, portanto, não se separa da condição social do agente, da posição a ele atribuída no tecido social *desde fora* do processo de trocas. Isso significa que a esfera da circulação não é capaz, por si mesma, de prover o homem de capacidade para o exercício de atos de troca, e que essa capacidade tem que ser atribuída ao homem por uma estrutura de poder, daí decorrendo a *natureza política da equivalência subjetiva* nas sociedades antigas, como a romana, em contraposição à equivalência subjetiva jurídica da sociedade do capital. Em Roma a vontade não é livre, não apenas porque alguns estão submetidos à autoridade de outros, mas sobretudo porque a liberdade não está interiorizada na pessoa, como uma faculdade a ela pertencente, mas, ao contrário, como uma qualificação que recobre determinado estrato social. O indivíduo é considerado e qualificado por suas virtudes, condições e peculiaridades concretas, contingentes, historicamente determinadas, e não de modo indiferenciado, como em uma universalidade abstrata.<sup>35</sup>

---

35 Isso remete à importante questão da natureza do que se convencionou chamar de “direito romano” (e, por extensão, do direito nas formações sociais pré-capitalistas). A inexistência nessas sociedades da subjetividade jurídica é um fator impeditivo para que uma experiência propriamente jurídica tenha nelas ocorrido. Como lembra Jacques Michel, para Marx, algo pode ser chamado de direito sem que efetivamente o seja, e ele considerava ainda que, no feudalismo, “a ordem medieval aparece como sendo um período de reação anti-jurídica, não obstante a variedade, a riqueza e a abundância de regras ditas de direito; pode-se dizer mesmo que esses dados, para Marx, constituem outras tantas provas do caráter não especificamente jurídico dessas regras sociais.” Michel, *Marx et la société juridique*, 1983, p. 189.

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

O direito, assim, pode aparecer para Marx como uma forma social *sui generis*, a *forma da equivalência subjetiva autônoma*. A nosso ver, esse conceito capta as determinações essenciais da análise do direito que Marx realiza em sua obra de maturidade, especialmente em *O capital*, e, *considerando a sua análise do processo de subsunção real do trabalho ao capital*, afirma a especificidade burguesa do direito, permitindo que se estabeleça uma demarcação nítida entre o fenômeno jurídico e outras formas sociais – consideradas pela tradição como sendo também jurídicas – próprias das formações sociais pré-burguesas.

## CONCLUSÕES

Pelo exposto, podemos concluir, na linha de Pachukanis, que a forma jurídica é especificamente burguesa. Mas podemos ainda acrescentar, de modo preciso e, ao mesmo tempo, radical, que a especificidade histórica da forma jurídica é dada em vista de sua determinação em última instância por relações de produção especificamente capitalistas, correspondentes à subsunção real do trabalho ao capital.

Com a subsunção real do trabalho ao capital, o trabalho abstrato se realiza na prática, isto é, torna-se efetivamente um dispêndio de energia laborativa indiferenciada e desprovida de qualquer conteúdo de habilidade específica. A expropriação do trabalhador direto quanto às condições subjetivas da produção completa a expropriação das condições objetivas, previamente realizada. O trabalhador direto se vê reduzido a mero fornecedor dessa energia laborativa indiferenciada, plenamente equalizada e quantificável. E, assim, a realização na prática do trabalho abstrato implica, por outro lado, a realização na prática da abstração constitutiva do sujeito de direito.

Em vista disso, podemos compreender a tortuosa elaboração teórica de Kant a respeito da subjetividade jurídica. O que essa elaboração teórica reflete inconscientemente é o momento histórico da transição

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

para a sociedade capitalista. A expropriação objetiva do trabalhador direto está consumada, mas a expropriação subjetiva ainda não pôde ser realizada. Trata-se, em suma, da subsunção formal do trabalho ao capital. O trabalhador direto ainda dispõe do conhecimento e das habilidades específicas exigidas na produção, de modo que, embora não detenha os meios de produção, ainda guarda relativa independência quanto ao capital. O capital, por seu turno, embora detentor dos meios de produção, ainda não dispõe de controle integral sobre o processo de produção. Daí aquele resíduo de submissão pessoal que Kant mantém no *ius realiter personale*. E, como consequência, a contradição em que Kant se enreda: a sua filosofia, embora exija formalmente uma subjetividade jurídica universal, não é capaz de levar tal exigência às últimas consequências. Não é capaz conceber o sujeito de direito como livre promotor de sua submissão – porque não pode, em última medida, separar o uso da força de trabalho de um homem da posse desse homem “como se fosse uma coisa”.

Podemos compreender, nesse mesmo sentido, que as dificuldades de Kant são superadas por Hegel, precisamente porque a filosofia hegeliana reflete um momento histórico em que a transição foi superada. Esse momento histórico que a filosofia hegeliana exprime, sem que o próprio Hegel seja consciente disso, é o momento correspondente à subsunção real do trabalho ao capital. O desenvolvimento de forças produtivas propriamente capitalistas conduz à expropriação subjetiva do trabalhador direto, que já não pode desempenhar qualquer controle, mesmo relativo, sobre a produção. O domínio do capital sobre o trabalho é interiorizado no processo de produção. As condições materiais necessárias ao advento de uma equivalência subjetiva realmente abstrata estão inteiramente preenchidas. Por isso a filosofia de Hegel pode apresentar, desde o seu princípio, o sujeito de direito como universal. Pode reduzir toda atividade econômica da sociedade civil à atividade de sujeitos de direito, mediada pela propriedade. Pode apresentar o homem como livre promotor da venda de sua força de trabalho e, ao

## SUBSUNÇÃO REAL DO TRABALHO AO CAPITAL E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

mesmo tempo, pretender salvaguardar inteiramente as determinações essenciais de sua personalidade jurídica. E pode apresentar, com muita clareza, o limite necessário para tanto: o limite da jornada de trabalho, o limite do relógio de ponto de fábrica.

Por fim, com Marx e Pachukanis, podemos compreender o vínculo profundo da subjetividade jurídica com o processo de troca e, em especial, com a esfera da produção capitalista. Podemos romper o cerco da ideologia jurídica burguesa, deixando de lado as representações típicas da subjetividade jurídica como determinação de uma racionalidade *a priori* ou do *Espírito*, deixando de lado a sacralidade e a necessidade moral da subjetividade jurídica, para situá-la em seu lugar autêntico: como determinação de uma estrutura social específica, como forma histórica, como forma do capital.

## BIBLIOGRAFIA

- CERRONI, Umberto, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milão, Giuffrè, 1972.
- EDELMAN, Bernard, *La transition dans la "Doctrine du droit" de Kant*, in *La pensée*, n. 167, 1973, p. 39-60.
- \_\_\_\_\_, *Le sujet de droit chez Hegel*, in *La pensée*, n. 170, 1973, p. 70-85.
- \_\_\_\_\_, *O direito captado pela fotografia – elementos para uma teoria marxista do direito*, Coimbra, Centelha, 1976.
- HEGEL, G. W. F., *Filosofia do direito*, São Leopoldo, Unisinos, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Enciclopédia das ciências filosóficas em epitome*, 3 vols., Lisboa, Edições 70, s.d.
- ILLUMINATI, Augusto, *Kant político*, Florença, La Nuova Italia, 1971.
- KANT, Immanuel, *A metafísica dos costumes*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Lisboa, Edições 70, 2008.

CELSONAOTO KASHIURA JR. / MÁRCIO BILHARINHO NAVES

- \_\_\_\_\_, *Crítica da razão prática*, Lisboa, Edições 70, s.d.
- KASHIURA JR., Celso Naoto, *Crítica da igualdade jurídica – contribuição ao pensamento jurídico marxista*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Sujeito de direito e capitalismo*, São Paulo, Outras Expressões/Dobra, 2014.
- LA GRASSA, Gianfranco, *Valore e formazione sociale*, Roma, Riuniti, 1975.
- LOSURDO, Domenico, *Hegel e la libertà dei moderni*, Roma, Riuniti, 1992.
- MARX, Karl, *Grundrisse*, São Paulo/Rio de Janeiro, Boitempo/Editora da UFRJ, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Fragmento da versão primitiva da “Contribuição para a crítica da economia política”*, in \_\_\_\_\_, *Contribuição para a crítica da economia política*, Lisboa, Estampa, 1971.
- \_\_\_\_\_, *O capital*, v. 1, t. 1, São Paulo, Nova Cultural, 1983.
- \_\_\_\_\_, *Capítulo sexto (inédito) do Capital*, São Paulo, Moraes, s/d.
- MICHEL, Jacques, *Marx et la société juridique*, Paris, Publisud, 1983.
- NAVES, Márcio Bilharinho, *Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000.
- \_\_\_\_\_, *A questão do direito em Marx*, São Paulo, Outras Expressões/Dobra, 2014.
- PACHUKANIS, Evgeni, *A teoria geral do direito e o marxismo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1989.
- RITTER, Joachim, *Persona y propiedad – un comentario de los §§ 34-81 de los “Principios de la filosofía del derecho” de Hegel*, in G. AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la “Filosofía del derecho” de Hegel*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 121-142.
- SIEP, Ludwig, *Person and law in Kant and Hegel*, in *Graduate faculty philosophy journal*, vol. 10, 1984, p. 63-85.
- TOSEL, André, *Kant révolutionnaire – droit et politique*, Paris, PUF, 1988.

## LA DIALÉCTICA AFIRMATIVA DE LO COMÚN

Carlos Rivera Lugo  
Jurista Puertorriqueño.

La Filosofía y Teoría del Derecho en Nuestra América necesita pensar críticamente sobre la potencia histórica anticapitalista de experiencias como las de Venezuela y Bolivia, así como las que en México se producen en Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Michoacán, Morelos, entre otros. Son las grietas desde las cuales se pueden producir e instituir una nueva ordenación económica, social y política, es decir, un nuevo *nomos* de lo común, incluyendo un nuevo modo de regulación social que rompa con el Derecho centrado en el estado-mercado capitalista.

Por *nomos* de lo común entiendo *un proceso social contradictorio, atravesado por relaciones y luchas de poder, bajo el cual se producen las decisiones, los actos o hechos constitutivos que dan sentido a la ordenación política, económica y social de lo común en el mundo contemporáneo*. El concepto se inspira, en parte, en ese *nomos* primordial de la antigüedad griega. Se trata de un *nomos* focalizado en la comunidad y, más específicamente, en el *demos*, es decir, el pueblo como fuente material primordial de toda normatividad.

En este sentido, el *nomos* de lo común trasciende la mera legalidad estadocéntrica. El *nomos* de lo común se manifiesta más allá del puro Derecho y su predominante forma-jurídica. El devenir histórico del ser humano no es producto de reglas y normas jurídicas en abstracto. Es producto de ese hecho histórico constitutivo con una fuerza material y normativa avasalladora: la forma en que una sociedad o comunidad

CARLOS RIVERA LUGO

dada se apropia de los medios de producción e intercambio, y cómo determina la distribución del producto y la riqueza social. Se trata de definir el sentido histórico que en cada época anima la producción, apropiación y distribución de riqueza y de poder, lo que constituye la fuente material determinante de las distintas formas de comunidad, sociedad y de todo Derecho o modo de ordenación y regulación. El *nomos* de lo común se caracteriza por su negación de la propiedad privada liberal-capitalista, y la afirmación de un proyecto histórico bajo el cual la libertad se emancipa finalmente de las cadenas de esa institución y, en su lugar, se potencian formas equivalenciales y comunizantes de propiedad o posesión, así como de distribución.

Ahora bien, hay que romper con la percepción de que las experiencias comunizantes antes mencionadas tratan de procesos o eventos cuya pertinencia es estrictamente local, sin relación alguna entre éstas o más allá de éstas, es decir, a un nivel sistémico o civilizatorio.

Existe un nuevo modo de ordenación política, económica y social que irrumpen, como impulso histórico de lo común, y desborda al Estado actual. Y para mayor interés, tiende a confluir a primera vista con la idea marxista de la comuna como fuente material de una nueva normatividad societal basada en el principio de la autodeterminación más allá de la forma-estado. Son procesos sociales y políticos de naturaleza constitutivos que ofrecen referentes y posibilidades contestatarias nuevas. Claro está, requieren ser problematizados –y no idealizados– desde la filosofía y teoría crítica de lo jurídico en particular y lo normativo en general. En fin, hay que pensar fuera del marco de la experiencia sociojurídica prevaeciente. En ausencia de ello, seguiremos prisioneros de la positividad jurídica burguesa y sus horizontes interpretativos y prácticos limitados, por no decir francamente yermos.

Hay que repensar el tema de lo común desde la experiencia material de toda la sociedad contemporánea, especialmente la latinoamericana. Hay que superar el reduccionismo del tema de lo común a lo

indígena o a lo local; así como su sumisión a la forma-jurídica estado-céntrica. Ello tiende entonces a particularizar demasiado su pertinencia histórica como forma alternativa de ordenación social y normativa al existente bajo el *nomos* del capital. No se trata de reducirlo a un marco étnico y menos a verlo como un mero “retorno a la naturaleza”. Tampoco tiene que ver con su exclusiva focalización en torno a lo local o lo particular. Sería condenarlo a no erigirse en alternativa al capitalismo.

El reto que hoy se confronta ante la multiplicidad de grietas que se abren y focos que se activan, es como transitar nuevamente desde un espacio estratégicamente limitado a uno estratégicamente más comprensivo. No se trata de negar el carácter acentrado y segmentado de una historicidad humana que ha probado ser más aleatoria de lo deseado.<sup>1</sup> No se trata de retornar a una concepción metafísica del poder, con sus determinismos absolutos. Se trata de entender, a la altura de nuestros días, la dialéctica que media entre los procesos microsociales y los procesos macrosociales. De ahí que en el fondo se trata de abordar la cuestión desde la siguiente perspectiva: cómo haremos para producir una nueva subjetividad, una nueva ética de la organización social y política desde la cual potenciar una nueva situación de fuerza que nos permita sustraer la producción y el intercambio social, así como también la gobernanza y los procesos de decisión política y de prescripción normativa, fuera del marco y la lógica de la economía-mundo capitalista. Es en este contexto que hay que situar lo común. Es en ese contexto que se tiene que producir el diálogo vivo entre las diferentes narrativas y fuentes de lo común, sea la comuna marxista, la comuna bolivariana, la comunalidad oaxaqueña o el *caracol* zapatista.

<sup>1</sup> ¿Existe tal cosa como un origen primordial o un orden subterráneo que explica tanto el principio así como el fin de toda realidad histórica? ¿Un gran acontecimiento aleatorio que rompa con el vacío, con la nada? De ahí en adelante, ¿qué función cumple el pensamiento? Subirse al tren en marcha, eternamente en marcha, nos dice Louis Althusser. La positividad prevalece siempre sobre la negatividad. Véase al respecto su interesante y provocadora obra *Para un materialismo aleatorio*, Arena Libros, Madrid, 2002, pp. 31-71.

CARLOS RIVERA LUGO

Cuando me refiero a lo común lo hago esencialmente como forma primordial ordenadora de un modo de producción e intercambio, así como nuevo orden civilizatorio que supere la forma valor y patrimonialista característica del capitalismo. No hay que olvidar que la propiedad privada fue la formación secundaria de la sociedad, mientras que la formación basada en la propiedad común constituye la formación primaria.<sup>2</sup> La propiedad privada es la ausencia de lo común y el comunismo tiene como su eje la construcción de lo común.

Estamos hablando de una forma societal equivalencial que existe como impulso primordial pero que ha sido sofocada en toda su *potentia* por los amarres que le han impuesto las sociedades no-equivalenciales de clases, particularmente el capitalismo.<sup>3</sup> En ese sentido, ese *deber ser* latente que anida en la sociedad actual necesita ser liberado.

Lo común ha sido un concepto o categoría insuficientemente desarrollada, ya que hasta ahora las sociedades de clase, en sus fines no equivalenciales, han preferido subordinar sus expresiones a la forma privada o estatal. Se trata de un fenómeno que se potencia desde la inmanencia y en esa medida constituye una grieta que potenciada puede conducir a la ruptura. Lo común son bienes y construcciones comunes. Son nuestras luchas, pero también nuestras creaciones sociales colectivas; es nuestro lenguaje y los espacios de acción comunicativa y asociativa que compartimos; son nuestros saberes y nuestras riquezas naturales; es la autodeterminación local, regional, nacional e internacional como gobernanza de todos, por todos y para todos. Lo común es nuestro modo históricamente determinado de estar juntos y cooperar los unos con los otros en torno a fines compartidos y colectivamente beneficiosos. Lo común se realiza en la cabal socialización de su gestión y producto. Lo común se encarna en todos y todas; lo común es de todos y todas.

2 Álvaro García Linera, *Forma valor y forma comunidad*, CLACSO-Muela del Diablo-Comuna, La Paz, 2009, p. 251.

3 Enrique Dussel, *16 tesis de economía política: Interpretación filosófica*, Siglo XXI Editores, México, D.F., 2014, p. 183.

El *res communis* marxista, pues, no se reduce al mero hecho de la existencia de bienes comunes. Posee implicaciones ontológicas: es una potenciación del *ser* y su práctica de la libertad, más allá de la muchas veces tiránica necesidad que pretende limitar las posibilidades de nuestro *hacer* en las circunstancias presentes.

Hay que reconocer lo común como otro modo de ordenación de la vida, radicalmente alternativo, frente a ese declive de la relación público-privado o el estado-mercado. Y del mismo modo en que lo privado es criatura del capitalismo y lo público del socialismo o el social-reformismo, *lo común se inscribe en el comunismo, es decir, como movimiento real de comunización que niega y supera el orden de cosas actual*. Lo que significa que a partir de las tendencias empíricamente constatables, incluyendo las contradicciones inherentes de los ciclos sistémicos de acumulación que han caracterizado al capitalismo desde su inepción, no hay otra posibilidad real de potenciar un nuevo modo de producción, intercambio y regulación social, fundamentado en una real libertad e igualdad, que no sea como parte de ese movimiento real de lo común.

En ese sentido, se trata no sólo de una negación de lo existente sino que, sobre todo, de la potenciación de una nueva esfera de organización económico-política ante la incapacitación creciente de las esferas tradicionales, privada y pública, para atender efectivamente el bien común, sobre todo ante el maridaje actual de ambas bajo el modelo neoliberal de acumulación por sobre-explotación y desposesión prevaleciente en el mundo capitalista. La forma-común, forma-comunidad o forma-comuna se presentan en la alternativa a la forma-valor o forma estado-mercado prevaleciente. Es lo que he calificado en otra parte como *comunismo jurídico* o, si se prefiere, *comunismo normativo*, es decir, el movimiento real que sirve de fuente material de una nueva normatividad societal o modo de ordenación social que niega y supera la estructuración históricamente concreta del Estado de Derecho liberal-capitalista y su desprestigiada racionalidad abstracta y formal.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Carlos Rivera Lugo y Oscar Correas Vázquez, *El comunismo jurídico*, UNAM-CEIICH,

CARLOS RIVERA LUGO

Un ejemplo concreto en Nuestra América de ese *comunismo jurídico y normativo* que históricamente representa un impulso de lo nuevo, a modo de *potentia* que deviene como posibilidad real dentro de las circunstancias actuales, es la experiencia material representada por la comuna venezolana. Se trata de una experiencia que se inspira no sólo en el propio contexto histórico-social de Venezuela sino que también en las irradiaciones de la Comuna de París de 1871. Representa una socialización tanto normativa como político-económica de los procesos decisionales al interior de la sociedad venezolana. Se trata de potenciar una transición hacia lo común como nueva forma y fuente hegemónica de producción normativa y decisión político-económica.

La comuna es uno de los rostros de lo común entendida como ese impulso societal equivalencial siempre latente como *potentia* permanente. El teórico crítico chileno Bruno Bosteels nos propone la siguiente hipótesis:

“Y es que la comuna me parece ser el nombre de un anhelo universal de emancipación de la humanidad que, si bien tiene sus raíces en aquella comuna o comunidad originaria que fue tan violentamente desgarrada y destruida durante el continuo proceso de acumulación primitiva del capital, también la trasciende y la excede por todos lados. Si no fuera así, la referencia a la comunidad, incluso al interior de un proceso plurinacional que quiere fortalecer una especie de socialismo comunitario para el siglo veintiuno, corre el riesgo de encerrarse en la particularidad de esta o aquella comunidad como algo dado y no como algo que se produce, así como no se recupera o se encuentra sino que se debe producir la asociación libre de la que se habla en el socialismo marxista pero también utópico del siglo diecinueve.”

---

México, DF, 2013, p. 24. Véase también a Carlos Rivera Lugo, *¿Ni una vida más para el Derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes/San Luis Potosí, 2014, pp. 163-185.

Y concluye:

“La comuna, o lo común, podría ser el nombre de aquello que, si bien hace eco de las voces que claman por recordar la violencia que sufrieron las comunidades, hace también alusión a la producción de un nuevo común, por así decirlo, postcapitalista.”<sup>5</sup>

En ese sentido, no se reduce o se remite inexorablemente a la fuente previa, una especie de sustancia natural, ni tan siquiera a una especie de comunismo ideal. La comuna ha retornado en la época contemporánea, precisamente ante el imperativo de repensar el horizonte de la época actual y la persistencia histórica de la propuesta comunista o de lo común, y su pluralidad de fuentes ideales y materiales que han vuelto a hacer acto de presencia, sobre todo en el contexto latinoamericano, desde el marxismo hasta las cosmovisiones indígenas.

En su obra cumbre *El principio esperanza*, señala el filósofo marxista alemán Ernst Bloch lo siguiente:

“En sentido primario, el hombre que aspira a algo vive hacia el futuro; el pasado sólo viene después; y el auténtico presente casi todavía no existe en absoluto. El futuro contiene lo temido o lo esperado; según la intención humana, es decir, sin frustración, sólo contiene lo que es esperanza.”<sup>6</sup>

En todo presente, además de lo que se pueda observar a primera vista, existe un impulso, una ruptura, una incubación y una anticipación de lo que aún no ha llegado a ser. La esencia de la humanidad no está, en ese sentido, en lo que ha sido sino en aquello que sueña ser. Vivimos en una era en que la esperanza se va encarnando como libertad común, como resultado de una construcción social plural.

<sup>5</sup> Bruno Bosteels, “Estado, comuna, comunidad” en *Revista Boliviana de Investigación* (La Paz) Vol. 11, N° 1 (2014), p. 68.

<sup>6</sup> Ernst Bloch, *El principio esperanza*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 27.

CARLOS RIVERA LUGO

Es así como el *comunismo*, es decir, la experiencia material de lo común surge como una construcción permanentemente presente y a la vez forjadora de futuro. No se trata de una utopía permanentemente postergada, sino que se materializa en esa constelación de prácticas sociales y políticas que van transformando las conciencias y las realidades en todos los ámbitos. El comunismo es el acto constituyente de lo esperado que irrumpe en la historia nuestra de cada día.

Al respecto señala el pensador marxista boliviano, Álvaro García Linera: “El horizonte general de la época es comunista. Y ese comunismo se tendrá que construir a partir de capacidades auto-organizativas de la sociedad, de procesos de generación y distribución de riqueza comunitaria, de autogestión”. No obstante, seguidamente advierte que si bien ese es el horizonte general, el horizonte inmediato es algo más concreto: “la conquista de la igualdad, redistribución de riqueza, ampliación de derechos. La igualdad es fundamental porque quiebra una cadena de cinco siglos de desigualdad estructural, ese es el objetivo de la época”.<sup>7</sup>

La potenciación radical de la democracia y la descolonización plena de la vida se convierte así en un paso imprescindible para abrirle paso a formas más avanzadas de lo común. Y es que el *comunismo* no es una ideología, ni una nueva realidad que se impone desde arriba por una autoproclamada vanguardia y menos por un Estado, sino es *el movimiento real de la sociedad mediante el cual se supera el estado de cosas actual a través del despliegue decidido de la autodeterminación y la construcción plural de lo común*. Es la constitución de un nuevo tiempo y espacio histórico como capacidad común de producir y reproducir nuestro modo de vida en plena libertad, la única real alternativa posneoliberal y poscapitalista o, si se prefiere, transcapitalista.

