



ELEMENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO

Dr. Msc. Ruben Castro Orbe

**Docente Facultad de Jurisprudencia
Ciencias Políticas y Sociales**

Carrera de Derecho



 **cep**
CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES



ELEMENTOS PARA EL DESARROLLO
DE LA TEC
DEL I

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY



P: 1
E: 08
B: 20

SO LENTA ES PENADA POR LA LEA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCB

S 7001
C 355

SERIE C Á T E D R A



C.18024

ELEMENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO



EDICIÓN 2015

S E R I E



C Á T E D R A

**ELEMENTOS PARA EL DESARROLLO
DE LA TEORÍA MARXISTA
DEL DERECHO**

Titular:

Convenio Universidad Central del Ecuador,
Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales; y,
Corporación de Estudios y Publicaciones

Metodología:

Corporación de Estudios y Publicaciones
Depósito IND del 2 de marzo de 1999

Derechos de Autor No. En trámite

ISBN No. 978-9942-945-15-0: 07-jul-2015

Revisión y Codificación:

Departamento Jurídico Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Diagramación interior

Departamento de Diagramación de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Impresión:

Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones y
Colaboración Editorial Universitaria

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones y a la Universidad Central del Ecuador.

Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación de Estudios y Publicaciones y la Universidad Central del Ecuador.

INDICE

TITULO

Nota aclaratoria

DEDICATORIA

INTRODUCCION

CAPITULO I

PROPOSICIONES GENERALES SOBRE TEMAS RELEVANTES DEL DERECHO

1. El Derecho

1.1. Esencia de la división del Derecho en sustantivo y adjetivo

1.2. El Derecho sustantivo como *elaboración* normativa

1.3. El Derecho adjetivo como *interpretación* de la norma jurídica

CAPITULO II

LAS CONCEPCIONES IDEALISTAS Y MATERIALISTAS SOBRE EL ORIGEN DEL DERECHO

2. El Origen del Derecho

2.1. El origen divino del Derecho

2.2. El origen natural-humano del Derecho

2.3. Iusnaturalismo y burguesía

2.4. La concepción marxista sobre el origen del Derecho

2.4.1. El carácter social del Derecho y la sociedad

2.4.2. Cuando surge la necesidad del Derecho

2.4.3. El Derecho como fenómeno social expresa la voluntad de la clase dominante

CAPITULO III

ACERCA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

3.1. El problema general. La tesis del idealismo: aspectos generales; cómo las divide.

3.2. La autogestión jurídica: cuestionamiento a la teoría de Kelsen

3.3. El Materialismo y las fuentes del Derecho

3.3.1. El Materialismo: cómo define y clasifica las fuentes del Derecho

3.3.2. La lucha de clases como motor de la historia y su influencia en el Derecho

3.3.3. La contradicción entre las fuerzas productivas y relaciones sociales de producción: Incidencia en la superestructura jurídica

CAPITULO IV

LA ESENCIA DEL DERECHO

4.1. Las ideas dominantes

4.2. Autoridad, voluntad y ley

4.3. La contradicción entre riqueza y pobreza

4.4. El interés de clase y la esencia del Derecho

4.4.1. La esencia y el carácter inmutable del Derecho

4.4.2. El Derecho como fenómeno dinámico

4.4.3. Los cambios en el Derecho corresponden a los de la estructura social

4.4.4. El cambio radical del Derecho

4.5. El Derecho como organizador social

4.5.1. ¿Qué regula el Derecho?

CAPITULO V

LA ABSTRACCION EN LA ELABORACION DEL DERECHO

5. Conceptos y categorías

5.1. Dos pares categoriales: a).-garantía-coacción; b).- derecho-obligación

5.2. El aspecto dominante de la relación categorial.

¿Se abstrae la relación entre las clases sociales?

5.3. El papel del Estado

5.3.1. a).- Relación con el Derecho; b).- El Estado vuelve obligatoria la ley

5.4. La apariencia de generalidad

CAPITULO VI

LOS DERECHOS HUMANOS COMO ABSTRACCIONES.

6. Los Derechos Humanos

6.1. La libertad y la Voluntad (*la propiedad*)

6.2. La igualdad

6.3. La Seguridad

6.4. Hegel y el Derecho

6.4.1. Propiedad y libertad

6.4.2. Persona y personalidad

6.4.3. El Delito

CAPITULO VII

NOTA ACLARATORIA: La presente versión corresponde al texto del segundo borrador de la Ley, cuyo título fue "Derechos para una filosofía jurídica del deber-ser o debe ser".

7. El ser y el debe-ser.

7.1. Kelsen y el Deber-ser

7.1.1. Lo a priori y lo a posteriori

7.2. Realidad y elaboración normativa

7.3. El Derecho frena el cambio social

ANEXO

A.1. Relación entre Moral y Derecho

A.2. Diferencias entre Moral y Derecho

DEDICATORIA

A todos los seres humanos humildes que siempre
sin cesar y en todas las expresiones con su acción y
pensamiento. A mis padres y a mis hijos, a mis
compañeros de estudio y a quienes, a través de mi
formación, he reconocido compartiendo la gloria, el
honor y la rebeldía de los libros. A todos ellos
porque en su condición de dominados está el
fermento de los nuevos días que aspira el más noble
sentimiento humano: LA SOCIEDAD DE LOS
IGUALES.

NOTA ACLARATORIA: La presente versión corresponde al texto del original publicado en 1984 cuyo título fue “Elementos para una filosofía marxista del Derecho (fundamentación de un nuevo concepto sobre la categoría jurídica)”. En esta versión se ha suprimido una parte introductoria que el autor estima innecesaria en este momento; se ha realizado una brevísima adecuación sobre ciertos textos para lograr mayor precisión y claridad, sin alterar su originalidad; se han introducido algunas notas de referencia aclaratorias las cuales constan debidamente identificadas; y, asimismo, se ha modificado la referencia a las citas para adecuarlas a las exigencias actuales.

DEDICATORIA

A todos los seres humanos humildes que siembran sin cosechar y cultivan esperanzas con su acción y pensamiento. A mis padres y a mis hijos; a mis compañeros de ideales y a quienes, a través de mi formación, he encontrado compartiendo la miseria, el hambre y la rebeldía de los libres. A todos ellos porque en su condición de dominados está el fermento de los nuevos días que aspira el más noble sentimiento humano: LA SOCIEDAD DE LOS IGUALES.

INTRODUCCION

La cuestión central del poder -y por ende- del Derecho, según mi parecer, refiere a la *disciplina social*... como obediencia o sumisión a lo que se declara *obligatorio*, bajo el ropaje de organización o regulación impuesta en función de un abstracto *interés general*, que reduce el conflicto al nivel de lo individual y con el supuesto fin de una abstracta "justicia".

El autor

La trascendencia teórico-científica de lo que acontece con lo que Friedrich Engels concluyera su magistral obra "El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", guarda una íntima relación con la intencionalidad del presente trabajo. Inicialmente, porque Morgan era un defensor públicamente como partidario de las apreciaciones socialistas, aunque en forma indirectamente

INTRODUCCION

"A partir del advenimiento de la civilización, el acrecentamiento de la propiedad ha sido tan inmenso, sus formas tan diversificadas, sus empleos tan generalizados y su manejo tan inteligente para el interés de sus dueños, que ha llegado a ser para el pueblo, una potencia indomable. La mente humana se siente aturdida en presencia de su propia creación. Llegará el día, sin embargo, en que el intelecto humano se eleve hasta dominar la propiedad, y defina las relaciones del Estado con la propiedad, que salvaguarda y las obligaciones y limitaciones de derechos de sus dueños. Los intereses de la sociedad, son mayores que los de los individuos y debe colocárselos en una relación justa y armónica. El destino final de la humanidad no ha de ser una mera carrera hacia la propiedad, si es que el progreso ha de ser la ley del futuro como lo ha sido del pasado. El tiempo transcurrido desde que se inició la civilización no es más que un fragmento de la duración pasada de la existencia del ser humano y un fragmento de las edades por venir. La disolución social amenaza claramente ser la terminación de una empresa de la cual la propiedad es el fin y la meta, pues dicha empresa contiene los elementos de su propia destrucción. La democracia en el gobierno, la fraternidad en la sociedad, la igualdad de derechos y privilegios y la educación universal, anticipan el próximo plano más elevado de la sociedad, al cual la experiencia, el intelecto y el saber tienden finalmente. SERA UNA RESURRECCION EN FORMA MAS ELEVADA, DE LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y FRATERNIDAD DE LAS ANTIGUAS GENTES," (MORGAN, Lewis M. "La Sociedad Primitiva"; Ediciones Pavlov, págs. 497-498)

La trascendencia teórico-científica de la cita anterior, con la cual Federico Engels concluyera su magistral obra "El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", guarda una íntima relación con la intencionalidad del presente trabajo. Inicialmente, porque Morgan aún sin definirse políticamente como partidario de las apreciaciones socialistas, anuncia un curso inevitablemente

dialéctico del desarrollo humano y, en tal marco, coincide con el espíritu que orienta este texto y no por simple afán de pretender contribuir a realizar una apologética difusión del más alto pensamiento científico y humanista, el de los clásicos y materialistas de la actualidad, sino porque el análisis de la categoría jurídica (así como el de cualquiera otra que implique a la sociedad) no puede estar desmembrado de sus procesos de desarrollo y cambio que son el resultado de la acción interdependiente del complejo de factores que la constituyen. Así, el análisis iusfilosófico no se reduce a la búsqueda de la esencialidad abstracta y "divinizada" del Derecho sino a sus contenidos como manifestación o concreción de la existencia social, como parte o "subsistema" -como algunos lo definen- del conjunto de relaciones histórico sociales y espaciales.

En tal sentido, mi criterio, y lo confieso sin ambages, parte de una óptica analítica definida, si se quiere, preestablecida y no por ello menos intencionalmente científica que la de quienes se pretenden imparciales o "puros". La experiencia de la vida en los fracasados regímenes socialistas (tradicionales, desfigurados, tergiversados o no) y las nuevas connotaciones que ha adquirido la superestructura jurídica nos ha permitido ver, a la luz de la teoría marxista, una diferente posición ante el Derecho. Me refiero al hecho por el que se nos ha planteado una redefinición de tal cuestión, desde el prisma del enfrentamiento teórico, también como confrontación de intereses concretos en la sociedad.

El otro aspecto que relaciona la cita que encabeza el texto con lo que pongo a consideración en las páginas siguientes, hace alusión a la teorización en si del problema. Romper con las apreciaciones mistificadoras del positivismo y del iusnaturalismo es una finalidad básica que se refleja en las posiciones adoptadas; generar un saludable debate, no sólo entre quienes participamos académica o profesionalmente del ámbito jurídico, es una ambición que intenta despertar del anquilosamiento doctrinario filosófico y científico en tal área. Lo primero, es decir cuestionar las tesis positivistas, normativistas, iusnaturalistas, idealistas o subjetivas, impone abordar la temática con la necesaria observación de la realidad social. ¿Cómo pretender válida la estimación, bastante generalizada, de que el Derecho cumple un papel regulador, normativo y organizador, cuando a diario y, últimamente en nuestro país y en significativos ámbitos del planeta entero, las fuerzas políticas son las que, al margen de "las normas", han determinado el rumbo social, aunque buscando en ellas legitimidad o aparentando que las mismas son el sustento para su actuación?, o ¿cómo considerar objetivo el criterio que el respeto a los derechos es algo debido, garantizado y seguro por el mero hecho de la consagración positiva (en la norma)

cuando, precisamente, lo normal y vigente es la permanente violación?; ¿cabe seguir enseñando “el carácter eterno e inmutable de los principios jurídicos” o que existe “un derecho universal, generalmente obligatorio y protector social” o esas otras apreciaciones, aún más confusionistas, de una Justicia contenida en la “norma” o aplicada por el aparato jurisdiccional? etc. Aquí no buscamos alterar la fe que se pueda tener en todo aquello, aún por parte de quienes se califican de antipositivistas o cientistas. No. El fin científico tiene otro campo en que desenvolverse y no es otro que el de examinar con rigor la realidad para abstraerla al plano universal como principio, categoría o ley, independientemente de si las creencias empujan o no con la ciencia. El *mensaje al espíritu* está contenido en lo indicado al iniciar esta introducción. Lo que nos ocupa ahora, aunque sin apartarse de lo anterior, refiere a la necesidad de acercarse lo más posible a la objetividad del análisis, por tanto no alude a la fe sino a la realidad, no al *yo creo* sino a *lo que es*.

El debate implica una superación. ¿Cabe continuar en el plano de receptores de doctrinas fallidas, ni siquiera válidas para el conocimiento de su tiempo y espacio?; ¿no es imprescindible asumir la validación de los avances teóricos de las ciencias sociales en el campo de las, así llamadas, *Ciencias Jurídicas*? La formación universitaria que implica nuestra profesión no puede limitarse a la aplicación e interpretación del texto legal. Tal reduccionismo no es digno del trabajo académico-científico y, mantenerlo, supone renunciar a aquello que se ha reclamado: el aporte de las universidades al desarrollo nacional. Esta afirmación no es una detracción; por el contrario muestra que en ella hay afán de cumplir, aunque fuera del interés dominante, clasista. Es obvio que la misión de desentrañar el ser de lo real permite contribuir al arribo de una perspectiva menos errónea pero, impone trastocar la formación actual de todos los elementos que confluyen a la problemática jurídica. No puede continuarse con la mera dación del concepto o el articulado legal; esto es pura formalidad. No puede seguirse con la fría aplicación del mandato de la ley que más tiene de “tráfico de influencias” -frase muy en boga- que de “administración de justicia”, como pomposamente se nos pretende hacer creer. Es hora de la crítica, del cuestionamiento, del rehacer en medio del enfrentamiento de posiciones anquilosadas y nuevas; en definitiva, de pretender crear.

Los dos aspectos señalados, cuestionar las concepciones que no develan la naturaleza esencial y real del Derecho y promover el debate, lamentablemente se ha expresado en el ambiente jurídico nacional con debilidad en buena parte de esta última época y, ello, por virtud del “oficialismo” del que gozan las corrientes

acientíficas plasmadas en un sinnúmero de "ismos" (como el kantismo, hegelianismo, positivismo, normativismo, iuspositivismo y, últimamente, el neoconstitucionalismo) que, sin embargo de sus argumentaciones lógicas y de apariencia coherente, chocan con la realidad que se les rebela y las desmiente, mostrándolas superficiales, inconsistentes, falsas o meramente ilusorias; por el contrario, las tesis científicas materialistas no gozan (al menos en el campo jurídico) del mismo respaldo y difusión y a esto se suma el hecho de que -como muchos ya lo anotaron- no contamos con un texto marxista que aborde el problema jurídico (me refiero a que Marx no se ocupó, sistematizadamente, de tal asunto). Hoy más que antes, esto tiene una connotación de atrevimiento en el contexto de unas ciencias sociales en las que se ha dado por verdad admitida que el marxismo ha sucumbido y pertenece al pasado. Esto último ha impedido que exista una captación unívoca y clara de los puntos de vista de los clásicos materialistas y de ello se valen sus "críticos" para mostrar al materialismo-histórico (especialmente) como "impropio" para la explicación de esta esfera de la vida social; así, han buscado el cuestionamiento por medio de la falsedad, sentimentalizando la argumentación a través de una supuesta negación de la libertad o de un supuesto "economicismo", contrarios a la "naturaleza humana" y a la existencia de las personas, en el pensamiento de Marx y Engels.

Los señalamientos que dejo arriba son los que motivaron este esfuerzo no buscando ubicación, como ciertos "cientistas" lo hacen, sino pretendiendo aportar elementos al debate aún a sabiendas de que pudiera ganar la animadversión de quienes se sentirán afectados por las evidencias desmitificadoras del Derecho que comprometen sus intereses.

Todo el trabajo, de otra parte, ha supuesto romper algunas trabas. Una, la que sacrifica el nivel teórico a la acción política. Otra, el dejar a un lado el temor a ser criticado; y, una tercera, dejar los dogmas jurídicos para postular nuevas alternativas metodológicas y epistemológicas, incluso en el campo marxista en el que se cree heterodoxo adoptar una óptica nada sociológica. A este respecto mi criterio considera imposible abordar científicamente el pensamiento de Marx y Engels sobre el Derecho o, con el mismo, la definición de la categoría jurídica, si a la vez no se explica la dialéctica "material y espiritual" que contiene. El Derecho no puede ser mirado sólo sociológicamente. El punto de vista de los clásicos no asume sólo la explicación de lo que es el mundo sino que constituye una filosofía: la necesidad de transformarlo para lograr la liberación del ser humano, su "apropiación positiva", su desalienación. Y eso distingue a la teoría materialista

dialéctica de cualquiera otra. En tal connotación debe abordarse esta posición doctrinaria.

Lo que aspiro en este texto es responder algunas interrogantes que, al menos en lo personal, no han satisfecho las concepciones que intento cuestionar. ¿Qué es el Derecho?; ¿es la ley, realmente, general; o siendo voluntad de clase niega tal característica?; ¿en qué consiste, jurídicamente, la voluntad de clase?; ¿es una voluntad sobre qué y para qué?; ¿la explicación del Derecho está en quien lo crea o en el cuándo y cómo se crea?; ¿cuál es el verdadero papel que cumple en la sociedad?; ¿cuál, su contenido?; ¿qué relación tiene con el Estado?; ¿cuál, con la Justicia?; ¿el Derecho norma y ordena la sociedad y la conducta humana?; ¿cuál es la validez de las teorías no materialistas sobre éstos y otros temas?, etc.

Finalmente, espero que el lector pueda obtener, sino una apreciación válida, al menos una que le permita mirar desde una nueva opción el problema que tratamos y contribuir a la discusión que sugeríamos. Estando en este ámbito ya se habrá cumplido en gran parte el fin del presente trabajo. Esta nueva edición es la necesidad de perseverar en un debate que los foros ecuatorianos, sobre todo de los juristas, le deben a las ciencias sociales.

EL AUTOR

"Pocos son los juristas que se preocupan por saber para qué sirven; se limitan a obedecer. El positivismo ha reducido la vida jurídica a la letra muerta de las leyes, los textos de jurisprudencia, o al arbitrio de la fuerza. El testimonio más palmario de este envilecimiento voluntario es que alguno de nuestros teóricos del derecho que gozan de mayor predicamento acepta la monstruosidad, llevada al paroxismo por la escuela kelseniana, de que el derecho es una CIENCIA, una ciencia neutra, una ciencia objetiva. Es evidente que se alimenta una confusión entre la ciencia y la práctica."

M. Vittey, Lecons d'histoire de la philosophie du droit; Paris, pág. 113.
CERRONI, Umberto en "Introducción a la Ciencia de la Sociedad; Grupo editorial Grijalbo' Editorial Critica.- Barcelona-España.- Traducción de Doménech Bergadá.- 1977, pág. 118

1. El Derecho.

La sociedad, y la explotación de sus formas, es el resultado final de la inversión de las fuerzas selectivas de desarrollo. El hombre, desde que el ser humano empieza a configurar un mundo social, está creando aspectos de lo que le rodea, y de sus propias cualidades (en especial el pensamiento). Sin embargo, el tema no se agota más aún, el apareamiento de nuevas tecnologías que son resultado del desarrollo directo de las formas y estructuras del ser humano (cultural, social o pensamiento) difiere con respecto al aspecto de las explicaciones a lo que sucede. A cada nueva tecnología, hay un aspecto de una interpretación y explicación, y es en este momento que comienza el conocimiento social es orgánico. El mundo por conocer, desde que se investiga siempre los cambios del ser, cada vez, la tecnología, la cultura con su existencia propia.

En virtud de lo resultado se puede decir que el ser humano, a lo que también han dedicado mayor parte los filósofos, es la cultura, el pensamiento no solo como expresión concreta de la existencia del ser humano, sino como

CAPITULO I

PROPOSICIONES GENERALES SOBRE TEMAS RELEVANTES DEL DERECHO

El Derecho, su división: a) Sustantivo; b) Adjetivo.- La esencia de su división.- El Derecho Sustantivo como elaboración normativa jurídica: a) la necesidad de abordar el origen del Derecho; b) Acerca de las fuentes del Derecho; c) El proceso objetivo de la elaboración de la normatividad jurídica; y, d) Del por qué -elaborar el Derecho- nos plantea una necesaria explicación sobre la validez y eficacia de las normas jurídicas.- El Derecho Adjetivo como interpretación de la norma jurídica: a) Por qué debemos explicar el proceso objetivo de la interpretación; b) La explicación de la ley como culminación del procedimiento frente a la Justicia.

1. El Derecho.

La sociedad, y la explicación de sus formas y contenidos, han implicado la inversión de importantes esfuerzos de destacados teóricos e investigadores desde que el ser humano empezó a configurar un razonamiento sistematizado respecto de lo que lo rodea y de sus propias cualidades (en especial el pensamiento). Sin embargo, el tema no se agota; más aún, el apareamiento de nuevos fenómenos que son resultado del desarrollo dialéctico de las formas y contenidos del ser (como naturaleza, sociedad o pensamiento) difícilmente terminarán la búsqueda de las explicaciones a lo que sucede. A cada nuevo fenómeno le sigue el intento de una interpretación y explicación, y es en estos términos que afirmamos que el conocimiento social es inagotable. El interés por conocer, basado en la práctica, indagará siempre los trasfondos del ser y, cada vez, ligándolos más estrechamente con su existencia objetiva.

En virtud de lo señalado se puede sostener que la sociedad, a la que también han dedicado largas horas los filósofos, es un objeto del conocimiento no sólo como expresión concreta de la existencia del ser humano, sino como un

producto suyo (en tanto actúa en ella individual y colectivamente reproduciéndola y unas veces participando de sus procesos o siendo receptor de lo que otros hacen) que debe alcanzar a dominarlo si quiere lograr su liberación o su "emancipación humana".

Pero más allá de la totalidad que ella implica (y que, así considerada, evita un conocimiento más certero de su estructura y funcionamiento), son sus expresiones particulares, ligadas, interdependientes y constituyentes de la misma vida social históricamente determinada, las que tienen que ser desembarazadas de sus formas místicas para la apreciación real de su connotación histórico-temporal e histórico-espacial. Y allí, donde se expresa particularmente la sociedad, es posible encontrar tanto su interconexión y también la peculiaridad que representa como expresión fenomenológica. Son las concretas manifestaciones económicas, jurídicas, políticas, morales, etc., las que se convierten en objeto propio de cada esfera de las ciencias sociales.

El Derecho y lo jurídico son una de esas tantas particularidades en que se expresa la relación social de los seres humanos y, sobre ella, muchas interpretaciones se han vertido. Los problemas que acarrea su conceptualización van más allá de su mera valoración. Suponen, por ejemplo, ubicar históricamente el nivel predominante del conocimiento como expresión más o menos acabada de la existencia social, no sólo de la generalidad de seres humanos, sino - fundamentalmente- de las clases coexistentes. De otro lado, será también necesario ubicar la forma y la esencia políticas de la organización de una sociedad, como particularidad o, más propiamente, como manifestación de un modo de producción dominante e influyente sobre sus anteriores en el contexto de lo social donde, además, será posible hablar de intereses opuestos o en disputa.

En este momento no es mi objetivo procurar una definición de lo que es el Derecho. Muchos consideran necesario partir de este tópico en un trabajo de esta naturaleza. En mi caso, tal tratamiento será el resultado del análisis que logremos desarrollar. Trato, en este capítulo, de ubicar al Derecho como un problema que preocupa a la sociedad y al conocimiento de lo que es ella y lo que le rodea.

Lo indicado, sin embargo, nos plantea que abordemos nuestro análisis a partir de la apreciación de lo jurídico que ha convenido en dividir al Derecho en positivo y natural; en subjetivo y objetivo; en público y privado; y, en sustantivo y adjetivo. Objeto de anteriores análisis políticos, sociológicos, filosóficos y jurídicos han sido (y serán) las tres primeras divisiones del Derecho. En esta parte

nos ocuparemos de la última: del Derecho sustantivo y adjetivo, en tanto constitutivos del "Orden Jurídico" donde se plasma lo que, según la mayoría de tratadistas, es el *propósito de las normas*: la regulación de la vida social.

Es de particular interés tal aspecto porque, del análisis de cómo se elabora la *norma jurídica*; de cuáles son los pasos que se siguen -formal y esencialmente- para su creación y estructuración; de cuáles son los contenidos que refleja, etc., habremos de concluir lo que para nosotros es la esencia de la "normatividad jurídica". La pauta de tal análisis, por lo mismo, la podemos encontrar en el significado concreto de la división entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo.

1.1. Esencia de la división del Derecho en sustantivo y adjetivo.

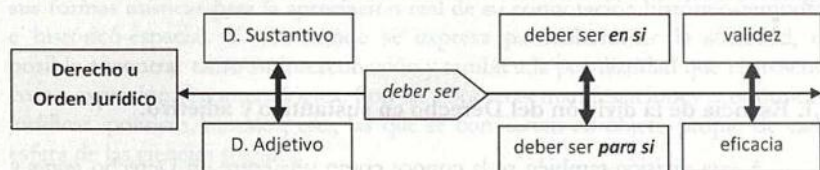
A esta división también se la conoce como una entre un Derecho *teórico* y otro *práctico*.

La propia designación, en esta segunda acepción, nos da la imagen de cómo es que se pretende ubicar el núcleo diferencial de estas dos manifestaciones jurídicas. Algún docente universitario de la Universidad Central del Ecuador, a mediados de los años 70 del siglo pasado, enseñaba que: "El Derecho Teórico es el que comprende aquellas normas que pueden existir por sí mismas y constituyen derecho en sí mismo..." y "El Derecho Práctico, es el que comprende aquellas normas que permiten hacer efectivo el Derecho Teórico..., cuando éste se incumple o viola...".¹ Hemos tomado esta definición porque es bastante representativa del formalismo que adoptan las concepciones no científicas para establecer un planteamiento de esta índole y, de otro lado, manifiesta cuál es el trasfondo, para esta corriente conceptual, de la división que buscamos analizar. Coincide plenamente con aquellas definiciones que señalan que el Derecho *sustantivo* es el que "describe el deber ser, la norma jurídica" y, el *adjetivo*, "el que indica el camino o procedimiento para hacer valer un Derecho prescrito en una

¹ Poligrafiado de Introducción de Derecho.- Reproducción de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Central.- Talleres gráficos de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.- 1978. Sin nombre de autor. La cita corresponde a un texto poligrafiado que circuló en esos años sin que se haya podido determinar su autor. Sin embargo era texto oficial de la cátedra de Introducción al Derecho de, en ese entonces, Escuela de Derecho de la citada Universidad. Era usual que las publicaciones de ese tipo se realicen por la asociación de estudiantes, con autorización de los docentes y, muchas ocasiones se omitía indicar el nombre del docente que era autor del texto.

norma, como deber ser". En última instancia señalan como límite divisorio entre uno y otro el "*deber ser en sí*" y el "*deber ser para sí*".

Se trata, entonces, de que no es lo mismo establecer una conducta como *debe ser* (prescripción normativa de un deber ser en sí) que, cuando no se la ha observado o se supone violada, se deba recurrir a un procedimiento determinado para sancionar tal violación (prescripción normativa de un deber ser para sí). Resulta que, mientras el Derecho *sustantivo* refiere ante todo a la *validez* de la norma jurídica, el *adjetivo*, a la *eficacia* de la misma (ver gráfico siguiente).



Más aún, podríamos decir que en virtud de que el primero (el Derecho sustantivo) se refiere a una determinada conducta (*deber ser*), resulta ser una prescripción impersonal, general, planteada para un conjunto de actos similares "es decir, se refiere a una *clase entera* o serie de casos, en número indefinido, y no a personas determinadas, ni a relaciones individualmente consideradas..." (DEL VECHIO y R. SICHES.1946, T.1, p. 126)², por tanto, es una prescripción generalizadora. A diferencia, el adjetivo se refiere a un *caso singular* (es decir, a uno de esos *actos similares*, o a *uno de los casos de esa serie, definido*, o a *personas determinadas cuyas relaciones ya se individualizan como conducta*) en tanto (y sobre todo) se ha producido una violación a lo que prescribe el Derecho sustantivo puesto que, en tanto es (*ser*), no se ajusta a lo que debía y consta determinado en la norma jurídica (*deber ser*), por lo que torna necesario lograr eficacia o hacer eficaz lo que ella establece y se considera válido; esa posibilidad de alcanzar eficacia se procura por medio de una serie de procedimientos a los que deben ceñirse tanto el que juzga la existencia o no de la violación (comparando el hecho *-como conducta o ser-* con la prescripción normativa *-como conducta debida o deber ser-*); cuanto el presunto violador de la norma; así como el o los afectados. Es decir que mientras la formulación sustantiva es generalizadora, la adjetiva (aun señalando procedimientos para todo caso) presupone la aplicación a un caso concreto

² DEL VECHIO, Giorgio, y RECASENS SICHES, L.- "Filosofía del Derecho". Editorial UTEHA.- México.- 1946; Tomo I, pág. 126.

singular de la primera. O más concretamente, mientras el primero es un presupuesto jurídico positivo (en cuanto *dispone y obliga*), el segundo constituye la aplicación de dicho presupuesto, como determinación positiva o negativa (en cuanto *admite, legitima o anula y sanciona*).

Hasta aquí se confirmaría, a primera vista, la aparente justeza de la apreciación formal de los límites divisorios entre estas dos clases de Derecho. Un análisis más detenido nos lleva a observar cómo tal formalismo aísla, independiza o separa al Derecho de su base real y de las otras expresiones de la superestructura de la sociedad. Convierte la división en una relación interna entre una forma de Derecho con otra dando la apariencia de que sólo una valoración interna, dentro del mundo jurídico, puede proporcionarnos la comprensión de sus diferencias y que para nada debemos recurrir a otras expresiones sociales para lograrlo. Más todavía, esta concepción no nos explica la razón por la cual debe existir tal diferenciación que convierte al uno en *sustantivo* y al otro en *adjetivo*; no explica por qué uno es deber ser *en sí* que necesita del otro, el *para sí*, como requisito de realización o eficacia. Las presunciones a las que acuden estas apreciaciones son las consabidas "racionalidades" en las que debemos dar por sentado o admitir que es razonable que deban existir reglas para regular la aplicación de las que sirven para juzgar las violaciones de las otras que fijan los derechos y las obligaciones. Tal simplicidad evita explicaciones de mayor profundidad y, por lo mismo, acaba por ocultar otras relaciones entre los aspectos de la realidad. Este problema no es exclusivo de una corriente del pensamiento jurídico; por el contrario, es casi una generalidad encontrar cierto desprecio o deslegitimación contra el pensamiento que se atreve a explicar la realidad jurídica desde otras relaciones de la vida social. Sin embargo, de lo que va en el desarrollo de las ciencias sociales es posible apreciar que sólo una concepción que ligue correctamente al Derecho con otras formas de la vida social, por ejemplo y sin duda, el Estado, puede darnos una respuesta más cabal del tema.

Prescindiendo aquí, todavía, de la necesidad de explicar por qué el Derecho no es simplemente un conjunto normativo (como se concibe generalmente, al margen de la estructura clasista de la sociedad), nosotros lo concebimos como la *proclamación de una voluntad de clase*, la dominante, en una sociedad históricamente determinada por su forma material de existencia (MARX y ENGELS. 1978, p. 20)³ y que, en tanto esa es su esencia, consagra las

³ MARX, Carlos y ENGELS, Federico.- "Manifiesto del Partido Comunista".- Ediciones Textun.- pág. 20.

Es la diferencia existente entre *el interés de la clase* que ejerce dominio sobre la sociedad y *su dominación organizada* lo que hace posible clasificar así al "conjunto normativo" u "orden jurídico". Eso presupone no sólo hablar de que tanto la voluntad de clase como su organización en Estado están inmersas en la lucha de clases sino, además, de la influencia que reciben de la pugna entre los diversos sectores de la misma dominación. Lo último tampoco hace perder de vista el *contenido general* del que dota la voluntad de clase a la norma jurídica, como representación de los intereses más o menos comunes (dentro del sistema) de la totalidad de los dominantes.

Otros aspectos sobre el significado de esta división ya tienen que ver con el hecho de que no es la relación intrínseca de lo jurídico lo que la determina sino que, al no existir el Derecho por encima de la sociedad ni siendo ajeno a ella, el Derecho adjetivo se convierte en la única alternativa jurídica de la cual dispone la clase dominante para efectivizar su voluntad plasmada como Derecho sustantivo. Se plantea, además, que tal división resulta ser un problema objetivo ligado estrechamente con el papel del Estado y la esencia del Derecho, como resultantes de algo único: la clase dominante, propietaria de los medios de producción y que, en tal virtud, tiene (al igual que los dos) una raíz terrenal: la protección que realiza esa clase social sobre sus medios de producción que le permiten mantenerse como tal, política y económicamente, por lo que se hace necesario o imprescindible, hablar del proceso de elaboración de esa normatividad como un cargo de esa clase, ya no sólo como Estado en general, sino como un resultado de la división del trabajo que sus propias condiciones materiales de vida determina en las esferas del poder político y que se refleja en los roles de las funciones legislativa y jurisdiccional.

1.2. El Derecho sustantivo como *elaboración* normativa.

De lo indicado se deduce que el Derecho Sustantivo es, en sí mismo, como prescripción normativa o como "conjunto del deber ser jurídico" (en Kelsen y en los positivistas), la voluntad de clase (para nosotros) que domina y es quien necesita y tiene que *elaborarlo* y ponerlo en vigencia puesto que es condición primera para que pueda ser aplicado. En este plano, no le queda más a la burguesía (en nuestra sociedad y sistema jurídico positivo) que relegar a la

costumbre a regir sólo “en los casos que la ley se remita a ella”⁴ para así asegurar que sólo su voluntad, como ley, tenga juridicidad y legitimidad.

Pero explicar la elaboración de las normas jurídicas no se debe limitar a la pretensión cognoscitiva del *cómo*, formal o procedimental. Por el contrario, en tanto es la clase dominante la encargada de aquello -a través de un órgano estatal-, se plantea también el problema de la ubicación concreta de sus intereses -que se expresan como voluntad- en un momento histórico -asimismo- concreto, que es el que los determina, en tanto condición material de existencia de esa clase.

Para entender adecuadamente esa dinámica de elaboración de las prescripciones jurídicas, es de enorme importancia realizar un examen histórico del surgimiento del Derecho, cuáles son sus raíces y si ellas (y por tanto él) existieron siempre o surgen a partir de condiciones sociales concretas. Este es un *primer aspecto* necesario a enfrentarse y, al respecto, no podemos prescindir de las fundamentales corrientes interpretativas del fenómeno: el idealismo y el materialismo. Además, como cuestión particular de este problema, debemos abordar la discusión en torno a las fuentes del Derecho enfrentándola desde dos ángulos: el primero, relativo a cuáles deberíamos considerar como tales fuentes; y, en consecuencia el segundo, qué son realmente aquellas que generalmente se consideran como tales en las doctrinas jurídicas que cuestiono en su validez científica. Esto se abordará en el siguiente capítulo.

⁴ Oportunamente explicaremos por qué, aún en los casos de las legislaciones consuetudinarias, opera el mismo fenómeno, a pesar de la apariencia contraria. Sobre estos temas las discusiones que se ventilan en el pluralismo jurídico de viejo y nuevo cuño, evidencian la disputa sobre la primacía de la capacidad normativa positivada que ejerce la clase en el poder. En ese sentido, cuando se sostiene que las reglas adoptadas por una organización mafiosa, por ejemplo, constituyen *Derecho* (y ello pondría en cuestión la hegemonía o el monopolio del Estado en la elaboración del Derecho), las posiciones de la teoría institucionalista y las coincidencias que con ella expresa Bobbio, son inconsistentes porque ponen en debate lo que no debiera ser el objeto de la refutación. Si bien es verdad que no solo existe el Derecho Estatal, de ello no se sigue que cualquier regla exigida o exigible exprese la voluntad del Estado como única manifestación de dominio. No hay que perder de vista que una condición de la juridicidad refiere a la *obligatoriedad*, es decir, a la condición que debe tener la regla (o el derecho o la obligación que ella entraña) de ser exigida como obligatoria ante quien ejerce una forma de autoridad que va más allá de la formal o institucional pública. La reproducción de la dominación social y sus matices o contextos, tiene varios escenarios de reproducción. En el caso del Derecho indígena éste ha existido aún sin reconocimiento formal (silenciado e invisibilizado por la academia y las teorías jurídicas de vertiente occidental) y, desde su legitimación -a partir de la admisión de la condición plurinacional y pluricultural del Estado y de la sociedad- rige como parte de la institucionalidad. (Esta nota ha sido incorporada para esta edición).

El *segundo aspecto* que se hace necesario analizar como consecuencia de nuestro planteamiento sobre la elaboración del Derecho, implica ubicar al órgano legislativo dentro del contexto estatal y, además, la propia composición social que tiene en diferentes etapas o momentos y cómo esta situación es ya de por sí determinante en el proceso general de la elaboración normativa. ¿Quién hace el Derecho?, es una interrogante que no puede limitarse a buscar a la clase dominante únicamente como tal sino, además, debe significar la explicación del desligamiento aparente entre ella, económicamente ubicada, con sus representantes intelectuales y el Estado. Esto es de mayor necesidad cuando, en la sociedad capitalista, el aparato legislativo se estructura con individuos "elegidos por los ciudadanos" y la normatividad adquiere la apariencia contraria a nuestro enunciado y con manifestaciones que toman formas reales, objetivas.

Una *tercera cuestión* en nuestra aserción implica hablar de cómo se elabora la ley, ya no sólo en el plano procedimental, parlamentarista (que es lo que enfoca el normativismo), sino cómo un proceso en el que seres humanos concretos, materialmente determinados, tienen que abstraer la realidad social en su pensamiento para elaborar la ley y dotarle de expresión y contenido jurídicos. Y esto ya cae, abiertamente, fuera del campo formal de la elaboración para establecer un análisis de trasfondo, de las implicaciones que tiene el contexto ideológico en el que se mueve la legislatura al optar por *su obligación* (o potestad?): legislar. Sobre estos tópicos hablaré en el Capítulo V, sobre todo.

Además, explicar *la elaboración* supone la necesidad de establecer la vigencia de la "norma" que se emite, lo cual no es únicamente una implicación de su *sanción*⁵, sino -además y de antemano- saber si es o no necesaria para la clase dominante -con lo que volvemos a tratar el problema de su validez-. Esto encierra la explicación de las condiciones materiales en las que se hace necesaria la ley; nos referimos a esas condiciones no sólo como determinantes de la conciencia social de esa clase, sino también como determinantes de las relaciones jurídicas entre los miembros de la sociedad. Por tanto, analizar la elaboración no se circunscribe a *hacer* leyes que parecen convenientes -y *a priori*-, sino a las exigidas como necesarias o *pertinentes* para el ejercicio de la dominación social, *a posteriori*. Por eso, el problema de *la vigencia* impone hablar de lo que es, objetivamente, la validez de las *normas*. Y respecto a la eficacia, no podemos abstraer la necesidad de que cada ley vaya acompañada del para sí (Derecho

⁵ El concepto, en este caso, refiere a uno de los elementos del proceso legislativo que corresponde a la facultad del Ejecutivo para vetar (objetar) o poner el ejecútese (aprobar) a la norma.

adjetivo) de ese *deber ser* que, para las concepciones iusnaturalistas, habrá de regular la vida social, en general.

1.3. El Derecho adjetivo como *interpretación* de la norma jurídica.

Si el Derecho sustantivo tiene que ver directamente con la elaboración de la prescripción jurídica y con la voluntad de la clase dominante, el adjetivo, en tanto expresión inmediata de los mecanismos de represión y el nivel de organización de la clase dominante como Estado, no sólo puede ser considerado como un mero procedimiento para aplicar la “norma”, que juzga una violación o una supuesta violación. Más allá de esa formalidad inmediateista, se nos plantea ver cómo de antemano, quién juzga y quién o quiénes, a más del juez, intervienen en tal juzgamiento interpretando las disposiciones legales. El si esa interpretación es o no necesaria en el proceso de la aplicación de la ley, es una cuestión que debe dirimirse. Pero más que eso, ¿cómo proceden los participantes en esa interpretación; es correcta la forma interpretativa que describe la ley?, o ¿se hace necesario desarrollar una interpretación objetiva que, de un lado, considere la relevancia categorial del derecho positivo y, de otro, ubique históricamente tal contenido categorial sin desligarlo del contexto estructural de la sociedad y la división clasista que éste sustenta?. Estos son asuntos que aún no se han resuelto satisfactoriamente y necesitan ser analizados.

A primera vista resulta que la interpretación de las prescripciones del Derecho positivo es que son justas, previa al suposición de que ellas pretenden asegurar que se eviten las arbitrariedades o los excesos de los sujetos respecto de los derechos de los demás. Igualmente, respecto de tal justeza se podría argumentar -con una apariencia teórica materialista histórica- que, en tanto las normas jurídicas son voluntad de clase y rigen para todo un modo de producción (en lo fundamental), dichos señalamientos resultan ser protectores del interés de clase. Sin embargo, limitar la reflexión a este aspecto cae en el plano de una interpretación conveniente para los mismos intereses que parecerían develarse. Nuestro estudio tiene el propósito de mostrar cómo esos límites evitan encontrar los contenidos reales de la norma jurídica y, a este respecto, la interpretación no sólo interesa en cuanto al contenido gramatical o a la analogía de las leyes, sino en cuanto son verdaderas expresiones, como reflejo, de una determinada realidad histórica. Lo objetivo es cambiante y las motivaciones que tuvo la ley se transforman, con lo que la misma ley, hasta generalmente, entra en proceso de obsolescencia. Aquí se hace necesario explicar el proceso objetivo de interpretación legal, opuesto al formal existente.

Puesto que el Derecho, según los doctrinarios tradicionales, tiene una ligazón estrecha con la Justicia y, él es el vehículo hacia ésta, la interpretación que debe desembocar en una apreciación final del órgano jurisdiccional, como sentencia, muestra a la primera forma interpretativa como incompleta para alcanzar tal objetivo. Resulta, con frecuencia, que ese proceso interpretativo degenera en injusticia. Aquí se trata de mostrar cómo no sólo este fenómeno produce tal desequilibrio entre Derecho y Justicia. En tanto hablamos de la funcionalidad del aparato judicial es que planteamos esa oposición como circunscrita a él, pero no hay que perder de vista que esa función estatal, por su propia naturaleza clasista, ya nace con serios rasgos de parcialidad, por decir lo menos, que son -a la vez- serias determinantes para la aplicación *igual* del Derecho que concluye, como es obvio, en la ratificación de la misma injusticia o desigualdad económica en sociedades como la nuestra, clasista, con apropiación privada de los medios de producción. Por lo demás, los debates actuales sobre la instrumentalización de los aparatos judiciales para perseguir a los opositores políticos o para encubrir a los allegados al poder, son temas que ocupan los foros de la totalidad de los Estados democráticos y de los organismos internacionales, como un reconocimiento de que el problema no es parte solo de la calentura de los críticos o de los académicos.

Las generalidades aquí planteadas sólo buscan ubicar un contexto de lo que es el tratamiento teórico que damos a los problemas jurídico-políticos que debemos abordar en el transcurso de este trabajo.

Es complejo descubrir la esencia de toda la realidad jurídica, pero no por eso podemos adoptar actitudes escépticas. Los temas que hemos señalado no agotan la problemática a tratarse. Varias particularidades que, como derivaciones esenciales del análisis, no hemos indicado en este capítulo, nos veremos en la necesidad de desarrollar en cada consideración. Para ello hemos de recurrir al criterio de los tradicionales filósofos y tratadistas del Derecho. El enfrentamiento de tesis habrá de permitirnos una mayor claridad en nuestros asertos. Las concepciones tradicionales, generalmente idealistas o aquellas que pretendieron dar un esbozo interpretativo materialista pero que todavía adolecieron de deficiencias, podrán ser cuestionadas con mayor certeza y ello contribuirá, sin lugar a dudas, a nuestro propósito de aportar a proponer algunos elementos para el desarrollo de la Teoría Marxista del Derecho.

CAPITULO II

LAS CONCEPCIONES IDEALISTAS Y MATERIALISTAS SOBRE EL ORIGEN DEL DERECHO

El Origen del Derecho: El origen divino del Derecho.- El origen natural-humano del Derecho.- Iusnaturalismo y Burguesía.- Las concepciones materialistas.- La naturaleza social del Derecho y la sociedad.- ¿Cuándo surge la necesidad del Derecho?.- El Derecho como fenómeno social expresa la voluntad de la clase dominante.

En el primer capítulo hemos señalado que el Derecho no existe por encima de la sociedad ni siendo ajeno a ella; que, en tanto es resultante de la voluntad de la clase dominante, tiene una raíz terrenal y concreta y por eso se hace necesario hablar del proceso de elaboración de esa normatividad como uno a cargo de esa clase. Pero, contrarias a esta concepción, encontramos las formulaciones idealistas (que se exponen en el iusnaturalismo, en el positivismo y otras corrientes) al respecto. En el caso del marxismo como concepción materialista, la existencia del Derecho depende de la realidad material en la que se asienta la sociedad; en el caso del idealismo, tal cuestión depende de factores como la voluntad supra-humana, divina o de una abstracta naturaleza del ser humano. En todo caso, cualquiera de las dos concepciones nos obliga a hablar del *origen* del Derecho. La validez teórica de las corrientes del pensamiento, como apreciación científica de lo jurídico, precisamente debemos empezar a enfocarla desde esta temática.

2. El Origen del Derecho.

En cualesquiera de las ciencias, explicar su objeto de estudio no sólo supone comprenderlo en sí y en relación con los demás, sino también conocer su

origen, las causas de su aparecimiento, las condiciones de existencia inicial. En las diferentes doctrinas jurídicas, la cuestión relativa al origen del Derecho (o, al menos, de qué se hace depender su existencia y validez) es un asunto medular. De esta apreciación, por lo demás, se derivan las posteriores formulaciones teóricas de un sistema doctrinario. Al efecto tomaremos las apreciaciones teóricas bajo las dos líneas indicadas arriba: el idealismo y el materialismo.

En la primera concepción, sustentada por varias escuelas filosóficas que van desde el pensamiento antiguo hasta el iusnaturalismo contemporáneo, encontramos rasgos característicos en tanto todas se asientan en la comprensión del Derecho como un fenómeno no material sino divino o racional. La variación en la argumentación, en nuestro criterio, no corresponde a otra motivación que no sea el desarrollo histórico de la humanidad en su vida social; pero en última instancia, el nexo que las une es el establecimiento de concepciones a partir de exponer el fenómeno jurídico como una manifestación del espíritu, por encima de la vida material. A todas estas concepciones las denominaremos iusnaturalistas, en tanto bajo esta denominación englobamos a "un conjunto de doctrinas muy variadas, pero que tienen como denominador común la creencia de que el Derecho 'positivo' debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denomina precisamente 'Derecho Natural'. (LATORRE. 1976, p. 146) o "... fundado sobre la constitución misma de las cosas, y no sobre el simple capricho del legislador." (DEL VECHIO. 1946, T.1, p. 93). Por tanto, una primera observación consiste en que el idealismo considera al Derecho como un producto ajeno a la materialidad de la vida de los seres humanos y la sociedad.

2.1. El origen divino del Derecho.

¿De dónde es que el idealismo extrae al fenómeno jurídico como externo a los humanos y su sociedad?. Precisamente de aquella formulación que considera al espíritu como superior y anterior a la materia; y, en el ámbito de la sociedad, como la determinación de él en el decurso de la historia, cuyo asiento es la apreciación de que las ideas están separadas de la vida material humana y el

predominio de lo racional (ideal) sobre cualesquiera otro aspecto de la vida humana.