---

<sup>7</sup> Pablo Steffanoni, Franklin Ramírez y Maristella Svampa, *Las vías de la emancipación: Conversaciones con Álvaro García Linera*, Ocean Sur, México, 2009, p. 75.

Con respecto a esto, es vital acabar de entender que la comuna es el modelo de Marx. Sobre todo, a partir de la Comuna de París se introduce un desarrollo teórico importante en éste que le llevó a aquilatar las particularidades que, a pesar de sus contradicciones, asumen algunas experiencias históricas de tipo comunitarias como, por ejemplo, en el caso de Rusia, Castilla y América del Sur. Al respecto señala García Linera:

“Consciente de esto, Marx no se puso a glorificar la comunidad en su estado actual, ni mucho menos se puso a inventar medidas caritativas para pedir al estado burgués que ‘resguarde’ la comunidad. Vio, en cambio, que la comunidad ancestral sólo podía desarrollarse y hacer prevalecer sus rasgos colectivistas en tanto fuera capaz de promover levantamientos generales en contra del régimen capitalista, esto es, en tanto las masas comunitarias llevaran a cabo una guerra revolucionaria como parte fundante de la Revolución Socialista de trabajadores de la ciudad y el campo que pusiera fin tanto a las fuerzas individualistas al interior de la comunidad, como al régimen capitalista que la acosa por todas partes. Entonces, la comunidad no sólo habrá de conservarse, sino que habrá de recuperar sus condiciones primarias de asociación y control de los productores sobre la producción; y lo mejor de todo, lo hará en condiciones nuevas y superiores por la existencia de nuevas fuerzas y riquezas productivas y por la presencia mundial del proletariado, que posibilita la incorporación de esas riquezas y su control social, común, comunitario por los trabajadores directos; por tanto, superación de las antiguas condiciones que por siglos empujaron a la comunidad hacia su lenta disolución”.

Y concluye García Linera: “Estas condiciones revolucionarias previstas por Marx hace ya cien años, son las que en la actualidad empiezan a despuntar con gigantesca fuerza en la lucha y en los preparativos revolucionarios de comunarios y proletarios” a través de la América nuestra.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Álvaro García Linera, *La potencia plebeya*, CLACSO/Prometeo, Buenos Aires, 2008, p.38.

CARLOS RIVERA LUGO

Como advierte Bosteels, se halla a partir de ese momento en la obra teórica de Marx “un acercamiento histórico y político más amplio a esas otras comunas que son anteriores a la Comuna de París y que quizá en términos de potencial emancipatorio, la trascienden hacia un futuro todavía impredecible”.<sup>9</sup>

Luego de la experiencia de la Comuna de París, tanto Marx y Engels comienzan a vislumbrar como imperativo político el desarrollo de una forma de ordenación política y normativa que se niegue a moverse al interior de la forma estatal. En la medida en que Estado y sociedad, sociedad política y sociedad civil se confundan, el Estado como hasta ahora lo hemos conocido se diluye hasta desaparecer.

En su obra *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Federico Engels nos dice: “Cuando el Estado finalmente se convierta en representante efectivo de toda la sociedad será por sí mismo superfluo”. Asimismo, en su carta a August Babel, de 1875, Engels señala que la superación histórica del Estado es en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad. Se trata de la comunidad como nueva forma de gobernanza. He ahí el paradigma comunista empuñado por Marx y Engels.

Para Marx, la concepción idealista del Estado, según postulado a partir del liberalismo burgués, se abstrae de la realidad. El gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa. A este Estado hay que transformarlo o, mejor dicho, superarlo. Hay que dejar atrás toda ilusión de que puedan ser utilizados para, desde éste, construir la nueva sociedad: la *res communis*.

Al respecto nos puntualiza García Linera:

“El transformar las relaciones de orden vital, lo tiene que hacer todo revolucionario. Pero sin dejar de lado el transformar las relaciones de poder

<sup>9</sup> Bruno Bosteels, “Estado, comuna, comunidad”, *Revista Boliviana de Investigación*, Vol. 11, Núm. 1, agosto 2014.

del estado. Hay que pelear por el poder del estado, no para tomarlo, sino para transformar desde abajo una nueva estructura de poder, un nuevo estado. Y como herramienta para continuar el proceso de revolucionarización del resto de las actividades humanas”.<sup>10</sup>

En ese sentido, Marx propuso la constitución material de un Estado cuyo fundamento es la soberanía popular, a partir de la cual se debe ir socializando hasta extinguirse. Bajo éste, el pueblo como soberano popular es el Estado real, un Estado que deviene permanente en su contrario: un *no-Estado* encarnado en el soberano popular. Al privilegiar la soberanía popular, se deja reabsorber por la sociedad, para extinguirse progresivamente conforme la sociedad misma. La reabsorción propuesta por Marx incluye la reapropiación societal de todo proceso social, desde el político hasta el económico y el normativo. Se reconoce así el carácter directamente político de la sociedad civil, superándose así la dicotomía hegeliana entre sociedad política y sociedad civil. Se trata del desarrollo de una democracia real que constituya una revolución permanente que conduzca al autogobernanza popular. En ese sentido, la emancipación se produce mediante la superación de los intereses particulares hacia los intereses comunes. El ser humano y el ciudadano se hacen uno.

Para ello hay que acabar con el Estado de Derecho abstracto y formal. La ordenación normativa debe fundarse en la sociedad y no en una ley formal que sólo oculta, al fin y a la postre, la voluntad y el interés de la clase burguesa. Marx rompe así incluso con el idealismo jurídico hegeliano. Desechados todos los a priori ideales, de lo que se trata es de dar rienda suelta a los elementos rupturistas contenidos en la nueva sociedad.<sup>11</sup>

10 Álvaro García Linera, *Apuntes sobre conferencia. Álvaro García Linera sobre su nuevo libro "Forma valor, Forma comunidad"*, La Paz, 2 de septiembre de 2009.

11 Sobre la concepción del Estado de Carlos Marx, véase por ejemplo a José Rubio Carracedo, *Paradigmas de la política*, Anthropos, Barcelona, 1990, pp. 113-151.

CARLOS RIVERA LUGO

¿Estado o comunidad?, se pregunta Dussel.<sup>12</sup> Desde esta perspectiva, me parece una falsa disyuntiva.

Según el filósofo marxista francés Alain Badiou, la apuesta comunista no trata en última instancia de tomar el Estado, sino de romper con él. La Comuna de París constituye la combinación de lo social y el poder. La Comuna, como acontecimiento histórico, tuvo el efecto de dejar planteado no sólo la necesidad sino que la posibilidad de romper con la subordinación política y social de los trabajadores y del pueblo en general. Se destruyó para siempre el orden basado en la alegada incapacitación subjetiva de éstos para gobernarse a sí mismo. La Comuna creó la posibilidad de una política autónoma de los trabajadores. Dejó establecido lo que serían los nuevos fundamentos del mundo. Urge, según el filósofo francés, que la posibilidad de transformación revolucionaria de la situación actual se reconstituya en torno a esta ruptura.<sup>13</sup>

Las sociedades latinoamericanas todas están experimentando esta potenciación exponencial de hechos y experiencias de lo común en múltiples ámbitos de la vida social, sobre todo como contestación a la subsunción neoliberal de la vida toda a las lógicas de acumulación triturantes del capital en estos tiempos. Dichas contestaciones poseen una singular fuerza normativa de la que a ratos no estamos conscientes pues estamos demasiado enfocados como juristas a sólo aquilatar los efectos constitutivos y universalizadores de los actos y las decisiones gubernamentales. Se trata de identificar, por lo tanto, la potencia transformativa de lo común como referente pertinente dentro de la búsqueda actual de propuestas concretas de recambio más allá de las ancladas en el sistema capitalista y el derecho burgués. Y es que no podemos dejar de reconocer que el impulso contestatario de lo común confronta la reacción contrarrevolucionaria de las élites

<sup>12</sup> Enrique Dussel, “¿Estado o comunidad?”, en *La Jornada*, México, DF, 10 de diciembre de 2009.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, a Alain Badiou, “Affirmative Dialectics: from Logic to Anthropology” en *The International Journal of Badiou Studies* (Brooklyn, New York) Vol. 2, N° 1.

económicas, sociales y políticas capitalistas hoy hegemónicas en la mayor parte de nuestros países, las cuales buscan continuamente controlar y aplastar toda posibilidad de cambio o de ruptura.

Y es que si atravesamos por una crisis sistémica en la actualidad, éste no sólo trata de la crisis del capitalismo sino que también implica la incapacidad para potenciar una transformación revolucionaria del sistema que imponga su voluntad de poder sobre los designios actuales de los dueños y adláteres del capital. Badiou se refiere a ello como la crisis de la idea de “revolución”, es decir, la crisis de la idea de que es posible la organización de un mundo muy otro más allá del capitalismo. En ausencia de ello, nuestras expectativas de cambio se constriñen a meramente reformar lo existente sin cambiarlo en esencia.

La mera negación del orden establecido no es suficiente. Lo que consolida y proyecta estratégicamente a un movimiento no es sólo la capacidad de protesta o de resistencia sino que, sobre todo, la capacidad para articular una declaración propositiva y reordenadora con implicaciones prácticas. Es en este contexto que resulta imperativo la recuperación de *la proposición afirmativa de lo común* o, si se prefiere, del comunismo como expresión material de la posibilidad real de emancipar la libertad de la camisa de fuerza que ha representado la institución de la propiedad privada liberal-burguesa y las formas autoritarias de gobernanza que le acompañan.<sup>14</sup>

Marx insiste en que no es cuestión de rebasar las deficiencias de las actuales relaciones de propiedad hacia formas más racionales e incluyentes. En el corazón de la institución de la propiedad privada burguesa yacen leyes económicas que sólo conocen de la fría necesidad del capital. De ahí la inescapable necesidad de su transformación progresiva hacia su abolición. Por ello afirma que “*la propiedad privada* no es una relación simple y mucho menos un concepto abstracto,

<sup>14</sup> Véase al respecto a Alain Badiou, *ibid.*

CARLOS RIVERA LUGO

un principio, sino que consiste en la totalidad de las relaciones burguesas de producción”.<sup>15</sup> Se confronta como tal o se pagan las consecuencias fatales de su minusvaloración. Y es que estoy convencido de que nuestro orden civilizatorio, bajo el capitalismo, ha llegado a una fase determinada de su desarrollo, en que, como dijo Marx en el “Prólogo” a la *Contribución a la crítica de la economía política*, las fuerzas productivas de la sociedad han entrado “en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo cual no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo interior se habían movido hasta entonces”. Habiendo contribuido en su momento al desarrollo exponencial de las fuerzas productivas, estas relaciones y la distribución cada vez más desigual de la riqueza que se da bajo éstas, se han convertido hoy en trabas de para la potenciación continuada de esas fuerzas dentro de un proceso de producción de naturaleza cada vez más social y cuyas innovaciones mayores privilegian más la cooperación incluyente sobre la competencia excluyente.<sup>16</sup>

Ya lo decía Marx: una sociedad es plenamente libre en la medida en que predomina la asociación libre e igualitaria de sus miembros tanto en el plano de la producción como de la gobernanza. En fin, resulta imperativo la constitución de una nueva subjetividad político-económica y normativa, para potenciar esa nueva posibilidad que está latente en las actuales circunstancias. Hay que reinventar nuestra comprensión de lo común a partir de nuevas formas de producción, gobernanza y regulación societal, para evitar seguir errando o procrastinando.

Volviendo al caso de Venezuela, su propuesta de Estado comunal no trata de algo totalmente configurado o ya realizado. Está en gestación, no sin sus tribulaciones y resistencias. Se trata de un poder popu-

15 Karl Marx, “La crítica moralizante y la moral crítica” y “Sobre la cuestión judía”, en Rubén Jaramillo (ed.), *Karl Marx. Escritos de juventud sobre el Derecho. Textos 1837-1847*, Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 164-165, 190.

16 Sobre el particular, véase la interesante obra del catedrático de la Harvard Law School, Yochoi Benkler, titulada *The Penguin and the Leviathan: The Triumph of Cooperation over Self-Interest*, Crown Publishing, Random House, New York, 2011.

lar que, a partir de la institución de las misiones<sup>17</sup> y ahora bajo las comunas, nace desde abajo y se amplía a todos los ámbitos de la vida del país como parte de una reestructuración de la llamada geometría del poder existente. Ello se ha percibido como una amenaza para las competencias tradicionales de los municipios, la burocracia del Estado central y las distintas instrumentalidades gubernamentales. Se va gestando en lo inmediato un poder dual que debe ser sucedido por un poder total, anclado en las instancias locales e inmediatas de lo que será el ejercicio de la soberanía popular dentro de una democracia real y absoluta como nuevo horizonte de la gobernanza.

En una de sus últimas intervenciones ante sus colaboradores más cercanos en el gobierno, Hugo Chávez Frías hizo hincapié en que el criterio para medir la efectividad de la socialización hacia lo común no es el jurídico, es decir, lo que declara la Constitución o las leyes, sino en qué medida las políticas adoptadas se traducen activamente en la institución y consolidación sólida de un modo realmente democrático de autogestión social. Se necesita desarrollar “una red que vaya como una gigantesca telaraña cubriendo el territorio de lo nuevo, sino fuera así, esto estaría condenado al fracaso; esto sería absorbido por el sistema viejo, se lo traga, es una gigantesca amiba, es un monstruo el capitalismo”. De ahí que afirmara: “¡comuna o nada!”. Y puntualizó: “Cuidado, si no nos damos cuenta de esto, estamos liquidados y no sólo estamos liquidados, seríamos nosotros los liquidadores de este proyecto. Nos cabe una gran responsabilidad ante la historia.”<sup>18</sup>

17 Se tratan de focos extraestatales de poder popular que, manifestándose autónoma y transversalmente, asumen funciones del Estado en ciertas áreas de interés social tales como la salud, la educación, la producción y distribución de alimentos, entre otros. Se constituyó de facto en una especie de poder dual impulsado desde la Presidencia venezolana para ir dotando al pueblo y a la revolución bolivariana de nuevos instrumentos e instituciones desde las cuales adelantar sus intereses más allá del Estado heredado. Sobre el papel de las misiones y su relación con el proyecto de desarrollo del poder popular en Venezuela, véase por ejemplo a Alfredo Serrano Mancilla, *El pensamiento económico de Hugo Chávez*, Vadell, Caracas, 2015, pp. 428-463.

18 Hugo Chávez Frías, *Golpe de timón*, Caracas, octubre 2012.

CARLOS RIVERA LUGO

En la ley orgánica de las comunas de 2009, éstas fueron concebidas como un paso en dirección a ese Estado Comunal. Se trata del proyecto favorito de Chávez de destruir el Estado burgués que tanto está obstruyendo el avance de la revolución bolivariana. De ahí su insistencia en “¡comuna o nada!”. Para mayo de 2015 existen sobre 1,100 comunas registradas en el país, y otras tantas en construcción. No hay un estado en Venezuela donde no exista una. Han empezado así a desplegar su potencialidad latente. Surgen por propia iniciativa de las mismas comunidades, que son quienes deciden hasta dónde extender los límites geográficos, en función de su propia historia y sus realidades cotidianas. Éstas redactan una especie de Constitución comunal conocida como Carta Fundacional. Dicha Carta debe ser refrendada por la comunidad. Una vez instituida, la comuna cuenta en su estructura con una serie de órganos, entre los cuales se destacan el Parlamento Comunal, la Contraloría Social, el Ejecutivo, y el Banco Comunal.

Se plantea así estratégicamente una socialización de la producción social desde la comuna. Se parte de la premisa de que la economía comunal tiene que sostenerse a partir de los principios de la autogestión y la autosustentabilidad, de conformidad con el bien colectivo. La economía política venezolana debe tener como eje y fuente de sus decisiones, la soberanía del pueblo organizado comunalmente, soberanía cuyo fin no se agota en el espacio local sino que trasciende para abarcar al pueblo venezolano todo. Sólo es soberano quien efectivamente decide, tanto en el plano político como en el económico, aún en el caso de la llamada propiedad social. Sólo así se puede ir arrinconando el control que ejerce la institución burguesa de la propiedad privada o el control estatista sobre los medios de producción. Sólo de esa manera se puede avanzar en torno a la estructuración, desde lo común, de las relaciones sociales de producción y la organización del trabajo. He aquí el nudo gordiano que debe romperse si de verdad se ha de avanzar hacia “un socialismo bolivariano del Siglo

xxi” apuntalado en el poder comunal y no en el poder burocrático del Estado.

México también ha sido testigo de distintas vertientes del fenómeno comunero, aunque con raíces e influencias diversas.<sup>19</sup> Según Adolfo Gilly, en Morelos aparece una reedición local de la Comuna parisina entre 1914-15, que sirve de antecedente incluso a la insurgencia del Ejército Zapatista de Liberación Nacional a partir de 1994 en Chiapas y la fuerza constitutiva que ha demostrado con la construcción de los “caracoles”. También está la Comuna de Oaxaca (2006) y la más reciente Comuna de Cherán (2011 hasta el presente).<sup>20</sup>

La Comuna de Oaxaca<sup>21</sup> constituye expresión de eso que Jaime Martínez Luna, entre otros, han bautizado como *comunalidad*, fenómeno mayormente anclado en la historia y la cosmovisión indígena. Vale puntualizar que en el estado de Oaxaca, dos terceras partes de los municipios están organizados bajo la forma comunal; el 90 por ciento de la propiedad sobre la tierra es comunal y no privada.

Según Martínez Luna, para entender la comunalidad, hay que entender que ésta no brota de los criterios cuantitativos del mercado capitalista sino que de criterios cualitativos como “la reciprocidad, la complementariedad, el afecto”:

“Volvamos al sentido común, esta es una tarea obligada para descolonizarnos, es un deber para entender lo nuestro. Somos autónomos en tanto nos medimos a nosotros mismos con nuestros parámetros, con nuestros valores. Somos autónomos en la medida que nuestras asambleas representan y consensan nuestras decisiones. Somos nosotros en la medida que no partimos de lo que otros quieren que seamos, somos

19 Bruno Bosteels, “The Mexican Commune”, <https://es.scribd.com/doc/247894869/Bosteels-The-Mexican-Commune>.

20 Véase, por ejemplo, Salvador Díaz Sánchez, “De la Comuna de París, a la comuna de Cherán”, <http://www.taringa.net/posts/info/11754160/De-la-Comuna-de-Paris-a-la-comuna-de-Cheran.html>.

21 Sobre el particular, véase de Luis Hernández Navarro, “La Comuna de Oaxaca”, *La Jornada*, México, 25 de julio de 2006.

CARLOS RIVERA LUGO

nosotros en la medida que no hay quien nos diga cómo vestirnos, hablar en público, caminar, jugar y hacer nuestra vida cotidiana”.<sup>22</sup>

Martínez Luna insiste en que el ser humano está definido por su contexto inmediato y a partir de éste es que se desarrolla su pensamiento. Erving Goffman<sup>23</sup> diría que se trata de privilegiar los marcos de experiencia propios de la comunidad. Para Martínez Luna, se trata de un marco natural como espacio generador de actitudes, usos, costumbres y normas respetuosas de la diversidad de los miembros de la comunidad. Según éste, la naturaleza genera formas de convivencia concretas, entre éstas la asamblea. Ello incluye un principio de representación que no niega al otro sino que se realiza por medio de éste, por medio de la comunidad. Esta realidad asociativa, basada en el trabajo y cooperación colectiva, es la comunalidad.

¿Dónde está la justicia? Para la comunalidad, ésta sólo puede resultar de la autodeterminación jurídica y normativa :

“La justicia no es un simple acuerdo legal, que siempre es materia de negociación entre discurso y forma, es más bien la respuesta popular de lo que debe hacerse y como tal la ley legítima, la que todos aceptan y la que todos respetan. No siempre es recomendable seguir la legalidad que la sociedad nacional nos ha impuesto porque tiene una fuerte carga de autoritarismo, negociación, componenda y corrupción. Es necesario entender que la justicia la pueden decidir los hombres, y no solamente los letrados porque éstos de ella viven, sino también aquellos seres que desde su práctica social empiezan a construir aciertos de gran envergadura.

El derecho tradicional lo hemos ejercido siempre. Sin embargo pensamos que no es posible seguir dependiendo de reglamentos y leyes que no retoman nuestra experiencia.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Jaime Martínez Luna, *Eso que llaman comunalidad*, Culturas Populares, CONACULTA/Secretaría de Cultura, Gobierno de Oaxaca/Fundación Alfredo Harp Helú, Oaxaca, AC, Oaxaca, 2010, p. 18.

<sup>23</sup> Erving Goffman, *Frame Analysis. Los marcos de la experiencia*, CIS, Siglo XXI, Madrid, 2006.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 56.

La solución que Martínez Luna propone es el apuntalamiento y desarrollo de la *comunalidad* en toda Oaxaca y, de ser posible, en todo México y el mundo. No le interesan las soluciones parciales sino totales. Para ello, insiste en el imperativo de entender y reafirmar la comunalidad pues en ella puede estar la posibilidad real de otro futuro basado en la autodeterminación política y la autosuficiencia económica de las comunidades. Para ello, puntualiza, habrá que ir más allá del Estado y del “estado de derecho” actual cuyos valores fundamentales son la propiedad y apropiación privada, el individualismo y la competencia adversativa. Hay que dejar atrás la institución de la propiedad privada, la cual reduce toda valorización de las cosas y de las vidas a meras mercancías. La tierra y sus frutos deben ser de todos. La autodeterminación debe ser el principio rector de la gobernanza. En ese sentido, la comunalidad debe representar una alternativa real de organización social a la liberal-capitalista.

En fin, en la proposición afirmativa de la *comuna* hallamos potencialmente un terreno común sobre el cual articular ese otro mundo posible más allá del capitalismo. Su pluralidad de experiencias y fuentes constitutivas, desde la proletaria hasta la indigenista, desde la marxista hasta la anarquista, desde lo local hasta lo nacional e internacional, presentan un espacio bastante amplio de convergencia. La comuna ha demostrado constituir una forma de gobernanza incluyente y expansiva, apuntalada por los *condenados de la tierra*, ese proletariado ampliado de la ciudad y del campo que se sienten compelidos a enfrascarse en la lucha por la emancipación definitiva de su trabajo y sus frutos de todo régimen de explotación del hombre por el hombre, es decir, de todo régimen cuyo eje sea la institución de la propiedad privada burguesa.

En ese sentido, discrepo de la apreciación reduccionista del boliviano Félix Patzi Paco cuando señala:

CARLOS RIVERA LUGO

“Lo comunal no se basa en la idea del ‘común’ (*commons*), ni en la de la ‘comuna’... Lo comunal es otra cosa. Deriva de formas de organización social que existían antes de los incas y los aztecas, así como de las experiencias incaicas y aztecas durante sus 500 años de supervivencia, primero bajo el mundo colonial español y luego bajo los Estados-nación independientes. Para que se haga justicia a lo comunal, tiene que entenderse no como proyecto izquierdista (en el sentido europeo) sino como un proyecto decolonial”.<sup>25</sup>

Sin embargo, es ésta otra falsa disyuntiva, a pesar de las tensiones que ha habido a partir de abordajes ortodoxos, mecanicistas o sectarios, especialmente provenientes de algunos izquierdistas portadores de lo que Bolívar Echeverría llama un “comunismo abstracto”.<sup>26</sup> La emancipación del trabajo de las lógicas triturantes de la propiedad privada capitalista no se puede solucionar exclusivamente a un plano local, familiar y cultural, desde una perspectiva decolonial divorciada de la dimensión social que por necesidad la enmarca, en términos globales y estratégicos, dentro de una lucha de clases que supera, en última instancia, toda posibilidad de reducirla a ese plano inmediato y limitado. Se trata de reflexionar críticamente sobre las diversas experiencias materiales de las personas para asumir lo común en estos contextos, aún más allá de las formas individuales y familiares de gestión común, hacia desarrollos históricos nuevos de la forma-comunidad que lleve también a asumir la producción como un proceso social común y la ruptura con las influencias corruptoras del Estado-nación burgués y sus instrumentos políticos partidistas. Hay que atreverse a imaginar, como invita Luis Villoro, “un nuevo modelo de comunidad” en que “la comunidad sería la construcción de un mundo otro, por la voluntad concertada de

<sup>25</sup> Félix Patzi Paco, *El sistema comunal: Una propuesta alternativa al sistema liberal*, Vicuña, La Paz, 2009, citado en Walter Mignolo, “The Communal and the Decolonial”, *Turbulence: Ideas for Movement*, <http://turbulence.org.uk/turbulence-5/decolonial/>.