El idealismo no pretende explicar el origen del Derecho anteponiendo a la investigación la interrogante de cómo aparece o cuándo es dable su surgimiento (que ya de por sí supone introducir un elemento histórico en el análisis) sino que, asimilando la propia realidad humana frente a la naturaleza, pero mistificándola, la busca en un acto creador, acto que debe corresponder a alguien o a algo. Pero esto entraña ya una abstracción errónea puesto que parte de la suposición de su inexistencia no en la historia sino en la misma abstracción, que busca una explicación en un acto que tampoco está históricamente dado sino que es resultante de tal ejercicio racional (MARX. 1978. T5, p. 387). Los idealistas recurren a la explicación por medio de la creación (mistificación) precisamente porque "Un *ser* no se considera independiente mientras depende de otro; y sólo deja de depender, cuando se debe su *existencia* a sí mismo. Un ser humano que vive por la gracia de otros se considera dependiente. Y yo vivo absolutamente por la gracia de otro, sino sólo le debo mi conservación, sino que además me ha *creado*, si es la *fuerza* de mi *vida*; y mi vida tiene necesariamente un tal fundamento fuera de sí, cuando no es mi propia creación. De ahí que la *creación* sea una imagen muy difícil de borrar de la conciencia del pueblo. La independencia de la naturaleza y del ser humano te es *incomprensible*, pues va contra todas las *evidencias* de la vida práctica." (MARX. Idem, pg. 386) (las cursivas de Marx). Así, todo lo que existe a su rededor, los bienes que utiliza y, en especial los que transforma, también son resultante de un acto creador. Por tanto, las normas jurídicas (más aún si en su acepción positiva son resultado de la racionalidad de los legisladores) también son creadas.

Además, como todo lo creado, lo que se transforma o lo que transforma el ser humano, requiere de una condición exterior, igualmente, él y la sociedad y lo que considera "regula la vida social", necesariamente deben provenir de esa exterioridad. Tal elemento, los idealistas, lo encuentran en un ser superior. Como vemos, en la concepción idealista, el Derecho supone un orden determinado del

que no puede abstraerse⁶. Dentro de ese orden, el *insnaturalismo antiguo* y la *Patrística*, especialmente, introducen la presencia de un ser perfecto, puesta la complejidad del mundo en cuya creación de ninguna manera interviene la acción humana que es imperfecta (en tanto la naturaleza existe previa a él); ese ser supremo es Dios que determina el orden en el que también habita el ser humano. Si todas las cosas naturales se sujetan al ordenamiento divino (puesto que son su producto), el ser humano no se abstrae de él.

El contexto precitado supone, entonces, un orden cuyo basamento es la voluntad divina constituida como *LEY ETERNA* que rige en todas y cada una de sus partes, general y particularmente. Tal ley resulta ser el principio en el que se asientan las demás y, por tanto, la que rige jurídicamente la vida social aunque sea producto racional humano ya que, como lo señalaba Tomás de Aquino, parafraseando la posición aristotélica sobre *la forma* (entendida como sustancia inmutable y de carácter suprahumano, como "forma de las formas"), la ley divina es imponderable o imprescindible en todas las cosas del universo.

Se trata de que la filosofía idealista, para explicar lo que hace el espíritu, la voluntad o la idea humanos, debe oponerles una idea, una voluntad o un espíritu mistificado, sagrado, divino, superior, anterior a los primeros y que los determina, los rige sujetándolos a ser y hacerse por él y para él (MARX. 1975, p. 134).

RECASENS SICHES (1946) señala que

"La ley *ETERNA* es definida como la Razón misma de Dios o como voluntad que de acuerdo con ella establece y conserva el orden del universo por él creado. Dios, con su sabiduría infinita y con su omnipotencia, creó al mundo, dotándolo en todas y cada una de sus partes de leyes adecuadas. La ley eterna es la pauta suprema del orden universal, la razón primera del movimiento de las criaturas, el arquetipo de toda ley es, además -según Tomás de Aquino-, la que imprime a todos los seres la orientación hacia sus fines naturales. La ley eterna contiene un sector especial

⁶ Nos referimos aquí a que todo proceso de elaboración, generalmente supone un determinado ordenamiento, propio de lo que se produce. La construcción de algo "elaborado" implica primero obtener la materia prima, luego acondicionarla, dotarla de formas y nuevas cualidades y procurar que cada parte tenga un papel en el producto final. Más aún, nada se crea sin un objetivo concreto. Aquí la construcción supone una causa y un fin de lo que se crea y, principalmente se ubicará en ese contexto. Más o menos, ésta es la apreciación idealista del orden a la cual le hemos limitado la mistificación de esa concepción, por eso el idealismo convierte su filosofía jurídica en una posición eminentemente teleológica.

llamado *LEY NATURAL* que se refiere a la conducta humana y se manifiesta en la conciencia, con carácter normativo, excluyendo de sí, por lo tanto, toda fatalidad física. La *LEY NATURAL* consiste, pues, en los juicios básicos del orden moral y debe considerarse como un sector de la eterna, por lo cual le corresponde una validez objetiva. Pero, además, se manifiesta habitualmente en la conciencia humana (.....) de modo que puede reputarse como participación de ésta en la 'ley eterna' en cuanto el ser humano posee una luz natural que le orienta para hallar la recta norma de su obrar."

De esta forma, la sujeción del ser humano, involuntaria e inevitable, a la ley eterna es lo que se conoce como *LEY NATURAL*. No es el ser humano quien realmente crea las normas jurídicas, *strictu sensu*, sino que éstas ya están dadas en su conciencia, con lo cual su *recta ratio*, como "luz natural" de la que le ha dotado la divinidad, es la que le permite formularla para alcanzar el bien y la justicia.

En PLATÓN encontramos afirmaciones de esta índole. Él dice: "Desde que un ser humano crece y puesto que las leyes le enseñan que hay dioses, no cometerá ninguna acción impía ni pronunciará discurso contrario a las leyes".... "nosotros damos por fundamento a nuestras leyes la existencia de los dioses," (En PONCE 1970, pp 42 y 43)).

En la ESCUELA ESTOICA se afirma que "no hay nada bueno sino la virtud y nada malo sino el vicio" y sostienen la existencia de una identidad entre el ser humano y Dios, entre naturaleza (razón humana) y Dios; entre razón (virtud humana) y Dios, de donde, ley moral, ley racional y ley natural (en el iusnaturalismo), son una misma cosa. LÓPEZ DE OÑATE señala que: "El imperativo moral del estoicismo impone la obediencia a la ley de la naturaleza, el vivir conforme a ella, justamente por su carácter divino y universalmente válido." (1961, T.1, p. 182). En este planteamiento estoico es donde encontramos más apropiada la base teórica del iusnaturalismo al hacer depender la ley, el ordenamiento jurídico, de la voluntad de Dios y que coincide con los postulados platónicos en este aspecto (que se reproducen en la Patrística). De paso, cabe señalar, que el origen del Derecho no sólo se lo formula como divino, sino que, aún más, la propia condición de validez tiene el mismo fundamento.

Un elemento necesario en las concepciones idealistas que lo encontramos en casi la totalidad de escuelas iusnaturalistas, es *la razón*. Ella, junto a la voluntad (sea ésta divina o humana) juegan el papel de centros motrices de sus asertos y, especialmente la primera, es el quid de la posibilidad humana para elaborar las leyes. Sin razón (*recta ratio*) el ser humano no puede elaborar normas jurídicas. Tal cual pasa con otras especies animales que no la poseen. La conclusión que salta es obvia: sin razón, no puede existir norma jurídica.

Pero, realmente, ello no supone que la razón humana (al menos en el iusnaturalismo antiguo y cristiano) sea el origen del Derecho; ella es necesaria intermediación determinada por la divinidad puesto que ya es un producto, con lo cual, el verdadero asiento resulta ser la voluntad superior. Sin embargo, se hace necesario indicar que, de todas formas, la intervención racional -aunque determinada- supone una acción humana. FRIEDRICH (1964), refiriéndose a estas concepciones, señala que "Lo principal es que el ser humano, en contraste con los demás seres vivos, participa conscientemente de esta *ratio*, porque él mismo posee razón y, por consiguiente, puede comprender las leyes de la naturaleza... la ley es un razonamiento justo (...) y debemos suponer que Dios y los seres humanos la poseen en común." puesto que -como se señala en el *De Legibus*, I, 7- "el mundo entero es una comunidad de dioses y seres humanos".

BARNES (1945), al mismo efecto señala que: "Las concepciones estoicas tuvieron una marcada relación con sus concepciones de Dios, el ser humano y el mundo. Los estoicos eran teístas y consideraban al universo, al ser humano y a la sociedad como *resultado de la obra divina*. Dios había creado el universo material y el ser humano; las instituciones humanas no eran sino *una débil imitación* de la sabiduría divina.... La sabiduría divina emanaba de Dios en forma de logos y podía ser captada, en cierto grado, por la naturaleza racional del ser humano." (cursivas mías).

Estas afirmaciones nos permiten apreciar de manera más evidente que dentro de las concepciones que analizamos, el estoicismo cobra la posición más o menos acabada del idealismo antiguo en tanto el carácter racional, a diferencia de la pasividad que suponía en las concepciones platónicas y aristotélicas (puesto

que la mantienen como depositaria de principios que rigen la conducta), aquí cobra vitalidad, es activa, supone participación del ser humano. Entre dios y la ley, media la razón humana.

En la concepción judía, el presupuesto divino -como origen del Derecho- ya se plantea no sólo como una justificación lógica o, en general, filosófica. En ésta, el acto creador del Derecho se sustantiva en la entrega de la ley divina a Moisés. La tradición religiosa israelita concibe a la divinidad como una que -ante todo- es normativa, preocupada por la vigencia de la ley para la convivencia pacífica y armónica del pueblo escogido y que, al tiempo que es omnibondadosa, también castiga. Lo importante aquí es resaltar la presencia del ser humano ya no sólo en su racionalidad sino en los hechos generadores de la ley; la combinación de un acto divino con uno terrenal (aunque aparezca pasivo y mistificado como un querer determinado también por Dios) expresa la importancia ascendente que va cobrando en la formulación teórica la presencia del ser social. La fe humana, judía, los convierte en predestinados a recibir los *Diez Mandamientos*. Subjetividad y objetividad (como fe y sociedad) se funden en la sociedad divinizada (*pueblo escogido*) que interviene en la realización de la voluntad supra humana. Esta última concepción es en la que AGUSTÍN y TOMÁS DE AQUINO asentarán importantísimas cuestiones de su doctrina jurídica. La propia división de la organización social expresada en la *Civitas Dei* y la *Civitas Terrena*, la trilogía de leyes (*eterna, natural y positiva*), los conceptos de infracción y pena o aquella de la fe como fundamento de los contratos, etc., tienen su raíz en la concepción religiosa judeo-cristiana.

En las demás escuelas iusnaturalistas antiguas y religiosas, con matices variados, encontraremos el fundamento del Derecho, su origen, en la divinidad. Los egipcios, por ejemplo, lo consideraban al mandato del faraón como un imperativo divino. Los pueblos de Babilonia y Siria, fueron tradicionales creyentes en que el destino de sus dioses locales estaba unido al de su ciudad en la que la divinidad se vale del ISCHAKKU o PATESI para el gobierno -como un vicario que actúa sólo bajo mandato u orden de ella-. El pueblo iraní, en el que el AHURA MAZDA (Dios del Bien) es el creador de la paz humana y el sentido de justicia en la actividad de los reyes. El pueblo chino en el cual las posturas

confucianistas, taoístas o las de Mo-tsé, coinciden en la dependencia de lo terrenal respecto de la voluntad celestial. En el caso del pueblo indú, la concepción plasmada en los Vedas, base del brahmanismo, aboga por el orden social no sólo regulado por normas sino por la necesaria coacción para evitar el caos social... (En TRUYOL Y SERRA. 1978).

Lo inevitable de una apreciación de esta naturaleza es que la unidad entre ley y justicia se torna totalmente ideal, sin contenido objetivo y, por tanto, fuera de la terrenalidad y cae en el absurdo de promover valoraciones que sólo pueden tener fundamentación discursiva dogmática, toda vez que lo expuesto no es la realidad sino las consideraciones subjetivas o las creencias sustentadas en la fe o apreciaciones transferidas en las costumbres o concepciones transmitidas por las generaciones anteriores sin que sean sometidas a juicio crítico. El respeto a la tradición termina por admitir como verdadero aquello que el ingenuo parecer de los antecesores pudo construir como explicación fantasiosa de la realidad ante el impedimento de contar con medios científicos. Cuando abordemos lo referente a cómo el idealismo considera la relación entre moral y derecho, o entre lo justo e injusto, especificaremos esta observación. En esta parte, apenas, queremos hacer notar la debilidad que implica acreditar el origen del Derecho a una divinidad, situación que establece -de antemano- que estas concepciones más que una apreciación filosófica sobre este tópico, *strictu sensu*, constituyen una desembocadura religiosa argumentada filosóficamente.

Así, cabe señalar sin lugar a dudas que "la concepción no puede ser concreta cuando el objeto de la concepción es abstracto" (MARX. 1974) y el Derecho es un objeto de éstos que debe ser explicado en la abstracción. Pero en la doctrina iusnaturalista, que postula la divinidad como causa o fundamento de él, la abstracción cae fuera de la objetividad, no refleja el fenómeno en su vínculo social sino en su idealidad; no lo estima cómo es, sino que pretende aproximarle en su realidad a lo que ya está valorado como concepto. Y la religión, como valoración ideal de lo real, se transforma en el complemento necesario de la interpretación jurídica. Esto, como resultado de que en la objetividad social la religión es necesaria al ejercicio del poder estatal que, imperfecto como era en la antigüedad y el feudalismo (en tanto el ser humano no está liberado políticamente

ya que no todos son ciudadanos y el control social no se promueve por la aparente soberanía popular del Estado actual), se vale de la conciencia social para impartir la sumisión a él. Esa conciencia limitada por el escaso desarrollo de los medios de dominación de la naturaleza, que a su vez son medios de conocimiento de la misma, no podía explicar objetivamente los fenómenos que le rodean, y que son externos e internos, permitiendo la mistificación en la religión en tanto ella es "reflejo fantástico que proyectan en la cabeza de los seres humanos aquellas fuerzas externas que gobiernan sobre su vida diaria, un reflejo en que las fuerzas terrenales revisten la forma de poderes sobrenaturales" expresando en la divinidad las cualidades naturales y sociales del propio ser humano (ENGELS. 1973) y por lo cual no nos es nada raro que, generalmente, la mayor incapacidad humana para explicarse lo exterior se proyecte en mayores poderes superiores o, dicho en otros términos, la medida de la falta de conocimiento humano respecto de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento es el grado de participación de la divina providencia y sus poderes. Así, el ser humano ha traspuesto lo real como ideal. Su idea (su creación) aparece ubicada por encima de él hasta el punto de convertirlo en un determinado por ella.

Esa es la razón para que las leyes sean expuestas no como obras humanas, sino como revelaciones divinas que requieren de mediadores predestinados, entre Dios y la masa, para proponerlas y vigilarlas terrenalmente. En tanto, inicialmente, el Estado también asume una configuración teológica, éste se adjudica para sí la tarea de velar por la armonía y el alcance de la justicia; las relaciones jurídicas, las "normadas" por el Derecho, asoman no como basadas en el interés objetivo de las personas, sino en la fe, en el mandato de Dios, en la búsqueda de disfrute de la felicidad celestial. En esta época el ser humano no es él, es su enajenación, la mistificación religiosa del ser humano que contribuye a que el poder del monarca o el rey aparezca enajenado como *poder divino encarnado* o *terrenalizado*, por lo que el Derecho dictado por el monarca no es válido por su poder social sino porque es divino. (MARX. 1978)

Se trata de que se ha separado el Derecho de su terrenalidad y también se está divinizándolo. Lo que no queda explicado en esta apreciación idealista es cómo es posible que, siendo un producto divino y ajeno a la humanidad, las

circunstancias material-históricas de la sociedad logran determinar diferencias entre un orden jurídico y otro, territorial y temporalmente considerados, cuestión que vemos a diario; o cómo es que el Derecho, siendo algo tan divino, necesita de algo tan terrenal, como el Estado y la Policía, para hacerse valer; etc. Abordar estos asuntos con certeza los llevaría a volver a poner los pies sobre la tierra y a abandonar los cielos.

2.2. El origen natural-humano del Derecho.

Otra postura que asume el idealismo, pero que rescata la actividad humana, es del *iusnaturalismo clásico*. En esta corriente encontramos a las escuelas del derecho natural y racional que ya corresponden a la época del naciente capitalismo que pone en escena a la burguesía revolucionaria antimonárquica; es la era de "las luces" en que la burguesía primero pugna por adjudicarse el poder y justificar su ascenso y, posteriormente, como clase dominante, ejercer su poder sobre la sociedad, imponiendo sus propias leyes. Exponentes como Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf, Tomasius, Charles Louis de Secondat o Barón de Montesquieu o Juan Jacobo Rousseau y Guillermo F. Hegel, configuraron toda la doctrina filosófico-jurídica en la que la burguesía buscó la legitimación de su acción clasista.

En esta corriente, la divinidad pasa a jugar un secundario papel. La *NATURALEZA* es el centro de atención burguesa. Y, específicamente, la voluntad humana y su cualidad racional se convierten, en tanto que consideradas como naturales en el ser humano, en los fundamentos sobre los que descansa la legislación. Esta premisa teórica es la que los lleva a la búsqueda y explicación de un *estado natural humano* que haría necesario un *contrato social* y el apareamiento del Estado, para la protección de los *derechos naturales* inherentes a la especie racional.

Las teorizaciones todavía subjetivas, o mejor, basadas en consideraciones alusivas sólo al ámbito espiritual -cuya expresión ahora son la razón y voluntad del ser humano-, no alcanzan a proporcionar fortaleza científica al *iusnaturalismo clásico*. Las propias contradicciones en las que se mueven los teóricos de la burguesía, nos muestran cómo su "racionalidad" no alcanza a sobrepasar la elucubración formulada en la cabeza de cada uno de ellos respecto de fenómenos

objetivos que sólo se los aprecia en su forma, en tanto cómo se presentan, es decir, en su apariencia.

Así, por ejemplo, mientras el estado natural en Grocio resulta ser la sociabilidad (apetito social); en Hobbes, por el contrario, es el egoísmo. Ambos miran el mismo fenómeno: la vida en sociedad, la cohesión social; cada uno lo explica viendo un lado diferente de la unidad: el primero concibe al ser humano en la producción, en el trabajo donde no puede prescindir de los demás; el otro lo ve en la competencia, en el mercado, donde regatea por cuidar sus intereses propietarios. Sin embargo, los dos elevan a categoría de "verdad eterna" y "naturaleza humana" su particular punto de vista y, después de haber construido a semejantes seres humanos, cada uno por su lado, se dedica a proporcionarles cualidades derivadas con las que construyen la sociedad, el Estado y las leyes. Con la realidad actual valorada en los conceptos, cada teórico construye un estado natural imaginario pasado en el cual cada ser humano que nace, lo hace no sólo cargando sus "propios derechos" por la circunstancia de haber nacido ser humano, sino esa naturaleza que le servirá para ampliarlos o compartirlos. La libertad, la igualdad, la vida, la propiedad, fundamentalmente, aparecen como esos derechos que junto a la razón habrán de sentar las bases para el contrato social que, como en Locke, supone un renunciamiento parcial a los mismos (como autolimitación individual pero generalizada y colectivizada, acordada, convenida por todos) para garantizarlos, sujetándose a lo prescrito en tal convenio que tiene como garante necesario al Estado y que supone, a la vez, la seguridad para la parte de derechos que se reserva el individuo y fundamenta la limitación del poder monárquico.

Así, "Para esta tendencia filosófica la base de la concepción del mundo es la razón, como principio general que gobierna el universo, y por tanto también al ser humano que de él es una parte. Vivir según la naturaleza es vivir con arreglo los dictados de la razón que rige a aquella. Así, la idea del Derecho natural se polariza en torno al deber de vivir con arreglo un ideal dictado por la razón, el Derecho natural se transforma en Derecho 'ideal'..." (LATORRE. 1976, p. 149)

Esta transformación se debe precisamente a la unilateral consideración del papel de la razón en la generación de leyes y en la sociedad en general que postula inclusive la posibilidad de exageraciones racionalistas como la de TOMASIUS

cuando concibe la división de los seres humanos por su tipo racional (como tontos e inteligentes) y de donde hace derivar el que los segundos tienen como misión social dictar las leyes y con lo cual no va muy lejos de caer en la elitización de la razón, al igual que Platón.

Entonces, para esta corriente, la preexistencia de *derechos naturales*, la razón y la voluntad humanas, son el origen y fundamento del Derecho. El Derecho positivo, en este marco, se limitaría a consagrar lo que son los naturales. Pero, además, en tanto la consagración positiva es un resultado legislativo humano (del monarca o de un poder especialmente establecido), la razón, que es quien lo permite, no interviene como determinada por la vida de los seres humanos o la sociedad o por condiciones externas (excepto en el caso de Montesquieu, quien - sin embargo de seguir también la línea racionalista- adjudica al clima, a la geografía, a las instituciones políticas, etc., ser los determinantes de los contenidos jurídicos), sino que es la condición determinante. Ya en el plano, poco diferenciamos la posición naturalista clásica, de la antigua y, especialmente, de la de Platón y Agustín para quienes la *recta ratio* es la que establece los valores morales y jurídicos en la conducta humana.

La razón es la que guía al legislador a establecer lo que es digno o no de ser contenido jurídico. Tal determinación aparece formulada en KANT precisamente en sus "formas puras" que contienen al *imperativo categórico* de "proceder de tal modo que el máximo de la voluntad esté siempre a la par con los principios universales de la legislación" y que "la humanidad, en tí como en los otros, te sirva de medio y fin al mismo tiempo" y que, por tanto, hacen del legislador un mero tramitador de las exigencias de la razón, al margen de la vida real de la que no recibe influencia alguna.

De otro lado, la voluntad aparece como asiento de la relación jurídica. Ella había sido la motivadora del contrato social donde cada uno se compromete por su deseo autodeterminado, de donde, la voluntad aparece como fuente de las reglas establecidas por convenio. Esta formulación introducida por GROCIO y seguida por los demás teóricos burgueses, supone la absolutización de la voluntad como dominación humana sobre sí cuanto sobre lo que le rodea.

Pero ¿cuál es el verdadero fundamento ideológico de estas posiciones? Indudablemente que el apareamiento de nuevas relaciones sociales en el seno de la sociedad feudal: las relaciones capitalistas que requieren de un nuevo instrumento jurídico que las garantice mostrándolas no como propias del interés burgués sino como correspondientes al conjunto social.

2.3. Insnaturalismo y burguesía.

En tanto "...la conciencia nunca puede ser otra cosa que el *ser consciente*, y el ser de los hombres es el proceso real de su vida." (MARX-ENGELS. 1976. T IV, p. 19), la burguesía necesitaba su propia legalidad y una doctrina que la justificase. Ella no podía vivir bajo tutela de los gremios y las corporaciones, pues la limitaban. Más aún, la valoración de la mercancía por el trabajo y el intercambio de ellas por parte de sus propietarios, reproducían otros intereses que necesariamente debían expresarse en la ideología política, filosófica y jurídica y, es que lo que ella posee como conciencia no es otra cosa que las "concepciones morales y jurídicas que son una expresión más o menos correspondiente -positiva o negativa, favorable o adversa- de las relaciones sociales y políticas en que vive" (MARX-ENGELS. 1976. T VI, p. 81).

Esta clase no se excluye del hecho de que las concepciones humanas reflejan tanto la condición individual del ser humano cuanto -ante todo- la de su relación con los demás, y la materialidad en que ellas se desenvuelven (producción, cambio, etc.), que le es independiente. Y en su pensamiento eso era lo que reflejaba. Pero el idealismo burgués convirtió su ideología en la "representación del ser humano" emanada de su razón, de sus conceptos; y, en esta representación abstracta asentó su filosofía jurídica.

La realidad burguesa determinaba que su sociedad se caracterice por el enfrentamiento entre los individuos, cada uno haciendo uso de sus facultades, de su razón, su "inteligencia para los negocios". Y para ello no podían mantener los *privilegios feudales*; el derecho no podía consagrar ventajas en la competencia económica; *consideración igual y obligatoriedad para todos* cuando se trate de poner alguna limitación, esas eran las condiciones que requerían los capitalistas; y, la supresión del privilegio feudal era, a la vez, el desate de trabas para dar rienda

suelta a la competencia, a la anarquía económica que se convirtió en ley del capitalismo y en el fundamento del Estado burgués.

Y *la crítica al privilegio* empezó por la crítica a la religión alcanzando la emancipación del Estado respecto de ella puesto que el feudalismo asentaba el privilegio en justificaciones teológicas. Sus consideraciones respecto del contrato social la orientaban a romper con la naturaleza divina del Estado y le permitían mostrarlo como un producto acabado de la razón y voluntad de los seres humanos que viven bajo su tutela. Este fue el pilar en el que asentó su lucha y victoria contra la supremacía de la Iglesia sobre el Estado y que conllevó el dejar sin base a la nobleza feudal para seguir sustentando diferencias injustificadas.

Así, el Estado configura ya un *órgano político* de la sociedad; y puesto que la división del trabajo implica la contradicción entre el individuo con otros (con la colectividad), el interés colectivo adquiere forma propia como Estado, independiente y desligada tanto del individuo como de la propia colectividad, como "comunidad ilusoria". En la ninguna coincidencia formal entre lo privado y lo social, el Estado aparece como algo independiente que actúa interponiéndose en la contradicción entre uno y otro, como imposición del interés social al individual, como supremacía del primero sobre el segundo (MARX-ENGELS. 1976. T IV, p. 28). Así, aparece como superior a ti, ajeno a ti, independiente de ti y, por tanto, de cada individuo, de todos, pero, sin embargo, sujeto a lo que todos tenemos por común.

La burguesía impuso al Estado como voluntad e interés colectivos; y, las determinaciones del Estado, en tanto que eran su voluntad, eran las determinaciones jurídicas y de donde se sigue que éstas eran las determinaciones colectivas. La democracia se constituía ahora como la elaboración legal para el sujeto en tanto la ley es la soberanía popular para sí, es la existencia del ser humano. Antes, el ser humano (el monarca) era la existencia de la ley, ahora, la ley existe para el ser humano y por él (para todos) (MARX. 1978, p. 37). Asentado en la sociedad de los privilegios abolidos (sólo políticamente), el Derecho asoma como general, suprimiendo los privilegios a los individuos pero manteniéndolos en la clase burguesa (como conjunto), frente a otras clases. Por eso Marx sostenía que "Los burgueses tienen que buscar una expresión general porque dominan como clase" (MARX. 1975, p. 669). La burguesía no domina en

la sociedad como el terrateniente en el feudo, es decir individualmente, ella ejerce un poder colectivo de clase y sus leyes deben, por tanto, expresar ese interés social clasista que crea la apariencia de que todos los individuos están cobijados por el Derecho y, al mismo tiempo, obligarlos.

En esa generalidad es donde se asienta la ilusión de los *derechos naturales* que postulan los ideólogos burgueses. Las nuevas condiciones que se generalizan en la vida capitalista permite consolidar una nueva apreciación de lo jurídico: de un lado, los burgueses luchan contra los privilegios, contra lo cual luchan también los campesinos y siervos; de otro, gobiernan como clase; y, finalmente, se generaliza la tendencia a un trato igual entre los Estados independientes. Todas estas condiciones permiten la mistificación de los derechos, como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la propiedad, en calidad de humanos o naturales que se los proclama como eternos e inmutables para toda sociedad.

Pero, ¿en qué consisten realmente tales derechos? ¿son o no naturales? Estas son Cuestiones que requieren de un análisis que la burguesía no estuvo en condiciones de realizar y, para hoy, ya no le interesa puesto que desmitifica la teoría burguesa que, asentada en estas concepciones sobre el origen de lo jurídico, oculta la naturaleza de clase de toda juridicidad.

2.4. La concepción marxista sobre el origen del Derecho.

Afirmaba anteriormente que del punto de vista que se adopta frente al problema del origen de los fenómenos, depende una serie de apreciaciones posteriores. Como hemos indicado, el idealismo no agota el análisis de la categoría jurídica y su aparición, al querer mostrarla como un asunto estrictamente ideal o espiritual. Los límites de la reflexión no rebasan los de la fe o la convicción en que lo dicho resulta verdadero por la aparente consistencia lógica que posee (aparente por su formalidad). Por eso mismo no resiste un cuestionamiento en el que la realidad y el desarrollo histórico son elementos sine qua non de comprobación de la veracidad de lo afirmado.

Bajo lo enunciado, una vez que hemos abordado, más expositiva que críticamente, lo que constituye el pensamiento idealista sobre el Derecho, ahora

cabe sistematizar el pensamiento materialista contemporáneo entendido -ante todo- como aquella concepción estructurada por Marx y Engels en sus obras. Trataremos, por tanto, de expresar las tesis sustentadas por los teóricos del marxismo.

2.4.1. El carácter social del Derecho y la sociedad.

Una fundamental premisa de la que parte el concepto científico del Derecho, es aquella que tiene por objeto discernir su ubicación objetiva. Para nosotros, de tal ubicación se derivan las posteriores proposiciones.

En primer lugar, cabe la observación inmediata de que el Derecho tiene íntima una relación con la vida social. *No se puede concebir la existencia del elemento jurídico fuera de la organización humana*, así como no podemos concebir tal existencia de la ideología la política, la economía, el Estado, etc.; todo esto supone, previamente, esa condición. La segunda cuestión que se nos plantea es la relativa a poder discernir *cuál es el papel que cumple el Derecho en la sociedad* -y para ello es necesario saber si el mero hecho de la existencia del individuo en colectividad le dio la capacidad de formularlo, o fue requerida alguna condición adicional imprescindible para tener el elemento jurídico.

En el primer caso, el Derecho -no puede negarse- es un resultado de la sociedad. Pero, el que necesite para su existencia, a la sociedad, no supone que el Derecho nazca con ella. Sería él, entonces, un producto espontáneo dotado de vida y racionalidad propias que debió estar, si cabe, a "la expectativa" o "al acecho" de cuando nace la sociedad, para inmiscuirse en ella (apreciación de por sí ridícula). Por tanto, sería algo incondicionado. O, en el mejor de los casos, suponer que nace con la sociedad significaría que apenas se encontraron los seres humanos en la vida social, por ese sólo hecho asumieron obligaciones y facultades mutuas en tales relaciones. Cuando decimos que el Derecho necesita del conjunto social, formulamos que él surge una vez establecidas dichas relaciones humanas. Aún en el caso de que aceptemos que el Derecho ordena, regula, etc. la vida colectiva, se hace necesario que previamente ésta exista y, el

mismo hecho de que aparezca relacionado con la conducta humana (con cualquiera implicación que se pretende adjudicar a tal vinculación), nos demuestra que primero debe existir aquélla en cuanto tiene efectos frente a otros individuos y, luego, la prescripción normativa, como la denomina Kelsen. De otro lado, al decir de Luis Díez Picazo, el Derecho tiene como finalidad resolver "conflictos de intereses" y eso connota claramente la dependencia que aquí afirmamos.

De todo esto se desprende, en primer lugar, que el orden jurídico es un fenómeno social y esa sola afirmación nos lleva a comprender que no existe antes ni determinando la relación social sino después y como determinado por ella; es, entonces, al decir de algunos autores, un *subsistema social*. Esta última afirmación requiere de una aclaración más. El Derecho no afecta o involucra, por ejemplo, a aquellas relaciones sentimentales entre hermanos, o entre amigos, o entre enamorados; en esta esfera de relaciones, el Derecho no cumple ningún papel; aquí, si se quiere, se expresan de manera mucho más amplia las cualidades sociales del ser humano y que actividades como las que hemos señalado no estén subsumidas en las relaciones y normas jurídicas evidencia que *ellas no abarcan todas las relaciones sociales sino una parte específica* de las mismas. Este mismo hecho nos revela una cuestión trascendental: si el orden jurídico fuera o se desprendiera de la naturaleza de los seres humanos, sería un orden globalizador, holístico, de la relación social; pero, tales excepciones (que más que excepciones son generalidades y lo "regulado" jurídicamente al ser la especificidad es la real excepción) nos demuestran que la argumentación iusnaturalista carece de valor objetivo. A menos que la "sapiencia" de tal posición, ahora, descubra que las leyes corresponden a "una parte de la naturaleza de los seres humanos" y que, de por sí, ya no es tan naturaleza puesto que su fraccionamiento y parcialidad supone la negación de la "unidad esencial".

Hasta aquí en relación al primer aspecto, logramos establecer que el Derecho es un *fenómeno social*, entendido -según sostiene ROSENTHAL (1960, p. 55)- como una forma, la forma jurídica de manifestarse la esencia de determinadas relaciones humanas colectivas.

En el segundo aspecto, ya la propia investigación social burguesa ha demostrado que los seres humanos en sus etapas de desarrollo histórico se asemejan mucho al proceso de formación individual como mencionábamos anteriormente, en el sentido de que las primeras etapas de la humanidad pueden compararse con la del niño. ENGELS, al denominar la primera expresión social como *estadio inferior del salvajismo*, lo califica de "Infancia del género humano (en el que) Los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o subtropicales y vivían por lo menos parcialmente, en los árboles; ésta, es la única explicación de que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes. Los frutos, las nueces y las raíces servían de alimento; el principal progreso de esta época es la formación del *lenguaje articulado*. Ninguno de los pueblos conocidos en el período histórico se encontraba ya en tal estado primitivo." (1973. T VII, p. 134) recogiendo las investigaciones de Lewis Morgan plasmadas en su obra "Ancient Society" (La Sociedad Primitiva) y en las que formula el apareamiento de la Ley Civil (es decir el Derecho en cuanto tal) en las civilizaciones griega y romana, esto es, en una situación ya bastante desarrollada de la sociedad.

BARNES y BECKER en "Historia del Pensamiento Social" (1945) al referirse a los pueblos pre alfabetos indican las limitaciones que éstos tuvieron y señalan la existencia de una inmovilidad mental en aquellos y como resultado de su falta de relación vecinal. El propio ROUSSEAU manifiesta que los "seres humanos han necesitado el habla para poder aprender a pensar" (1972, p. 52) poniendo en evidencia la importancia del lenguaje en el desarrollo de la cognición humana. Y es que, cómo podría ser posible pensar siquiera que sin la designación abstracta de los objetos, los seres humanos pudieran formular juicios y, peor, juicios de valor, como supone o exige la elaboración de una ley. Dado que el hecho evidente es que la norma o la ley están condicionadas no sólo a la existencia del ser humano sino a la del ser humano pensante, es dable establecer que ellas son un producto abstracto-racional que refleja una realidad determinada, como afirmábamos anteriormente, y por ello comparto la posición de DIEZ PICAZO cuando sostiene que "...ante todo, hay obviamente una estructura mental procede ya por la vía de abstracción y de generalización. La generalización implica un deseo de comprender dentro de la proposición, una pluralidad de casos posibles. La abstracción indica una cierta capacidad para describir la

pluralidad a través de sus rasgos más característicos..." (1975, p. 165). Salta a la vista que los seres humanos de las primeras sociedades aún anteriores el salvajismo inferior, no podían tener capacidad de tal abstracción y, por tanto, eran incapaces hasta de pretender explicar sus relaciones naturales inmediatas, peor para pretender adjudicar connotaciones jurídicas a las estrictamente sociales.

Planteado así el problema queda establecido que el Derecho no siempre existió en la sociedad humana y al ser un fenómeno de ella tiene una vida "terrenal" y no "celestial" como pretenden los idealistas.

Ahora bien, tal fenómeno tiene una función específica y no sólo incluye una especificidad en cuanto a las relaciones que abarca; más aún, lo primero no es sino en virtud de lo segundo. En nuestro criterio, el Derecho no cumple el papel de protector social. Si bien las sociedades iniciales se protegían usando sanciones morales, ellas cubrían a todos los miembros en razón de que el acto era también social, colectivo y determinado por las relaciones propias del régimen de producción caracterizado por el usufructo común de los bienes y la inexistencia de intereses privados; y, esta misma cualidad social ya no se le puede perjudicar a la categoría jurídica; por el contrario, ella presupone otras condiciones y, por tanto, otra connotación. Sin embargo, lo que no podemos negar es su elemento coactivo y el uso coercitivo que son cualidades necesarias de ella. Así, la primera función que aparece en la norma jurídica es la de compeler a cumplir con algo determinado por ella. Pero, precisamente esto, así sin ningún otro análisis, restringe la posibilidad de entender objetivamente su verdadera función en cuanto, como habíamos indicado, la ley resulta de una abstracción humana que, además, supone encontrar la relación entre lo real y esa acción idealizadora. Esta técnica la retomaremos cuando abordemos el tema sobre "El Derecho como organizador social".

No podemos dejar de señalar aquí que el "orden jurídico", al ser resultado de una actividad racional, forma parte de lo que se ha cualificado como la superestructura social; él mismo es parte de las formas de la conciencia social. Ya habíamos indicado que la conciencia no es más que el ser consciente, connotado con ello que las ideas de los seres humanos no sólo están condicionadas por los

objetos exteriores que conoce y busca definir sino que, además, están determinadas por los medios con los que pretende tal conocimiento y definición y que, ante todo, son los mismos medios con los que cuenta para la producción de bienes materiales. Así, de un lado se revela la relatividad del pensamiento humano en tanto cada nuevo avance en los medios supone el perfeccionamiento de una idea anterior; y, de otro, que la conciencia social (y por tanto el Derecho) está determinada por la vida material humana, la misma que incluye el nivel de organización alcanzado.

Los seres humanos actúan, como productores, de un modo determinado y establecen relaciones políticas y sociales entre sí y de ello asoma que la conexión entre la organización social y la política está dada en la producción; ellas son resultados de cómo se produce. Ahora bien, si el ser consciente tiene como antecedente determinante al modo de producción, conciencia (igual el Derecho, entonces) tendrá una íntima relación con él. Por esa misma razón "El Derecho no puede ser nunca (en esencia) superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado" (MARX-ENGELS, 1973, T V, p. 425)⁷. Lo anotado nos demuestra otro asunto: que el Derecho dentro de la sociedad tiene una vida objetiva. Hay quienes han pretendido negar tal cuestión buscando minimizar la esfera jurídica de la sociedad, calificándola como mera ideología sin la trascendencia que el pensamiento humano. La vida práctica demuestra que el Derecho no sólo existe en la vida de cada individuo sino que existe objetivamente; es decir fuera de la individualidad sólo en tanto es así, puede actuar desde fuera para defender intereses en la sociedad.

Las otras implicaciones del Derecho, en cuanto social y con vida objetiva dentro de la organización colectiva de los seres humanos, importan otra temática que respecto de su origen, para el punto de vista materialista, exige resolver lo que entramos a analizar en el siguiente título.

⁷ Sobre esta cuestión, Nelson Plinio Chávez emite un cuestionamiento en su texto "El régimen Constitucional y el Marxismo" que estimo inapropiado puesto que no da cuenta que a partir del siglo XX una estructura económica no está aislada del contexto mundial dada ya la época del imperialismo. La estructura económica y el desarrollo cultural, por lo mismo, no pueden apreciarse dentro del marco nacional. El Derecho ahora, por obvias razones, responde a las dinámicas de inserción de nuestras economías en las relaciones internacionales con todo lo que ello involucra.

2.4.2. Cuándo surge la necesidad del Derecho.

Habíamos señalado que el Derecho nace en la sociedad pero no con ella. El apareamiento del ser humano en la historia se da en condiciones de semi-animidad con enormes limitaciones para habitar y relacionarse con la naturaleza (utilizándola, o dominándola, como suele decirse) y apenas "más productivos que los animales" (al respecto, fue de enorme relevancia el trabajo de Darwin sobre "El origen del hombre"). Aquí, "Reina cierta igualdad de nivel de vida y además, para los jefes de familia, una especie de igualdad en cuanto a la posición social, por lo menos una ausencia de clases sociales que persiste todavía en las comunidades agrícolas primitivas de los pueblos civilizados posteriores" (ENGELS. 1973, 147).

En aquellas condiciones se expresa de manera clara que el trabajo humano, a más de ser junto con la naturaleza, la fuente de toda riqueza social, es la primera condición (la básica) de la vida de los seres humanos y, por ello mismo, es dable plantearse que en cierto sentido el trabajo ha creado al ser humano y lo realiza socialmente. La razón de la vida social no está un "sentimiento" o "apetito" o "instinto", como suponen los idealistas, sin poder explicar el antecedente de tales "categorías", sino en el hecho de la necesidad de producir, proceso que solo lo consigue realizar en la colaboración de todos los miembros inmediatamente cercanos de su especie. Por ello, el antecedente inmediato social no puede ser otro que aquellos antepasados que ya vivieron congregados como efecto de la existencia de la inevitable relación natural, al menos, entre progenitores y procreados, relación ésta que se generaliza en virtud del aspecto indicado.

La superación del ser humano respecto de sus antecesores radica en él: hace "que la naturaleza sirva a sus fines, la *domina*⁸. Y ésta es, en última instancia,

⁸ El concepto lo utilizamos en el sentido de que el ser humano aprende paulatina y progresivamente a conocerla; el conocimiento le posibilita no solo utilizarla o aprovecharla en su provecho, es decir en la satisfacción de las necesidades como ocurre con cualquier otro ser vivo, sino en el sentido de que logra reproducir artificialmente varias de las condiciones aprendidas de ella.

la diferencia esencial existe entre el ser humano y los demás animales, diferencia que, una vez más, viene a ser efecto del trabajo (ENGELS. 1973. T VI, p. 397).

En tal restricción de relaciones, imposible resulta hablar de la existencia del Derecho. La razón de las escasas relaciones está en la rudimentaria, casi ninguna capacidad real productiva. Sólo a condición de que se creen instrumentos de trabajo y el ser humano haya adquirido un elemental conocimiento de la naturaleza (que se limita a la mera percepción sensorial de objetos y sus cualidades), podrá entrar a producir, en la verdadera extensión de la palabra. Esta posibilidad, la de acceder a la producción le permite ampliar sus relaciones y, por ende, ampliar su conciencia, puesto que, como señalan los clásicos marxistas "*Es evidente, ... que la verdadera riqueza espiritual del individuo depende totalmente de la riqueza de sus relaciones reales.*" (MARX. 1973. T IV, p. 32). Pero un sistema productivo que inicialmente cuenta con instrumentos que se limitan a sus órganos naturales como la mano y, a lo mucho, los paleolíticos, de ninguna manera supone ni una obtención grande de productos ni, por tanto, una relación social más allá de la *comunidad natural*. En todo caso, la característica de la recolección de frutos "que la naturaleza da ya hechos" determinaba el que *todos* puedan estar en condiciones de operar (trabajar-producir) usando esos "instrumentos naturales" personales y satisfacer sus elementales necesidades. En aquella época, entonces, ¿qué necesidad podría haber de una "regulación" más que la creada en la cabeza de los actuales y anteriores iusnaturalistas?. Ninguna, y ello porque lejos de existir contradicción en la relación social, había armonía natural, más aún, necesaria para la defensa de la especie.

Por eso mismo, la primera expresión de una autoridad no tiene ni connotación política, peor jurídica. Aún en la gens, ENGELS señala que, "El poder del sachem... es paternal, *de naturaleza moral. No dispone de medios coercitivos.*" (1973. T VII, p. 183 y ss., cursivas mías) pero supone el encargo de funciones de ciertos poderes de defensa de los intereses comunes y de represión moral de los antisociales que no son sólo aquellos que ahora consideramos como tales sino, ante todo, los holgazanes (la sociedad que dependía de los brazos que se empleaban para la producción, no podía darse el lujo de tener individuos que no trabajen y, sin embargo, consuman). Esto era condición de vida, primero social y,

luego, personal. Así, desde luego, no cabe ni la obligación ni el derecho así como no caben la dominación ni la subordinación que en estos términos se generaría; preguntarse tal cuestión parecería "tan absurdo como preguntarse si comer, dormir o cazar es un deber o un derecho" (ENGELS. 1973. T VII, pp. 155, 240 y 241). La "propiedad común" establecida de hecho, y no de derecho, es la base de tal situación.

Sin embargo, el desarrollo social deparaba nuevas condiciones no tan beneficiosas para la especie. El desarrollo de los instrumentos de trabajo, el descubrimiento de nuevos objetos, el mayor conocimiento de la naturaleza, el abandono del nomadismo, unidos a las divisiones del trabajo que ya nada tenían de naturales, fueron condiciones que permitieron el apareamiento del *excedente de producción* y ello fue premisa para que el trabajo personal, que otorgaba de hecho la posibilidad de apropiarse y consumir lo por él producido, se convirtiera en fuente de riqueza individual. Y no sólo de la riqueza producida por los brazos propios sino por aquellos que, antes, eran objeto de matanzas en las conquistas o incursiones propias de la ampliación territorial: ahora era posible establecer o determinar que su participación en el trabajo permitía obtener más de lo que el individuo necesitaba para subsistir. Así, la estimación de la actividad productiva junto al largo proceso de formación de los ricos y pobres y las divisiones del trabajo, determinaron la extinción de las antiguas relaciones de las comunidades domésticas poniendo término a la contribución colectiva en ella.

Más aún, la división social del trabajo había imprimido una nueva situación: aquella en la que el excedente se intercambiaba como producto del trabajo personal. Aparecieron las *mercancías* como *propiedad de los productores*; había aparecido la *propiedad privada* y junto con ella, las *clases sociales*: de un lado los esclavistas y, de otro, los esclavos. La tierra se repartió entre las familias, primero para su uso y luego, por fuerza de las nuevas relaciones y el uso permanente, quedó en propiedad de cada una de ellas y con lo que la unidad económica de la sociedad apareció asentada en la familia. Ahora, los bienes -que antes eran sociales- están en la familia y ello no sólo suponía su uso sino su enajenación; el *ius fruendi*, el *ius utendi* y el *ius abutendi*, por tanto, asoman realmente cuando la propiedad privada nada tiene que ver con la comunidad sino con los individuos

o, a lo mucho, con la familia, lo que permite -a la vez- el aparecimiento o configuración de la ilusión de que la voluntad de los sujetos es la que determina la propiedad.

En este contexto aparece el Derecho y, precisamente, lo que hoy entendemos por Derecho Privado que "...se desarrolla, conjuntamente con la propiedad privada, como resultado de la desintegración de la comunidad natural" (MARX. 1973. T IV, p. 67; y ENGELS. 1973. T VI, p. 148). Este proceso de desintegración es aquella "...fase de desarrollo muy primitivo aún, (en el cual, según Engels) la sociedad siente la necesidad de someter a una norma común los actos cotidianos de producción, distribución e intercambio de productos, procurando, al mismo tiempo, que el individuo se someta las comunes condiciones de producción y de intercambio. Esa norma que existe en el principio como costumbre, pronto toma la forma de ley, al existir leyes, necesariamente se constituyen órganos encargados de su mantenimiento -el poder público del Estado-."

Es decir, el "orden jurídico" nace como consecuencia del aparecimiento de esas determinadas relaciones de producción en las que el régimen de propiedad supone la privacidad de la misma y una división del trabajo en la que ya es posible la presencia de las clases sociales. Es cuando hay *intereses opuestos*⁹ y, como tales, en tanto ya los individuos defienden sus propiedades, que se hace necesaria una ley que consagre esas condiciones y defienda tales intereses. Ello resulta evidente porque "...la necesidad de garantizar un interés surge cuando hay quien lo viole en desmedro de quien lo tiene o detenta (...) Tenemos así que la propiedad privada sobre los medios de producción y sobre lo que se produce es lo que da origen al Derecho y, en íntima unidad con la existencia de las clases sociales y el Estado, creado para oprimir a la desposeída, lo que se mantiene hasta nuestros días". (CASTRO. 1979, p. 10).