<sup>26</sup> Bolívar Echeverría, “El problema de la nación desde la *Crítica de la economía política*,” *El discurso crítico de Marx*, Ediciones Era, México, DF, 1986, pp. 179-195.

todos”.<sup>27</sup> Se trata de la posibilidad de una comunidad universal basada en la reciprocidad solidaria anclada en un bien común.

Por ejemplo, la experiencia comunera de los zapatistas en Chiapas con la constitución de los “caracoles” apela a la repotenciación de una condición comunitaria que anida históricamente como impulso originario vital de la vida en común. Se trata de espacios de autogobernanza, sin depender del Estado ni de su reconocimiento, caracterizados por una democracia participativa. Tanto el ámbito territorial de validez, así como la eficacia o legitimidad de las decisiones y las normas aprobadas, están determinadas por las estructuras autónomas adoptadas, incluyendo un sistema normativo propio, y la voluntad de poder constitutivo representado por los integrantes de las propias comunidades. Ahora bien, como puntualiza Pablo González Casanova, el “caracol” si bien arranca de lo local y lo particular, se plantea también la presencia de lo nacional y lo universal en la medida en que se plantea un horizonte anticapitalista.<sup>28</sup>

Como advirtió en su momento Mariátegui, la singularidad del indígena no sólo está determinado por su identidad cultural sino que también por su condición de clase. Cada sujeto adquiere su sentido no sólo a partir de su espacio inmediato sino que como parte de una totalidad que trasciende ineludiblemente lo particular. Se trata en ese sentido de construir “un mundo donde quepan todos los mundos”, como declaran los zapatistas. El sentido de lo común no puede por ello replenarse a lo local y lo particular, sino que tiene que alzarse más allá, no por capricho ideológico de nadie sino por necesidad material de la vida misma y del marco estratégico en que se desarrolla. Y si alguna duda cabía de ello, ésta se ha disipado bajo el actual modelo neoliberal de acumulación por desposesión que pretende subsumir totalmente a los

<sup>27</sup> Luis Villoro, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, FCE, México, DF, 2012, p. 373.

<sup>28</sup> Pablo González Casanova, *Los caracoles zapatistas. Redes de resistencia y autonomía (Ensayo de interpretación)*, México, DF, 11 de septiembre de 2003.

CARLOS RIVERA LUGO

pueblos y comunidades indígenas, con sus tierras, bajo sus lógicas ampliadas de explotación y mercantilización. El capital no da tregua desde su proceso actual de proletarización ampliada de la sociedad toda. Ello a su vez ha potenciado un progresivo hermanamiento entre las diversas vertientes de contestación que se han escenificado, desde las resistencias inmediatas de lo local hasta las refundaciones revolucionarias de los espacios nacionales o plurinacionales.

Y es que la verdadera historia de la comuna ha sido la de la dialéctica contestataria del pueblo trabajador, desde su rica pluralidad constitutiva, por articular e implantar nuevas condiciones de existencia. De lo que se trata, en última instancia, es de potenciar esa comunidad universal de los pueblos de la que nos habló Marx.

## LENIN Y LOS DERECHOS DEL PUEBLO<sup>1</sup>

Júlio da Silveira Moreira<sup>2</sup>

Jurista brasileño.

El propósito de este trabajo es contribuir a la crítica marxista del derecho introduciendo en ella pensamientos del dirigente revolucionario ruso Lenin. Además de abogado por profesión, Lenin aportó, desde su dirección política, combatiendo desvíos de derecha y de izquierda, la crítica de los derechos humanos y de las ilusiones legalistas y constitucionalistas, y al mismo tiempo defendiendo la utilización de elementos jurídicos y legales en favor de la táctica de los revolucionarios en situaciones concretas. Más que esto, hablar de Lenin como teórico marxista del derecho es resistir a la tendencia dominante en los medios académicos de negar a toda la experiencia socialista del siglo XX bajo los rótulos de totalitarismo o “socialismo real”.

No pretendo hacer aquí un recorrido biográfico completo, así que la comprensión de muchos de los fragmentos y historias aquí abordados se haría más rica en la medida que el lector conociera de antemano las luchas y contextos que vivió Lenin en al largo de su vida, o aunque no conozca, que sea esta lectura provechosa como motivación para conocer y aprender de su ejemplo de vida.

<sup>1</sup> Un primer borrador de este texto fue presentado ante la 1ª Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, en abril de 2013, en la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la Mesa sobre Crítica Jurídica Marxista.

<sup>2</sup> Maestro en Derecho, Relaciones Internacionales y Desarrollo, PUC-GO (Brasil). Doctorando en Sociología, UFG (Brasil). Investigador Visitante del Centro de Investigaciones sobre América del Norte (CISAN-UNAM). Becario Fundación CAPES, Ministerio de la Educación, Brasil. Vice-presidente de la Asociación Internacional de los Abogados del Pueblo.

JULIO DA SILVEIRA MOREIRA

## 1. LENIN ABOGADO DEL PUEBLO

Lenin fue jurista, y más que todo un jurista comprometido con el pueblo. Entró a la Facultad de Derecho en 1887 y desde 1892 actuaba como abogado. Uno de sus casos más conocidos y que llevó cuando todavía era un pasante de despacho de abogacía la región del Río Volga, en donde creció. Llevó a juicio un gran comerciante que, por ser dueño del embarcadero y de los *ferry*, creía poder impedir el trabajo de otros barqueros, muy pobres y sencillos. “El arrendar o no la travesía es cosa suya –dijo [Lenin a un barquero]–, pero le repito que no tiene derecho a prohibir a otros que pasen gente en sus barcas. Tienen ustedes pleno fundamento para presentar una demanda a los tribunales.” (Radíshev, 1972, p. 35).

Así, convenció el barquero a desobedecer el orden arbitrario. Cuando llegaron al otro lado, Lenin bajó y empezó a apuntar los nombres del comerciante y sus funcionarios, que se reían y burlaban del joven abogado. Cuando recibió la noticia de que, desde la lejana ciudad de Samara, un cierto Ulianov le tenía puesto un proceso, el comerciante no podía creer: “no creía que pudieran llevarle a los tribunales por aquellos desharrapados de los barqueros” (p. 38). Todavía, el juez, favoreciendo al comerciante, intentaba forzar Lenin a un acuerdo extrajudicial y, ante su negativa, las audiencias fueron seguidas veces pospuestas, dejando el abogado del comerciante seguro de que Ulianov iba a desistir, pues tenía que viajar desde muy lejos para llegar a la corte, mientras este decía: “por más largas que le den, tendrán que condenarle. De eso se enterarán cientos de personas, toda la ciudad. ¡Será una enseñanza muy provechosa!” (p. 40).

Y así fue. Estaba claro que la ley no daba al comerciante el derecho de impedir el paso de los barqueros, y la pena por la arbitrariedad era un mes de cárcel. Sin tener salida, el juez condenó al comerciante. La victoria elevó la moral y la creencia de los barqueros en su poder y sus

derechos. Aunque saliera de la cárcel, el propietario ya no haría lo mismo.

En aquellos fines del siglo XIX, mientras se dedicaba a la agitación política y a los círculos de estudio clandestinos con los obreros, también estudiaba la legislación laboral y escribía folletos aclarando a los obreros sobre estas leyes y sus mecanismos de explotación, considerando esta una otra forma fundamental de lucha. Algunos de estos folletos fueron: “La nueva ley fabril”; “Sobre las huelgas”; “Sobre los tribunales industriales” y “Explicación de la ley de multas que se aplican a los obreros en las fábricas”. Recuerda Krupskaja (1970, p. 17): “en aquel periodo Vladimir Ilich estudiaba atentamente las leyes fabriles pues consideraba que, aclarándolas, resultaba muy fácil hacer comprender a los obreros la conexión existente entre su situación y el régimen estatal”.

Lenin dedicaba a problemas más chicos la misma tenacidad, voluntad de hierro y firmeza por la que era conocido en los problemas más grandes, teniendo como principio llevar las cosas hasta el fin (Pashukanis, 1980). Una defensa activa de los derechos del pueblo no sólo en las grandes causas, pero en situaciones particulares, en que asimismo estaba presente la lucha de clases. Muchos revolucionarios, por comodidad, dogmatismo o desconocimiento del cómo hacer, no harían lo mismo y se podrían esquivar diciendo que no valdría la pena involucrarse. Lenin criticaba esta actitud.

Está claro que en las sociedades bajo el yugo del imperialismo, la burocracia, la legalidad y la extrema formalización de normas y procedimientos han sido usadas para perpetuar la opresión de las masas. En la Rusia pos-revolución, Lenin insistía en el manejo de los procedimientos por las masas, como instrumento de educación en la disciplina y ejercicio del poder. Todos tenían la obligación de saber dónde y cómo presentar una queja acerca de una decisión inadecuada (Pashukanis, 1980).

JULIO DA SILVEIRA MOREIRA

## 2. SIGUIENDO SU SENDA

Históricamente las facultades de derecho y los tribunales han estado dedicadas a formar profesionales tecnocráticos y conservadores, bajo viejos conceptos doctrinarios y abstractos como del Estado del derecho, del bien común y de la pacificación social, así como enfatizaba Mariátegui (1928, p. 3):

Mediocres mentalidades de abogados, acuñadas en los alvéolos ideológicos del civilismo; temperamentos burocráticos, sin alas y sin vértebras, orgánicamente apocados, acomodaticios y poltrones; espíritus de clase media, ramplones, huachafos, limitados y desiertos, sin grandes ambiciones ni grandes ideales, forjados para el horizonte burgués de una vocalía en la Corte Suprema, de una plenipotencia o de un alto cargo consultivo en una pingüe empresa capitalista.

Esta enseñanza tradicional, que confunde legalidad con justicia, forma jurista que sólo miran la técnica de las normas estatales, aunados a un orden de miseria y la opresión. No obstante, de ahí también salen juristas críticos que mira hacia el futuro, abominan este orden y participan de la esperanza y lucha de su pueblo, donde haya lucha, resistencia, y posibilidad de que la humanidad sea efectivamente solidaria y fraterna (Mascaro, 2008).

Al largo de la historia del siglo XX, surgieron muchas organizaciones de abogados, en varios países, que se proponían a poner su actuación en favor de la justicia, sobre todo en situaciones de mayor represión y terror de Estado, como en dictaduras militares y conflictos armados internos. Al largo de estas experiencias se fueron conformando principios para la actuación de los que se llaman abogados del pueblo, abogados populares y abogados democráticos.

La Asociación Internacional de los Abogados del Pueblo, fundada en 2000, ha aportado bastante a estos principios. Uno de sus

miembros, el abogado turco Hakan Karakus (2006), afirma que:

En todos los aspectos de la lucha entre la revolución y la contra-revolución, las clases dominantes usan la máquina estatal. El método más importante para ellas es usar, de forma legal o ilegal, cualquier tipo de violencia. Contra dichas medidas de los gobernantes, el grupo profesional más importante para ponerse al lado del pueblo y luchar con el de todas las formas posibles es el de los abogados.<sup>3</sup>

Y sigue:

Los abogados del pueblo no trabajan como defensores típicos, realizando técnicamente su profesión dentro del espacio diseñado para ellos por el sistema, sino que como parte de la misión de la lucha de clases. Ellos buscan transformar los tribunales en escenarios en donde la lucha y derechos de los pueblos, su resistencia y rebelión contra la opresión y explotación sean legitimados.

En esto hay mucho de común con la senda dejada por Lenin, que enseñaba, en los métodos de lucha, aprovechar las “oportunidades legales” que, en situaciones históricas concretas, “el enemigo, que estaba meramente quebrado pero no totalmente derrotado, era forzado a ofrecer”; haciendo con que la “legalidad que nuestro enemigo nos impone sea reimpuesta sobre él por la lógica de los hechos” (Pashukanis, 1980, p. 144).

Esta fue la actitud inolvidable del abogado comunista búlgaro Georgi Dimitrov. La historia le puso frente a frente con el terror nazi: en 1933, fue uno de los acusados del incendio al edificio del *Reichstag* en Berlín, en donde funcionaba el Parlamento Alemán. Lo que en verdad fue un pretexto forjado por Hitler para legitimar su

---

<sup>3</sup> Notas sobre traducción: todas las citaciones de este trabajo cuyas referencias originales se encuentran en portugués o inglés fueron traducidas por mi, JSM.

JULIO DA SILVEIRA MOREIRA

ascenso al poder, la instalación del nazismo y la caza a los comunistas en toda Europa y el mundo. Dimitrov fue llevado a los cárceles nazistas, y allí se dedicó a estudiar las leyes alemanas, mismo sin estar plenamente familiarizado con el idioma. Preparó su propia defensa, rechazando a los abogados a él nominados por la corte. Aprovechando cada segundo que tenía para hablar, expuso a los crímenes de los nazistas en su propia corte; estos le mantenían esposado y por varias le arrastraron afuera de la corte, probando por su propia acción que no tenían razón, apenas fuerza. Por fin, fue absuelto de todas las acusaciones. Entre 1934 y 1943, fue Secretario General de la Internacional Comunista, y uno de los más grandes arquitectos de la lucha antifascista en la primera mitad del siglo XX.

Muchos otros abogados y abogadas de innumerales países, y sus casos igualmente memorables, también dieron enormes contribuciones a la lucha del pueblo y ayudaron a cambiar la vida de muchas personas. La mayor parte de estas personas se quedan desconocidas en su mismo país, pero no dejan de ser acordados y reflejados en los ejemplos aquí traídos.

### 3. EL DERECHO, DE LA ILUSIÓN A LA REVOLUCIÓN

#### 3.1. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

La crítica marxista del derecho tiene un grande potencial y sentido práctico, iluminando la acción de los abogados del pueblo, así como “sin teoría revolucionaria tampoco puede haber movimiento revolucionario” (Lenin, 1975, p. 22).

Lenin fue inspiración fundamental para la producción teórica de juristas como Stuchka y Pashukanis, habiendo aquel expuesto el derecho como instrumento de opresión de las clases dominantes; y este el derecho como expresión de relaciones sociales específicas, siendo la

forma jurídica la especificidad de las relaciones sociales típicas del capitalismo y reflejo subjetivo del intercambio de mercancías.<sup>4</sup>

Lenin no ha dejado obras específicas de teoría jurídica, sin embargo la crítica del derecho está contenida en toda su obra, sobre todo cuando abordaba los métodos de lucha, la batalla de ideas con otros dirigentes y teóricos, los problemas concretos de la revolución surgidos a cada día por el orden de los hechos.

Todo su abordaje está enmarcada por un análisis detallado de la situación concreta, que conocía por el contacto y convivio con las masas obreras y campesinas, y con esto podía combatir las posiciones de otros dirigentes: “Lenin se esforzaba por acercarse lo más posible a las masas, y lo sabía hacer. La comunidad con los obreros le daba mucho, de ella extraía la verdadera comprensión de las tareas de la lucha del proletariado en cada etapa concreta” (Krupskaia, 1972, p. 369). No se trataba, tampoco, de una adaptación sin criterios a cada situación concreta, sino que un análisis basado en la aplicación de la teoría y sin concesiones en los principios e intereses de las clases oprimidas.

### 3.2. LUCHA ECONÓMICA Y LUCHA POLÍTICA

La ilusión jurídica engendrada por el capitalismo es la falsificación de la realidad expresa en nombre de los principios jurídicos abstractos de libertad e igualdad. La expresión de esta ilusión es el salario, presentado a los trabajadores como el pago por su trabajo. Pero el salario en realidad es el pago del precio de la fuerza de trabajo (el precio que tiene el trabajador como mercancía en los factores de producción, el mínimo necesario para mantenerlo vivo y reproduciéndose). Esto

---

<sup>4</sup> Para una comprensión más profunda de los caminos de la crítica marxista del derecho, ver: Mascaro, 2011; Moreira, 2011 y 2013.

JULIO DA SILVEIRA MOREIRA

muestra el límite de la reivindicación de “salario justo”, pues ella ya trae incorporada y aceptada la lógica de explotación. Destaca Marx (1976, p. 74):

[...] la clase obrera no debe exagerar a sus propios ojos el resultado final de estas luchas diarias. No debe olvidar que lucha contra los efectos, pero no contra las causas de estos efectos; que lo que hace es contener el movimiento descendente, pero no cambiar su dirección; que aplica paliativos, pero no cura la enfermedad. No debe, por tanto, entregarse por entero a esta inevitable lucha guerrillera, continuamente provocada por los abusos incesantes del capital o por las fluctuaciones del mercado. Debe comprender que el sistema actual, aun con todas las miserias que vuelca sobre ella, engendra simultáneamente las condiciones materiales y las formas sociales necesarias para la reconstrucción económica de la sociedad. En vez del lema conservador de “¡Un salario justo por una jornada de trabajo justa!”, deberá inscribir en su bandera esta consigna revolucionaria: “¡Abolición del sistema del trabajo asalariado!”

Por otro lado, los trabajadores no pueden ceder ningún paso en su decisión de luchar contra los capitalistas por salario e igualdad jurídica, pues, “si en sus conflictos diarios con el capital cediesen cobardemente, se descalificarían sin duda para emprender movimientos de mayor envergadura” (Marx, 1976, p. 74).

Por lo tanto, la lucha por derechos, más que todo, es un proceso de educación política de los trabajadores, que sólo pueden conocer los límites del derecho y la necesidad de la acción revolucionaria en su experiencia práctica.

En su época, Lenin demostró el carácter y resultados de cada tipo de lucha: económica (reivindicaciones de cambios en la situación económica de los trabajadores bajo el capitalismo y su derecho) y política (lucha contra el poder dominante, por cambiar el sistema social). De

un lado, no se puede limitarse a la lucha económica, que entraña la perpetuación del capitalismo. De otro lado, la lucha por cambiar el sistema sin resolver las condiciones materiales de vida de los trabajadores se reduce a un discurso hueco:

[...] sin reivindicaciones económicas, sin un mejoramiento directo e inmediato de su situación, las masas trabajadoras no aceptarán nunca concebir un “progreso” general del país. Las masas se incorporan al movimiento, participan en él con energía, lo valoran en alto grado y dan muestras de heroísmo, abnegación, perseverancia y fidelidad a la gran causa, siempre que ésta lleve a un mejoramiento en la situación económica de los trabajadores. No puede ser de otra manera, pues las condiciones de vida de los obreros en situaciones “normales” son increíblemente duras. Al mismo tiempo que trata de mejorar sus condiciones de vida, la clase obrera progresa en el sentido moral, intelectual y político, se hace más capaz de llevar a cabo su gran misión emancipadora. (Lenin, 1912)

Pero el “quehacer” de estas luchas implicó duras contiendas en el seno del movimiento revolucionario ruso. Lenin combatía a los “economistas” y “espontaneístas”, que sostenían que se puede “desarrollar la conciencia política de clase de los obreros desde dentro, por decirlo así, de su lucha económica, o sea, partiendo sólo (o, al menos, principalmente) de esta lucha, basándose sólo (o, al menos, principalmente) en esta lucha” (Lenin, 1975, p. 114), opone la concepción de que la lucha económica, restringida al campo de relaciones entre obreros y patronos, muy frecuentemente es conducida por la política burguesa, y, además, no puede generar conciencia política tampoco educar para la transformación del sistema. Este proceso se da “desde fuera”, en el campo de relaciones de todas las clases entre sí y con el Estado y gobierno – así llevados a comprender de manera amplia las cadenas de opresión y de resistencia.

JULIO DA SILVEIRA MOREIRA

### 3.3. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

Lenin también combatía el dogmatismo en el tema del derecho de las naciones a la autodeterminación, apuntando como, en el proceso histórico de ascensión y establecimiento de la burguesía como oligarquía dominante en el plan internacional, los reclamos jurídicos y abstractos de libertad e igualdad, que pudieron antes servir para la lucha de liberación contra el régimen feudal, ya se habían convertido en su contrario – la misma arma de opresión – y el propio derecho de las naciones a la auto-determinación ya no podía ser invocado bajo su concepción burguesa tradicional. El propio Estados Unidos (y todo el sistema internacional que le respalda) invocó el principio abstracto de autodeterminación para desplazar los poderes coloniales en los territorios dominados y asumir su dominio bajo el modelo también colonial del libre comercio.

Al mismo tiempo en que la burguesía pasaba al campo de la reacción, el proletariado se apuntaba como clase dirigente de la revolución mundial y la vieja bandera burguesa de derechos iguales entre las naciones era remplazada por la nueva bandera de derrumbar el imperio de la burguesía en escala mundial y establecer la dictadura internacional del proletariado.

Esto no significaba, de otra parte, que la lucha por autodeterminación hubiera perdido su actualidad, pues esto sería ignorar la dinámica del imperialismo bajo la que muchos países no tenían pasado por revoluciones nacionales democrático-burguesas que por su vez eran impedidas por la misma oligarquía burguesa internacional. Al proletariado de los países avanzados correspondía apoyar con todas las fuerzas las luchas de estos otros pueblos por su liberación.

En sus tesis sobre la cuestión nacional en el Segundo Congreso de la Internacional Comunista, Lenin (*apud* Pashukanis, 1980:154) afirmaba que, en vez de basarse en la abstracción de las banderas jurídicas, la cuestión nacional debería estar basada en criterios objetivos, así explicados:

Primero, se debe considerar la situación histórica, concreta, y (sobre todo) económica; segundo, la diferencia exacta entre los intereses de las clases trabajadoras explotadas y oprimidas, y el concepto general de interés nacional, que significa los intereses de la clase dominante; tercero, la clara distinción entre naciones que son oprimidas, dependientes y carentes de derechos iguales, y naciones que son opresoras y explotadoras.

Radha D'Souza (2013) expresa la síntesis del pensamiento de Lenin en este campo: imperialismo y autodeterminación están interligados en sus escritos: “la lucha contra el imperialismo y por autodeterminación es contingente en la lucha por socialismo” (p. 62); y “la autodeterminación real es imposible sin el socialismo así como el socialismo no es posible sin la liberarse de la opresión nacional” (p. 65).

#### 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En este trabajo, nos hemos basado en la crítica marxista que demuestra carácter abstracto del derecho y su correspondencia a la concepción burguesa de mundo, revelándose como mecanismo necesario al intercambio de mercancías bajo el capitalismo. Esa misma crítica, sin dejar su profundidad filosófica, tiene un sentido práctico, contribuyendo para que los juristas puedan poner sus oficios en servicio de la lucha contra el sistema de explotación y opresión. Las aportaciones de Lenin, no apenas como abogado del pueblo, pero también lidiando con los problemas candentes de la estrategia revolucionaria (como las cuestiones de los límites de la lucha económica y la cuestión nacional que aquí abordamos), son un ejemplo de este manejo crítico del derecho.

Nunca aferrándose a una visión unilateral, Lenin deja siempre clara la necesidad de las luchas por derechos como (1) manera de mejoramiento de la situación económica de los trabajadores (aunque parcial, limitado, y, al fin, descendiente), (2) como táctica de lucha para

JULIO DA SILVEIRA MOREIRA

**debilitar a los opresores y, (3) como proceso de educación de las masas para la inevitabilidad de la acción revolucionaria.**

Como Abogados del Pueblo del presente, aprendiendo desde el pasado y mirando hacia el futuro, debemos recuperar las experiencias históricas de las luchas de los pueblos y de los juristas que han puesto su trabajo en servicio de estas luchas. Comprender los límites de nuestras “inevitables luchas guerrilleras” por reconocimiento de derechos, así como su importancia para elevar la consciencia y organización de las masas. Defender a las personas y sus derechos de manera militante, sin alejarnos ni por un segundo de la conciencia de lo que representa el imperialismo y sus fuerzas materiales e ideológicas de opresión y explotación, y de la necesidad de su superación para la verdadera realización de la justicia para el pueblo. Debemos trabajar mucho, para que el pueblo pueda luchar más.