⁹ La idea de Derecho, como conjunto de "reglas", nos da la pauta de esto. El propio idealismo admite que el Derecho es necesario para evitar arbitrariedades o violaciones en las relaciones sociales, cuestiones éstas que presuponen que él existe como mecanismo para dirimir contradicciones o evitar que surjan.

Es que una sociedad de clases necesita de un poder, ubicado aparentemente por encima de la disputa entre ellas, que suprima los enfrentamientos abiertos y *los reduzca a conflictos meramente económicos interindividuales bajo la forma legal*. Esta y no otra es la razón para que la mayor parte de los Estados, en buena parte de la historia, gradúen los derechos de las personas en relación a su fortuna privada. Son "Las relaciones de producción (las que)... no tienen más remedio que manifestarse también en el plano de las relaciones políticas y jurídicas... Y el que estos conceptos y generalidades se hagan valer como potencias misteriosas es una consecuencia de la sustantivación de las relaciones reales y efectivas, de las que son expresión" (MARX. 1975, p. 430). "Acaso las relaciones económicas son reguladas por los conceptos jurídicos: No surgen, por el contrario, las relaciones jurídicas de las relaciones económicas?" (MARX. 1973. T V, p. 423). La muestra evidente de estos asertos son las *XII Tablas* que no reflejan otra cosa que el proceso de diferenciación entre las clases en virtud de la apropiación privada, es decir, la formación del esclavismo. Por todo lo indicado, EDUARDO VÁSQUEZ llegará a afirmar que "...No fue la voluntad libre la que posibilitó la aparición de la propiedad privada, sino, por el contrario, la propiedad privada... (ya desmantelada de toda apariencia comunitaria -R.C.-) la que hizo posible el Derecho de Propiedad de la voluntad libre" (19..., p. 97), refiriéndose a la propiedad privada capitalista y que, en los términos generales del señalamiento, vale para todo tipo de Derecho y de propiedad.

Pero, de otro lado, lo mencionado presupone el desarrollo de la propiedad privada mueble hasta la inmueble. Aparecida la propiedad individual sobre los productos, en el contexto de la producción de excedente, ocurre coetáneamente el apareamiento del *cambio* con lo cual los objetos-productos dejan de ser meros satisfactores de necesidades (en tanto ya la relación productor-producto no tiene ese objetivo inmediato) y pasan a ser *mercancías* -bienes- (la producción se hace para el consumo y el excedente para intercambiarlo). Según ENGELS, es en estas circunstancias cuando parece el cultivo de la tierra, individualmente y, por consiguiente se sientan las premisas para la apropiación privada del suelo. Ahora no se ejerce apropiación sólo sobre los productos y los esclavos sino sobre los lotes que antes habían sido entregados por la comunidad a las familias para el

usufructo y que se mantenían en cada nueva generación; así, al usufructo se sumó esta otra cualidad que asumía lo que estaba bajo el control privado: *la enajenación* (que aparece como capacidad de disposición sobre los bienes muebles, en tanto mercancías, y luego se traslada a los inmuebles); el proceso de privatización se consumó como "derechos" de uso (*utendi*), usufructo o goce (*fructu*) y abuso o enajenación (*abutiendi* o *disponendi*) de todos los bienes incluida la tierra. Con ello, posteriormente, aparecerá la hipoteca.

El precepto moral -que luego apareció constituyendo parte de la estructura jurídica del esclavismo y que se traducía en el "no robarás", fue el resultado del desarrollo de la propiedad inmobiliaria. Pero surge algo más: la gens, en virtud de lo anotado, va perdiendo su carácter familiar para empezar a organizarse bajo la influencia de la *agrupación territorial* que sería una de las premisas básicas para la estructuración del Estado que comienza a cobrar su forma, inicialmente, no tanto en relación a la misma gens, sino en su relación con otras y, específicamente, en las conquistas territoriales representadas por los jefes militares conquistadores que, en tanto determinaban la necesidad de la seguridad exterior e interior (tanto en contra de otras gens como de las gens sometidas) que se la consiguió reforzando el mando militar, se transformó en monarquía cambiando las propiedades del pueblo en monárquicas que se donaban en calidades de dominio privado a los miembros del séquito.

Ahora *la familia* ya no es considerada, ni puede serlo, como *unidad consanguínea* sino como *unidad poseedora*. Aquí reposa, por lo mismo, todo el derecho familiar a pesar de cualquier interpretación idílica que de él se haga. La misma herencia presupone ya la existencia de esta propiedad inmobiliaria dentro de la familia. Dentro de ella el padre empieza a ejercer la jefatura aplastando *el matriarcado* en virtud de que él es, realmente, el propietario privado de los bienes de que depende la institución mencionada; surge la obligatoriedad de casarse entre miembros de la misma gens para que los bienes de la mujer, que pasen a estar controlados por el marido, no sean arrebatados o salgan de ésta. La mujer aparecía relegada a segundo plano en virtud de esas relaciones de propiedad concretísimas: aún, desde la comunidad primitiva, cuando hubo de aparecer el

excedente, estaba condicionada a participar sólo del consumo más no de su propiedad.

Hasta antes de aparecer estas condiciones, muy difícil resulta hablar de un Derecho familiar. En la situación de comercio sexual promiscuo ninguna relación familiar fija se tenía; éstas aparecen sólo cuando se establece la propiedad como distintiva de cada unidad familiar. Las condiciones, inclusive, para fijar los nexos consanguíneos con el padre y la madre requirieron de esa premisa objetiva: la propiedad privada.¹⁰

Ahora sí, de otro lado, se sentaban las bases para la sucesión. Si el matrimonio pretendía evitar que las propiedades no salgan de determinadas familias, también era necesario establecer la protección para aquellos casos en los cuales dejase de existir el titular de la propiedad: "...la elección habitual de sus sucesores en las mismas familias, sobre todo desde que se hubo introducido el derecho paterno, pasó -poco a poco- a ser sucesión hereditaria, tolerada al principio, reclamada después y usurpada por último;..." (ENGELS. 1973. T VII, p. 245). En la medida en que el ser humano iba asumiendo mayor poder, frente a la mujer, buscaba asegurar su propiedad para "sus hijos" como forma de proteger que ésta pase a manos de otros que, en la promiscuidad, podían haber sido concebidos con la misma madre. Esto, a la vez, condicionaría el apareamiento de la *monoandria*, puesto que sólo la mujer era quien asumía la obligación de juntarse con un solo hombre.

La desigualdad que nació en el propio seno de la familia y se generalizó a los propietarios y desposeídos, posteriormente fue desapareciendo. Pero la fundamental se mantuvo, entre seres humanos libres y esclavos. La igualdad sólo se mantuvo entre los libres "...entre las personas privadas sobre cuya base se desarrolló el derecho romano, la más perfecta expresión que se conoce de un derecho cimentado en la institución de la propiedad privada. Pero, mientras subsistía la contradicción entre libres y esclavos, no se podía hablar de corolarios

¹⁰ Sobre estos temas Engels desarrolla importantes estudios en sus trabajos monumentales citados en este ensayo. Para mayor concreción se puede consultar el Origen de la Familia, etc. de la edición citada, en las páginas 139 a 143, de 194 a 204; de 234 a 247. En el Anti-Düring, edición citada, páginas 79 y 257.

jurídicos derivados de la igualdad de todos los *hombres*.” (ENGELS. 1973. T VI, p 87).

Esta y no otra es la matriz social de donde se desprende el Derecho. Es decir, la propiedad privada; la familia como unidad poseedora; la gens asentada en la unidad territorial; la división social en clases; el poder del padre sobre la madre y una división del trabajo que se desarrolla aparejada a cada uno de estos fenómenos.

Estas relaciones concretas y, específicamente, dos que las sintetizan: las de propiedad y la división del trabajo, son las que se habrán de plasmar jurídicamente. Pero tal parecería que lo que se plasma como Derecho es el interés individual. La observación de que en esclavismo las obligaciones de los esclavos están desprovistas de supuestos y necesarios derechos que deberían ir aparejándolas y que, como contrapartida, los derechos de los esclavistas y no van acompañados de obligaciones para con sus sometidos, nos lleva a establecer una *relación entre derecho-obligación* como una entre clases: *poseedora-desposeída*, que deviene en la relación entre trabajadores manuales e intelectuales; por tanto, como una relación entre clases respecto de la propiedad y el trabajo y, por ello mismo, el Derecho asoma como correspondiente a una clase, planteado, o mejor, impuesto por ella y no por los individuos. El Derecho se revela como un producto social de una estructura clasista -y sólo en ellas-, reflejando el interés de la clase poseedora que es capaz de someter a los demás sectores sociales a su dominación, precisamente por la mediación de esa condición material que la diferencia.

El poder de elaborar leyes, o conocida como *potestad legislativa*, se nos presenta aquí como la *clase dominante para sí*, como el Estado organizado, o como la clase dominante organizada en poder político para su defensa (MARX. 1978, pp. 168-169) reflejando los intereses de la generalidad de propietarios, carácter que se expresa de manera mucho más clara en el Estado *burgués*, como aparato que tiene la peculiaridad de ejercer el poder en representación de *toda* la clase dominante, con mayor pertinencia que los precedentes.

De todos modos, las reglas que se elaboran e imponen no son más (y sobre todo) que la proclamación de las relaciones de propiedad existentes (que en el Estado moderno se mostrarán como resultado de la voluntad general) y, por tanto, que busca mantener en favor de quienes las dictan. Esas reglas o normas asumían el carácter de *obligatorias*; sólo así podía asegurarse que tales prescripciones puedan ser obedecidas y cumplan el objetivo de su creación. La *obligatoriedad* no era otra que la cualidad que adquiriría por el respaldo estatal y la sanción que imponían a quien no la observase. Y no podía ser de otra manera. Como habíamos indicado, el Estado se había formado para la defensa de los intereses propietarios y junto a él asomaban los aparatos armados como respaldo material y objetivo de ese destino estatal, como órganos especiales de represión, diferenciados de lo que antes había sido el pueblo armado; porque "...el Estado no es -de ningún modo- un poder impuesto desde fuera a la sociedad; tampoco es 'la realidad de la idea moral', ni 'la imagen y la realidad de la razón', como afirma Hegel. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado; es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjurar. Pero a fin de que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna, no se devoren a sí mismas y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del 'orden'. Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se divorcia de ella cada vez más, es el Estado." (ENGELS. 1973. T VII, p. 250). En él se asentó el Derecho en forma de ley (o norma) impuesta por los dominantes como obligatoria, reduciendo los conflictos económicos (entre las clases) a la esfera legal (entre los individuos).

La sociedad formada en Estado se asentó en las unidades territoriales ya no gentilicias, en el régimen de propiedad sometido a las relaciones de propiedad y en la lucha de clases. Es decir, las bases que determinaron el apareamiento de lo jurídico, también determinaban al Estado. Ambos fenómenos son *siameses* en la historia y se prestan mutuo auxilio para consagrar el interés clasista. Este y no otro es el Derecho, y éste, también, es el Estado; a su vez, estas son las

condiciones reales de su apareamiento. Las premisas teóricas formuladas en esta parte son imprescindibles para comprender cualquier cuestión que se debate respecto de esta esfera específica de relaciones sociales: las jurídicas.

2.4.3. El Derecho como fenómeno social expresa la voluntad de la clase dominante.

Lo que hemos dejado mencionado nos demuestra que el Derecho tiene mucho que ver, o tiene una vida "íntima", con las relaciones clasistas de la sociedad, donde ellas existen y sólo en ellas. Fuera de tales condiciones no hay ninguna opción para lo jurídico puesto que son otras esferas de la vida humana las que se ocupan de la convivencia social. Mecanismos de orden moral o cultural que no requieren ni de la coacción ni de la amenaza represiva funcionan, como ocurre en todos aquellos subsistemas sociales donde las condiciones de igualdad rigen sobre los partícipes. Por esa misma razón, el señalamiento general de MARX y ENGELS expresado en el capítulo segundo del Manifiesto del Partido Comunista, cobra validez general aunque se refiere sólo al Derecho burgués puesto que cabe para cualquier clase social dominante. Él dice, refiriéndose a la burguesía:

"Vuestras ideas mismas son producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesas, como vuestro Derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase.

"La concepción interesada que os ha hecho erigir en leyes eternas de la Naturaleza y de la Razón las relaciones sociales dimanadas de vuestro modo de producción y de propiedad -relaciones históricas que surgen y desaparecen en el curso de la producción-, la compartís con todas las clases dominantes hoy desaparecidas. Lo que concebís para la propiedad antigua, lo que concebís para la propiedad feudal, no os atrevéis a admitirlo para la propiedad burguesa." (1972, p. 48).

Se desprende, entonces, que el Derecho realmente nada proporciona a nadie. Él no otorga ni funda nada en la sociedad que no haya existido precedentemente; se limita a consagrar esas relaciones sociales de producción existentes en una sociedad históricamente concreta, es decir, a sancionar¹¹ lo ya

¹¹ En el sentido de dar autoridad o dar fuerza de ley.

establecido. El desarrollo histórico pone en evidencia que no es el derecho de propiedad el que otorga la propiedad sino a la inversa, ésta proporciona aquél.

El Derecho, de otra parte, no está ni existe antes de la vida social humana, es -por el contrario- un resultado suyo. Del mismo modo que la sociedad ha producido o creado posibilidades nuevas o diversas de elaborar productos, ha producido al Derecho y al Estado. Y esto ocurre, en un determinado estadio de su desarrollo. El Derecho no ha existido desde siempre, nace bajo determinadas condiciones de la vida social, cuando ha surgido en ella algo que defender en favor de unos y en desmedro de otros. Y ello supone que, ya en términos de las relaciones entre clases, lo que se consagra es el poder de los propietarios en contra de los desposeídos y no de otra manera se explica que, a medida que se va desarrollando la propiedad inmobiliaria, vaya decayendo el poder del pueblo, pasando la capacidad de determinación, de la colectividad a manos de la minoría que ostenta la propiedad privada de los medios de producción que, como vimos, asumía la categoría de poder estatal o de Estado, creándose la condición para que "Del mismo modo que todas las fuerzas motrices que rigen la conducta del hombre individual tienen que pasar por su cerebro, convertirse en móviles de su voluntad para hacerle obrar, todas las necesidades de la sociedad civil -cualquiera que sea la clase que gobierne en aquel momento-... (pasen) por la voluntad del Estado, para cobrar vigencia general en forma de leyes" (ENGELS. 1973. T ... p. 384).

Cuando se plantean los problemas relativos al origen del Derecho se hace alusión a las fuentes de donde éste procede. Y la cuestión reviste enorme relevancia al momento de determinar prioridades sobre la aplicación de las normas o el reconocimiento de derechos. Relativamente pronto se fue constituyendo en torno a sí se debían atender a los particulares o a las reglas procedimentales en la solución de conflictos que debían ser resueltos mediante el Derecho y, en gran medida, el punto de partida de una posición en torno al tema está en la teoría de las fuentes del Derecho. Con respecto a esta teoría, como ya se ha mencionado, encontramos las dos corrientes que en el campo del derecho se han desarrollado y, al respecto, son las corrientes de carácter filosófico que han predominado. Más aún, son las corrientes inherentes en el campo del derecho de conformar una "teoría" sobre la naturaleza misma del derecho y su

CAPITULO III

ACERCA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Las fuentes del Derecho: a) La tesis del idealismo: 1) aspectos generales; cómo las divide; cometarios; 2) la autogestión del Derecho; crítica a Kelsen.- Las fuentes como causalidades reales y objetivas del Derecho.- b) el Materialismo: 1) cómo divide a las fuentes; 2) la lucha de clases como motor de la historia y su influencia en la superestructura jurídica; 3) la contradicción entre relaciones sociales de producción y fuerzas productivas frente a la dinámica de la conciencia social.

3.1. El problema general. La tesis del idealismo; aspectos generales.

Cuando se plantean los problemas relativos al origen del Derecho se hace alusión a las fuentes de donde éste emana. Y la cuestión reviste enorme relevancia al momento de determinar prioridades sobre la aplicación de las normas o el reconocimiento de derechos. Relevantes debates se han establecido en torno a si se deben atender a los principios o a las reglas jurídicas al momento de la solución de conflictos que deben ser resueltos mediante el Derecho y, en gran medida, el punto de partida de una posición en torno al tema está en la teoría de las fuentes del Derecho. Con relación a este último tema, igualmente encontramos las dos concepciones que en el capítulo anterior hemos dejado señaladas; y, al respecto, son las corrientes de vertiente idealista las que han proliferado. Más aún, son las corrientes inmersas en ella las que se han encargado de conformar una "teoría" sobre la temática. Autores como Kant, Hegel,

Stammler, Kelsen, Del Vechio y otros, han vertido opiniones al respecto, y son ampliamente difundidas.

¿Qué es lo que entienden por fuentes?. STAMMLER nos trae una definición en la que la indica: "Una *fente del derecho* es una voluntad humana que tiende a dictar nuevo Derecho" (1) sin trascender la presencia del ser humano, de aquella esencia diferencial, su razón. Ya el propio KELSEN se encargó de criticar posiciones como la anterior y que es más o menos común en todos los iusnaturalistas; él, rechazaba la pretensión de encontrar en la "naturaleza" las fuentes del Derecho ideal y justo que operaría a través de mandamientos o normas de conducta justa (inmanentes a la naturaleza humana) que informan al Derecho positivo.

Aquí se nos presenta al ser humano, pero no al humano físico, real, sino a su idealidad, la razón y la voluntad (esencias humanas), como fuentes. Pero, al tratarse de las modalidades por las que se elabora el Derecho, Stammler indica que pueden expresarse o bien de acuerdo con el Derecho vigente o sin atender a él para nada y aún yéndose en su contra; a la primera, denomina *modalidad derivativa*; y, a la segunda, *original*. Claro está que no explica en virtud de qué tal voluntad crea prescripciones ajustándose a otras anteriores y, más todavía, en virtud de qué tiene capacidad para no tomarlas en cuenta u oponerseles. DEL VECHIO, con mayor concreción, señala que las fuentes se reducen sustancialmente a dos: *la costumbre y la ley*. A estos dos fenómenos considerados por los teóricos, es a los que se ha dado mayor importancia.

Sin embargo, la clasificación que actualmente se hace de ellos, pretende ubicar tres puntos de vista; así, se postula la existencia de fuentes *formales, materiales e históricas*: las primeras haciendo alusión al asiento en que descansan las nuevas prescripciones, es decir, por mandato de quién o de qué se elabora el nuevo Derecho; las segundas, refiriéndose a la influencia que ejerce tanto el organismo estatal y social cuanto la fenomenología social, política y económica sobre las nuevas leyes; y, las terceras, en relación a los antecedentes jurídicos que actúan en la creación del nuevo Derecho.

CLEMENTE SOTO (1975), señalando que las fuentes son "...procesos a través de los cuales se elaboran las normas jurídicas", explica que tales procesos pueden comprender, de un lado, manifestaciones reales que originen las "normas" por efecto de factores políticos, económicos, etc. y, de otro, formas preestablecidas por el propio Derecho que determinaría el cómo deben crearse nuevas leyes; y, así, habla de *fuentes formales* como "...procesos de creación de las normas jurídicas y que comprenderían a la legislación, la costumbre y la jurisprudencia"; de *fuentes reales o materiales* como "factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas"; de *fuentes históricas*, es decir, los "...documentos que encierran el texto de una ley o un conjunto de leyes del Derecho pasado" (pp. 36, 37).

Como se puede apreciar, las llamadas fuentes formales serían las que permiten la creación del Derecho, determinando los procedimientos de elaboración (aquí se asimila el concepto de Kelsen respecto de que en esa virtud se proporcionaría validez a la nueva ley) y, por tanto, son las otras, las materiales, las que le proporcionarían su contenido. Las deficiencias que acarrea una concepción como la expuesta, las habremos de indicar al hablar de la *autogestión jurídica*. Sin embargo, cabe postular aquí, primero, cómo se relativiza la determinación de la Constitución sobre los contenidos de las normas inferiores y, de otro, cómo se hace depender las formas que asumen las prescripciones jurídicas (así como la constitución de las categorías jurídicas) no precisamente de la vida real, sino de las ideas, en tanto aquellas serían o bien el resultado del mero acto legislativo o bien la asimilación de formas y categorías contenidas en textos jurídicos pasados. Lo real es -si no totalmente, por lo menos en gran parte- dispar con lo expuesto en esta concepción dado que nadie puede negar el apareamiento de categorías y conceptos totalmente nuevos que ni remotamente se les podía antojar dictar a los legisladores de otras épocas.

Volviendo a las fuentes denominadas formales, citaremos a ALFREDO PÉREZ GUERRERO (1973); él dice, a las fuentes "...se las clasifica generalmente en leyes, costumbres y jurisprudencia... la ley (como) creación técnica intelectualizada de la norma jurídica; la costumbre, producto del devenir histórico y el sentimiento colectivo; la jurisprudencia, decisiones de jueces,

esfuerzo consciente para amoldar leyes y costumbres a los casos concretos, a los requerimientos del progreso.” (p. 47) estableciendo, de esta manera, las cualidades por las que se considera a la trilogía indicada, como fuentes. Manteniendo similar línea a la indicada anteriormente, el autor ecuatoriano establece el carácter racional de la ley y la jurisprudencia (con la diferencia de que la segunda tiene un carácter más dinámico).

Pero lo que en realidad interesa a nuestro estudio no tanto es la definición a la que llegan los iusnaturalistas, sino la confusión en la que introducen a cualquier estudioso. Si, históricamente, las formas en que se presenta el Derecho son, en primer lugar, el Derecho consuetudinario; segundo, los precedentes; y, finalmente, los actos normativos, correspondientes, respectivamente, a las épocas esclavista, feudal y capitalista (sin que ello suponga que rigen rigurosamente sólo en cada una de ellas sino que, en calidad de rezagos, persisten en épocas posteriores actuando secundariamente), podremos darnos cuenta que, cada una de ellas, en sí y en su correspondiente época de vigencia, no son *fuentes* del Derecho sino Derecho propiamente tal, son prescripciones obligatorias; son las formas del Derecho a lo largo de la Historia. Lo que sucede es que, como decíamos, se confunde las formas (en su vigencia histórica) con las fuentes (ubicando a las formas fuera de su historicidad y sin atender a la primacía o relevancia concreta en un momento determinado, eludiendo el análisis riguroso de la existencia de los rezagos que también ocurren como consecuencia de que tampoco los modos de producción son “puros”).

Si a las que se considera como fuentes fueran tales, siempre la costumbre debería dar origen a la ley e igual cuestión debería operar para la jurisprudencia o los precedentes. Lo evidente es que, a la inversa de esta suposición, la costumbre no da origen a la ley sino que, contradictoriamente, (en los regímenes positivos) ella opera sólo bajo autoridad de la segunda¹²; y, la jurisprudencia rige en condiciones de vacío de ley y siempre bajo la determinación del conjunto normativo que el juez debe interpretar (lo que no necesariamente implica que ha

¹² En los sistemas jurídicos como el nuestro, la costumbre rige sólo cuando la ley se remite a ella y a falta de la primera. En los regímenes consuetudinarios (como los sistemas del *common law*) no es que no existan leyes ni la única forma jurídica sea la costumbre; la jurisprudencia, como se sabe juega un rol de enorme trascendencia.

de suponer una camisa de fuerza, en algunos sistemas). Ratificándonos, entonces, diremos que es necesario entender, primero, que las denominadas fuentes del derecho, en realidad son *formas jurídicas históricamente determinadas*; segundo, que en cuanto rezagos, se siguen manteniendo y actuando coetáneamente con las formas jurídicas nuevas y más actuales; y, tercero, sólo operan en la actualidad como formas jurídicas subordinadas, bajo la determinación de la única forma de determinación jurídica que prima y que corresponde al *acto normativo*, por virtud de la facultad excepcional que detenta el poder político o el Estado moderno centralizado y, solamente para los casos en los que no se ha previsto una determinación jurídica nueva en tales actos normativos.