REFERENCIAS

- KARAKUS, Hakan. Conferencia expuesta en marzo de 2006 durante el Seminario de los Abogados del Pueblo de Brasil, en la ciudad de Belo Horizonte. Una transcripción de esta conferencia se encuentra en Lúcio, Mário. Em defesa do povo. *A Nova Democracia*. N. 30, jul. 2006.
- KRUPSKAIA, Nadiezdha. *Lenin*. México D.F.: Fondo de Cultura Popular, 1970.
- LENIN, Vladimir Ilich. ¿Qué hacer? Problemas candentes de nuestro movimiento. In: \_\_\_\_\_. *Obras Escogidas en Doce Tomos*. Tomo II. Moscú: Editorial Progreso, 1975. P. 1-187.
- \_\_\_\_\_. Huelgas económicas y huelgas políticas. Texto encontrado en <<https://docs.google.com/file/d/0ByP565N0sPRScDhXdncwenZBVEU/edit>>, acceso en 10 de marzo de 2013. Original en ruso publicado bajo el seudónimo Iv. Petrov. *Niévskaia Zvezdá*, n. 10, 31 mayo 1912.

- MARIÁTEGUI, José Carlos. La crisis universitaria. *Revista Claridad*. Lima, Peru. Año I, n. 2, 1928. P. 3-4.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito e filosofia política: a justiça é possível*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOREIRA, Júlio da Silveira. *Direito Internacional: para uma crítica marxista*. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.
- \_\_\_\_\_. O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis. *Crítica Jurídica*. Revista Latinoamericana de Derecho, Política y Cultura. N. 35, ene-jul. 2013. México D.F.
- PACHUKANIS, E. B. Lenin and Problems of Law. In: P. Beirne, P.; Sharlet, R.. *Selected Writings on Marxism and Law*. London: Academic Press, 1980, p. 132-164.
- RADÍSCHEV, L. ¡Rema adelante! In: Mitiáev, Anatoli (org.). *Hogueras*. Moscú: Editorial Progreso; La Habana: Instituto Cubano del Libro, 1972. P. 34-41.



## APROXIMACIONES A STUCKA Y LA TEORÍA JURÍDICA SOVIÉTICA

Víctor Romero Escalante  
Facultad de Derecho, UNAM.

### TRAYECTORIA Y VIDA

El objetivo del presente trabajo, es hacer las primeras aproximaciones a la teoría jurídica de Peteris Ivánovich Stucka ya con el materialismo histórico como guía metodológica y política para construir la nueva visión del Derecho en la Unión Soviética. Se tendrá como obra referencial su libro *La función revolucionaria del derecho y el Estado* que para el mundo de habla hispana fue obra referencial para los estudios de marxismo y Derecho.

Stucka nació el 14 de julio de 1865 en Pakuli, cerca de Koknese, en Livonia, en una familia de campesinos ricos. En 1884, tras haber efectuado sus estudios en un colegio letón, ingresa en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Petersburgo, con el objetivo de convertirse en abogado.<sup>1</sup>

En esa época, un movimiento letón de influencia marxista, el Jaunstravnieki (“Nueva Corriente”) circulaba por el campus universitario. Stucka se adhiere y se encuentra con un compatriota letón, Janis Rainis, con el que entabla amistad. En 1888, obtienen sus diplomas de abogados y vuelven a Riga.

---

<sup>1</sup> CAPELLA, Juan Ramón, *Prologo en STUCKA, Función revolucionaria del derecho y el Estado*, Juan Ramón Capella (trad.), Barcelona, Ediciones península, 1974.p. 5

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

El 18 de octubre del mismo año, Stucka se convierte en redactor en jefe del diario marxista *Dienas Lapa* ("Hoja del Día") mientras que Rainis ocupa el puesto de redactor. En 1897, la Nueva Corriente y el *Dienas Lapa* son prohibidos y los dos compañeros son condenados a cinco años de deportación en Siberia.

A su regreso, Stucka retoma su trabajo de abogado y continúa su actividad política. Así, en 1904, participa en la creación del Partido Obrero Socialdemócrata Letón (LSDSP), en el que será miembro del comité central. El LSDSP consigue rápidamente cerca de 14.000 afiliados. Al año siguiente estalla en Rusia la revolución de 1905. Stucka participa activamente en los acontecimientos y el 9 de enero el LSDSP toma la cabeza de la revuelta en Riga y organiza una huelga general. Esta gran manifestación fue duramente reprimida por las tropas del zar.<sup>2</sup>

Ese mismo año, Stucka se reúne con Lenin, adhiriéndose a las tesis bolcheviques. Le ayudará a organizar, en 1907, el Partido Bolchevique de San Petersburgo. A partir de 1911, se convierte en uno de los redactores del periódico bolchevique *Zvezda* ("Estrella") y luego de su sucesor *Pravda* ("Verdad"), hasta que fueron prohibidos en 1914.

En febrero de 1917 Stucka participa, una vez más, en la nueva revolución de febrero. Se erigirá entonces como jefe del LSD y de las facciones bolcheviques letonas, siendo redactor del diario *Pravda*. Posterior a la revolución de octubre, Stucka es nombrado comisario del pueblo para la justicia (equivalente a un ministro), puesto que ocupó hasta marzo de 1918. En agosto de 1918 es nombrado substituto del comisario del pueblo de asuntos exteriores.

A partir de 1921, trabaja de nuevo en el Comisariado del Pueblo para la Justicia pero esta vez como substituto. Mientras tanto, en enero de 1923, Stucka dimite para convertirse en Presidente del Tribunal Supremo de la República Federativa de Rusia Soviética, puesto que ocupó hasta su muerte.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 6

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 6

## APROXIMACIONES A STUCKA Y LA TEORÍA JURÍDICA SOVIÉTICA

Stucka contribuye igualmente, de modo innegable, a la redacción de las leyes soviéticas. Consideraba que el Derecho penal era la mejor manera de combatir a los enemigos políticos del Estado. Stucka publica entonces numerosas obras jurídicas, tales como *El Papel Revolucionario del Derecho y del Estado*, en 1921 y *La Revolución de la Ley*, en 1923. De 1925 a 1927 fue redactor jefe de la Enciclopedia soviética *El Estado y el Derecho*, en la que participaba también Evgeny Pashukanis. Finalmente, Peteris Stucka murió el 25 de enero de 1932 en Moscú.

STUCKA CON SU OBRA *LA FUNCIÓN REVOLUCIONARIA DEL ESTADO Y EL DERECHO*

La importancia de la obra *La función revolucionaria del Estado y el Derecho*, escrita en 1921, radica en que es la primera obra seria que intenta abordar el tema del Derecho desde el marxismo. Antes de este trabajo se tiene referencias de algunos autores que hicieron el mismo intento, pero siempre caen en concepciones poco claras y alejadas del materialismo histórico, debido a que la mayoría de los marxistas consideraban al Derecho como algo contrarrevolucionario e incluso aburrido y por eso se abandonó como objeto de estudio marxista.

No es coincidencia pues, que este libro fuera escrito por Stucka, abogado y militante bolchevique de muchos años, y que le impregna ese tono radical, duro, incluso mediático que caracteriza a la mayoría de las revoluciones y más una revolución como la bolchevique de 1917.

El valor de esta radica en que aterriza al Derecho en el campo de las relaciones sociales. Independientemente de los errores metodológicos (como por ejemplo sólo definir al derecho como una relación social y no buscar que diferencia al Derecho de las demás relaciones sociales) y algunas conclusiones erróneas a las que llega Stucka, su libro fue el

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

primero que abrió una serie de debates con su camarada Pashukanis para entender al mundo de lo jurídico un poco más cerca de la tierra y más lejos del cielo, tomando como base la Economía Política de Marx.

#### STUCKA Y SU CONCEPTO DE DERECHO

La Rusia soviética seguía en varios de sus aspectos a la tradición continental del Derecho civil. Es bien sabido que dicha tradición empieza en Francia pero para el siglo XIX, la vanguardia de la teoría jurídica pasa a manos de Alemania. Bajo estas ideas occidentales es que Stucka, como comisario del pueblo para la justicia, se ve en la tarea de dar una nueva definición de Derecho de acuerdo a los principios del leninismo y del marxismo.

Es clara la influencia de la escuela alemana en el Derecho ruso, considerando que para 1917, el siglo XIX tenía relativamente poco tiempo de haber terminado y las ideas jurídicas seguían muy frescas. Nos referimos por supuesto a Savigny pero sobre todo a Jhering, al cual Stucka reconoce como uno de los juristas más brillantes hasta su tiempo pero que por su posición de clase nunca pudo o nunca quiso llegar hasta el fondo del problema jurídico.

La escuela histórica del Derecho es una corriente doctrinal surgida en Alemania durante el siglo XIX que afirma que el origen del Derecho ha de situarse con base en la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se manifestaba originariamente en forma de costumbres y tradiciones. Y entre uno de sus más notables representantes encontramos a Jhering.

Jhering se desmarcará en su pensamiento de la doctrina de la escuela histórica de Savigny, hasta entonces dominante y cuyos preceptos conocía profundamente. Frente a la concepción del Derecho como el producto de la evolución histórica de un pueblo, Jhering establecerá un elemento individualista activo por el cual no es la voluntad del pueblo

(Volksggeist), sino la voluntad de “los individuos que lucha” la que hace cambiar y evolucionar al Derecho.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el método que intenta utilizar Stucka es el de la Economía Política. Esto pues implica un punto de vista clasista.

Dado que las definiciones de los autores clásicos no reflejan lo suficientemente bien al fenómeno llamado “Derecho” el comisario del pueblo para la justicia junto con el colegio de abogados de la misma comisaria desarrollaron la siguiente definición: “El Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase”.<sup>4</sup>

Se debe aclarar que la definición es aplicable específicamente para el Derecho privado proyectando la idea de clarificar las relaciones recíprocas entre los hombres, reconociendo que el problema fundamental del Derecho está constituido por la relación entre hombre y hombre, en donde vemos, como en la sociedad burguesa, que una norma muerta domina completamente al hombre vivo.

Como ya se ha mencionado anteriormente, dicha definición baja al Derecho de ser sólo un conjunto de normatividades (códigos, reglamentos, circulares, etc.) y fenómeno del espíritu del pueblo a las relaciones sociales tal como el método de Marx. Pero además de ese elemento material de existencia, también entra el factor del interés de clase dominante organizada y vigilante, organización clasista que no puede ser otra que la del Estado. Ya que la organización estatal posee todo un aparato político, administrativo y jurídico encargado de la dirección de la sociedad.

Con dicha definición parece quedar fuera el Derecho público, ya que las actividades administrativas y en especial el Derecho penal son monopolio del Estado dado que está implícita la actividad coactiva.

---

<sup>4</sup> STUCKA, *La función revolucionaria del derecho y el Estado*, Juan Ramón Capella (trad.), Barcelona, Ediciones península, 1974., p. 34.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

Para tal problema la comisaría del pueblo para la justicia (donde participaba Stucka) realizó una definición directamente engendrada de la primera concepción de Derecho y fue la siguiente: El Derecho penal se compone de normas legales y otras mediante las cuales el sistema de relaciones sociales de una sociedad de clase dada se protege de violaciones (delitos) con medios de represión.<sup>5</sup> En este punto, el Derecho ya no aparece como una serie de relaciones sociales, sino más bien como un instrumento para asegurar o proteger dichas relaciones en una sociedad aún dividida en clases. Este problema de no poder distinguir correctamente al Derecho público es heredado directamente de la teoría de Lenin, que la consideraba como un conjunto de simples reglas técnicas (dicho problema se tratará más adelante).

En opinión de Lukacs, la revolución política sanciona una realidad económica y social ya impuesta. La revolución violenta ve al viejo orden jurídico como injusto y al nuevo derecho que se erige sobre un fuerte obelisco, como un Derecho justo<sup>6</sup> o dicho de otra forma, encontramos una justicia realmente clasista.

Los hombres entran los unos con los otros en determinados vínculos y relaciones; acciones sobre la naturaleza y la producción. De ellos resulta que las relaciones de producción forman en su conjunto lo que se ha dado en llamar relaciones sociales y, concretamente, una sociedad con un grado delimitado de desarrollo histórico. A un determinado nivel de desarrollo de las fuerzas productivas de los hombres corresponde, por lo tanto, una forma determinada de comercio y de consumo.<sup>7</sup> De esta manera, la producción de cada sociedad constituye una totalidad, de ello se desprende la definición de Derecho de Stucka, la cual hace referencia al sistema de las relaciones sociales.

5 KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Estado*, Alfredo J. Weiss (trad.), Buenos Aires, Emecé, 1957, p. 97.

6 LUKACS, Georg, "Legalidad ilegalidad" en *Historia y conciencia de clase*, Manuel Sacristán (trad.), México, Grijalbo, 1969, p. 122.

7 STUCKA, *La función revolucionaria del derecho y el Estado*, op. cit., p. 47.

La cuestión se complicará un poco para nuestro autor ruso al momento de responder en dónde se encuentra la distinción del Derecho, es decir ¿qué hace diferente al Derecho del resto de las relaciones sociales presentes en la sociedad de principios del siglo XX? En algún momento contestará el uso de la coacción pero eso no será suficiente para apaciguar a sus críticos.

En la actualidad existen varios autores que reivindican posiciones muy parecidas a las expuestas por el comisario del pueblo para la justicia en 1921. Como ejemplo encontramos a Norberto Bobbio que considera esencial dos puntos: a) el Derecho como instrumento de dominación de clase y b) el Derecho como reflejo de las relaciones de producción por la división de clases.<sup>8</sup>

En las sociedades contemporáneas todas las relaciones contractuales se basan en el contrato libre y personas libres. Dichas manifestaciones jurídicas no son tan libres ya que se desarrollan dentro de un marco de relaciones ya dadas y con lo que realmente cumplen es con el fomento de la circulación de mercancías. Así, la venta de una casa no es una compraventa, sino una forma de que el capital contenido en dicho inmueble siga en movimiento para seguir reproduciendo las relaciones sociales actualmente predominantes.

Stucka está convencido de que la Unión Soviética posee un ordenamiento propio característico, es decir, tiene un Derecho proletario.

Si bien es cierto que uno de los objetivos de la revolución de octubre fue eliminar la propiedad privada de los medios de producción, se distaba mucho de haber armonizado completamente la nueva producción con las relaciones de producción. De hecho, se reintrodujo el cambio privado de mercancías.<sup>9</sup>

Esta evidente contradicción entre el tráfico libre de mercancías y la socialización de los medios de producción, no es propia de una

---

8 BOBBIO, Norberto, *Ni con Marx Ni contra Marx*, Lia Cabbib Levi, Isidro Rosas Alvarado (trads.), México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp.188-190.

9 STUCKA, P.I., *La función revolucionaria del derecho y el Estado*, op. cit., p. 60.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

sociedad socialistas, es más, ni siquiera de una sociedad en transición. Aquí lo que se presentó fue un capitalismo de Estado, quien fue el que motivó y apoyó la circulación de mercancías en favor de privados por medio de empresas estatales. Además, la organización social de las empresas de producción, como es bien sabido, pasó a manos del Estado pero nunca directamente a manos de los trabajadores. En este sentido, el Estado fungió como un intermediario que reservaba para una burocracia privilegios especiales mientras la masa trabajadora debía ceñirse a los lineamientos de la producción capitalista estatal.

En este mismo sentido se encuentra Kelsen, quien afirma que el fenómeno que se presenta es un Derecho capitalista que es, no obstante, el orden social característico del Estado socialista. Es Derecho socialista pero al mismo tiempo Derecho capitalista.<sup>10</sup> La afirmación anterior es sólo un reflejo del tipo de relaciones que se estaban viviendo en Rusia: por un lado proclamas políticas y un orden normativo que se autodenominaba socialista y por el otro, relaciones que seguían centrándose en el intercambio de mercancías.

#### STUCKA Y SU CONCEPTO DE INTERÉS DE CLASE

Para comprender de forma más fiel el pensamiento de Stucka es necesario primero hablar de qué es lo que entendía él por “clase”, dado que su definición de Derecho como un objeto de estudio clasista tiene en su interior la pregunta que en este momento nos ocupa, ¿qué es la clase social para Stucka?

Como ya se ha mencionado antes, Stucka apoya su teoría en pasajes de la obra de Marx para darle mayor potencia. Stucka interpreta de la obra de Marx, *El Capital* que en la división de los hombres en clases tiene especial relevancia la distribución de los hombres en la producción y la distribu-

10 KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Estado*, op. cit., pp. 105-106.

11 STUCKA, P.L., *La función revolucionaria del derecho y el Estado*, op. cit., p. 243.

ción de los medios de producción entre ellos y que el proceso de producción determina, a su vez, el proceso de distribución de los productos.<sup>11</sup>

La anterior fue la primera aproximación del ruso para su concepto de clase. Como es posible apreciar, al retomar la idea del *El Capital* lo fundamental es en qué posición se encuentra cada uno de los individuos al llevar a cabo la acción llamada “producción”, es decir, cómo cada sujeto interviene en la creación de nuevos productos a base de su trabajo.

Pero no todos realizan el mismo trabajo. Hay seres humanos que ejecutan trabajo manual mientras otros ejercen trabajo intelectual. Esta división del trabajo como manifestación de la producción es la que determina a qué clase se pertenece. Es claro que el proceso es mucho más complejo, pero con dicha afirmación es con la que Stucka empieza toda su construcción teórica.

Otro factor que se incluye es la aclaración de que la clase de los opresores se adueña del trabajo ajeno. La renta que produce la clase productora les es arrebatada por distintos medios, desde la fuerza bruta hasta métodos mucho más sutiles como la enajenación. Esta división irreconciliable de intereses antagónicos lejos de estabilizar la relación la vuelve a cada paso más y más turbulenta hasta la llegada a un clímax conocido como “revolución”.

Stucka no pretende solamente quedarse con la explicación anterior, sino que llega a afirmar que la lucha de clases debe identificarse necesariamente con la guerra civil,<sup>12</sup> dado que la clase de los oprimidos no puede simplemente limitarse a reapropiarse del fruto de su trabajo que les ha sido arrebatado, sino que debe destruir toda relación de subordinación que exista. Esto no implica acabar físicamente con toda la clase opresora, lo que implica primero acabar con la mercancía, que es núcleo del sistema capitalista y, posteriormente se podrá acabar con las relaciones de dominación que en ella se engendran.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 67.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

Dado que se trata de un militante bolchevique quien hace todo el desarrollo anterior el elemento subjetivo no puede quedar fuera, por el contrario ocupa una posición especial para su teoría. Del soviético retomamos la siguiente idea:

Las clases, pues están determinadas por la distribución de los medios de la producción, por el antagonismo de las clases, por la contradicción de los intereses *que se derivan de las condiciones* de la producción, y no por las condiciones de la *distribución*. ¿Qué es lo que convierte a los obreros, a los capitalistas y a los propietarios en tres clases sociales? Su papel, sus relaciones en el proceso productivo.<sup>13</sup>

Aquí entra el factor del interés como motor importantísimo para la lucha de clases. Es importante remarcar que en la definición de Stucka está el interés como factor subjetivo de una colectividad determinada por su posición en las relaciones de producción. Pero dicha conciencia de pertenecer a una clase y, por lo tanto, defender sus necesidades es factor que varía de gran manera incluso de las clases sociales.

En este sentido, Stucka piensa que el interés de clase no es la mera suma de los intereses individuales; este interés es más bien un elemento que impone su sello a la totalidad de la lucha de una clase dada. Y sigue afirmando que dicho interés existe objetivamente, independientemente de la voluntad de los propios miembros de la clase.<sup>14</sup>

También Stucka confiesa que su guía para su concepto es la definición que da Lenin y es la siguiente:

Las clases son grandes grupos de hombres que se diferencian entre sí por el lugar que ocupan en un sistema de producción social históricamente determinado, por las relaciones (relaciones que las leyes refrendan y formulan en su mayor parte) por el papel que desempeñan en la organiza-

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 71.

ción social del trabajo y, consiguientemente por el modo y la proporción en que perciben la parte de riqueza social de que disponen. Las clases son grupos humanos, uno de los cuales puede apropiarse el trabajo de otro por ocupar puestos en régimen determinado de economía social.<sup>15</sup>

Considerando todas las ideas anteriores sobre el concepto de “clase” e “interés de clase”, es que Stucka llega a la idea del clasismo del Derecho. La clase de los oprimidos ya posee conciencia de su objetivo histórico, que es la destrucción de la sociedad esclavizada por la división del trabajo, pero la única forma de lograrlo es defender su derecho frente a los explotadores. Este “Derecho proletario” tutela relaciones de producción diferentes (al menos en la idea de Stucka), además de servir como un instrumento de liberación contra las clases otrora poseedoras que buscan a toda costa recuperar sus antiguos privilegios. Por lo tanto, sirve en un doble sentido: proteger a la nueva sociedad y ser utilizado como arma hasta que llegue el momento de la extinción total del Derecho y el Estado.

Inclusive, ya muy avanzado el siglo XX, específicamente en 1977, Kostantin Stoyanovitch plantea prácticamente la misma idea al afirmar que el Derecho es el medio por el cual la clase social que ha impuesto su modo de producción económico a la sociedad asegura el papel histórico que le es atribuido. Por lo tanto, su esencia de clase proviene de la voluntad de una clase, jamás del conjunto del cuerpo social. Además, el Estado y el Derecho son dos realidades simultáneas, dado que el Derecho es la parte coactiva del Estado y sin ese elemento coactivo, el segundo sería un ente virtual incapaz de afirmar su existencia efectiva.<sup>16</sup>

El concepto anterior será toda la guía de Stucka para el desarrollo de su propia teoría en lo referente al Derecho como producto de la

15 LENIN, Vladimir Ilich, *Una gran iniciativa en: Obras escogidas*, Tomo III, Moscú, Editorial Progreso, 1961, p.228.

16 STOYANOVITICH, Konstantin, *El pensamiento marxista y el derecho*, Andrés López Acotto (trad.), España, Editores Siglo XXI, 1977, p. 57.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

sociedad de clases y que el Derecho es el instrumento perfecto para proteger el orden social establecido.

## DERECHO PROLETARIO

Llegamos sin duda al punto que desató la mayor parte de la polémica entre Stucka y Pashukanis: La caracterización del Derecho como un fenómeno más allá de lo normativo (es decir como reglas establecidas en un código y emanadas de una organización social) y que es susceptible a ser ubicado dentro de una clase burguesa o dentro la clase proletaria, en cuyo caso Stucka, en su ubicación del Derecho, sugiere que puede llegar a ser considerado dentro de la URSS como Derecho proletario.

Primero debemos recordar la definición de Derecho que nos proporciona Stucka, en la cual nos dice que “el Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase”.<sup>17</sup> Nos dice que el Derecho es una relación social que corresponde al interés de la clase dominante, lo cual quiere decir que durante el dominio de la burguesía las relaciones sociales son las correspondientes a la producción mercantil y que dicha relación es protegida por la clase organizada (o sea el Estado). Esto da como resultado lógico un Derecho burgués que protege a las relaciones capitalistas de producción.