Más todavía, entre lo que es la prescripción jurídica moderna -la ley- y la primaria -la costumbre-, hay notorias diferencias. El mismo STAMMLER (1974) habla, desde su perspectiva, sobre aquello y dice:

“...entre las fuentes del Derecho, tal como nos las presenta la experiencia, cabe distinguir la *legislación*, en el más amplio sentido, y la *práctica consuetudinaria*.

“Pero, si esta distinción no ha de quedar reducida a una simple descripción, con el peligro constante de un deslindamiento inseguro, se tiene que basar en notas conceptuales puras. Veremos así que la primera fuente *dicta Derecho* sin otra finalidad lógica que la de *dictarlo*, mientras que la segunda *dicta Derecho* mediante su *ejercicio*, durante un período de tiempo más o menos largo” (p. 174)

es decir, la ley es fuente en cuanto dicta Derecho pero por acto de voluntad y, la costumbre lo hace por ejercicio repetido. Sin embargo de que es importante la distinción que plantea, en cuanto a las cualidades de una y otra, Stammler no alcanza a explicar la contradicción en la que incurre al considerar el acto legislativo como mera voluntad prescriptora cuando, queriendo especificar el nacimiento del nuevo Derecho, plantea que en las sociedades carentes de toda norma se las crean o bien por reunión de varios individuos que las fijan, o bien viniendo una parte a incorporarse a otra y acogiendo el Derecho de la segunda. Se aprecia que la existencia del Derecho lo asume como suceso decisonal, dependiente de la voluntad o querer de los sujetos; no le interesa tratar con las

condiciones objetivas dentro de las cuales se desenvuelve una colectividad; basta la simple voluntad aunque ella pudiera ser contradictoria tales situaciones.

La crítica a sus teorizaciones no surge desde nuestra posición. Los mismos iusnaturalistas no se ponen de acuerdo al respecto. DIEZ PICAZO (1975) señala que

“...son varias las razones de esta equivocidad –refiriéndose a la doctrina sobre las fuentes del Derecho (RCO)- (...) Aunque ha sido agudamente señalado que la expresión ‘fuentes del Derecho’, en su riguroso significado técnico, puede designar al mismo tiempo a la persona, personas o grupos que ostentan *el poder o la facultad* de crear normas jurídicas, y la *forma de expresión o exteriorización* que, en definitiva, configura el tipo que asume, es lo cierto que la teoría normalmente sólo da respuesta a este último punto (por ejemplo: cuando dice que son ‘fuentes’ del Derecho la ley o la costumbre), dejando en cambio en la penumbra el primer punto, que a mí me parece mucho más sustancial: quién es el autor de la norma; en quién reside la facultad de crear normas” (p. 125)

Claro está que la pretensión de Picazo raya en la tentativa de querer restringir el problema de las fuentes, como lo hace Stammeler, a la ubicación personalizada del acto creador; lleva el problema hacia el *acto legislativo y su autor* incurriendo en el error de ver la cuestión de la generación del Derecho como algo que ocurre, no como proceso sino como mero suceso.

Para la concepción marxista, el planteamiento es diferente. Primero, cabe señalar que la visión iusnaturalista al hacer descansar la elaboración del Derecho en la racionalidad humana, postula la consecuencia necesaria de ubicar o bien las formas en las que se expresa tal voluntad, o bien quién ejerce la misma. Segundo, una visión histórico-objetiva de la materia supone otra dimensión teórica, aquella que investiga las condiciones y factores determinantes, es decir el cómo y cuándo surge la prescripción jurídica. En este sentido, la crítica marxista parte del hecho que la voluntad no determina, por sí, la superestructura jurídica. Entonces, el problema fundamental de la visión iusnaturalista radica en concebir las fuentes separando los pensamientos de los individuos, de las relaciones empíricas que los generan o lo que es lo mismo, separando el Derecho de su base real, con lo que

obtienen una voluntad de dominio que va modificándose a través de los tiempos y encuentra su propia historia sustantiva en sus creaciones, las leyes. Es decir, en virtud de hacer pasar el pensamiento como sujeto y a la realidad como predicado, es que el Derecho se muestra como resultado no de las clases y sus condiciones de vida, sino del Estado, y no de quienes ejercen el poder estatal, sino del espíritu autónomo del Estado, de su voluntad de dominio. Así, la historia del Estado se convierte en historia de lo que hace su voluntad: las leyes.

Por eso, PÉREZ GUERRERO (1973) sostiene que "...no puede haber ley si no ha sido expedida por el poder legislativo, ni tampoco en el caso de que le falta la sanción y la promulgación del Ejecutivo". (p. 51). En igual sentido habla DIEZ PICAZO (1975): "La creación del Derecho corresponde al poder legislativo y al poder judicial le corresponde únicamente la aplicación de la ley" (p. 130); o, LATORRE (1976): "...la supremacía total de la ley que proclama la Revolución (se refiere a la Revolución Francesa -RCO-) y el dogma de la separación de poderes hacen que se asigne a los jueces únicamente la misión de *aplicar la ley*, mientras que su *creación* queda reservada al poder legislativo". (p. 78)

Pero, en toda esta argumentación resalta el hecho de que la ley depende del quehacer del aparato legislativo y el ejecutivo, deviniendo en la siguiente contradicción: no es la ley la fuente del Derecho sino, en tanto en la ley se prescribe o plasma el Derecho, ella lo contiene o en ella se expresa una condición extrajurídica.

Ese elemento extrajurídico no es precisamente el órgano político o la "comunidad política"; uno de los autores citados ya da cuenta de ello y manifiesta que "...el planteamiento por el cual la *potestas normandi* radica en el Estado o en determinados grupos acampados intramuros del Estado o en grupos sociales extraestatales..." no satisface la investigación sobre la génesis del Derecho (DIEZ PICAZO. 1975, pp. 125 y 126). En las siguientes páginas nos ocuparemos de este problema es decir, en qué consiste la extrajuridicidad que determina tal génesis.

Nos interesa, por ahora, continuar hablando sobre aquel planteamiento respecto de la ley, la costumbre y la jurisprudencia como fuentes.

¿De dónde proviene el criterio de que la ley es fuente de Derecho?. Es en la sociedad capitalista donde tal criterio toma amplia constatación. En tales relaciones sociales, caracterizadas por la competencia, el acuerdo de voluntades individuales les obliga (más o menos, éste es el criterio que sustentó Hugo Grocio al inicio de la escuela Iusnaturalista Clásica, al formular que las ofertas hechas por los individuos deben ser cumplidas, por lo que la fuente del Derecho son los convenios acordados por las voluntades). En la base de las relaciones jurídicas se pone, entonces, a la voluntad contractual, al contrato que se erige en ley de los contratantes. Y con este criterio se pretende interpretar toda la superestructura jurídica: si las leyes pretenden dirimir pretensiones o solucionar conflictos que, inicialmente se resolvían por mutua conveniencia, se entiende que los pactos y acuerdos entre los interesados son “una de las formas más importantes de producción de normas”. Tales son las posiciones de Kelsen, Carnelutti y otros. Se convierte, así, al negocio jurídico en cuanto *lex privata*, en fuente. Pero, en cuanto ley promulgada por el Estado, el iusnaturalismo mistifica lo que le aparece de la relación de competencia. Dado que se ha constituido la sociedad “organizada políticamente” a la que se le da facultades soberanas y de representación de los conformantes, no todo puede quedar bajo la tutela privada; el Estado deberá vigilar el cumplimiento y para ello también centralizará la elaboración de las normas básicas en las que todos asentarán sus relaciones jurídicas. El aparato social capitalista aparece, así, independiente y por encima del conflicto entre los particulares, es el juez en la competencia y quien dirime los desacuerdos. Y los dirime usando sus propias prescripciones y sus aparatos (Función Judicial). Sus determinaciones son la ley como “...pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por órganos adecuados que representan a la voluntad preponderante en una multitud asociada (...) es el pronunciamiento solemne del Derecho, la expresión racional del mismo, (...) la elaboración técnica del Derecho.” (DEL VECHIO. 1946. T I, P. 253) o “... el Derecho Positivo expresado por el idioma en caracteres revestidos de autoridad absoluta.” o “...la ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene cuidado de la comunidad” (PEREZ GUERRERO. 1973, p. 48).

LATORRE (1976) señala que “En el estado moderno, el Derecho procede en su mayor parte del Estado mismo. La ley es así la principal fuente del derecho...”, corroborando lo anterior. Cabe preguntar ¿cuál es la fuente, la ley o el Estado?

Encontrar la elaboración por parte del Estado, impone encontrar dónde radica la autoridad del Estado, con qué criterio emite las prescripciones, y eso es definitorio puesto que postula no una correlación sino contradicción entre lo que se entiende por fuentes formales y materiales, de un lado (puesto que o bien el Derecho emana del estado o de la ley que hace el Estado, no de ambos a la vez) y, de otro, bien sabemos que el aparato legislativo no es más que un medio del que se sirven quienes realmente imponen las prescripciones jurídicas, es decir un medio no de quien la elabora sino de intereses sociales objetivos basados en realidades concretas e históricas.

Respecto de que el Derecho descansa en el poder del Estado ya habíamos formulado nuestros puntos de vista al hablar del Derecho como voluntad de clase, en el capítulo anterior. Aquí nos limitaremos a glosar algunas cuestiones:

- 1) El análisis del Derecho, a sabiendas de que éste descansa en el poder del Estado, plantea *explicar el Derecho a través de las relaciones en que se asienta el poder estatal;*
- 2) *La vida material de la sociedad, el modo de producción y la forma de intercambio, que se dan independientemente de la voluntad humana, son la base del Estado en aquellas sociedades donde son necesarias la división del trabajo y la propiedad privada;*
- 3) Los individuos que dominan en esas condiciones materiales *deben dar a su interés una expresión general, como voluntad del Estado (ley) y que, en el fondo no es más que la expresión de la condición de vida de los dominadores;*

- 4) Esa "voluntad del Estado" no es más que *una voluntad media de la clase* en tanto las condiciones de vida de un individuo dominante son las mismas de todos los dominantes. *El interés privado, personal, es el interés común;*
- 5) *La expresión general del interés determinado para todos como común, es una renuncia a la exclusividad de interés privado* (individual como tal), una renuncia a sí mismo (la negociación de lo privado como singular) *para dar paso a la afirmación de los intereses privados como voluntad media* (afirmación de los intereses privados como generalidad).

Así, La pretensión de la ley como fuente del derecho se derrumba.

Indicábamos que otra de las llamadas fuentes formales, es la *jurisprudencia*. DEL VECHIO la caracteriza así: "Para el desarrollo de la costumbre y, en general, de la vida del Derecho, tiene gran importancia aquella actividad que tiende a la solución de las controversias o contrastes que surgen en el curso de las relaciones intersubjetivas. Tal actividad, que recibe el nombre de *jurisprudencia*, se manifiesta subjetivamente, al menos en forma embrionaria, tan pronto como la vida social ha salido de la fase meramente instintiva. Las complicaciones de la misma vida llegan a ser en un momento determinado (...) objeto de cuestiones y de discusiones que han de ser juzgadas y decididas de algún modo. La regla para la solución de las controversias puede ser deducida de la misma costumbre preexistente; pero, incluso en este caso, la regla, en el acto de ser aplicada judicialmente, sufre un cierto proceso de aclaración y desarrollo. El juez que la aplica debe darse cuenta de esto y profundizar su significado, bastante más de lo que es preciso para seguirla en el caso sencillo e indiscutido. La actividad judicial conduce, por eso, ante todo, a la formulación de aquellas normas que, por así decirlo, estaban latentes o implícitas en la lógica del sistema social efectivamente en vigor." (1946. T I, p. 252).

Notoria es la posición respecto de que la jurisprudencia es fuente del Derecho en aquellos casos en los que el Juez, no encontrando prescripción legal con la cual establecer sus criterios dirimientes, debe recurrir a sus razonamientos, a las "normas y costumbres latentes o implícitas" en la sociedad.

Se trata de que la jurisprudencia tiene un carácter precedental y ya, al respecto habíamos indicado que los precedentes (lo que en realidad es la jurisprudencia) antes que fuente son una forma del derecho que rigió primordialmente en la época feudal y, en la actualidad no son, por sí solo como señala Díez Picazo, el Derecho. Pero la crítica que habíamos indicado anteriormente para la ley, en cuanto deviene del Estado y provoca la duda respecto de cuál elemento es la fuente, cabe para la jurisprudencia en tanto sólo puede establecerse por el mismo aparato.

Se hace indispensable poner relieve sobre el carácter concreto y específico de la jurisprudencia y, por tanto, sobre su limitada vigencia. El acto de juzgamiento se establece sobre algo determinado, singular, y sólo podrá operar en iguales condiciones hasta que haya acto legislativo que la eleve a condición de ley (y aquí tampoco puede presumirse a la jurisprudencia como fuente de Derecho, dado que estamos en el mismo caso de la ley). Más aún, como habíamos ya indicado, la jurisprudencia opera según los términos específicos y taxativos del Art. 4 de nuestro Código Civil, y dentro de los marcos del párrafo cuarto del Título Preliminar del citado cuerpo legal que es común a la gran mayoría de legislaciones. Y ese carácter de los precedentes no puede constituir Derecho por la misma razón que sólo puede ser tal aquella prescripción obligatoria y general. A lo mucho pretenderá ser Derecho, en el sentido del derecho subjetivo y para aquél a quien beneficia tal dictamen.

Respecto de la *costumbre*, entendida como "...el modo originario de manifestación de la voluntad social; (...) reglas no impuestas expresamente, pero observadas de hecho, casi por instinto (...) (que) se revelan por la repetición constante de ciertos actos, acompañada de un sentido de obligatoriedad- aunque oscuro, sin embargo potente y profundo" (DEL VECHIO, 1946. T I, pp. 249-250) se la cataloga como fuente en condiciones en que, primero, es repetida constantemente y, de otro lado (lo más importante), que tenga *carácter de obligatoriedad*; por ello es que encontramos en los diversos autores conceptos con el de que "...desde el punto de vista jurídico llamamos costumbre a la norma de conducta nacida en la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad. Su núcleo originario es un uso o práctica social pero se diferencia de los usos sociales, en general, en que la comunidad lo estima

obligatorio para todos (*opinio necessitatis*), de forma que su violación acarrea una responsabilidad de tipo jurídico y no meramente una reprobación social" (LATORRE. 1976, p. 72) lo que de por sí supone hablar de ésta ya no como fuente sino como verdadero Derecho puesto el efecto jurídico que el autor señala de modo acertado y objetivo.

Pero el mero planeamiento de su condición jurídica, obligatoria, resulta limitado. Es imprescindible señalar que la costumbre se revela como ajena a la definición de "fuente" cuando asume la única condición posible (tanto por la realidad objetiva de las relaciones jurídicas, cuanto por la prescripción de las leyes) dentro del marco jurídico y que no es otra que la de ser supletoria, sólo aplicable "en defecto de la ley". Y si rige en ausencia de ley, es porque ella asume, supletoriamente el carácter de ésta y, aquí, ¿cómo pretenderla fuente?. Peor aún si no toda costumbre puede asumir la cualidad de jurídica.

Se ha señalado, con acierto, que hay costumbres *normativas* y *no normativas*, entendiendo a las primeras como aquellas en las que el grupo social puede exigirles o imponer sanción a falta de su observancia, lo que demuestra que para que la costumbre sea lo que se denomina incorrectamente *fuentes*, antes, ya tener un nivel de juridicidad, revelándose así que *ya es Derecho*. Habíamos dicho, además, que su vigencia se da sólo bajo las condiciones que la propia ley le impone: el Estado moderno centraliza la capacidad de emitir leyes y restringe la posibilidad de convertir en algo obligatorio cualquier uso, dado que cuando éste se generaliza y adopta tal condición, por propia necesidad objetiva, es formulado como ley pero no porque tal costumbre permite *descubrir una regla y considerarla como vigente* puesto que la regla *existe y está vigente en cuanto se usa*, sino porque las condiciones materiales en las que se desenvuelve el poder político actual así lo determinan, como garantía de su propia existencia como tal, en sí y para sí.

La crítica a la concepción iusnaturalista de las fuentes es más evidente cuando se habla de *la doctrina* puesto que ésta no tiene carácter obligatorio; los juristas a lo mucho pueden lograr la interpretación del Derecho y sus conceptos pueden no ser (y es lo más común) aceptados, con la limitación objetiva de que, de un lado, sus interpretaciones necesariamente son el resultado de su propia vida material (en la que se desenvuelven) y, por tanto, tienen limitación histórico-

espacial.

Ya en relación a las fuentes denominadas *históricas*, la confusión postulada inicialmente toma mayor relevancia. Si bien una norma jurídica recoge conceptos y categorías de las anteriores, eso se produce en virtud, de que varias de ellas, sustancialmente, reflejan los aspectos más generales y comunes a los sistemas sociales donde existe el Derecho. En tales términos, se postula la presencia de los anteriores o bien como rezago o bien como consecuencia de su generalidad (aunque no supongan una significación igual en todo tiempo y espacio dado que el propio cambio de la relación objetiva determina nuevas consecuencias y nuevos contenidos). O bien, las prescripciones pasadas son antecedentes históricos. Todo este fenómeno se presenta no por el supuesto de que el Derecho se determina históricamente a sí mismo, sino que, por efectos de sus sustento material, la conexión entre un modo de producción y otro se refleja en la superestructura jurídica y por virtud de que el nuevo modo surge en las entrañas del anterior y de lo que se desprende que no es en razón de las anteriores legislaciones lo que se formula el nuevo Derecho, sino en virtud de ese nexo material.

Sin embargo de lo anotado, resulta sumamente interesante el planteamiento de DIEZ PICAZO (1975) respecto de las fuentes cuando señala que

"El problema del origen de las normas o de las 'fuentes del Derecho' (...) es ante todo un problema político porque la determinación de dónde existe la fuente del derecho y el establecimiento de una jerarquía entre las diferentes 'fuentes' entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder -poder mandar y poder hacerse obedecer-, que es obviamente un poder de naturaleza política (...) durante la Edad Media, la lucha entre la ley y la costumbre es una lucha entre el poder real el rey y la corte encarnado en la ley, y el poder de los señores feudales o de sus ciudades, encarnado en sus costumbres (...) Del mismo modo, a partir de la Revolución Francesa, la lucha entre la ley y la costumbre representa la lucha de la burguesía liberal (defensa de la ley) y las fuerzas conservadoras y contrarrevolucionarias -defensoras de las antiguas costumbres-" puesto que "...de lo que se trata en realidad es de luchas entre diferentes grupos sociales (...) por la hegemonía social o, al menos, por la

protección de sus intereses"

y, más adelante

"Debemos confesar que muy poco han cambiado las motivaciones profundas de las leyes. En las democracias modernas los grupos que tienen representación en el poder, que tienen de algún modo acceso a él o que pueden presionarlo, se encuentran muchas veces en el origen de los textos legales. Si su fuerza es muy superior a la de los demás, la ley quedará establecida. Si enfrente se encuentran grupos hostiles, que pueden tener aproximadamente la misma fuerza, la ley será normalmente una transacción que instaure un 'modus vivendi'." (pp. 126-141). Se desprende, consiguientemente, una renuncia implícita del autor a sus anteriores posiciones. Él señala entre líneas, los intereses de clase como los motores reales de la génesis del Derecho, a la lucha de clase que aquellos producen. Esas, en realidad, son *las fuentes*.

Finalmente, en donde encontramos que las denominadas fuentes que admite la generalidad de la doctrina jurídica no operan como tales, es en las *instituciones ilegales* como el caso de los partidos políticos no reconocidos (específicamente, los comunistas marxista-leninistas) que cuentan con prescripciones jurídicas que generan a lo interno derechos y obligaciones tan objetivas como las que pueden operar por virtud del Derecho formal u oficial y que nos demuestran la existencia latente de otro Derecho, no en razón de la costumbre ni de las leyes estatales o la jurisprudencia, sino surgidas de intereses de clase que se asientan, de un lado, en las condiciones objetivas en las que se desenvuelve la lucha política de la clase a la que representan y, de otro, en su propio nivel de organización, en cuanto clase para sí, que supone la existencia de tal destacamento.

3.2. La autogestión jurídica: cuestionamiento a la teoría de Kelsen.

Retomando aquel cuestionado criterio de que la ley es fuente del Derecho, encontramos el sui géneris planteamiento del tratadista Hans Kelsen. Antes de entrar a analizar tal criterio, veamos de manera general las contradicciones en que cae el iusnaturalismo al proponer este aserto.

Primero, si entendemos al Derecho como facultad subjetiva¹³ que posee el individuo para ejercer determinadas acciones en su favor o de otros o contra otros, se establece la apreciación que *el derecho* surge de la ley. Pero asumir esta acepción tiene serias implicaciones que por ser ajenas a la realidad y desde todo punto de vista, ilógicas, lo demuestran como falso, como veremos.

Si la facultad está otorgada por la prescripción jurídica, se impone comprender que tal relación existe en virtud de que la ley actúa de tres formas generales: *mandando, permitiendo o prohibiendo*. Cuando la ley establece que un contrato, por ejemplo, debe realizarse bajo determinados requisitos (debe contratarse sobre un objeto lícito; la causa debe ser de igual naturaleza; quienes contratan deben ser capaces; y, el consentimiento debe ser *puro*, es decir, no debe tener los vicios del error, la fuerza ni el dolo), el negocio jurídico aparece como tal sólo en virtud del cumplimiento de un mandato. La omisión de algo que se manda, faculta al afectado por tal acontecimiento a ejercer acciones (derechos) para proteger sus intereses. O en aquellos casos en que la ley prescribe que un acto, de ser realizado, es ilegítimo, como en el caso concreto del Derecho Penal en el que, por ejemplo, se prohíbe el robo y se faculta al propietario a reclamar que la conducta del responsable sea sancionada y se observe tal prescripción (la prohibición) y se restituya el bien y la propiedad sobre él; en ese momento, la ley está otorgando una *facultad* (un derecho) al afectado para, igualmente, proteger sus intereses (y lo mismo ocurre en los casos de delitos por omisión aunque inversamente, se consagra la facultad del afectado *para exigir* que otro *cumpla* con una acción).

Cuando se permite, como en el caso en que la ley establece, por ejemplo, que de no existir prescripción concreta puede regir la costumbre (con las limitaciones que habíamos visto anteriormente) la ley nos da una facultad. En último término, según este criterio parecería que toda facultad de hacer o no hacer algo, de exigir o no, de establecer relación jurídica o no, proviene de la ley; y, por tanto, es ella la fuente de *los derechos*. Pero, más aún, tal afirmación idealista desembocaría en una contradicción muy seria en el sentido de que, si

¹³ Es decir, aludimos aquí a la clasificación que divide al Derecho en objetivo y subjetivo. Este último, normal y convencionalmente es mencionado como "derecho" (con minúscula) para diferenciarlo del otro, el objetivo, que alude a la norma o al orden jurídico.

todo lo que es posible de realizar jurídicamente (en cuanto es mandado, permitido o prohibido por la ley que faculta o da derechos) tiene esa determinación, los actos jurídicos ya no estarían asentados en la voluntad de las partes sino en la del legislador; se destruye por completo la apreciación de que la relación jurídica descansa *en la voluntad* de las partes que era elemento sine qua non en la construcción teórica iusnaturalista -y que suponía no sólo que la relación surgía el momento del contrato entre dos o más sujetos- sino el propio Contrato Social que constituye el Estado y toda la legislación.

Podría plantearse, inclusive, que si la ley es la que otorga los derechos (y por tanto no observa la voluntad de los individuos en la realización de sus actos jurídicos), media o sustantiva las conveniencias que supone el legislador abstractamente y no sólo otorgando derechos sino limitándolos, con lo que nos encontraríamos con la irrealidad de que la arbitrariedad legislativa es la que hace los derechos. Claro está que tal afirmación no coincide con lo objetivo, precisamente por las deducciones que acabamos de anotar.

Lo dicho permite apreciar que, por el contrario, la acepción del Derecho que lo considera como conjunto normativo prescriptor de conductas sociales; como las leyes, decretos, códigos, etc., que rigen en un determinado Estado, nos lleva a entender que el sentido que pretende darse a la ley como fuente de él es: *la ley permite la creación de otras leyes*.