Stucka liga orgánicamente al Derecho con el Estado, de esta manera si se modifica el carácter de cualquiera de los dos inevitablemente el otro también debe cambiar. Su línea de pensamiento funciona de esta manera ya que los bolcheviques, al tomar el mando del Estado en la Rusia zarista, autoproclamaron el inicio del Estado obrero. En consecuencia, el Derecho también comenzaba su metamorfosis. El mismo

<sup>17</sup> STUCKA, *La función revolucionaria del derecho y el Estado*, op. cit., p. 34

Stucka concebía al Derecho ya no como el refugio de la ideología burguesa, sino como el centro de reagrupamiento de las masas populares frente a la crisis capitalista provocada por el surgimiento del primer Estado obrero de la historia.<sup>18</sup>

De todo el razonamiento anterior nuestro autor ruso llega a la conclusión de que en Rusia se da el primer Derecho proletario de la Historia, ya que este Derecho reflejaba una situación totalmente nueva en lo referente a las relaciones sociales y la dirección del Estado.

En cierto sentido esta idea podría parecer coherente ya que la estructura y la superestructura existe esa relación recíproca que se retroalimenta y forma un bloque histórico dejando un espacio para usar al Derecho de forma distinta a como lo quiere la clase dominante, ya que la superestructura es condicionada por la estructura y la práctica es un efecto de ambas. El Derecho es fruto de la lucha de clases, es decir se puede usar en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de bienes en la sociedad.<sup>19</sup>

Pero el Derecho soviético no podía simplemente limitarse a reflejar las relaciones económicas del socialismo; estas no existían y aquél había de ser un instrumento para crearlas. En la llamada “época de transición”, tomando en cuenta el material existente, se debe (en opinión de Stucka) aplicar conscientemente las leyes sociales vigentes, aplicar las leyes del capitalismo para llegar al comunismo,<sup>20</sup> por ejemplo, tratar de regular la circulación de bienes básicos de consumo o favorecer su producción (recordar a los *Kulaks* de la NEP).

En este momento es posible apreciar cómo Stucka pretende instrumentalizar al Derecho para la construcción del comunismo, pero dice que primero se aplicarán las leyes del capitalismo. Dicha afirmación se vuelve coherente cuando recordamos que la política llevada por los bolcheviques luego de la guerra civil fue la NEP que, en los hechos, fue

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.7

<sup>19</sup> DE LA Torre Rangel, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa, 2007, p. 125.

<sup>20</sup> STUCKA, *La función revolucionaria del derecho y el Estado*, op. cit., p. 59.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

reconocer y proteger las viejas relaciones de producción del capital. Empero, Stucka aún no nos dice por qué el Derecho de la URSS es proletario y no burgués.

Para contestar, el jurista soviético responde lo siguiente:

Aunque al eliminar la propiedad privada de los medios de producción distamos todavía mucho de haber armonizado completamente la nueva producción, estamos más retasados incluso en la obra de armonización de las relaciones de producción. De hecho hemos reintroducido, o, más exactamente, legalizado, el cambio privado de mercancías y al mismo tiempo, todavía por un largo período, debemos enfrentarnos (no solamente en las relaciones exteriores, sino incluso en las interiores) con una *compilación de la vida* que nuevamente nos aguarda.<sup>21</sup>

O sea, la naturaleza clasista del Derecho consiste en la opinión de Stucka es qué clase tiene la propiedad de los medios de producción<sup>22</sup> lo que en la lógica de los bolcheviques significaba la ocupación de las fabricas por parte de los obreros, con la salvedad de estar bajo la supervisión de miembros del partido.

De lo anterior podemos concluir una cosa: Que para Stucka, lo que define al carácter clasista del Derecho en el fondo, es quién controla los medios de producción y qué clase tiene el mando del Estado para proteger esta propiedad efectiva, de la cual deriva toda una serie de leyes y reglamentos dirigidos a proteger la propiedad de dichos medios para la clase proletaria. Además, claro, de que el beneficio de la producción vaya a parar a la clase de los obreros y campesinos. Por lo tanto, todo Derecho que provenga de los obreros en propiedad de los medios de producción y sean los dirigentes del Estado en automático lo volverá “Derecho proletario”.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.322.

Esta caracterización del Derecho trae varios problemas a quien se detenga un momento para analizarlos con calma. En primer lugar reduce al Derecho a un simple problema de dirección política, es decir, la clase que en ese momento tenga el poder del Estado será la que de facto podrá imponer todo un nuevo Derecho. Si bien es cierto que Stucka admitió que el cambio en las relaciones sociales puede tardar, también es cierto que su concepto de Derecho proletario deja abierta la puerta a un voluntarismo extremo que reduce al Derecho a una simplista dirección política.

Stucka no responde la interrogante sobre cuáles son los rasgos que diferencian al Derecho en la etapa capitalista con el resto de las etapas de la producción en la historia de la humanidad. Este punto será retomado por Pashukanis para iniciar toda la polémica, ya que él se centrará en uno de los problemas centrales: la mercancía.

Si bien consideramos errónea dicha caracterización de lo que es el Derecho, tampoco podemos descontextualizar el concepto de Derecho proletario por una simple razón: cuando Stucka escribió su libro en 1921, la naciente nación soviética se encontraba sumida en una guerra civil total con todas las penurias que ello implica, con lo cual la vida cultural y obviamente teórica (jurídica) del país pasaron a una importancia de segundo plano. Así, la teoría de Stucka cumplía una doble función, por un lado trataba de dar una explicación marxista al fenómeno del Derecho y por el otro era una fuente de propaganda para el gobierno bolchevique.

La teoría de Stucka justificaba ante sí misma y ante todo el mundo que el cambio que se buscaba en Rusia era realmente radical y qué mejor manera que la publicación de nuevos principios para el sistema jurídico (ese sistema que tradicionalmente siempre ha sido muy conservador) que se estaba redescubriendo con una base puramente material y que las normas jurídicas iban en favor de la clase de los explotados y oprimidos de la tierra.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

Bajo ese *slogan* se presenta el Derecho soviético. No era simple ideología sino un deseo sincero de la mayoría de los revolucionarios rusos de imprimir ánimo a sus compatriotas y ofrecer una salida jurídica a sus enormes problemas. También recordando que la formación de cada bolchevique se caracterizaba por incluir excelentes técnicas de propaganda. No se trata tampoco de embellecer una realidad, y para tal consideración valdría recordar las palabras de Marcuse, quien aseguraba que “el Estado soviético se ha querido justificar con la racionalidad. Debido al nulo control que tiene los obreros sobre los medios de producción y es el partido el que sirve de intermediario en esta relación y como un instrumento de dominación.”<sup>23</sup>

#### FUNCIÓN DEL DERECHO: EL DIRIGISMO ECONÓMICO

Como hemos podido apreciar, en la concepción de Stucka el Derecho tendría dos funciones principales: La primera es la dirección de las relaciones sociales para la construcción del comunismo, pasando primero por la época de transición. La segunda función es la coactiva, es decir, la cuestión represiva contra todos los elementos que atentaran contra la nueva organización social.

Para la primera función tenemos al Derecho económico, en el cual, según la visión de los autores soviéticos, el Derecho no tiene la principal relevancia.<sup>24</sup> Es un instrumento al servicio de la clase dominante para conseguir los objetivos que esta clase se asigna. En la URSS el Derecho, teóricamente, debía estar al servicio del proletariado.

La política de los dirigentes soviéticos se funda, ante todo, en la nacionalización de los bienes de producción, o más exactamente en

<sup>23</sup> MARCUSE, Hebert, *El marxismo soviético*, Juan M. de la Vega (trad.), Madrid, Revista de Occidente, 1967, p. 122.

<sup>24</sup> DAVID Rene, John N. Hazard, *El derecho soviético*, 2 vols Melchor Echagüe (trad.), Buenos Aires, La ley, 1964 p. 223.

ponerlos a disposición de la colectividad, en cuyo interés estos bienes deben ser explotados. El papel esencial del Derecho es expresar, de manera concreta y comprensible para todos, las pretendidas relaciones nuevas que se quieren crear. Deben tomarse las disposiciones necesarias y el aparato de coerción del Estado debe, si es preciso, ponerse en funcionamiento para que los bienes de producción se empleen efectivamente en el interés común y para que cada uno, administraciones y particulares, coopere con disciplina en el establecimiento y el desarrollo del nuevo orden económico.

En la Unión Soviética, el llamado Derecho económico tenía como esencia el dirigismo económico. Consideraban que el Derecho en la URSS debía ser empleado fundamentalmente para organizar, sobre una nueva base, la estructura económica del país.<sup>25</sup>

En todos los países, sin duda, el derecho desempeña una función en la organización de la economía nacional. Sucede así aún en los sistemas más profundamente unidos a los principios económicos liberales. En este caso el Derecho debe intervenir, por lo menos, para asegurar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones libremente pactadas, al margen de él, por los particulares. Sin embargo en estos sistemas, la función económica del Derecho no se encuentra en primer plano. La intervención del Estado en los contratos se justifica por el cumplimiento de la voluntad de las partes que se han comprometido. El derecho puede acudir en ayuda de la economía, pero no se puede pretender organizarla ni dirigirla.

En la república soviética se tenía una percepción muy diferente de la situación, ya que en una primera instancia consideraban al Derecho burgués como idealista poniendo al frente a la justicia, la moral, pensando que si se siguen sus principios se asegurará al mismo tiempo el orden en el plano económico.<sup>26</sup> El Derecho soviético, a su entender,

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 225.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

pone al revés dicho sistema. Su propósito primordial (como ya se ha explicado con Stucka) es establecer y hacer funcionar una determinada organización económica. Si ésta se asegura convenientemente, la moral se hallará satisfecha y la justicia será realizada.

El papel fundamental del Derecho no es satisfacer consideraciones técnicas (como, por ejemplo, el principio de legalidad) sino el de garantizar eficazmente la realización de una política tendiente a la edificación y a la afirmación de la época de transición.

En la Rusia de la década de 1920 se hacía la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo. Los primeros, nacionalizados o colectivizados y sometidos a las leyes de planificación, manteniéndose los segundos (los bienes de consumo) dependientes de las necesidades de los particulares. Es conveniente recordar que los bolcheviques entendían que la nacionalización no significaba que los obreros tuvieran el total control sobre los medios de producción, sino que un comité de fábrica dirigía la instalación, siempre bajo la supervisión de miembros del partido.

Rene David apuntaba que:

los sindicatos dirigen las actividades de orden social de la empresa. Sin embargo se sujetaban a ciertas directivas que vienen de más arriba; el gobierno, el partido comunista, les dan indicaciones sobre el monto y la escala de salarios, la parte de beneficios que debe aplicarse a obras sociales, las condiciones de trabajo en general, etcétera.<sup>27</sup>

Las diferentes ramas del Derecho soviético ponen en funcionamiento y permiten percibir todo el interés que ofrece. Así, el Derecho administrativo reglamenta la acción de los organismos en virtud de cuya autoridad será establecido el plan de explotación socialista.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 227.

Con estos objetivos del Derecho económico se revela nuevamente la clara concepción de los bolcheviques respecto a la política y el socialismo. Creían que una disciplina bien centralizada, ubicada en el partido, sería la mejor forma de tomar decisiones políticas y de bajarlas casi inmediatamente al nivel de la estructura y, por lo tanto, el cambio en la forma de producción cambiaría.

Tampoco se trata de insinuar que la voluntad de los hombres no tiene nada que ver en el transcurso de la Historia, lo cual también sería totalmente falso, sino que el razonamiento mecánico de que las decisiones políticas pueden fácilmente cambiar el orden de las cosas no es correcto.

#### DERECHO PENAL Y SU FIN DE CLASE

Dado que el Derecho es un instrumento para reprimir a los enemigos de la revolución y mantener el nuevo orden existente, se promulgó un código penal en 1922 que proporcionaba la siguiente definición de lo que es el delito dentro de la sociedad rusa de principios de la década de 1920 y que va muy acorde con la visión de Stucka: “Por delito se entiende toda acción u omisión socialmente peligrosa, que amenaza las bases del régimen y el orden jurídico soviético, establecidos por el poder obrero y campesino para el periodo de transición al régimen comunista.”<sup>28</sup> Al principio, la definición resulta muy similar a la tradicional teoría del delito, la cual establece que el delito ofende y ataca a la sociedad misma dentro del orden y régimen predominantes.

Por ejemplo, Fernando Castellanos (reconocido penalista mexicano) considera al delito como una rebeldía del hombre contra el Derecho legislado; tal oposición presenta dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es llamada antijuricidad, porque el

<sup>28</sup> MARQUEZ PIÑERO Rafael, *El tipo penal algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1986, p. 326.

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

hecho, en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo. El antagonismo subjetivo o culpabilidad, como se nota, consiste en la rebeldía anímica del sujeto<sup>29</sup> en contra el orden social vigente en ese momento determinado.

Ambas ideas refieren fundamentalmente a lo mismo, es decir, al ataque por parte de los sujetos al ordenamiento social vigente. Como consecuencia de tal rebeldía el Estado tiene la obligación (y la facultad) de castigar tal acción.

La definición rusa no tiene, por lo menos en este punto, mayor originalidad que la del resto de los códigos penales, sigue sirviendo como instrumento de coacción bien organizada. Sin embargo, de acuerdo a la idea de Stucka, si bien no es tan singular, sí debe reconocerse su consistencia en cuanto a pensamiento.

La segunda parte de las definiciones dista más de la teoría clásica debido a que menciona clases sociales en el poder, o sea, los obreros y los campesinos, además de que incluye ya una predicción sobre un cambio en el sistema de producción vigente, definición que, sin duda, está *ad hoc* con los ánimos revolucionarios de la época. También dejaba la puerta abierta para la represión de todo aquel que fuera contra la decisión de los soviets, lo cual fue una necesidad política concreta motivada por las circunstancias y plasmada en el código penal.

Para los revolucionarios soviéticos el crimen en general y el sistema capitalista estaban íntimamente ligados, bajo el razonamiento de que las masas hambrientas robaban para su subsistencia, el obrero descontento protestaba de su suerte usando el homicidio y la violación. Por el contrario, el socialismo debiera ofrecer a cada uno lo que necesita en materia alimentaria, vestido y vivienda, además de ofrecer a todos las mismas posibilidades. En consecuencia, se pensaba que la implantación del socialismo debería terminar con el crimen, entendido como fenómeno social.

---

29 CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Porrúa, 1993, p. 130.

Los dirigentes soviéticos de ese momento se centraron en el desarrollo de las fuerzas productivas y prestaron menor interés al Derecho punitivo (por ejemplo en la obra de Stucka no encontramos ningún tema dedicado específicamente al Derecho penal, sino simples referencias dispersas por todo el libro). La legislación sobre la propiedad sería la encargada de establecer los cimientos del futuro y en un corto plazo, el Derecho penal se convertiría en un mal recuerdo del pasado capitalista.

En un principio, muchos de los revolucionarios convencidos en la causa estimaron que la nacionalización de los bienes de producción daría lugar a un cambio social beneficioso casi automáticamente. No se trataba de convertir los tribunales represivos en escuelas de civismo, sino que estos órganos judiciales funcionarían durante un breve tiempo, ya que la necesidad de tribunales duraría mientras durara la etapa de transición. La realidad, sin embargo, resultó mucho más contundente, ya que durante ese periodo iba a ser necesario reprimir a los que, por razones políticas, se opusieran a la política del nuevo régimen.

Para Rafael Márquez Piñero, de la totalidad del Derecho penal de la época postrevolucionaria se pueden deducir los siguientes principios:

- I) Todas las lesiones de derechos se ubican en dos sectores: primero, los delitos contrarrevolucionarios, o sea, aquellos que son considerados altamente peligrosos para la sociedad y segundo, los restantes delitos. La división se utilizó ante todo, para determinar la competencia de los tribunales, naturalmente los revolucionarios y de la bien conocida CHECA a la cual le correspondían los delitos de la primera especie, mientras que los de la segunda pasaban a los que pudieran denominarse tribunales ordinarios.
- II) Al legislador y al juez les interesaba, desde luego, el carácter de “peligrosidad social” de una actividad (es decir, peligrosidad para el régimen), pero no se interesaba (en estos primeros momentos) en la corresponden-

VÍCTOR ROMERO ESCALANTE

cia con una definición formal de un delito previsto expresamente en una norma jurídica-penal.

- III) Las actividades punibles de personas menores de diecisiete años tenía que se puesta en conocimiento de una comisión especial.
- IV) Las sanciones penales sufrían una variación, en función de la clase social pertenecía del involucrado; más severas para procedentes de la dirigencia y partidarios del régimen, más suaves para los trabajadores: a éstos se les aplicaba la “presunción de ignorancia”, con sanción leve y finalidad concreta de reinserción social.<sup>30</sup>

Un catálogo de penas de esta época, a que venimos refiriéndonos (Instrucciones del Comisariado del Pueblo para la Justicia, del 19 de diciembre de 1917, 1 de enero de 1918), nos señala:

Penas pecuniarias  
 Privación de libertad  
 Prohibición de permanencia o destierro  
 Represión pública  
 Proclamación pública como enemigo del pueblo  
 Privación de determinados derechos políticos  
 Expropiación total o parcial  
 Trabajos forzados<sup>31</sup>

Al revisar la bibliografía de Márquez Piñero no encontramos consulta alguna de la obra de Stucka. La importancia de señalar este dato radica en que la deducción que hizo de los principios del Derecho penal ruso viene de los principios de la teoría de la ley penal y el delito, además de la lectura de los decretos del gobierno revolucionario. Nos indica también que Stucka nunca pudo dejar su formación como jurista, ya que su

<sup>30</sup> MARQUEZ, Peñero, Rafael, *El tipo penal algunas consideraciones en torno al mismo*, op. cit., p.323

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 324

APROXIMACIONES A STUCKA Y LA TEORÍA JURÍDICA SOVIÉTICA

pensamiento no resulta tan original en este aspecto como al principio nos podría sugerir el título de sus obras. Su mérito radicaría, principalmente en el sentido de llamar las situaciones reales por su nombre. Por ejemplo, decir que el Derecho en la época de transición sirve como “arma de represión” es una verdad que hasta este punto del presente trabajo no deja lugar a dudas.

De lo que se trata es de poner en sus justas dimensiones a Stucka, quien intentó, con los medios que disponía y en el momento que le tocó vivir, dar una explicación a un momento revolucionario que, por necesidad, engendró un Derecho revolucionario.



## TEORÍA MARXISTA DA DEPENDENCIA E TEORÍA MARXISTA DO DIREITO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE MARINI E PACHUKANIS

Ricardo Prestes Pazello<sup>1</sup>

Rubens Bordinhão de Camargo Neto<sup>2</sup>

Juristas brasileiros.

Um desafio está colocado para a teoria marxista do direito, qual seja, o de absorver as formulações decorrentes do marxismo latino-americano. Muito mais do que uma aparentemente singela questão gnosiológica de cunho geopolítico, esta absorção tem a ver com o aprimoramento da análise do fenômeno jurídico, dada a necessidade de sua visualizá-lo o mais possível a partir de uma perspectiva de totalidade. Compreender o desenvolvimento do direito como categoria atrelada meramente ao desenvolvimento da história do capitalismo central é perder de vista outras dimensões que lhe são constitutivas. Nesse sentido, perceber o âmbito jurídico combinando a reflexão de Pachukanis,

<sup>1</sup> Professor de Sociologia e Antropologia Jurídica na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL/UFPR) e do grupo de pesquisa Direito, Sociedade e Cultura (FDV/ES). Secretário geral do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Integrante da coordenação do Centro de Formação Milton Santos-Lorenzo Milani (Santos-Milani), do Centro de Formação Urbano-Rural Irmã Araújo (CEFURIA) e do Instituto de Filosofia da Libertação (IFIL). Membro da diretoria da Associação dos Professores da Universidade Federal do Paraná-Seção Sindical do ANDES-SN (APUFPR-SSind). Coordenador dos projetos de extensão popular Direito e Cidadania (D&C); e Serviço de Assessoria Jurídica Universitária Popular (SAJUP), ambos junto à UFPR. Colunista do blogue [assessoriajuridicapopular.blogspot.com](http://assessoriajuridicapopular.blogspot.com)

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pesquisador do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL/UFPR). Advogado popular.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

rigorosamente tributária do método de Marx, com as sugestões dadas pela teoria marxista da dependência, como a de Marini que a entende a partir de uma mirada relacional, pode resultar em saltos qualitativos ainda não devidamente estimados. Este é o intento, embora preliminar, do presente ensaio.

### 1. O PROBLEMA DA ATUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A relação entre países é uma forma social constituída pelas relações sociais capitalistas. A existência de países desenvolvidos e subdesenvolvidos tem a ver, portanto, com uma dimensão relacional. Ao se dar ênfase à relação entre estes, vê-se a existência da relação de dependência. Ruy Mauro Marini, em seu texto clássico, *Dialética da dependência*, dava acento a esta característica relacional para a noção de dependência: “uma relação de subordinação entre nações formalmente independentes, em cujo âmbito as relações de produção das nações subordinadas são modificadas ou recriadas para assegurar a reprodução ampliada da dependência”.<sup>3</sup>

Assim, o aspecto relacional é constitutivo do capitalismo, o que, em termos filosóficos, chamou-se de modernidade. Se no centro do sistema mundial moderno desenvolveu-se uma peculiar sociabilidade, baseada em relações sociais de produção que expropriam o produtor direto e, assim, dão vez a uma acumulação originária que irá fixar os pressupostos das futuras formas de exploração das maiorias despossuidoras de meios de produção em face de minorias proprietárias, material e formalmente; a própria existência deste centro pressupõe sua periferia e, por consequência, a instauração de relações sociais correspondentes.

---

<sup>3</sup> MARINI, Ruy Mauro. “Dialética da dependência”. Em: \_\_\_\_\_. *Dialética da dependência*: uma antologia da obra de Ruy Mauro Marini. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 109.

Contemporaneamente, a crítica marxista, práxis crítica que melhor compreendeu estes fatores e mais decisivamente atuou para modificar politicamente tal situação, vem recebendo importantes contribuições no sentido de estabelecer mais profundos e novos conhecimentos acerca da totalidade do processo de constituição do capitalismo. Dentro da perspectiva da corrente crítica à colonialidade do poder, uma dentre as contribuições possíveis ao marxismo (mesmo que não podendo ser tomada como corrente propriamente marxista), vê-se a seguinte afirmação a este respeito:

a globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a idéia de *raça*, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. Esse eixo tem, portanto, origem e caráter colonial, mas provou ser mais duradouro e estável que o colonialismo em cuja matriz foi estabelecido. Implica, conseqüentemente, um elemento de colonialidade no padrão de poder hoje hegemônico.<sup>4</sup>

[...] as novas identidades históricas produzidas sobre a idéia de raça foram associadas à natureza dos papéis e lugares na **nova** estrutura global de controle do trabalho. Assim, ambos os elementos, raça e divisão do trabalho, foram estruturalmente associados e reforçando-se mutuamente.<sup>5</sup>

4 QUIJANO, Aníbal. "Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina". Em: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227.

5 QUIJANO, A. "Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina", p. 231.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

Já Marx, no entanto, enunciara a dimensão expropriatória da colonização europeia como uma das facetas da acumulação originária do capital. Sua teoria do valor supõe este quadro histórico e é exatamente por isso que é totalmente coerente o aparecimento de uma teoria marxista da dependência.

Desse modo, uma crítica estrutural à sociedade capitalista impõe uma perspectiva de totalidade que permita fazer compreender, ao mesmo tempo, as dinâmicas específicas de seu desenvolvimento a depender dos pólos da relação em que a atenção venha a se centrar. Nem por isso, todavia, a relação deixa de existir como tal, o que tem impactos decisivos em cada um dos pólos da relação considerada.

Eis que essa dinâmica relacional ganha um sentido especial para uma perspectiva latino-americana de crítica ao sistema mundial “colonial/moderno”. Se se retomar a antropologia da civilização de um intelectual irredento como Darcy Ribeiro, logo ressaltará essa característica que é, a um só tempo, de totalidade e de particularidade. Para ele, “os povos desenvolvidos e subdesenvolvidos do mundo moderno não se explicam como representações de etapas distintas e defasadas da evolução humana”, mas, ao contrário, são “componentes interativos e mutuamente complementares de amplos sistemas de dominação tendentes a perpetuar suas posições relativas e suas relações simbióticas como pólos do atraso e do progresso de uma mesma civilização”.<sup>6</sup> Assim é que sua interpretação se baseia no entendimento das formas do processo civilizatório, segundo dois conceitos, o de “aceleração evolutiva” e o de “atualização histórica”:

por *aceleração evolutiva*, designamos os processos de desenvolvimento de sociedades que renovam autonomamente seu sistema produtivo e reformam suas instituições sociais no sentido da transição de um a outro modelo de formação sócio-cultural, como povos que existem para si mes-

<sup>6</sup> RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p. 46

mos. Por *atraso histórico*, entendemos o estado de sociedades cujo sistema adaptativo se funda numa tecnologia de mais baixo grau de eficácia produtiva do que o alcançado por sociedades contemporâneas. Por *atualização* ou *incorporação histórica*, designamos os procedimentos pelos quais esses povos atrasados na história são engajados compulsoriamente em sistemas mais evoluídos tecnologicamente, com perda de sua autonomia ou mesmo com a sua destruição como entidade étnica. Este foi o caso, por exemplo, da incorporação dos povos autóctones subjugados pelo conquistador e de populações africanas trasladadas como mão-de-obra das minas e das plantações tropicais, nas formações coloniais escravistas da América. O conceito de atualização retrata, por isso mesmo, tanto situações de caráter regressivo –do ponto de vista das entidades étnicas avassaladas, traumatizadas ou destruídas– como conteúdos progressistas, enquanto um procedimento de incorporação de povos atrasados a sistemas sócio-econômicos mais avançados. A característica fundamental do processo de atualização histórica está no seu sentido de modernização reflexa com perda de autonomia e com risco de desintegração étnica.<sup>7</sup>

É certo que não nos pode passar despercebido o risco imaneente ao manejo de categorias próprias do neoevolucionismo, uma vez que este quadro teórico, em sua versão mecanicista e unilinear, levou a interpretações etnocêntricas – porque ocidental e eurocentradas – sobre as realidades da periferia do sistema capitalista, como a América Latina. Por outro lado, porém, as noções evidenciadas dão destaque à estrutura a partir da qual houve a inserção destas mesmas realidades periféricas e, na assimetria em que elas se posicionam em face ao centro do sistema, faz sentido observá-lo, já que é de desenvolvimento que se está falando.

---

7 RIBEIRO, D. *O processo civilizatório*, p. 44.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

Nesse sentido, para cada passo da “aceleração evolutiva”, há um correspondente para a “atualização histórica”. Isto vale para o desenvolvimento sócio-econômico, como Ribeiro ressaltou, e a teoria da dependência de, entre outros, Marini. Mas vale também para uma teoria crítica do direito, encarada pelos esforços do marxismo, que também entende o jurídico como um fenômeno relacional. Assim, a seguir, procurar-se-á discorrer sobre elementos básicos da teoria do valor e do diagnóstico da superexploração do trabalho como característica da economia política na periferia do capitalismo, a partir dos passos dados por Ruy Mauro Marini. Depois, na tentativa de um diálogo, será a vez de colocar em evidência a proposta do mais consequente dentre os teóricos marxistas do direito, o soviético Evgeni Pachukanis, para delinear a lacuna existente nesta construção interpretativa – as particularidades da forma jurídica nas realidades periféricas ao sistema mundial colonial/moderno.

#### SUPEREXPLORAÇÃO DO TRABALHO E CIRCULAÇÃO DE CAPITAL NA PERIFERIA

Desde sua integração ao mercado mundial, já independente do jugo político colonial, a América Latina vem exercendo papéis que a definem, nos marcos da divisão internacional do trabalho, como uma economia dependente. Forjado inicialmente para a produção de bens agropecuários e minerais, o subcontinente foi o responsável pelo aumento exponencial da oferta destas mercadorias no mercado mundial, cumprindo rigorosamente o papel de ofertar alimentos e matérias-primas.

Contando com uma grande disponibilidade destes bens, os países centrais puderam aprofundar a especialização produtiva em atividades industriais. Isto ocorreu graças à desvalorização real da força de trabalho que decorreu do barateamento dos bens-salários (mercadorias que

compõem o quadro de consumo do trabalhador e que, portanto, definem o valor da força de trabalho) provocado pela enxurrada de alimentos oriundos da América Latina no mercado mundial,<sup>8</sup> como assim o expõe Ruy Mauro Marini:

o forte incremento da classe operária industrial e, em geral, da população urbana ocupada na indústria e nos serviços, que se verifica nos países industriais no século passado, não poderia ter lugar se estes não contassem com os meios de subsistência de origem agropecuária, proporcionados de forma considerável pelos países latino-americanos. Foi isto que permitiu aprofundar a divisão do trabalho e especializar os países industriais como produtores mundiais de manufaturas.<sup>9</sup>

A redução do valor social dos bens-salários nos países centrais traduziu-se em menor tempo de trabalho necessário e, por conseguinte, na extensão do trabalho excedente por meio da extração de mais-valia relativa. Assim, a especialização produtiva latino-americana proporcionou, no longo prazo (que somou taxas crescentes de mais-valia graças ao incremento da produtividade), o deslocamento do eixo de acumulação das economias centrais da extração de mais-valia absoluta para a acumulação de mais-valia relativa.

Não bastassem esses efeitos atinentes à produção, os desdobramentos da especialização produtiva latino-americana são igualmente visíveis no momento da circulação e realização de capital, sendo aqui também vantajosos aos países centrais. Operando sob relações de troca desiguais,<sup>10</sup> o comércio internacional dinamiza mecanismos de transferências de valor da periferia ao centro. Marini destaca que uma maior

8 Além disso, a grande oferta de matérias-primas latino-americanas proporcionou também a queda no valor do capital constante, contrapondo a tendência decrescente da taxa de lucro do capitalismo industrial.

9 MARINI, R. M. "Dialética da dependência", p. 111.

10 Ver BORGES NETO, João Machado. "Ruy Mauro Marini: dependência e intercâmbio desigual". Em: *Crítica marxista*. São Paulo: Boitempo, n. 33, 2011, p. 83-104.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

produtividade do trabalho possibilita uma economia reduzir seus custos de produção sem baixar os preços de mercado do produto.<sup>11</sup> Do mesmo modo, uma economia que possui o monopólio da produção de uma mercadoria consegue elevar o seu preço unilateralmente. Em ambos os casos, verifica-se a acumulação de *mais-valia extraordinária*, invalidando, de pronto, a regra da troca de equivalentes, já que as economias em desvantagem devem ceder parte do valor que produzem gratuitamente. Nas palavras de Enrique Dussel:

a dependência, precisamente, indica que na relação do capital central desenvolvido com o capital periférico subdesenvolvido (e na direção deste para aquele) se registra uma dominação, um roubo, uma alienação – dominação por dependência, por exploração, por extração de mais-valia periférica.<sup>12</sup>

As empresas, ou economias, que operam em situação privilegiada, isto é, que extraem sistematicamente mais-valia extraordinária, e que acumulam taxas de mais-valia crescentes, assumem uma posição de dominação indiscutível, favorecendo, em favor destas, a concentração e a centralização do capital.<sup>13</sup> Para enfrentar o intercâmbio desvantajoso, que transfere mais-valia e lucro para o centro no plano da circulação, o capitalista periférico recorre a um *mecanismo de compensação* na esfera da produção: a violação da lei do valor da força de trabalho. Assim é que o capital periférico, remunerando o trabalho abaixo de seu valor real –o que incrementa o valor do produto realizado–, busca neutralizar o valor transferido no comércio desigual estabelecido entre centro e periferia. Marini assim se refere à questão:

11 MARINI, R. M. “O ciclo do capital na economia dependente”. Tradução de Mathias Luce. Em: Ferreira, Carla; Osório, Jaime; Luce, Mathias. (orgs.). *Padrão de reprodução do capital*. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 21-35.

12 DUSSEL, Enrique Domingo. *A produção teórica de Marx: um comentário aos Grundrisse*. Tradução de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 364.

13 Conferir MARINI, R. M. “O ciclo do capital na economia dependente”.

não é a rigor necessário que exista o intercâmbio desigual para que comecem a funcionar os mecanismos de extração de mais-valia mencionados; o simples fato da vinculação ao mercado mundial e a consequente conversão da produção de valores de uso à produção de valores de troca que isso implica têm como resultado imediato desatar um elã de lucro que se torna tanto mais desenfreado quanto mais atrasado é o modo de produção existente. (...). O efeito do intercâmbio desigual é –na medida que lhe coloca obstáculos à sua plena satisfação– o de exacerbar esse afã de lucro e agudizar, portanto, os métodos de extração do trabalho excedente.<sup>14</sup>

A transgressão ao valor da força de trabalho manifesta-se, segundo Marini (2000), no aumento da intensidade do trabalho, na prolongação da jornada de trabalho –ambos provocam o aumento da mais-valia por meio da extensão do trabalho excedente–, e na expropriação de parte do trabalho necessário – aqui, tem-se a extensão do tempo de trabalho excedente através da remuneração da força de trabalho abaixo do seu preço. Em todos os casos, observa-se a extração da mais-valia absoluta, sendo o trabalho remunerado abaixo do seu valor, configurando, assim, uma maior exploração, isto é, uma superexploração do trabalho.

A economia dependente se radica sobre a contradição a qual ao mesmo tempo em que proporciona, aos países centrais, a acumulação de capital pautada na capacidade produtiva (mais-valia relativa), assim o faz mediante a superexploração do trabalho (mais-valia absoluta combinada à relativa). Foi à custa da pauperização dos trabalhadores latino-americanos que se erigiu o “desenvolvimento” do “primeiro mundo”, fazendo jus à assertiva mariniana de que a “história do subdesenvolvimento latino-americano é a história do desenvolvimento do sistema capitalista mundial”:<sup>15</sup>

<sup>14</sup> MARINI, R. M. “Dialética da dependência”, p. 124-125.

<sup>15</sup> MARINI, R. M. *Subdesenvolvimento e revolução*. Tradução de Fernando Correa Prado e Marina Machado Gouvêa. 4 ed. Florianópolis: Insular, 2013, p. 47.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

não é porque se cometeram abusos contra as nações não industriais que estas se tornaram economicamente fracas, é porque eram fracas que abusou-se delas. Não é tampouco porque produziram além do devido que sua posição comercial deteriorou-se, mas foi a deterioração comercial que as forçou a produzir em maior escala. Negar-se a ver as coisas desta maneira é mistificar a economia capitalista internacional, é fazer crer que essa economia poderia diferente do que realmente é. Em última instância, isto leva a reivindicar relações comerciais equitativas entre as nações, quando se trata é de suprimir as relações econômicas internacionais que se baseiam no valor de troca.<sup>16</sup>

Dito isto, Marini sublinha que a acumulação capitalista da América Latina reproduz um *modo de circulação próprio*, que, distintamente daquele dos países centrais, se apóia no divórcio estrutural entre a produção e a demanda popular. Ou seja, o consumo individual do trabalhador não interfere –ou influencia muito pouco– na realização do produto, tornando radical a contradição capitalista de restabelecer um novo ciclo do capital através da forma-dinheiro já que é negado –ou mitigado– o caráter consumidor daquele que trabalha.

Ruy Mauro Marini apresenta três momentos desta especificidade da acumulação dependente, os quais podem ser, grosseiramente, assim resumidos: I) primeiramente, no período agro-exportador, a oferta latino-americana de alimentos e matérias-primas é ditada pelo consumo dos países industriais (sobretudo a Inglaterra), estando aqui a circulação interna dissociada da produção; II) em um segundo momento, já no processo de industrialização dos países da América Latina, embora a produção não esteja completamente despregada da circulação, a produção de manufaturas, voltada para o mercado de bens luxuosos, é escoada pela diminuta esfera “alta” da circulação, mantendo excluídos os trabalhadores pertencentes à “baixa” circulação, e; III) no terceiro

---

16 MARINI, R. M. “Dialética da dependência”, p. 118-119.

momento, de industrialização avançada, no marco de uma nova divisão internacional do trabalho (caracterizada pelas transferências de tecnologias obsoletas para a periferia), observa-se a continuidade do divórcio entre produção e circulação e a estratificação do mercado consumidor em esferas alta e baixa somada à necessidade de expansão para o mercado exterior, centrando parcialmente a circulação sobre o mercado mundial, como forma de escoar a sua produção interna (fenômeno denominado de subimperialismo).<sup>17</sup>

Pautado em uma forma peculiar de circulação do capital, o capitalismo dependente tem como característica principal a superexploração do trabalho, que corresponde à remuneração do trabalho abaixo de seu valor real. Trata-se de um fenômeno que ocorre nas economias dependentes como um meio de compensar, no plano da produção, a transferência de mais-valia extraordinária que ocorre na realização. Esta forma dependente do ciclo do capital dá vazão a uma acumulação de capital pautada na extração da mais-valia absoluta, muito diferente dos países centrais, cujas relações capitalistas apóiam-se na acumulação de mais-valia relativa.

Assim sendo, relações de trocas desiguais, mecanismos de compensação e modo de circulação próprio marcam as situações do capitalismo dependente. Por sua vez, relações sociais baseadas na forma mercantil, a valorização do capital paralela à exploração do trabalho e a circulação de mercadorias são o pano de fundo da teoria marxista do direito, desde Pachukanis, a partir de quem buscaremos empreender um diálogo com a teoria marxista da dependência.

---

17 Conferir a questão em MARINI, R. M. *Subdesenvolvimento e revolução*, p. 27 e seguintes.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

FORMA JURÍDICA E TEORIA DO VALOR: REFLEXÕES A PARTIR  
DA TEORIA DA DEPENDÊNCIA

A crítica marxista ao direito de Pachukanis parte do método que Marx desenvolve em sua obra máxima. Em *O capital*, encontramos a problemática jurídica diluída em quase todos os seus capítulos.<sup>18</sup> O vínculo deste fenômeno com o desenvolvimento de uma teoria do valor, por sua vez, se faz desde o início. Dentre as referências clássicas em que Marx aborda a questão do direito, está o parágrafo que inaugura o capítulo II, referente ao “Processo de troca”:

as mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar da violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma. As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias. Veremos no curso do desenvolvimento, em geral, que os personagens

---

18 A este respeito, conferir o capítulo 3 da tese de PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Curitiba: Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 130 e seguintes.

econômicos encarnados pelas pessoas nada mais são que as personificações das relações econômicas, como portadores das quais elas se defrontam.<sup>19</sup>

Portanto, é no processo de troca de mercadorias que se torna possível analisar a forma jurídica como decorrência da análise do valor. A partir da troca de mercadorias podemos compreender não só a sociedade mercantil (ainda que, expositivamente, Marx considere esta sociedade de modo simples, no início de sua obra) mas também os significados do direito em seu contexto.

Como as mercadorias, tipo de riqueza que caracteriza o mundo burguês, “não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar”, seus “possuidores” ou “guardiões” devem fazê-lo e, na medida em que realizam esta operação, ganham o *status* relacional de se reconhecerem como “proprietários privados”. Pois bem, “essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica”. De pronto, podemos observar que o que interessa a Marx, neste ponto, é a configuração relacional do direito (como aliás a todas as demais categorias com as quais maneja), o que significa dizer que o aspecto normativo tem menor importância para caracterizá-lo e, sendo assim, direito é uma relação social muito mais do que uma norma legal ou, até mesmo, costumeira.

No posterior debate jurídico soviético, já Petr Stucka conceituaria o direito como “um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe”.<sup>20</sup> Evgeny Pachukanis, da mesma forma, enxerga duas formas do vínculo social: de um lado, as relações de troca de

---

19 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política – O processo de produção do capital*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, vol. I, tomo 1, 1983, p. 79-80.

20 STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 16.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

mercadorias equivalentes, que dão luz à “forma mercadoria”; do outro, as relações jurídicas entre sujeitos de direito equivalentes, que expressam a “forma jurídica”.<sup>21</sup>

A relevante contribuição de Marx é justamente a sua posição anti-normativista para o conhecimento do fenômeno jurídico: relação jurídica é relação entre sujeitos, é criação humana (sob o jugo do capital) e não criação da norma. Esta posição marxiana viria a ser (re)descoberta precipuamente por Pachukanis, ainda que com Stucka já houvesse aproximações no mesmo sentido, apesar de não ter conseguido compreender a especificidade da forma jurídica. Para este último, o “principal mérito” desta concepção “consiste em colocar, pela primeira vez, o problema do direito em geral sobre uma base científica, renunciando a uma visão puramente formal e vendo no direito um fenômeno social, que muda com a luta de classes, e não uma categoria eterna”.<sup>22</sup> Assim, direito não se resume ao texto legal da atividade legiferante ou à interpretação dada pela jurisprudência, é, antes de tudo, relação entre os homens.<sup>23</sup>

Dáí fazer sentido a ênfase que toda a tradição marxista dá –e, nesse sentido, Pachukanis é o grande representante desta formulação–,<sup>24</sup> ao

21 PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 68-89.

22 STUCKA, P. I. *Direito e luta de classes*, p. 16-17.

23 Em crítica à escola positivista da teoria do direito, que se detém à análise do direito exclusivamente a partir da norma, escreve Stucka que “este estado de coisas é para o jurista algo tão habitual que, desse ato formal (uso da letra, da ação, da cédula), ele tira todas as relações jurídicas concretas. Para ele, um documento, o texto de um artigo legal ou a sua interpretação (a ‘justiça’ dos tribunais) são tudo, enquanto as relações entre os homens nada são: são juridicamente ‘irrelevantes’, ou seja, um fato ‘indiferente’”. Diante da máxima “o credor exige a dívida porque existe a lei”, ele reflete: “todos nós, ao contrário, pensaríamos que o credor exige o pagamento da dívida porque ‘deu’ ou ‘fez’ alguma coisa, mas, para o jurista contemporâneo, mesmo que se trate de um civilista, a ‘idéia de dívida’ (ou qualquer idéia no gênero) situa-se ‘por cima da própria relação de dívida’”. Ambos os excertos foram extraídos de: STUCKA, P. I. *Direito e luta de classes*, p. 79-80.

24 Para uma interpretação de fôlego a respeito das posições teóricas de Pachukanis, inclusive no intuito de reconhecer nele o que de mais avançado houve em termos de teoria marxista do direito (ainda que sem deixar de considerar suas contradições conforme se deu seu percurso intelectual), verificar NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

estabelecer os liames para uma crítica ao direito, notadamente partindo da crítica ao sujeito de direito: “as pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias”, ou seja, “os personagens econômicos encarnados pelas pessoas nada mais são que as personificações das relações econômicas”. Como diria Isaak Rubin, a “teoria do fetichismo é, *per se*, a base de todo o sistema econômico de Marx, particularmente de sua teoria do valor”.<sup>25</sup> Preocupado que esteve sempre com as categorias econômicas como expressões de relações sociais, Marx nos permite entender o direito sob estes quadrantes e proporciona, com base na crítica às descrições econômicas que se baseiam em relações entre coisas, compreender o direito como operação que iguala os sujeitos cambiantes em sua sujeição jurídica formal, ou seja, como “personificações das relações econômicas”.

Segundo Pachukanis, “depois de Marx, a tese fundamental, a saber, de que o sujeito jurídico das teorias do direito se encontra numa relação muito íntima com o proprietário de mercadorias, não precisava mais uma vez ser demonstrada”.<sup>26</sup> Assim, as relações jurídicas derivam de relações econômicas, inclusive no que tange a seu fundamento específico, a subjetividade jurídica.<sup>27</sup>

A forma jurídica surge a partir da troca de equivalentes simples e tem “seu apogeu na sociedade burguesa capitalista”.<sup>28</sup> É consequência histórica da desagregação das “relações orgânicas patriarcais” e tem no desenvolvimento da “esfera da circulação” o seu principal móvel.

Como a “sociedade, em seu conjunto, apresenta-se como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas”, pelo simples fato de que o

25 RUBIN, Isaak Ilich. *A teoria marxista do valor*. Tradução de José Bonifácio de S. Amaral. São Paulo: Polis, 1987, p. 19.

26 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 8.

27 Para um estudo do desenvolvimento da categoria “sujeito de direito” a partir das abordagens clássicas de Kant, Hegel e, principalmente, Marx, ver KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

28 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 11.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

capitalismo realiza uma “enorme acumulação de mercadorias”,<sup>29</sup> é possível dizer que “a relação jurídica é diretamente gerada pelas relações materiais de produção”.<sup>30</sup> Aqui, há razoabilidade na tentativa de traçar um certo paralelismo entre a preocupação da crítica jurídica marxista e a teoria marxista da dependência.

Para Marini, a economia dependente, quando adquire o traço da “produção para o mercado interno”, possui três fases que seguem

o movimento pelo qual o dinheiro assume a forma de mercadorias (meios de produção e força de trabalho), naquilo que é a primeira fase da circulação, para dar curso a um processo de produção, do qual resultam mercadorias que devem transitar pela segunda fase da circulação, para que o capital recupere novamente a forma dinheiro.<sup>31</sup>

Ou seja, na economia dependente que deixou de ser meramente exportadora, o ciclo do capital vai do dinheiro ao dinheiro, passando pela produção que representa o processo de valorização que é, a um só tempo, o processo de exploração do trabalho.

Qual o possível impacto desta análise, fundada no dependentismo, para uma crítica jurídica marxista na periferia do sistema capitalista? Aqui reside toda uma hipótese de pesquisa, sobre a qual convém fazer alguns apontamentos que permitam desenvolvimentos futuros. Sendo a forma jurídica, nos termos de Pachukanis, derivada da relação mercantil estabelecida na circulação de mercadorias; e sendo o capitalismo periférico, de acordo com Marini, caracterizado por uma circulação de capital peculiar, própria dos países dependentes, teria o conceito de dependência alguma influência sobre a noção pachukaniana de forma jurídica? Se a teoria do valor funda a relação jurídica e se o valor, nas economias dependentes, exige mecanismos de compensação especifi-

29 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 47.

30 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 57.

31 MARINI, R. M. “O ciclo do capital na economia dependente”, p. 21.

cos, devido à explícita existência de trocas desiguais e de um modo de circulação próprio, quais poderiam ser as características da relação jurídica “dependente”?

Mais do que propor respostas a estas difíceis questões, o presente ensaio pretende indicar a constitutividade, para as relações jurídicas, da troca de mercadorias em nível internacional. Ao revés do que poderia ser o caminho mais óbvio para o enfrentamento da questão – o de entender a especificidade da formação jurídica na periferia do capitalismo – cabe aqui assinalar que a própria formação jurídica central, em seus desdobramentos no século XX, é “derivada” (expressão equívoca, mas que mantemos aqui pelo potencial que carrega) das relações de troca entre países dependentes e não dependentes, uma vez que o produto, tanto em circulação quanto em valorização, adquire características decorrentes da superexploração do trabalho a permitir uma exploração do trabalho “controlada” no centro do capitalismo. “O baixo custo dos alimentos, p. ex., na Inglaterra”, para usar um argumento de Dussel, a partir de uma reflexão mariniana, “deveu-se às importações de seus países coloniais ou neocoloniais (como a Argentina). Daí que a baixa proporção do trabalho necessário não apenas fruto do aumento de produtividade, mas de outros fatores que devem ser estudados na relação centro-periferia”.<sup>32</sup> Aqui, desponta uma possível interpretação de que a formação jurídica periférica seria distinta de seu par central justamente pela posição que cada uma assumiu na configuração histórica das relações de troca capitalistas, a depender do papel que assumiu no polo dominante ou dominado.

Dessa forma, para além de uma acumulação primitiva, a economia dependente é a ante-sala, no âmbito das relações jurídicas, de modificações estruturantes no contexto de uma economia globalizada, em que a circulação de “comodidades” (*commodities*) influencia o mercado

---

32 DUSSEL, E. D. *A produção teórica de Marx*, p. 142. Dussel ainda dedica todo um capítulo para debater “Os *Grundrisse* e a ‘questão da dependência’”. DUSSEL, E. D. *A produção teórica de Marx*, p. 351 e seguintes.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

internacional, mas também o interno (monocultivo em face da segurança alimentar, créditos de carbono em face da preservação socioambiental, matriz energética mercadorizada em face da soberania energética etc.). Aliás, segundo Dussel, a essência da dependência é a “transfêrência de mais-valia como efeito de uma relação social internacional”<sup>33</sup>. Assim, se há uma relação social internacional, há também sujeitos envolvidos nesta relação e a questão do direito se reapresenta.