En el sentido estricto de la doctrina de las fuentes, se formula que la ley prescribe la creación de otras y ello se lo extrae del hecho generalizado, en el Estado Moderno, por el que la Constitución, en su *parte orgánica*, establece el procedimiento de elaboración de toda prescripción positiva; la ley, en cuanto a su elaboración, requiere para ser tal, cumplir con lo prescrito en la Constitución. Más aún, el contenido de la nueva prescripción debe estar de acuerdo con la *parte dogmática* constitucional. Si abstraemos la jerarquía de una y otra encontramos que ambas son *normas*, con la diferencia que la una (siendo superior) fija lo que es la segunda (la inferior) convirtiéndose en su *fuentes*. Y lo mismo ocurre con todas las prescripciones positivas: La Ley Orgánica de Educación Superior, es fuente del Reglamento, del Estatuto de una Universidad, etc.

Ya a este respecto, la posición sui generis de HANS Kelsen (1969)

resulta muy interesante. Él dice que "...es una característica del Derecho regular su propia creación. Esto quiere decir que el acto de creación del Derecho es objeto de la ciencia del Derecho -no como acontecer fáctico en el nexo causal de la realidad natural, sino en tanto que regulado por normas jurídicas, como contenido de normas jurídicas-" (p. 19), afirmando como cualidad esencial, la capacidad de regular su creación. Aquí Kelsen nos muestra lo que podríamos denominar la *autogestión* del Derecho; y ello se deriva de que el autor ve en la elaboración, de lo que él denomina *normas jurídicas*, una pura determinación constitucional en la cual no cuentan los elementos que no sean jurídicos (tal el caso de factores políticos, económicos, ideológicos, etc.) Y es que la teoría Pura del Derecho o normativista, sólo a condición de proponer esta premisa es que puede sostener el criterio del Derecho como *debe ser*, alejado, extrañado del *ser*.

El que se postule que la razón de validez de una norma sea, en última instancia, otra norma a la cual *se la presupone válida* y que es *básica* puesto que otorga competencia *al primer legislador histórico*, nos demuestra que la construcción teórica del normativismo kelseniano, en cuanto a las fuentes, se asienta en el hecho de que una norma regula la creación de otra (que sólo en tales condiciones es válida) transformando el problema de uno teórico científico a uno práctico, de procedimientos. Resultaría, a primera vista, que tal afirmación es correcta. Pero, en cuanto se debe explicar no sólo las fuentes de las leyes actuales sino de aquellas que dieron inicio a la existencia del Derecho, es necesario explicar la fuente de la primigenia u originaria normativa; ya en este plano, Kelsen debe recurrir a un "último tribunal": la razón. Razón que es legitimadora en un "histórico legislador". Resulta de esto que la validez de una ley (que para Kelsen es un imprescindible que la hace ser tal) es la razón del primer legislador (y que debe presuponerse como válida y jurídica) que da inicio a la cadena de leyes (válidas), siendo que la fuente del Derecho y de la validez es una *herencia histórica*. Aquí se revela una contradicción en el sentido de que ya no es el Derecho el que regula su propia creación, sino la razón legislativa (que habrá que rebuscar en la historia).

KELSEN (1970), al tratar de aclarar su posición diría:

"Yo no he sostenido en ninguna parte y en ningún momento el disparate de

que la derivación de las normas jurídicas positivas o la validez objetiva de ellas a partir de la norma básica sea 'pura', ni que el proceso legislativo 'no supone referencias al plano de los hechos existenciales ni al de los valores', lo que significaría que el legislador no tiene que tomar en consideración los hechos a que se refieren las normas por él creadas, ni los valores que él quiere establecer mediante ellas. Tampoco he sostenido que el 'método para determinar el *Derecho*', en el que no juega ningún papel el proceso de 'la determinación de los hechos', sea 'puro' (...) El postulado de la pureza no se refiere proceso de creación y aplicación del derecho, sino (...) a la *teoría* jurídica, esto es al conocimiento del Derecho". (p. 85).

Lo anterior, que pretendería ser una especificación del pensamiento kelseniano por el cual se sostiene que la pureza sólo se refiere a la explicación de qué es Derecho, no resulta ser más que una inconsecuencia que demuestra la inconsistencia de la Teoría Pura y del autor, puesto que las afirmaciones que contiene y hemos dejado expuestas, desdichan la "aclaración". De modo que lo cuestionado no corresponde a prefiguraciones o distorsiones nuestras. Y continuamos.

Al hablar sobre la validez del *orden jurídico*, de su fundamento y condición, encontramos que la *norma básica* actúa como fuente de la superestructura jurídica. En ella se asientan, o los normativistas hacen descansar, tanto la validez como el contenido de las leyes; ello se revela en las afirmaciones por las cuales se señala que el hecho de la creación de una norma presupone, primero, que la norma básica le sirve de fundamento y, segundo, que el orden jurídico validado por tal *GRUNDNORM*, es el que da autoridad al legislador (para que medie como aparente creador de él). Esto de plano plantea que los "hechos existenciales y los valores" no cuentan puesto que todo debe ajustarse a lo que contiene la "norma fundamental" y a los límites de capacidad que otorga el orden jurídico al legislador para hacer las prescripciones (y dentro de los contenidos previamente establecidos).

No otra cuestión puede entenderse de afirmaciones como la que distingue la Constitución *en sentido lógico-jurídico* (*GRUNDNORM*) y la Constitución *en sentido jurídico-positivo* (Carta Fundamental de un Estado) y que hace descansar su diferencia en que la primera *no es norma positiva sino presupuesta* en el pensamiento

jurídico y la segunda es "*puesta o creada por un acto de voluntad de un órgano jurídico*" además de que aquella está en la cúspide de todo orden jurídico sirviéndole de fundamento (hasta de la jerárquicamente más alta de las normas positivas que es la Constitución del Estado).

Es obvio que en Kelsen, la base de todo ordenamiento jurídico es una presuposición a la que le da categoría de constitutiva de la juridicidad (la que otorga carácter jurídico a una prescripción) y que está dada lógicamente en la razón y que es aceptada por todos, puesto que somos racionales, de lo que deriva que, en la afirmación (vista un poco más detenidamente) lo que se sostiene no es a la razón imponiéndose sino al contrario, a la *GRUNDNORM* que se impone a la racionalidad puesto que, por el solo hecho de ser tal, ya la posee. Y no otra cuestión es lo que quiere indicarse cuando se caracteriza la presuposición como *norma metajurídica*. Sin embargo, esta abstracción no da cuenta de cómo la presuposición de por sí y ante sí *es jurídica*, y cómo es que seres humanos reales sin ser órgano jurídico (puesto que antes de crear normas positivas que les otorguen autoridad, no son tales) pueden emitir bases jurídicas sólo a partir de un presupuesto que no se explica tampoco por qué es jurídico. ¿Cómo, entonces, Kelsen quiere encontrar presupuestos jurídicos sin previa juridicidad y siempre en o dentro de un marco jurídico?. Para nosotros, aquí entran otros elementos que confluyen a explicar que la forma superestructural es histórica y, que tal historicidad, nace y se asienta en la propiedad que protege.

Aclaremos ya que Kelsen buscaba negar algo que en realidad afirma. Al diferenciar su Teoría Pura de la iusnaturalista, pretende que ella sostiene sólo la validez, no el contenido del orden jurídico, basado en la *GRUNDNORM*. Deberíamos entender que, por tanto, el contenido es ya no un presupuesto ideal, sino algo material, por ejemplo un hecho social. Sin embargo el normativista plantea que las normas contienen no el *ser* sino un *deber ser*. Deducimos, entonces, que el contenido (en tanto deber ser) es igualmente una pretensión a priori, es decir, presupuesta, respecto de algo que no es más que una conducta, un acto o un hecho apreciado como jurídico; las normas, al plantear lo que debe ser una conducta, la presuponen; y, dicha presuposición, en tanto deber ser, no se plantea sobre lo que es sino sobre *lo que se quiere que sea el actuar humano*. Tal *querer que sea o deber ser* se presenta como ideal, como

formulación apriorística; de esto se puede colegir que si la validez arrancaba de una presuposición, el contenido lo hace de la misma.

Sosteníamos también que la autoridad del acto constituyente, para la Teoría Pura, descansa en la constitución "lógico-jurídica" o presupuesta y analizábamos la existencia de una contradicción en tal afirmación normativista. En efecto, Kelsen dice que, según él "... la autoridad del constituyente no descansa en la constitución instituida por acto humano, sino en la norma fundamental presupuesta", siendo presupuesta en el pensamiento jurídico "...si se considera que el sentido subjetivo de los actos por los que la constitución (en el sentido jurídico-positivo del término) es establecida, y que el sentido subjetivo de los actos realizados de conformidad con esa constitución son su sentido objetivo; y, por lo tanto, si se considera que estos sentidos (que son normas) son objetivamente válidos". Hans Kelsen postula que su "presupuesto" no es una construcción intelectual ya que no se presupone como abstracción o elaboración lógica sino como elemento presente (de hecho) en las normas que son válidas; y, está presente en tanto los actos por los que se establece una Constitución y se realizan de acuerdo con ella, siendo sentidos subjetivo y objetivo, respectivamente, son válidos puesto que la producen y, al continuarse, se presentan ya como normados por lo que fue su creación (aquí la autogestión en su máxima expresión: unos actos que se presuponen jurídicos -porque tienen una supuesta norma jurídica presupuesta en el pensamiento jurídico- crean una constitución jurídico-positiva en la que establecen que, de ahí en adelante, esos mismos actos creadores de prescripciones se encadenan a lo que establecieron y deben convertirse en esclavos del "Frankenstein jurídico" que crearon si quieren que, en adelante se los considere como actos jurídicos).

Kelsen no cae en cuenta que su pretensión (de que lo jurídico se desenvuelve en virtud de una presupuesta juridicidad), lo lleva a hacer depender la norma básica y la constitución, *de actos*, puesto que son expresión de ellos (sentidos de ellos, como dice Kelsen); son expresión jurídica *de lo que son* y no de lo que deben ser; y, por tanto, a enterrar al deber ser que había puesto en la base (como contenido) de la superestructura jurídica.

En otras palabras, la construcción de Kelsen sobre la norma básica (a

pesar de que debe ser presupuesta en el pensamiento jurídico) termina en que no es una elaboración humana sino una creación del Derecho Positivo. Sólo si él existe es posible que también la otra; el legislador crea prescripciones positivas, no la "norma básica"; quien "la piensa" no es el legislador sino su creación y por eso es que el teórico normativista llega a sostener que *como los diferentes órdenes jurídicos se basan en constituciones distintas, deben presuponerse normas básicas distintas*. Claro está que Kelsen no puede explicar la distinción de los ordenamientos en virtud de las diferentes realidades materiales mediadas por las categorías jurídicas ya que no acepta nada del ser en el Derecho que, para él, es *puro deber ser*. De otra parte, vemos que el intrincado proceso teórico al que quiere someter la explicación de la superestructura jurídica, le hace caer en otra contradicción: antes se postulaba que *el fundamento* de ésta era la *norma básica*, ahora resulta que para que ésta pueda ser presupuesta, *necesita tener antes lo que ella pretendía fundamentar*, con lo que puede mantener (aunque absurdamente) *el desenvolvimiento de lo jurídico dentro de sí mismo*, es decir, lo que denominábamos *autogestión*.

Como lo jurídico debe salir de sí mismo, el "teórico puro" debe poner en la cabeza de toda la humanidad, de cada ser humano, una suposición para que haga de la prescripción una *válida y jurídica*. ¿Quién autoriza la presuposición como jurídica?. No el ser humano sino ella misma; la presuposición que está dada en el ser humano. La suposición se basa en sí misma o en otra; se entabla una cadena de suposiciones; el fin del encadenamiento es la suposición (la idea mandando sobre los seres humanos). El presupuesto deber ser está por encima del ser.

Por eso mismo es que llegará a criticar al iusnaturalismo pero no por su metafísica sino por hacer depender el deber ser del ser. Él dice:

"Si la doctrina del Derecho Natural pretende deducir las normas del derecho justo (...) de la realidad empírica en general o de la condición fáctica del hombre en particular, es decir de un ser, entonces ella trata de responder a la pregunta: ¿qué *debe suceder*, mostrando que algo *sucede de hecho*. En otras palabras: ella pretende inferir un deber ser de un ser, una norma de un hecho. *Esto es lógicamente imposible*. De que algo sea no se puede inferir que algo debe o no debe ser, como tampoco se sigue de que algo debe ser que este algo es o no es. Deber ser y ser son dos categorías que no se dejan reducir mutuamente." (KELSEN. 1970, P. 122). (cursivas mías)

Queriendo la autogestión, afirma lo que antes había negado: las normas no pueden salir o deducirse de la realidad empírica del ser. El uso de la lógica kantiana le lleva a afirmar lo que cualquiera: lo formal es lo real, cayendo en lo que ya ha sido largamente criticado por la ciencia, esto es, que lo real no es sólo su apariencia. Kelsen pretende que las normas nada tienen que ver con la realidad material sino con el apriorístico deseo legislador, con su presuposición, con la lógica (formal). La pretensión de darle un sentido realista a su teoría (buscando elevar lo prescrito en una Constitución a la condición de "ciencia" que explica el fenómeno jurídico) lo lleva a su contrario: a desembocar en un burdo idealismo.

Ahora bien, el que "el legislador constitucional" no sólo establezca en su creación los órganos que legislarán sino el procedimiento y, además, las llamadas "declaraciones de los derechos y garantías" como contenido de las leyes (es decir "prescribiendo un *minimum* de lo que deben y de lo que no deben contener"), como afirma, impone que existe una estrecha relación entre norma presupuesta y los contenidos de las "normas positivas" que antes había negado al decir que de la primera sólo derivaba la validez. Y ¿por qué?. Aquí el contenido de la ley se muestra como lo que el legislador quiere que sea. Pero en tanto Kelsen considera, el orden jurídico como jerarquizado, en el que la superior determina la creación de la inferior y actúa como su fundamento de validez, se hace necesario entablar una relación entre superiores e inferiores no sólo en su forma sino en su contenido. Más aún, si la una determina a la segunda no es en virtud sólo de que establezca cómo hacerla o elaborarla, sino, principalmente, por que la una exige de la otra coherencia de contenido y sólo así se consuma la subordinación. Si la GRUNDNORM está en la cúspide de tal ordenamiento, es la que establece no sólo la validez sino el contenido de sus inferiores. Esa y no otra debe ser la conclusión a la que debería arribar Kelsen si fuera consecuente; si no, entonces, ¿por qué para las normas positivas en general, en su relación si poseen esa doble relación y, la presupuesta, sólo una?. ¿Acaso porque las primeras son escritas y la otra es un mero supuesto?. Claro que no!. Lo que sucede es que Kelsen no atina una definición objetiva de la superestructura jurídica por querer aislar el ser del deber ser y pretender la construcción teórica dentro del marco estrictamente jurídico. Se revela de aquí que su desmentido (aquél al que nos referimos anteriormente) es una sinrazón: no rebasa los límites iusnaturalistas y

cae en la derivación de la superestructura jurídica de la misma idealidad que aquella corriente propone. Pero cabe un señalamiento más. El que una norma superior determine el contenido de la inferior supone que el Derecho *al regular su propia creación* no sólo actúa en la forma sino en él. Por tanto, sólo los contenidos ya establecidos en las normas superiores son susceptibles de observarse o continuarse en la creación de las inferiores. ¿No se postula, así, la autogestión y el aislamiento de lo jurídico de "los hechos existenciales"? Claro que sí. Kelsen es contradictorio e inconsecuente consigo mismo y eso ya lo anotamos.

En nuestro criterio, el contenido de las normas, aún en el caso que fuera un deber ser, como una pretensión de que una conducta se cumpla, tiene íntima relación con el ser. Pero esta afirmación nos lleva a comprender que *una conducta es necesariamente un producto social*, está inmersa en la realidad social como expresión de una situación concreta que determina aún la subjetividad del legislador, en tanto que ser social; así, el contenido no es un contenido normativo, ni de las superiores, peor de las inferiores, fuera de esa realidad.

Eso también se le revela a Kelsen pero no lo acepta. El habla de que sus normas son imperativos impuestos por una autoridad. ¿De dónde deviene la autoridad? Del Estado, el Estado es la autoridad que hace las leyes. Tal parecería que a Kelsen se le introduce, sin querer, un elemento político en su "pureza". Y claro, no se puede prescindir de él para explicar multilateralmente el Derecho. Pero, a manera de contrabando ideológico, él pretende resolver su problema buscando, también en el Estado, a la juridicidad. Mantiene así, *lo jurídico dentro de sí mismo*. Sostiene que *el Estado y el Derecho son idénticos* y "Para que el orden jurídico sea un Estado tiene que tener el carácter de una organización en el sentido específico del término, esto es: debe instituir órganos especiales para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen; debe poseer cierto grado de centralización. *El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado.*" (KELSEN. 1970, p. 83).

El Estado es un "orden que se ha organizado con cierto grado de centralización", se da a sí mismo soberanía, se autoriza y autoriza a unos seres humanos, autoridades o legisladores, para que "lo creen" o nos hagan creer que ellos lo crean, puesto que ellos, no como meros seres humanos, sino como funcionarios del Estado (u orden organizado) son creados por él mismo como

tales, con autoridad. No solo les autoriza confundirnos con su supuesta creación sino que a ellos también los confunde y les hace creer en su omnipotencia creadora, no como autorizados por el orden sino como jefes del Estado que tienen capacidad de hacer leyes. Es decir, los seres humanos, como autoridades, crean leyes no porque ellos tienen autoridad sino porque el Estado se las da, y como el Estado es el mismo "orden jurídico organizado", los imperativos que hacen los funcionarios son, en última instancia, también producto del mismo orden que tiene como fundamento de validez la "norma básica" o GRUNDNORM. Todo es una creación jurídica que se parece al misterio de la Divina Trinidad en que tal naturaleza sólo puede mantenerse a condición de tener fe en que eso es verdad aunque, ... lo real lo desmienta. No creer en tal divinidad puede ocasionar desgracias. No creer en la divina presuposición jurídica kelseniana, puede acarrear la destrucción del régimen jurídico-burgués, trayendo consigo la "anarquía" que, también se presupone existiría sin el Derecho de las clases dominantes. Diremos además, que la pretendida identificación entre Estado y Derecho, de Kelsen, de tener validez (a pesar de que la crítica anterior lo niega), sólo sería procedente para aquél Estado con "cierto grado de centralización" y que no es otro que el Estado burgués en cuanto *Estado nacional*. Aquí se muestra otra deficiencia en la Teoría Pura del Derecho dado que no alcanza a explicar el problema respecto de otras formas estatales: las precapitalistas.

Al respecto de las críticas a Hans Kelsen son de importancia señalada los aportes realizados por Humberto Cerroni y Albert Calsamiglia en "Marx y el Derecho Moderno" y "Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica", respectivamente. Las cuestiones que tales autores tratan no sólo que ponen en evidencia las inconsecuencias y el carácter burgués del pensamiento normativista sino que incluso llegan a mostrar las serias debilidades metodológicas y epistemológicas en las que se mueve la Teoría Pura del Derecho.

3.3. El Materialismo y las fuentes del Derecho.

Bien se puede colegir de las anteriores apreciaciones, que la posición

idealista formula una pretensión de construir el Derecho como un producto social (o inclusive natural o divino), pero siempre cuidando de no hacer intervenir en tal producción a la vida objetiva humana, en cuanto ella suponga relaciones materiales que develen su naturaleza. Eso, por sí solo, derrumbaría todo el edificio teórico que construyen, puesto que, una visión de tal índole les llevaría a incluir en sus asertos aquellas condiciones concretas de propiedad, a introducir interpretaciones históricas que no están apegadas o niegan la absolutización de los valores, conceptos y categorías con las que se busca edificar la superestructura jurídica "eterna e inmutable", independiente de los intereses sociales o, mejor, clasistas.

Así, para los idealistas, las construcciones de la razón humana son las claves para entender el desarrollo de la historia social. El desarrollo del espíritu explica el desarrollo de la vida humana. Y en el Derecho ocurre similar cuestión. El conjunto de prescripciones jurídicas que conforman la superestructura social, aparecen condicionadas a ésta o a otras manifestaciones de la misma.

Habíamos indicado en páginas anteriores que, para nuestra opinión, las que se tienen como fuentes formales, de manera apresurada, son confundidas con las formas históricas del Derecho; afirmábamos que la costumbre y la jurisprudencia no eran sino otras tantas manifestaciones históricas de la voluntad de la clase dominante en sociedades como el esclavismo y el feudalismo, respectivamente, constituyendo, por sí, ya el Derecho de esas etapas. Por esta misma razón no se puede mantener el criterio de que aquellas formas sean las que den origen a lo que es su contenido históricamente determinado. Más aún, la determinación no va de la forma al contenido, sino, fundamentalmente, a la inversa (conservando, claro está, el nexo de correlación o interdependencia entre uno y otro); ROSENTHAL (1960) correctamente afirma que "La forma no puede existir aislada del contenido; carece de un sustrato propio, al margen de él. Su fundamento es el contenido mismo; es natural, por ello, que la forma dependa del contenido, que es el aspecto dominante" (p. 200).

El idealismo, al sostener que la costumbre, la jurisprudencia y la ley son fuentes formales, recurre a una desviación teórica. Pretende que existen fuentes

en el sentido del contenido de lo que es el Derecho y, otras, que hacen alusión a la mera forma, al mero procedimiento o cómo se elabora el Derecho. Esta tergiversación de la realidad no da cuenta que aun en tales condiciones una forma de por sí ya expresa contenidos y que, por tanto, la generación del Derecho no puede ir desligada en su forma del contenido que pretende sustentar. Más aún, la referencia al problema de las fuentes no puede pasar por el contrabando de la simple formalidad sino que, ante todo y sobre todo, supone *hacer alusión a la esencia y contenido de lo que se crea a partir de ellas*. Así, las concepciones que eluden una visión científica al considerar a las "fuentes formales", no hacen otra cosa que desligar la superestructura de la realidad material con lo que, la causalidad del Derecho, no está en la misma sociedad sino en idealizaciones a priori que muy poco o casi nada toman en cuenta la fenomenología histórica de los conglomerados humanos.

Podría decirse que mi afirmación no es nada correcta en el sentido de que el mismo iusnaturalismo acepta la existencia de fuentes materiales (y que yo mismo he señalado en anteriores páginas). Es verdad, el iusnaturalismo acepta tal consideración pero pretende convertir lo que es un mero instrumento superestructural en la "fuente". Lo que asimila como fuentes materiales directas no son otra cuestión que los órganos estatales y la sociedad. En tal virtud se intenta que lo que es el correlato del Derecho, indispensable, que está presente junto a él desde su inicio, sea lo que da origen al Derecho. Peor aún si señala que tales órganos actúan sólo bajo la facultad jurídica que les otorga el mismo "ordenamiento". Más todavía, el medio no actúa por sí mismo. El medio o instrumento de una acción o interés actúa determinado, imponiendo, no sus contenidos ni fines (puesto que carece de propios) sino aquellos que recibe en esa determinación. Ya, en cuanto a la sociedad, el iusnaturalismo no alcanza a definir adecuadamente su intervención como fuente; pierde, en este sentido, la necesidad que impone la comprensión del Derecho como especificidad de la relación humana sustantivada debido a que no todo lo que compone la sociedad actúa generando el Derecho; de ser así, la totalidad de relaciones sociales humanas estarían bajo la incidencia de lo jurídico. Al respecto ya habíamos hecho algunas puntualizaciones.