Daí poder ganhar novos contornos a assertiva de Pachukanis: “é somente na economia mercantil que nasce a forma jurídica abstrata, em outros termos, que a capacidade geral de ser titular de direitos se separa das pretensões jurídicas concretas”.<sup>34</sup> A novidade não reside na reformulação da idéia de dependência tampouco na abordagem marxista do direito, como interpretaram alguns estudos,<sup>35</sup> mas antes na verificação do sujeito de direito, ao nível das trocas internacionais, e suas demandas jurídicas próprias. Por isso, uma *lex mercatoria* revitalizada sob o primado de uma pluralidade jurídica de regulações que, todavia, compartilham de uma mesma base material, as relações de produção.

Parece justamente que a análise do sujeito jurídico pode revelar algo sobre a forma jurídica a partir do prisma dependentista. Ainda mais quando se leva em conta que o fenômeno jurídico é decorrência da troca de mercadorias de valores iguais, já que “uma vez estabelecida a forma de troca de equivalentes, estabelece-se igualmente a forma do direito”.<sup>36</sup> Por seu turno, o direito configura, igualmente, a relação de sujeitos como uma relação entre equivalentes, isto é, pessoas livres e iguais que se reconhecem como proprietárias, “formalmente independentes uns dos outros e onde se encontram mutuamente ligados

33 DUSSEL, E. D. *Hacia un Marx desconocido: un comentario de los Manuscritos del 61-63*. México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores; Iztapalapa, 1988, p. 340.

34 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 76.

35 Por exemplo, SNYDER, Francis G. “Law and Development in the Light of Dependency Theory”. Em: *Law & Society Review*. Salt Lake City: Law and Society Association, vol. 14, n. 3, Spring, 1980, p. 723-804.

36 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 28.

somente pela ordem jurídica artificialmente criada”.<sup>37</sup> Esta condição igualitária dos sujeitos, porém, é tão somente formal, ela “define todas as pessoas como igualmente ‘dignas’ de serem proprietárias, mas não as torna, por isso proprietários”,<sup>38</sup> de tal sorte que o ordenamento jurídico burguês ignora as desigualdades naturais e as aptidões individuais e transfigura-se, em verdade, em direito da desigualdade.<sup>39</sup>

Não parece razoável supor que na periferia a forma jurídica carece de equivalência entre os sujeitos de direito, seja quando se leva em conta as relações internacionais (economias dependentes e centrais), seja no que tange à economia nacional. Isto porque a equivalência subjetiva é condição de existência das trocas mercantis, isto é, trata-se de uma ficção necessária para o engendramento do capital. O mesmo se pode argumentar sobre a equivalência objetiva (equivalência entre as mercadorias). Contudo, pode-se sustentar que na periferia ambas as equivalências trocadas ocultam uma relação muito mais radical do que aquela existente nas economias centrais. Do lado do sujeito de direito, esta diferença recai no problema da superexploração do trabalho, que leva à linha da miséria grandes contingentes da população periférica, e coloca numa posição mais radical a desigualdade entre os indivíduos; do lado da mercadoria, entra em cena a troca desigual protagonizada pelas transferências de mais-valia, lucro e mais-valia extraordinária, que, igualmente, levam à raiz da contradição da acumulação capitalista.

Nesta perspectiva, o problema jurídico não ficaria intocado, já que o direito é antes de tudo uma relação social. Sendo assim, é possível pensar que esta relação periférica é diferente daquela do centro? Em essência, pode-se afirmar que são iguais, já que regidas pela lei do valor. Contudo, assiste-se a um maior radicalidade do fenômeno na periferia.

37 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 73.

38 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 84.

39 Ver: MARX, K. *Crítica do programa de Gotha*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

A forma muda de contorno, apesar de a uma longa distância ela aparentar ser idêntica. Na periferia não opera a exploração, mas a superexploração. Não se extrai apenas mais-valia, mas também mais-valia extraordinária. Logo, o fenômeno jurídico desdobra-se de forma mais radical, dando azo à mais crua face espoliativa do capitalismo. Nestes termos é possível pensar em uma “forma jurídica periférica” ou “forma jurídica dependente”, que tem lugar na formação social correlata, a do capitalismo periférico e dependente.

Logo, no centro a equivalência (objetiva e subjetiva) encobre uma desigualdade na qual a relação jurídica que daí advém, em seu momento normativo, assegura a produção da mais-valia relativa, dando azo a uma qualidade superior de exploração do trabalho. Por outro lado, na periferia, a equivalência oculta uma desigualdade agudizada. Aqui, a relação jurídica chega a momentos normativos débeis (como se verifica, por exemplo, no Brasil, nas leis antiescravagistas, na lei de terras e na CLT) que asseguram a produção tanto da mais-valia relativa, mas, sobretudo, da mais-valia absoluta, garantindo-se a superexploração do trabalho.

#### À GUIA DE CONCLUSÃO

Buscou-se, aqui, esboçar alguns elementos que permitissem a aproximação e diálogo entre a perspectiva da teoria da dependência e a crítica jurídica marxista, trazendo especialmente para o âmbito desta última as contribuições daquela. O intento do presente texto terá sido alcançado caso perguntas como as que seguem passem a fazer sentido: a) a formação jurídica da periferia do capitalismo angaria características peculiares em decorrência da análise da teoria da dependência?; ou. b) a formação jurídica, em geral, absorve os influxos das relações mercantil-capitalistas existentes entre economias dependentes e não dependentes?

Se, como disse Pachukanis, de fato há “um certo paralelismo entre a evolução do pensamento jurídico e a do pensamento econômico”,<sup>40</sup> então há ainda toda uma lacuna a ser preenchida na esfera da teoria crítica do direito de corte marxista, em especial a partir das contribuições do marxismo na América Latina. À espera da aferição disto, a presente investigação ora se coloca à prova.

#### REFERÊNCIAS

- BORGES NETO, João Machado. “Ruy Mauro Marini: dependência e intercâmbio desigual”. Em: *Crítica marxista*. São Paulo: Boitempo, n. 33, 2011, p. 83-104.
- DUSSEL, Enrique Domingo. *A produção teórica de Marx: um comentário aos Grundrisse*. Tradução de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Hacia un Marx desconocido: un comentario de los Manuscritos del 61-63*. México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores; Iztapalapa, 1988.
- KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.
- MARINI, Ruy Mauro. “Dialética da dependência”. Em: Sader, Emir (org.). *Dialética da dependência: uma antologia da obra de Ruy Mauro Marini*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 105-165.
- \_\_\_\_\_. “O ciclo do capital na economia dependente”. Tradução de Mathias Luce. Em: Ferreira, Carla; Osório, Jaime; Luce, Mathias. (orgs.). *Padrão de reprodução do capital*. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 21-35.
- \_\_\_\_\_. *Subdesenvolvimento e revolução*. Tradução de Fernando Correa Prado e Marina Machado Gouvêa. 4 ed. Florianópolis: Insular, 2013.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política – O processo de produção do capital*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo:

<sup>40</sup> PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*, p. 33.

RICARDO PRESTES PAZELLO / RUBENS BORDINHÃO DE CAMARGO NETO

- Abril Cultural, vol. I, tomo 1, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Crítica do programa de Gotha*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Curitiba: Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014.
- QUIJANO, Aníbal. “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. Em: Lander, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO 2005, p. 227-278.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.
- RUBIN, Isaak Ilich. *A teoria marxista do valor*. Tradução de José Bonifácio de S. Amaral. São Paulo: Polis, 1987.
- SNYDER, Francis G. “Law and Development in the Light of Dependency Theory”. Em: *Law & Society Review*. Salt Lake City: Law and Society Association, vol. 14, n. 3, Spring, 1980, p. 723-804.
- STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

## LAS FRONTERAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA, MÉTODO E IDEOLOGÍA

Napoleón Conde Gaxiola  
Profesor de la Escuela Superior de Turismo,  
Instituto Politécnico Nacional, México

### INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo reflexionar sobre los límites del positivismo jurídico como teoría, método e ideología. Hace ya algunas décadas que trabajo en la construcción de una filosofía jurídica coherente y consistente, en correspondencia con la exigencia económica, política y social de las formaciones sociales de nuestra América. Mi postura teórica ha sido ubicada, históricamente hablando, al interior de la hermenéutica<sup>1</sup> y la crítica jurídica,<sup>2</sup> es decir, diferente al univocismo del juspositivismo<sup>3</sup> y al equivocismo de la posmodernidad.<sup>4</sup> Mi método es el dialéctico y, en consecuencia, opuesto a la estrategia analítica y normativa, contrario a la contrametodología del jusrelativismo. Mi ideología apuesta por una jurisprudencia alternativa, orientada al otro derecho, a la crítica del liberalismo, conservadurismo y los esquemas reglamentaristas; así como opuesto a la obediencia al estado y de la lógica del poder y del capital. En esa vía propongo un concepto de derecho emanado de la superestructura y la estructura, vinculado a la economía, la política y

1 Mauricio Beuchot, *Filosofía del derecho y hermenéutica analógica*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2007.

2 Óscar Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, Editorial Rasche, Madrid, 2013.

3 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2011.

4 Gianni Vattimo, *Adiós a la verdad*, Gedisa, Madrid, 2010.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

la sociedad, donde la normatividad legislativa coexiste con la normatividad comunitaria, fuertemente enlazado con la ética y los valores, cuya premisa central es la búsqueda del principio de justicia, vida, autodeterminación, fraternidad, igualdad y solidaridad. En esa ruta criticamos la teoría, el método y la ideología del positivismo jurídico.<sup>5</sup> Tomamos conciencia, también, de las limitaciones y fronteras del juspositivismo como paradigma jurídico de la modernidad y de la época contemporánea. Sobre eso tratará el presente trabajo.

## DESARROLLO

Para cumplir con los objetivos que nos hemos propuesto, entraremos directamente en materia. Empezaremos nuestro estudio preguntándonos: ¿Cuáles son los confines y el *limes* del positivismo en el derecho? ¿Cuáles son sus fronteras, contornos y alcances, hasta dónde puede llegar?

Para ello, tendremos que aclarar a qué tipo de positivismo nos referimos: ¿si al positivismo incluyente al estilo de Wil Waluchow<sup>6</sup> o al positivismo excluyente en la vía de Joseph Raz?,<sup>7</sup> quien se opone a cualquier vínculo entre derecho y moral, en tanto el primero trata de establecer una conexión mínima. Luego tenemos el positivismo axiológico de Thomas Campbell<sup>8</sup> y el positivismo conceptual o metodológico de Norberto Bobbio;<sup>9</sup> en ambos hay posturas diferentes respecto a la historia y la axiología. Ante esta diversidad de positivismos, ¿a cuál nos referiremos en nuestro estudio? De manera directa, al más

5 Napoleón Conde, *Ideas para una hermenéutica jurídica contemporánea*, Horizontes, México, 2014.

6 Wil Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

7 Joseph Raz, *Ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001.

8 Tom Campbell, "El sentido del positivismo jurídico", *Doxa*, Universidad de Alicante, Alicante, España, 2002.

9 Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979.

## LAS FRONTERAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA, MÉTODO E IDEOLOGÍA

conocido, a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Los otros positivismos tienen un parecido de familia; quizás los distinga el método, mayormente normativista y analítico, aunque existe homogeneidad en el terreno teórico y de la ideología. Entremos pues en materia.

En primer lugar, el positivismo ha sido históricamente la cobertura ideológica de los grupos hegemónicos para imponer su dominación clasista. La adscripción de la mayor parte de los juristas normativistas a posturas liberales y conservadoras ha sido notoria. Desde Hans Kelsen hasta Joseph Raz, pasando por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin,<sup>10</sup> Roberto Vernengo, Ricardo Guastini y otros, se ha observado esta tendencia. De una u otra manera, su defensa del modo capitalista de producción, su identificación con la teoría estatal del derecho, la obediencia a la norma, el rechazo a la lucha de clases, la adopción del método normativista, la crítica a la dialéctica y la aceptación acrítica del sistema jurídico, ha sido una actitud recurrente. La necesidad de una crítica jurídica capaz de cuestionar el positivismo y explorar la pregunta por la verdad, en lugar de la adoración de la forma jurídica; la cuestión por la descripción de la norma, el imperio de la coacción y la prescripción, en medio de la barbarie de la centuria pasada y su continuación en el nuevo milenio, es un desafío ineludible. Así las cosas, no hay ciencia del derecho sin el malestar de la crítica, frente al poder y el sistema jurídico vigente. Es por eso que se debe recuperar la universalidad y atestar un marco para el pensamiento, orientado a reinventar las ideas y nuestra práctica. El positivismo ha sido incapaz de entender que el derecho es una forma concreta e históricamente determinada de relaciones sociales, siendo esencialmente violento, desigual y coactivo. Lo que el derecho realiza consiste en juridificar y legalizar las relaciones de explotación y cosí-

---

<sup>10</sup> Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

ficación, es decir, legaliza y legitima los vínculos sociales de intercambio y de alienación. Sin embargo, es necesario reconocer la contribución histórica de la tradición positivista y entender que la comprensión del derecho se configura a partir del positivismo y con él mismo. Es absurdo desconocer sus reflexiones fundamentales, lo cual no implica establecer una distancia de sus ideas básicas. Es por eso que nuestra primera tesis es: el positivismo ha sido la gran corriente que ha renovado el derecho en términos de teoría, método y técnica. Sin embargo, al convertirse en la cobertura ideológica de las clases dominantes, ha culminado en la justificación ontológica de los grupos sociales en el poder. En esa ruta, es legítimo interpretar ese binomio de su propuesta: su riqueza conceptual y normativa en la historia del derecho y, por otro lado, la cobija en la que se ha amparado los poderes fácticos de una formación social determinada.

En segundo lugar, el positivismo es una teoría intrascendente configurada en un obstáculo que bloquea la evolución de una teoría del derecho y una dogmática en concordancia con las exigencias de un nuevo estado social del derecho.<sup>11</sup> ¿Qué papel tendría este modelo en el horizonte de la experiencia ecuatoriana, boliviana o venezolana? ¿Cuál sería su contribución en el actual caso mexicano, colombiano o brasileño? Ante esa perspectiva, su rigidez conceptual y estrechez de miras lo traslada de manera directa al campo de la univocidad. ¿Por qué es así? Por su carácter descriptivista, expresado en el hecho de otorgar a la teoría jurídica una dimensión básicamente estática, visible en la eliminación del tejido ético, ontológico, estético y axiológico de la normatividad y la jurisprudencia, además de revelar su nulidad para entender el pensamiento juslogicista bajo criterios políticos, económicos, sociales e ideológicos. Su rechazo al enlace entre derecho y moral es sumamente significativo. La teoría pura del derecho se opone a una evaluación moral de la ciencia del derecho,

<sup>11</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2011, pp. 15-18.

debido a su tendencia formalista y normativa. Se traslada del absolutismo en la jerarquización de la norma al nihilismo y el emotivismo. La cuestión de la dogmática y la decisión no le ha preocupado a Kelsen y a los positivistas, ya que es expresión del irracionalismo y tiene que ver con la jus-sociología. Su limitada idea de la razón le impide establecer una corresponsabilidad en el marco interpretacional, la cuestión moral y el hecho decisional. Sobre los criterios morales y axiológicos no hay que añadir ni un ápice, ya que en su concepto formalista del derecho, la ética y la cuestión valorativa brillan por su ausencia. Es obvio que el horizonte ontológico, veritativo, político e ideológico se vincula con los procesos decisivos. ¿Acaso no es evaluable moralmente la decisión judicial, legislativa, notarial o de un fiscal? Igual acontece con la cuestión económica y política, la cual es ignorada en su totalidad. La postura es obvia. El tópico de la política es ideológico y no pertenece al derecho como ciencia, sino a la jus-filosofía en general y a la filosofía política en particular. El interés económico es similar. Es de carácter ideacional y forma parte de la filosofía económica. El marco societal igual, pertenece al ámbito de la sociología del derecho y no a la ciencia jurídica, que para los positivistas es formal, descriptiva y normativa. Kelsen y sus colegas no tienen ningún compromiso firme por una mejor vida. Las preocupaciones éticas y políticas no son de capital importancia en su concepto de derecho. Un ejemplo de esto lo constituye el acontecimiento del bien común. Para ellos se trata de algo ajeno al derecho, por lo cual forma parte de la filosofía moral o de las teorías de la justicia, pero no de la ciencia del derecho. La posibilidad de la creación de una nueva sociedad basada en el bien común necesitará de una modalidad no-legalista de regulación y convivencia social basada en criterios morales y políticos, en aras de sustituir el reglamentarismo desigual propuesto por los univocistas. Han olvidado que la autonomía y la independencia sustituyen a la obediencia al estado y que la regulación normativa comunitaria es diametralmente opuesta a la regulación legicéntrica,

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

basada en la lógica del estado y del capital. Lo común se refiere a la posibilidad de estar juntos y vivir en un marco de cooperación, justicia, igualdad y reciprocidad. La sociedad capitalista en su afán acumulativo se ha opuesto al bien común, privilegiando la propiedad privada o estatal. Ahora bien, emprender la transformación radical hacia la configuración de una nueva forma social afianzada en el bien común, implicará un modo no positivista de regulación social, mediante el cual la convivencia estará basada en una concepción diferente de la moral de lo común; esto es, sustituirá la normatividad coactiva del absolutismo sostenida en una deontología del deber ser, por una normatividad de nuevo tipo, dirigida en el consenso y el bienestar de los seres humanos.

La limitación del juspositivismo, y aquí pienso en teorías del derecho tales como las de Alf Ross, Genaro Carrió, Herbert Hart o Alchourrón y Bulygin, en cuanto se refieren a su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta enlazadas únicamente a actos de prescribir, es sin duda alguna incorrecta. Es decir, la normatividad no se puede reducir a la obligación legal absoluta y a una dependencia unívoca hacia la forma jurídica. Lo típico de esta tendencia es la desestimación de formas no-judiciales y no-jurídicas. Su teoría del derecho se caracteriza por negarse a un análisis histórico de las limitaciones, porque las formas actuales del estado y de la normatividad coactiva se imponen a nuestra autonomía y su negación, a una reflexión global desde adentro y desde afuera, desde lo local y desde lo global, es decir, desde la gestión de lo común. En pocas palabras, el positivismo se identifica con la teoría estatal del derecho, esquivando por completo el papel de la comunidad; ubica su concepto del derecho con la teoría de la coactividad, desdeñando el consenso, la analogía, la justicia y el papel de los principios; su limitada definición de norma jurídica, en conexión siempre con la teoría de la imperatividad, es unilateral e incompleta. Con respecto a las fuentes del derecho, los positivistas establecen la supremacía de la ley y el desprecio

por los usos y costumbres, así como por las raíces históricas y políticas, lo cual es obviamente injustificable. En relación al orden jurídico, su visión es estática, ya que la idea de plenitud hermética y de coherencia y consistencia unívoca es total, pues niega la esencia de la contradicción. En cuanto a la moral, adoptan una postura equivocista de carácter no cognoscitivo, subjetivista, escéptica y emotivista; esta actitud los conduce a una dimensión nihilista y entra de lleno en el irracionalismo ético. Sobre el método, la consideración del juez desde un punto de vista estrictamente logicista y bajo una orientación autoritaria y discrecional, lo limita de manera ostensible y determinante con una aparente neutralidad política y axiológica, terminando en favor del poder establecido. En relación a la ideología, la postura de considerar al derecho positivo como justo por el solo hecho de ser positivo es sumamente discutible, la convierte en sujeto del formalismo. En fin, el positivismo se ha negado a considerar que la política y la economía comandan el derecho; lo han visto como una ínsula o archipiélago, el cual puede ser autónomo e independiente de la superestructura o la estructura, de las formas de conciencia social y de las relaciones de producción.<sup>12</sup>

Veamos un caso. ¿Cuál sería su tipificación de las recientes reformas educativas, energéticas, laborales y electorales en América Latina en el presente? ¿Cuál es su interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América? ¿Cómo caracteriza el poder judicial de algunas sociedades semicoloniales, semif feudales, formaciones en estado de transición, capitalista o postcapitalista? ¿Cómo visualiza el poder constituyente en América Latina? ¿Cómo puede interpretar las normas si carece del horizonte de la economía política, la historia y la posibilidad de acceder a las ciencias sociales? De esta manera vemos que incumple con los requerimientos de concordancia mínimamente demandados. Por eso dista de ser una teoría general del derecho, ya que

---

12 Hans Kelsen, *Teoría comunista del derecho y del estado*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1957, pp. 266-268.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

no resuelve, ni siquiera a nivel de eje de problematización, los pedidos cognitivos y epistémicos de los abogados. Los actuales modelos jurídicos están frente a ese desafío que el positivismo ha sido incapaz de solucionar al ubicarse en el espacio unidimensional y monofactorial del legicentrismo, pues sitúa de forma omnipotente el rol de la ley al interior de la sociedad. Esto lo conduce a una caracterización unilateral del derecho, de naturaleza tautológica y cerrada.

“En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra –menos evidentemente– incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas. Las relaciones entre los hombres sólo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas”.<sup>13</sup> Aquí observamos un marcado nomotetismo al equiparar el derecho sólo con las normas, excluyendo otros criterios. “La ciencia del derecho intenta concebir ‘jurídicamente’ su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Para concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho”.<sup>14</sup>

Observamos una posición reduccionista al equiparar lo jurídico únicamente con la norma y la conducta. De esta manera, la segunda tesis es: el positivismo es una modalidad irrelevante en tanto modelo jurídico de los estados democráticos constitucionales, por su negación de los

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p.83.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

## LAS FRONTERAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA, MÉTODO E IDEOLOGÍA

factores éticos y ontológicos, y su rechazo al reconocimiento económico, político y social del derecho. Sólo se centra en la dimensión legicéntrica y científicista. Su propuesta es obsoleta y fuera de contexto en el diseño del pluralismo jurídico, el derecho indígena, los derechos humanos y un derecho alternativo en la coyuntura actual.

En tercer lugar, el positivismo no sirve como instrumento teórico y metodológico para interpretar y transformar los nuevos proyectos societales, y es incapaz de dar respuesta a las necesidades jurídicas y sociales de la realidad contemporánea. Jamás ha pensado formas de normatividad no estatistas y modalidades de regulación social comunitarias. Siempre ha estado aferrado a propuestas jurídicas de corte estatista y capitalcentrista. En fin, desde su óptica el derecho no sólo no se ha repensado, ni reinventado, sino lo más importante, no se ha transformado. Jamás ha pensado otra normatividad basada en la forma común, en su modalidad de comuna o simple comunidad, como una alternativa a la forma capital o dispositivo estatal. Se ha dedicado a legitimar mediante la juridificación y judicialización al orden social existente. Sin embargo, existen casos que demuestran lo contrario. Es el ejemplo de las comunas boliviana y venezolana y, en México, la experiencia de la comuna oaxaqueña en el año 2006, los paradigmas comunitarios de las luchas magisteriales recientes, así como el neozapatismo en los últimos cuatro lustros en el estado de Chiapas. Por lo criterios anteriormente señalados, el positivismo como teoría, método e ideología incumple en sus objetivos y propósitos. En relación a la teoría, su marco conceptual es rígido y estático; un ejemplo de ello lo representa su teoría de la constitución, de las normas o sus modelos de sistema jurídico. A su vez, su marco conceptual es defectuoso; por ejemplo, su concepto de derecho de carácter monista, metonimicista y determinista. Sucede lo mismo con su concepto de sociedad, política o teoría jurídica. Sobre su método observamos que carece de una estrategia sistémica, integral u holística, basado únicamente en la orientación normativista y, en lo que se refiere al marco ideológico, nos damos cuenta de su

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

inclinación estatista, defensora del capital financiero y los grupos sociales en el poder. Por eso indica Kelsen lo siguiente:

“*La Teoría pura del derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación. En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.”<sup>15</sup>

En consecuencia, nuestra tercera tesis es: el normativismo se ha dedicado a justificar la juridificación y judicialización del orden social mediante la obediencia total a las formas estatales, la sumisión absoluta al poder, la justificación de las relaciones sociales de producción imperantes y la legalización de los dispositivos coactivos y represivos. La teoría pura del derecho es totalmente formal, ya que excluye la aprobación o reprobación de su objeto de análisis. No es dirigida por ninguna filosofía, ideología o sociología, ni tiene que legitimar o justificar el derecho. De esa manera, no necesita ser calificada ni valorada, ya que está por encima de la razón, la moral, la historia y la lógica.<sup>16</sup> En ese sentido, es ahistórica, asocial y atemporal.

En cuarto lugar, ha acabado ya su periodo diacrónico y su horizonte vital al dejar inconclusa su teoría general de las normas, jurisprudencia, dogmática e instituciones jurídicas; al excluir el derecho como parte de la superestructura y modalidades de la conciencia social, de la estructura o tejido económico y rechazarlo como parte fundamental de una ciencia social. Se podría decir que el positivismo

<sup>15</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 15.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 15-70.

esta históricamente desgastado y que sus actuales representantes, desde Ferrajoli, Comanducci, Guastini o Bulygin, no están capacitados para fundamentar de manera rigurosa sus propuestas. El hecho de ser teóricamente normativistas, escépticos o no cognitivistas en lo moral; metodológicamente antidialécticos y todavía anclados al pensamiento analítico anglosajón, además de ampararse ideológicamente en el liberalismo en sus modalidades socialdemócrata, igualitarista, comunitarista, republicana o conservadora, los lleva a una imposibilidad epistemológica y socio-política, así como a una escasa responsabilidad con la praxis social emancipadora. Esto es visible en las líneas finales de su texto *¿Qué es la justicia?*:

“Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad”.<sup>17</sup>

Vemos cómo relaciona la justicia con la ciencia, reduciendo esta última a una concepción kantiana, positivista y normativa. Dicho cientificismo es unidimensional al igual que su concepto de derecho y justicia. Por consiguiente, nuestra cuarta tesis es: el positivismo se ha consumido como teoría, método e ideología, al agotarse en términos sintácticos, semánticos y pragmáticos, ya que carece de una teoría de los conceptos jurídicos cardinales, de la interpretación jurídica y de la teoría de la acción y transformación.

En quinto lugar, el positivismo está fragmentado y segmentado para participar en la discusión actual de las teorías jurídicas contemporáneas. Todo su saber lo encuadra de manera monista al interior de la ciencia del derecho. Se opone a una visión de totalidad que incluya la economía, la ciencia política, la sociología, la antropología social, la historia, la etnografía, etc. Han pensado que comprender algo jurídicamente significa clasificarlo como norma jurídica o como contenido de

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Fontamara, México, 1991, p. 83.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

la misma. Su pretensión ha sido, para fatalidad teórica suya, conocer normativamente las normas. Tal pretensión los ha alejado de una comprensión unitaria del nexo entre derecho y sociedad, ya que concibe al derecho únicamente en su dimensión reglamentarista.

“En cuanto se determina al derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural”.<sup>18</sup>

Esta postura simplista limita el concepto de ciencia y de derecho. Al convertirse el derecho en una ciencia normativa, ¿dónde quedan la superestructura, la justicia, los criterios axiológicos? ¿Será posible una ciencia basada sólo en normas? Así, la quinta tesis es: el normativismo está impedido, por su estructura quebrada y escindida, a diseñar una visión totalizante del derecho, pues privilegia el fragmento y la fracción, en lugar de tener una panorámica global del mismo. La dimensión segmentaria se refleja en la jerarquía de la norma y el desdén a otras manifestaciones relevantes. Esa postura inclinada a la pedacería es inaceptable e inadmisibile.

En sexto lugar, no es una teoría auténtica, válida y pertinente, ya que no concreta una situación holística completa e integral. No existe correspondencia entre lo que promete teóricamente y lo que realmente proporciona. En esa vía, no hay enlace analógico entre lo que el positivismo como teoría se propone y lo que fácticamente alcanza. Es por eso que es defectuoso desde la óptica de su conveniencia, pues

<sup>18</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 89.

tiene claros desvíos en relación a su objeto. Jamás existe claridad y concordancia entre la dimensión subjetiva y objetiva. El rasgo mayor de este modelo consiste en crear una metodología o lógica de la ciencia, que esté por encima de la contraposición entre lo objetivo y lo subjetivo, entre realismo y constructivismo y entre dialéctica y fragmentarismo. Han caído de lleno en el fenomenalismo extremo. De hecho, su historia se divide en cinco fases:

1. Los representantes del primer positivismo o paleopositivismo son: Augusto Comte,<sup>19</sup> Emile Littré y Pierre Laffite, instalados históricamente en la Francia del siglo XIX. Se trata de los iniciadores de la doctrina en cuanto tal. Es obvia la diferencia entre su marcado sociologismo y la postura juricista. Ellos son sociólogos y no juristas. Su conceptografía se reduce a la producción de leyes metafísicas, como la ley de los tres estados; a una clasificación fisicalista y matemática del saber, donde las ciencias exactas y de la naturaleza ocupan un primer plano, y a hegemonizar el modelo conservador francés de la centuria antepasada, como un sinónimo de orden y progreso. Pese a que muchos neopositivistas no se reconocen en esta tradición, su filiación histórica es evidente, sobre todo en su afán cuantitativista, formalista y univocista.
2. El segundo momento está constituido por la obra de Herbert Spencer,<sup>20</sup> James Mill, John Stuart Mill,<sup>21</sup> John Austin<sup>22</sup> y Jeremías Bentham<sup>23</sup> en la Inglaterra decimonónica, caracterizados por un empirismo extremo y el fenomenalismo. Son, sin duda alguna, una variante del paleopositivismo. Su teoría general de la sociedad es, de una u otra manera, el modelo organicista, que trata de fundamentar el

19 Augusto Comte, *Filosofía positiva*, Porrúa, México, 1981.

20 Herbert Spencer, Spencer: *Political Writings*, John Offer Cambridge, UK, 1993.

21 John Stuart Mill, *El utilitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2014.

22 John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

23 Jeremy Bentham, *Deontology*, Adamant Media Corporation, London, 2000.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

carácter natural y perdurable del capitalismo, basado en la biología social, el darwinismo y el cientificismo. Su ejemplo de forma societal es la Inglaterra de esa época. La diferencia con el neopositivismo radica en su objetivismo ético y en su rechazo al irracionalismo moral.

3. La tercera etapa es la vía empirio-criticista producida en el último tercio del siglo XIX, teniendo como representantes principales a Ernst Mach<sup>24</sup> y a Richard Avenarius. Su idea vertebral es la defensa de la experiencia sensorial como única fuente del saber, al margen del mundo exterior y de la realidad objetiva, es decir, fuera de las relaciones sociales de producción y de la lucha de clases. Vladimir Lenin elaboró una fuerte crítica a sus propuestas teóricas.<sup>25</sup> Su antecedente epistémico es el pensador escocés David Hume<sup>26</sup> y el irlandés George Berkeley.<sup>27</sup> Su propuesta radica en elogiar la percepción al margen del pensamiento y la praxis.
4. La cuarta etapa es la del neopositivismo o empirismo lógico, representada por Rudolf Carnap,<sup>28</sup> Alfred Ayer,<sup>29</sup> Reichenbach, Feigl y otros. El carácter contradictorio y ecléctico de su modelo gnoseológico se refleja en su propuesta ahistórica, asocial y apolítica de sus planteamientos, en especial el principio de verificación basado en la primacía de las matemáticas, las ciencias de la naturaleza y la necesidad de evidencia unívoca de sus resultados. Sus representantes, procedentes del Círculo de Viena, Berlín y Varsovia, han tenido en el derecho mucha influencia con sus ideas, sobre todo el jurista vienés Hans Kelsen. Se ubican en la tradición neokantiana de la escuela alemana de Marburgo. Son partidarios del escepticismo ético que se basa en el no-objetivismo moral y el emotivismo. Además jerarquizan el concepto

24 Ernst Mach, *Popular Scientific Lectures*, The Open Court Publishing Co., Chicago, 1954.

25 Vladimir Lenin, *Materialismo y empiriocriticismo*, Grijalbo, México, 1968.

26 David Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

27 George Berkeley, *Obra completa*, Gredos, Madrid, 2013.

28 Rudolph Carnap, *Autobiografía intelectual*, Paidós Ibérica, Madrid, 1992.

29 Alfred Ayer, *El positivismo lógico*, FCE, México, 1982.

## LAS FRONTERAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA, MÉTODO E IDEOLOGÍA

por encima de los acontecimientos fácticos, cuestionan la razón práctica, son proclives a un reduccionismo científicista, a la apología del fiscalismo y al desdén por las ciencias sociales.

5. La quinta y última etapa ha estado vinculada al florecimiento de múltiples variedades del positivismo, como acontece con las variantes incluyente, excluyente, historicista, conceptual y axiológica o normativista. Todos ellos con diferentes matices, pero unidos esencialmente por su rechazo directo o indirecto a los criterios morales, su repudio a la praxis, ahistoricidad, negación de los intereses económicos y políticos, su acentuado formalismo e irracionalismo ético, su aparente neutralidad axiológica, individualismo metodológico y, a fin de cuentas, su compromiso con los aparatos ideológicos del estado.

Aquí la sexta tesis es: históricamente, el positivismo ha sido un único servidor del estado y del poder, convirtiéndose en la justificación ontológica de los grupos sociales hegemónicos, al enmascarar una posición de clase en un pretendido formalismo y teoricismo dirigido a encubrir los intereses económicos, políticos e ideológicos.

En séptimo lugar, no es una teoría que cumple con el ajuste, encaje o acoplamiento, entre lo que formalmente promete y lo que realmente alcanza. Es decir, no satisface la corresponsabilidad entre el sujeto y el objeto, ya que carece de coherencia entre el método y el sistema de la teoría y el objeto de la misma. En consecuencia, su método normativo, comparativo y monista niega la diallecticidad; y al ser su sistema rígido y segmentado, no puede acomodarse ni amoldarse con su objeto de estudio, que es el jurídico en su complejidad.<sup>30</sup> Por ajuste entendemos la pertinencia analógica y dialéctica entre el sujeto y el objeto; esto es, su correspondencia entre lo que significa como teoría (totalidad y procedimiento estratégico) y el objeto demarcado. El propósito de una teoría es una delimitación del mundo real desde un horizonte específico; la perspectiva la asigna el método y el sistema es lo

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

construido a partir de la reflexión, siguiendo el camino señalado por el método sobre el objeto en cuestión. Cuando el método y el sistema de la teoría se ajustan al objeto, decimos que la teoría es viable; en el caso del positivismo, la teoría es inadecuada porque el método normativo o analítico es impertinente, ya que no reproduce la realidad económica, política y social. Por ser estático, el sistema de la teoría no refleja la ontología, la antropología, la axiología ni la ética. Debido a eso, la tesis número siete es: su teoría jurídica es incompleta, deficiente e irrelevante, ya que incumple con el amoldamiento entre teoría y práctica, entre lo que es y pretende ser, y entre lo que formalmente nos oferta y fácticamente logra. En esa vía es un modelo que no cubre los requisitos de pertinencia, es decir, de conveniencia y conformidad para la configuración de un derecho de nuevo tipo.

En octavo lugar, es un modelo que incumple con el requisito de la consistencia; es decir, muestra incoherencias y desajustes. Un ejemplo de ello es el caso de su univocismo en la teoría de las normas, al reducirlas a proposiciones deónticas o del deber ser. Igual sucede con su modelo de obediencia al poder fáctico, al reconocer como derecho únicamente lo creado por el estado. En materia ética, es sumamente discutible su filosofía moral, siendo partidarios del escepticismo y del no cognitivismo moral, rechazando un objetivismo analógico ético y, en el caso político, su cerrazón a experiencias y modalidades innovadoras. El positivismo es incoherente, ya que el sistema que ha construido está plétórico de desajustes o contradicciones internas. Las incoherencias se expresan en relación a elementos no desarrollados o deficientemente explicados por la teoría. Es el caso de la ausencia de un concepto de norma jurídica, de la ignorancia de la normatividad comunitaria o de los procesos sociales de producción normativa y regulación social, enlazados en la voluntad autónoma e independiente de sus productores societales, es decir, al margen de la normatividad estatista. Otro ejemplo es la desarticulación entre la dimensión económica, política y social y su concepto de derecho, así como

el desconocimiento total de la orientación ontológica, personalista y antropológica, la ignorancia de su horizonte moral, axiológico, estético, histórico e ideológico, y la falta de concreción entre las normas jurídicas dependientes e independientes, así como la confusión entre validez y eficacia. Esto se manifiesta en su teoría del estado, completamente ahistórica y asocial.<sup>31</sup> De lo anteriormente señalado, visualizamos la incoherencia total de los positivismos en el campo del derecho. Por consiguiente, la tesis número ocho es: el positivismo jurídico ha manifestado de una manera evidente su total incongruencia para convertirse en un paradigma alternativo al derecho moderno, contemporáneo o actual, al incumplir con la exigencia de la coherencia, al desajustarse como teoría, método e ideología.

En noveno lugar, incumple con el principio de suficiencia epistémica y socio-histórica; es decir, con la disposición para conocer de manera objetiva y racional la realidad concreta. Afirmamos que el positivismo no satisface la condición de correspondencia en la teoría y el método, ya que sus premisas no pueden llevarnos a resultados pertinentes, es decir, su método no es viable para interpretar y transformar la realidad. ¿Qué ejemplos se podrían mencionar de aplicación adecuada del método normativo o analítico en la historia de las ciencias sociales y del derecho? ¿Qué transformaciones sociales han surgido de este paradigma? Desde nuestra óptica, no se puede hablar de ningún caso exitoso. ¿Existirá un modelo ideal al respecto? El rechazo de Kelsen al nexo entre la dimensión económica y el derecho lo ha orillado a refugiarse en el legicentrismo y a cuestionar, de manera directa, los enfoques dialécticos del ámbito jurídico.

“La tentativa de desarrollar una teoría del derecho sobre la base de la interpretación económica de la sociedad hecha por Marx ha fracasado por completo; y la razón de este fracaso es en primer lugar la tendencia a

---

31 Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, Coyoacán, México, 2008.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

sustituir una interpretación normativa del derecho, o sea un análisis estructural de un sistema específico de normas, con una indagación sociológica de las condiciones en que este sistema normativo surge a la existencia y es efectivo, en lugar de agregar ésta a aquella”.<sup>32</sup>

El jurista vienés es presa de una concepción monista del derecho al entenderlo únicamente constituido por reglamentos o leyes, ignorando el papel de la política, la economía y la ideología. Para nosotros, el derecho está enmarcado dentro de las diversas formas de lo espiritual, lo ideológico y de las ideas, pues deriva de la conciencia societal. También es parte del ser social, debido a que las relaciones de producción están vinculadas con las relaciones de propiedad, y tienen que ver con la estructura de clases. Es importante recordar que el ser social es el conjunto de condiciones materiales de existencia, es el conglomerado de condiciones de vida, es la manera cómo los grupos sociales resuelven sus necesidades (Marx, 1960:46). Esto nos conduce a la tesis número nueve: el positivismo jurídico es incompetente para cumplir la conveniencia o principio de suficiencia epistémica y socio-histórica, ya que no satisface las demandas cognitivas y societales en su propuesta teórica y metodológica.

En último lugar, el positivismo no ubica el derecho como ciencia, arte y filosofía; lo delimita como técnica o como un saber normativo, vinculado al estado y el mercado, autónomo e independiente, sin conexión con la ética y la política, desvinculado de las ciencias sociales, sin implantación comunitaria y societal y, en caso de tener un modelo moral, es escéptico y no cognitivo. Por otro lado, su concepto de ciencia es empirista, vinculado al Círculo de Viena; su método es legalista y analítico y su pensamiento político está lejos de las víctimas y cerca de la lógica del poder estatal y económico. A nuestro juicio, y como reacción a todo el malestar hacia el juspositivismo, el jurista deberá acceder

<sup>32</sup> Hans Kelsen, *Teoría comunista del derecho y del estado*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957, p. 266.

al estatuto de *immortal*, un inmortal-mortal, ya que es válido oponerse al normativismo y a un concepto legalista del derecho. El inmortal es una especie de juez Hércules como dice Dworkin:

“Debo tratar de mostrar esa compleja estructura de la interpretación legal y para ello utilizaré un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad”.<sup>33</sup>

Esto significa preguntarse ¿qué es vivir en lo inmortal en el derecho? La respuesta es, como dice Alain Badiou,

“Ahora más que nunca es necesario que los espíritus libres se levanten en contra de este pensamiento servil, contra el moralismo miserable en nombre del cual se nos quiere forzar a aceptar el tren del mundo y su injusticia absoluta”.<sup>34</sup>

También denota ir más allá de la finitud y militar contra el espíritu de la derrota, combatir por el conocimiento contra la opinión, el derecho justo por encima del derecho de los deberes y reglamentos, la intensidad de la existencia contra la astenia, el entusiasmo por la igualdad contra el imperio de la coacción, el resplandor de la verdad frente a la lógica de la mentira. Así, llamaremos *immortal* al juez, legislador, litigante, profesor o estudiante que se adhiera a algunas de estas verdades universales. Debemos buscar un jurista para trascender la finitud del actor y operador que somos. Finitud que relaciona lo dado del derecho y del animal humano. El abogado finito que es y no el que debería ser. La idea kelseniana del sujeto jurídico es esencialmente terminal, cerrada y limitada. Se opone a lo fronterizo, lo ilimitado y lo perenne. Con el positivismo, el sujeto es el sujeto de la ciencia normativa del derecho: tachado, borrado y fragmentado por el estado, el poder y la masa

<sup>33</sup> Ronald Dworkin, *El imperio y la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2012, p. 173.

<sup>34</sup> Alain Badiou, *La ética*, Herder, México, 2004, p. 17.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

monetaria. Es importante resistir al positivismo a partir del jurista inmortal, que ante todo se enfrenta con dignidad a la miseria legicentrista. Es pertinente simbolizar el normativismo en la búsqueda de un nuevo derecho, para no ser víctima de su ideología. La no finitud en tanto condición simbólica del sujeto jurídico, nos exhorta a resistir el positivismo y no rendirnos ante el legalismo y la obediencia al estado. Contraviene el conformismo, el individualismo metodológico y la neutralidad axiológica como fundamento de la ética jurídica, pero sitúa al *inmortal* como límite a la indigencia de la condición estática y escindida del sujeto jurídico. En síntesis, el jurista *inmortal* es una apuesta por lo persistente contra lo establecido, lo infinito contra lo finito y el ser para la vida frente al ser para la muerte.

Aquí podríamos enumerar como tesis número diez: su tajante negación para concebir el derecho como ciencia, arte y filosofía. Su pretensión cientificista los orilla a un concepto de ciencia de factura fiscalista. Se trata de un reduccionismo gnoseológico, que apenas alcanza para ubicar el derecho como una simple técnica.

## CONCLUSIÓN

Por lo anteriormente expuesto, somos partidarios de una filosofía hermenéutica del derecho, enlazada en la tradición de la crítica jurídica. Ello nos permitirá conectar la jusfilosofía con la filosofía general, es decir con sus temáticas: filosofía económica, moral, social, política, teoría de la argumentación, de la interpretación, etc. Enlazarla con la teoría jurídica y sus temáticas clásicas: teoría de las normas, teoría de los principios, de la comprensión, de los enunciados, de la validez, etc., y vincularla con el conocimiento societal, como sucede con la sociología del derecho, la jusantropología, la historia, la ciencia política, la pedagogía, la etnografía, etc., así como su nexa con la praxis y la facticidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS E. y Bulygin, Eugenio (1991), *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AUSTIN, JOHN (1981), *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AYER, ALFRED (1982), *El positivismo lógico*. México: FCE.
- BADIOU, ALAIN (2004), *La ética*. México: Herder.
- BENTHAM, JEREMY (2000), *Deontology*. London: Adamant Media Corporation.
- BERKELEY, GEORGE (2013), *Obra completa*. Madrid: Gredos.
- BEUCHOT, MAURICIO (2007), *Filosofía del derecho y hermenéutica analógica*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- BOBBIO, NORBERTO (1992), *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- \_\_\_\_ (1979), *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- CAMPBELL, TOM (2002), "El sentido del positivismo jurídico". *Doxa*, Alicante, España: Universidad de Alicante, Alicante.
- CARNAP, RUDOLPH (1992), *Autobiografía intelectual*. Madrid: Paidós Ibérica.
- COMTE, AUGUSTO (1981), *Filosofía positiva*. México: Porrúa.
- CONDE, NAPOLEÓN (2014), *Ideas para una hermenéutica jurídica contemporánea*. México: Horizontes.
- CORREAS, ÓSCAR (2013), *Introducción a la crítica del derecho moderno*. Madrid: Rasche.
- DWORKIN, RONALD (2012), *El imperio y la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- HART, H. L. A. (1980), *El concepto de derecho*. México: Editora Nacional.
- HUME, DAVID (1988), *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Alianza Editorial.
- KELSEN, HANS (2011), *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- \_\_\_\_ (2008), *Teoría general del estado*. México: Coyoacán.
- \_\_\_\_ (1991), *¿Qué es la justicia?* México: Fontamara.

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

- \_\_\_\_ (1994), *Teoría general de las normas*. México: Trillas México.
- \_\_\_\_ (1957), *Teoría comunista del derecho y del estado*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- LENIN, VLADIMIR (1968), *Materialismo y empiriocriticismo*. México: Grijalbo.
- MACH, ERNST (1954), *Popular Scientific Lectures*. Chicago: The Open Court Publishing Co.
- MARX, CARLOS (1960), *Contribución a la crítica de la economía política*. Buenos Aires: Estudio. Raz, Joseph (2001), *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- SPENCER, HERBERT (1993), *Spencer: Political Writings*. UK: John Offer Cambridge.
- STUART MILL, JOHN (2014), *El utilitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- VATTIMO, GIANNI (2010), *Adiós a la verdad*. Madrid: Gedisa.
- WALUCHOW, WIL (2007), *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons.

## ÍNDICE

Prólogo	7
<i>Aníbal D' Auria</i> Teoría del estado y crítica del derecho: un análisis semántico preliminar para un programa de crítica radical	9
<i>Albert Noguera Fernández</i> Igualdad, crisis y constitucionalismo: los aportes del nuevo constitucionalismo latinoamericano	51
<i>Oscar Correas</i> El juridicismo marxista	79
<i>Celso Naoto Kashiura Jr. / Márcio Bilharinho Nunes</i> Subsunção real do trabalho ao capital e subjetividade jurídica	89
<i>Carlos Rivera Lugo</i> La dialéctica afirmativa de lo común	115
<i>Júlio da Silveira Moreira</i> Lenin y los derechos del pueblo	137

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

*Victor Romero Escalante*

Aproximaciones a Stucka y la teoría jurídica soviética 151

*Ricardo Prestes Pazello / Rubens Bordinhão de Camargo Neto*

Teoria marxista da dependência e teoria marxista do direito:  
um possível diálogo entre Marini e Pachukanis 175

*Napoleón Conde Gaxiola*

Las fronteras del positivismo jurídico como teoría,  
método e ideología 197

*Teoría crítica y  
derecho contemporáneo*

DE NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA  
COMPILADOR

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN SEPTIEMBRE DE 2015 EN LOS TALLERES DE DOCUMASTER, AVENIDA COYOACÁN 1450, COL. DEL VALLE, DELEGACIÓN BENITO JUÁREZ, C.P. 03220 MÉXICO, DISTRITO FEDERAL. EN SU COMPOSICIÓN SE UTILIZARON FUENTES DE LA FAMILIA GARAMOND.