Pero donde se refleja la subestimación (aún de la misma sociedad) por parte del iusnaturalismo, es en la apreciación de las *fuentes materiales indirectas*. Es allí donde se llega, recién, a considerar el papel de la economía, de la cultura, de la ideología. Esta corriente persiste en la apreciación de la sociedad como yuxtaposición de sujetos y no como el conjunto de relaciones entre ellos y por eso encuentra la posibilidad de desligar la sociedad de las relaciones y fenómenos económicos (que para nosotros no son sino una y la misma cuestión). Y el carácter *indirecto* que les otorga, implica que no actúan sobre el Derecho sino sobre algo que está mediando entre uno y otro y, de ello, los contenidos que imprime la situación material de la sociedad, o para ser más general, una formación socio-económica, no resulta ser fuente, en realidad, sino una mera acción condicionante o contextualizadora (no determinante, como supone el carácter de la fuente).

Por todo lo indicado es que he sostenido, que las fuentes descritas por el iusnaturalismo y demás corrientes no científicas, no son más que consecuencias inmediatas de la estructura social y a lo mucho deben ser consideradas como “referencias para la investigación científica” de la formación del Derecho. Donde debemos encontrar sus fuentes no es precisamente en las expresiones que adopta, sino en las determinantes de todo fenómeno social, esto es, en las relaciones sociales de producción material.

3.3.1. El Materialismo: cómo define y clasifica las fuentes del Derecho.

Como habíamos dicho al hablar *del origen* del Derecho, la diferencia entre idealismo y materialismo partía de que los primeros pretenden explicar sólo el acto por el cual *se lo declara* (que imprime establecer quién realiza el acto en mención), mientras que los segundos orientan su investigación a *las condiciones* en las cuales se realiza tal acto y, por tanto, a la explicación del cómo y cuándo surge; aquí, en el problema de las fuentes, la distinción entre uno y otro parte de la misma cuestión. Para el materialismo el problema no es lógico formal sino histórico. Por tanto, la indagación no sólo supone una divergencia conceptual sino, además, metodológica. Para el materialismo histórico, explicar lo que son

las relaciones jurídicas (y, por tanto, cuáles son las fuentes del Derecho) debe trascender la propia juridicidad para llegar a explicar lo que son las relaciones sociales materiales determinadas históricamente, dentro de las que se presentan las primeras. Además, como hemos dejado planteado en el anterior capítulo, son esas relaciones materiales las determinantes de las jurídicas y, una tarea central en la explicación materialista científica, es la relativa al cómo las relaciones sociales de producción se convierten o asumen la connotación jurídica. De por sí, esta cuestión marca una visión diferente de las fuentes.

Cabe, en primera instancia, recoger aquel señalamiento en el sentido de que el Derecho tiene vida objetiva, es decir, él no existe sólo en nuestro cerebro sino que es un sistema de relaciones que se expresan, históricamente determinadas, en las llamadas *normas*, en los *conceptos* y *categorías jurídicas*, siendo una especificidad de las relaciones sociales (PASHUKANIS. 1976, pp. 19 y 49); por tanto, planteamos que el Derecho está determinado dado que la relación jurídica no es más que la sustantivación de las relaciones de producción ya que los seres humanos no adquieren relaciones jurídicas por las prescripciones del mismo "orden" sino en virtud de algo exterior a su voluntad: el modo de producción, en general. Por eso mismo es que la obligatoriedad y generalidad de una norma se nos presenta como propia para un determinado Estado y sociedad siendo que ella no es más que el reconocimiento de las relaciones de producción (abstraídas en la norma), como obligatorias, dentro de la circunscripción en la que rigen, y por consiguiente, impropias para regir en otras relaciones diferentes, espacial y temporalmente. "Así pues, las categorías jurídicas elaboradas por el pensamiento deben constituirse como *formas ideales de instituciones históricas* (referidas a relaciones sociales determinadas)..." (CERRONI. 1975, p. 106) y, sólo bajo esa correspondencia, tanto las categorías como las prescripciones jurídicas, cobran significación real. Esto es válido no únicamente en el caso de que la norma corresponde a lo dado sino, aún, a lo que es posible que se dé, en virtud de que no prescribe meras ilusiones sino posibilidades de relación social que surgen y se determinan en sus inmediatas y mediatas anteriores.

Al respecto, las mismas investigaciones del sociólogo austriaco Eugen Ehrlich, demuestran cómo las relaciones jurídicas surgen de la materialidad social, es decir de las relaciones objetivas que las componen.

No puede ser de otra manera. Del hecho que en la sociedad se van imponiendo nuevas relaciones (en la producción) tanto entre individuos como entre éstos y la colectividad, asimismo se va imponiendo la necesidad de que (en los casos que corresponda) se vayan formulando o generando nuevos principios, formas y prescripciones jurídicas. No otro es el proceso de establecimiento del contrato de compra-venta, por ejemplo: primero existió el intercambio y luego su forma jurídica, y sólo a condición de que primero exista el hecho objetivo, la relación material económica del intercambio, es que se hace posible imponer "derechos y obligaciones", condiciones como las del "objeto lícito" o la "causa lícita" y, más aún, la diferencia de un contrato de cambio como de "compra-venta" con el de "permuta o trueque". Todas estas abstracciones existen no por mera previsión o idealización, sino por la existencia de tales cuestiones como objetivas y susceptibles de ser apreciadas por el ser humano y su razón. El hecho más demostrativo de tal proceso es el que, en última instancia, resulta que la realidad siempre se impone a la pretensión legislativa y tiene más *capacidad normativa* que las propias prescripciones jurídicas. Así, se señala que *el deudor paga la deuda, no tanto por la "obligación jurídica" cuanto por el interés económico de conservar el crédito*.

Es en ese sentido que el materialismo logra explicar que el *orden jurídico* no crea las relaciones jurídicas sino que *preserva y garantiza* su realización; el Derecho es una forma de las relaciones objetivas y no puede, en lo general, ser superior a la estructura a la que sirve, es decir no es superior a esas relaciones de las que es forma abstracta creada para preservarlas¹⁴. Se colige, entonces, que la relación de

¹⁴ Se hace imprescindible anotar en esta parte, que nuestro aserto es sólido incluso para aquellas circunstancias en las que, aparentemente, el Derecho se adelanta a la institucionalización de determinadas relaciones que caen bajo su ámbito. Tal apariencia es el resultado del "oculto" dinamismo que posee la dialéctica de los modos de producción. Es bien sabido que, de la misma forma como un modo superior mantiene imbricados rezagos de otros anteriores, en su seno también se gestan los embriones del que le reemplazará. Así, la presencia latente de las relaciones sociales nuevas determina que el apareamiento de otras formas jurídicas correspondientes a éstas (no muy visibles por su situación secundaria y determinada) den la imagen de un Derecho Superior a las relaciones existentes. De esto se desprende que aún en estos casos, este nuevo Derecho es propio de las relaciones imperantes.

dependencia del Derecho respecto de la materialidad social, es una de actualidad; toda norma actual expresa relaciones sociales específicas actuales (aunque la coexistencia con formas jurídicas pasadas, de la apariencia contraria); no otra cosa demuestra el hecho de la sociedad capitalista, por ejemplo, en la que toda relación mediada por el dinero, el Derecho tiende cada vez más a apegarse a una definición económica. (NOVOA MONREAL. 1980, cap. VIII).

De otra parte, es notorio que la evolución de la relación jurídica ha ido desde una entre individuos hasta otra, como relación general, en la actualidad. Es decir aparecen como relaciones humanas constituidas por los individuos (y desde allí arranca la consideración jurídica de tales relaciones) hasta convertirse en relaciones colectivas cuya máxima expresión es la vinculación en el Estado moderno. Tal evolución, no es nada curioso, que esté indisolublemente unida a la que se produce en las relaciones de propiedad y división del trabajo: primero entre propietarios y luego entre clases, en la sociedad civil. Siempre, en este proceso, la forma y el contenido de la superestructura jurídica, se modifica para corresponder a esa actualización. Y muestra elemental de aquello es la transformación del *sujeto jurídico*, como categoría del Derecho, a la cual hacen alusión Engels y Gierke.

Por otro lado, aquella consideración de que el Estado es el llamado a establecer las prescripciones jurídicas, unida al hecho por el que en la actualidad se presenta una tendencia clara de aquél a participar en las actividades económicas, igualmente demuestra el profundo nexo de determinación existente entre base material de la sociedad y Derecho. El Estado no pretende tal asunto sólo en el sentido de una conversión en "accionista" de las empresas, sino en el sentido, sobre todo, de "regulador" de las actividades económicas. La problemática económica actual, tanto nacional como internacional que posibilitan que el Estado acentúe su apariencia de "interés general", condicionan que este aparato político formule prescripciones jurídicas en el ámbito monetario, industrial, agrícola, crediticio, mostrando aquella tendencia de la que hablábamos antes, la de un Derecho que tiende a apegarse cada vez más a una definición

económica, descubriéndose como una forma abstracta de las relaciones sociales de producción.

La evidencia de esta relación se presenta en el hecho de que lo jurídico cambia. La causa del cambio jurídico no está en sí mismo sino en la circunstancia por la que la movilidad de la realidad social es tan ágil que determina que una norma se torne caduca, si no inmediatamente de ser dictada, por lo menos al correr del tiempo. Novoa Monreal, con un error absolutista, sin embargo logra mostrar cómo el ordenamiento jurídico sufre un proceso de obsolescencia correspondiente al reemplazo de una relación material por otra. En tal evolución se presenta la estructura social (relaciones sociales de producción) como la generadora de las prescripciones jurídicas.

Todo este razonamiento, en conclusión, demuestra cómo es que una objetiva *fuerza del derecho* es la relación material de los seres humanos, la relación social de producción y que, lejos de que la relación económica sea una mera "fuente material indirecta", por el contrario, ella es la directamente determinante de la superestructura jurídica en tanto que ésta se constituye en forma de aquella.

Sin embargo de lo anotado, cabe aludir también al hecho de que la constitución de la forma jurídica no opera como resultado exclusivo de las condiciones materiales, en general. Se trata de que tales condiciones, extra voluntad humana, determinan la existencia de configuraciones sociales específicas y, a este respecto, cabe volver a la afirmación en la que sosteníamos que no en toda sociedad existe Derecho. El que la sociedad primitiva carezca de él, por las razones ya indicadas, lo demuestra. En esta virtud, *sólo las sociedades clasistas poseen prescripciones jurídicas* y, esta condición, necesariamente nos lleva a pensar en el Derecho como íntimamente ligado a ellas y, especialmente, a sus intereses que se reproducen como resultado de sus relaciones materiales. Se trata de que *sólo las condiciones materiales que reproducen intereses opuestos, llegan a constituir la forma jurídica de las relaciones sociales*.

Habíamos dejado indicado que *no es la sociedad entera la que posee el poder político*, por el contrario, aquel poder descansa en la condición de dominación

material; *quien domina materialmente es quien domina política e ideológicamente*. Ya en este momento se nos revela la inevitabilidad de encontrar un nexo entre interés de clase dominante con la elaboración de las prescripciones obligatorias que, decíamos, están íntimamente ligadas a las estructuras clasistas.

A primera vista resulta que quien elabora el Derecho es el legislador, mejor, el poder legislativo. Nadie puede negar que en el acto de legislar, aún en el caso de que quien lo realiza no lo haga mirando interés de una clase, siempre pone o media en su abstracción *su circunstancia* como ser social y en la que intervienen, al mismo tiempo, sus valoraciones subjetivas; de otro lado, es innegable que *lo que se pone* es una decisión de un grupo (a este respecto ya habíamos señalado algunas consideraciones al demostrar el carácter clasista del Derecho). Pero puesto que no podemos abstraer el ser social de la estructura clasista en que se desenvuelve, es claro que el poder legislativo no es más que la clase dominante para sí, como poder, como autoridad y organizada.

NOVOA MONREAL, en el texto "El Derecho como obstáculo al cambio social" y al que hacíamos referencia antes, muestra la íntima conexión entre la Política y el Derecho. Lenin se encargó de demostrar, por su parte, cómo la primera (la Política) no era más que la "expresión concentrada de la economía" y de donde asoma que, a más de la relación entre lo jurídico y lo económico, existe otra entre voluntad de clase y orden legal, en su elaboración, y ello porque, sobre todo, los "mandatos imperativos" contenidos en las leyes, reflejan un interés que pretende consagrarse, preservarse como voluntad que domina y obliga. GUMPOWICZ (aunque nos parezca odioso) acertó al plantear que "...el grado de 'libertad' de unos depende del grado de dominación de los otros. La norma de la coexistencia (se refiere a la denominada norma jurídica cuya aparente naturaleza sería ordenar armónicamente la relación social -RCO-) no está determinada por la posibilidad de la coexistencia, sino por la dominación de unos sobre otros." (PASHUKANIS. 1976, p. 155) y, por tanto, ingrediente necesario de la generación del Derecho es esa voluntad dominadora y por virtud de la misma forma que llega a ser tal, como Estado (es decir por ser materialmente dominante), también llega a ser obligatoria como ley.

Resulta incuestionable, entonces, que la voluntad de clase interviene directa y determinadamente en la formulación del Derecho. Así, se postula que *otra fuente del Derecho es aquella voluntad dominante* propia de cada época en que encontremos estructura clasista en la sociedad. Este hecho se presenta como consecuencia inevitable de que intereses políticos, económicos y Derecho son expresiones de una misma realidad, como conciencia social, que actúan interdependientemente, siendo unidad y diferencia a la vez.

Pretender la última conclusión, sin más, sería unilateral. Es obvio que la estructura clasista, al tiempo que permite la dominación político-jurídica de la voluntad de la clase materialmente dominante, también genera la oposición, *la contradicción*. La clase dominada no es pasiva, es, por el contrario, factor trascendental del desarrollo social que *modifica* la voluntad dominante; no lo determina puesto que supondría ejercer o tener la condición de la segunda, situación que solo lo opera en el proceso revolucionario, a partir del objetivo resquebrajamiento del poder dominante que deviene en la toma de él por parte de su opuesto (sólo en tales circunstancias es posible que determine como voluntad para sí, como poder; en condiciones *normales* de la lucha de clases, la dominada sólo -un sólo que es, sin embargo, muy definitorio- impide que voluntad de la contraria se absolutice).

Esto supone hablar de que la *confrontación de intereses de clase* interviene, también, como fuente del Derecho.

El primer hecho que muestra las pretensiones de opuestos es aquél en el que el Derecho se constituye como medio para resolver intereses privados. Es por virtud de la posibilidad de confrontación, que se hace necesario establecer *de quién es el derecho*. Pero, en sí, no en la apariencia, tal confrontación no es realmente individual sino social. La división del trabajo y de clases, las relaciones sociales a las que se sujetan los individuos, son las que se reproducen en el enfrentamiento entre particulares y, más aún, entre privados y el Estado.

Donde aparece categóricamente la lucha de clases como fuente del Derecho es precisamente en aquellos casos en los que el Estado ha pretendido

mostrarse como *interés que cobija los intereses de las "grandes mayorías"*. Alcanzar que la legislación observe una serie de reivindicaciones de los dominados, como la de que las aguas pasen de manos privadas a poder del Estado, o que se consagre el derecho o libertad de asociación de los trabajadores o, aún, el de la igualdad ante la ley, ha supuesto siempre grandes conflictos sociales, enfrentamientos sangrientos, muchas veces masacres que significaron poner en riesgo la misma estabilidad de la clase dominante. Nunca la historia ha registrado concesión de facultades para los dominados sin que medie un enfrentamiento abierto entre opuestos; más aún, los trascendentales pasos, reformas y transformaciones jurídicas se han operado como consecuencia de tales antecedentes. Sin embargo, no es ajeno al conocimiento humano que, muy a pesar de la proclamación de las aspiraciones de las clases no propietarias en las leyes de los Estados, éstas han tenido que hacerse efectivas también por medio del enfrentamiento. A quien le resulta extraño acontecimientos como la violación diaria del derecho de asociación, por ejemplo. Donde es posible que la condición material de vida rija sin tapujos, es donde la ley se vuelve inconsistente hasta que no surja la posibilidad objetiva de que, ya no como individuos, dominante y dominado, se enfrenten las clases (y especialmente la oprimida) reivindicando para sí sus intereses.

Pero, en tanto lo más significativo del problema es la oposición antagónica, se hace necesario dejar en claro que no por lo mencionado el Derecho pierde su naturaleza clasista, de ser voluntad de los dominantes. Al contrario, aquello lo confirma. Y lo confirma puesto que, si se quiere hablar de derechos de los explotados, estos están en la legislación como excepción alcanzada por la lucha y no por dádiva del Estado. Además resulta extremadamente claro el asunto cuando concebimos que tal "concesión" de los dominantes, en cuanto Estado, opera como *conciliación* de los opuestos, situación que permite modificar el interés de los otros mediante "complementos" que supuestamente igualarían la condición de una y otra. Así, frente al derecho de huelga se impone la posibilidad de declararla *ilegal*. La norma se convierte en un instrumento para refrenar el ejercicio de acciones y disputas; bajo la figura del *derecho*, la burguesía ha logrado refrenar las contradicciones de clase y controlar - con el paradigma de la legalidad- la acción de sus opuestos generando un

mecanismo adicional de represión. La incorporación de un derecho ha supuesto la posibilidad de exigir la sumisión a la legalidad y, por lo mismo, todo acto que se extralimita hasta puede ser legalmente acusado de ilícito y, por lo mismo, ser sancionado con legitimidad ante la sociedad. El poder nunca pierde, y por ello es que Marx y los clásicos revolucionarios entendían que la legalidad tiene esta tremenda limitación: es una ficción burguesa que termina por atrapar la lucha del proletariado castrando su acción transformadora. Esto demuestra cómo, aún en tales circunstancias, es la voluntad de la clase dominante la que opera.

Concluyendo y puesto el anterior análisis, diremos que desde una visión materialista histórica, las fuentes del derecho son: *las relaciones sociales de producción, la voluntad de la clase dominante y la lucha de clases* que existen en una sociedad históricamente determinada. Las tres son expresiones de una misma realidad, de un modo de producción específico. De ellas surge el Derecho conservando una especificidad. Por eso, podríamos asumir que para el materialismo histórico las fuentes podrían dividirse en *estructurales y político-sociales*, entendidas a las primeras como las relaciones sociales de producción y en las que están presentes las de propiedad (como base) y la división social del trabajo; a las segundas, como voluntad de clase dominante y la lucha de clases. El Derecho no es producto de una sino de todas ellas actuando al mismo tiempo.

3.3.2. La lucha de clases como motor de la historia y su influencia en el Derecho.

"La teoría marxista de la lucha de clases vino a poner fin a las concepciones anticientíficas que consideraban la historia como un caos de acontecimientos en el que los individuos actúan independientemente los unos de los otros. El marxismo proporcionó el hilo de engarce que ha permitido descubrir las leyes que rigen en medio del complejo entrelazamiento de acontecimientos históricos, en una sociedad dividida en clases; aportó la teoría de la lucha de clases. Marx y Engels demostraron que la lucha de clases es una Ley que rige en todas las sociedades formadas por clases y constituye la fuerza motriz

de su desarrollo" (1963, p. 128). De esta manera KONSTANTINOV sintetiza el aporte del marxismo y la trascendencia de la lucha de clases en la sociedad.

Una vez que, basados en la división del trabajo y la propiedad, surgen grupos humanos ubicados distintamente como clases, la propia condición material en la que se desenvuelven se encarga de enfrentarlas por virtud de los antagónicos intereses que su materialidad reproduce y que se resuelve sólo en la revolución por medio de la cual una derroca a la otra y le impone sus designios. Pero tal lucha, como se señala en el Manifiesto Comunista, no siempre tiene la misma dimensión, ella fue "velada unas veces y otras franca y abierta" como consecuencia de que, primero, los seres humanos se enfrentan individualmente en la competencia y, luego, lo hacen en común. Y el conflicto entrabado, siendo uno y el mismo, se expresa en diferentes niveles de la relación social y generalmente en el plano económico, político e ideológico, pero, en última instancia, reviste una forma de lucha por la emancipación económica que, en esencia, es el enfrentamiento por la propiedad de los bienes, que se expresa en las demás contradicciones.

Es la lucha por la propiedad la que lleva a la lucha por el poder, en cuanto garantía objetiva y necesaria para mantenerla; esto, de por sí, reproduce que la lucha por el Derecho, como prescripción obligatoria del poder, sea en esencia una lucha entre clases. El Derecho se muestra como una forma de la lucha de clases por la defensa de la propiedad, es decir como un medio o instrumento que, en esa lucha emplean los dominantes para mantenerse como tales. ENGELS, en *El Origen de la Familia, la Propiedad privada y el Estado*, formula que "Una sociedad de este género (clasista -RCO-) no podía existir sino en medio de una lucha abierta e incesante de estas clases entre sí o bajo el dominio de un tercer poder que puesto aparentemente por encima de las clases en lucha, suprimiera sus conflictos abiertos y no permitiera la lucha de clases más que en el terreno económico, bajo la forma llamada legal". (1973. T VII, p. 249) La necesidad de "refrenar los antagonismos de clases", por la cual nace el Estado, se opera por medio del Derecho como voluntad de la clase que detenta el poder político. Por eso mismo, la lucha contra "la voluntad del Estado" o "voluntad general" como oposición a la implantación de una ley, reviste la forma político-jurídica del

enfrentamiento. Esta asume la connotación de la *lucha por la justicia* como búsqueda de la emancipación política de los explotados contra un poder que, pretendiéndose de todos, obliga por medio de sus determinaciones a someterse a las condiciones materiales existentes, desiguales, para procurar, aún contracorriente, preservarlas evitando la rebelión.

La lucha de clases, por tanto, reproduce en lo jurídico la necesidad de instrumentar la dominación como obligación coactiva. Claro está que la dominación no sólo se vale de la fuerza, de la violencia, sino que surge porque los dominados no disponen de medios de subsistencia y los posee el dominador. Pero, para asegurarse (en contra de la rebelión) *usa, como medio, la violencia encubriéndola en la legalidad*. Y no otra cuestión es, por ejemplo, la legislación sobre el pauperismo (o la vagancia) como delito, a través de la cual la burguesía ejerce su dominación obligando a los individuos a someterse a la venta de la fuerza de trabajo en el mercado.

En este contexto, el Derecho se nos muestra como medio conciliador. El Derecho burgués, particularmente, busca conciliar la contradicción material, fundamental del capitalismo: la que se da entre el carácter social de la producción vs. la apropiación privada, contradicción que es la base en la que se asienta la de las clases: burguesía vs. proletariado.

El Derecho, sin embargo, al expresar las relaciones económicas entre las clases (que son contradictorias), aparece como medio que concilia los intereses de todos los particulares por encima de ellas. Tal fenómeno -del que se han aprovechado las clases dominantes y los teóricos bajo su interés para formular una concepción de la legalidad "justa"- se produce como consecuencia de que esas relaciones contradictorias son materiales e involuntarias y no son susceptibles de determinación individual.

Pero la influencia de la lucha de clases sobre el Derecho no queda allí, trasciende la determinación de los avances jurídicos. Antes ya habíamos mencionado que la lucha de clases permite incorporar en la legislación, aunque relativamente, facultades de los explotados. El Derecho del Trabajo ha sido una

de esas "producciones" que, buscando conciliar la contradicción burguesía-proletariado, reafirma nuestra posición respecto de que el Derecho, a más de reflejar tal oposición, la tiene como su fuente. Asimismo, el Derecho Social, que a decir de Novoa Monreal, no pretende la idea de igualdad sino de "igualación de los desiguales", es otra demostración de la misma cuestión.

En ese mismo sentido, importantísimas categorías modernas y antiguas devienen de la lucha de clases: la libertad, la igualdad, la garantía, la facultad, la seguridad, la ciudadanía, la legalidad, etc. La lucha contra la opresión y la arbitrariedad, contra la explotación y el sometimiento, han sido a través de la historia, expresiones de la confrontación de los dominados contra sus explotadores y, en cada paso, mediando actos de violencia rebelde, han tenido incidencias sobre la superestructura jurídica. De la lucha de los esclavos y siervos contra el privilegio, de los totalmente desposeídos contra los esclavistas, feudales y capitalista acaparadores, es de donde han surgido tales categorías y conceptos jurídicos y se han ido desarrollando, "perfeccionando", a través de los tiempos. Nadie puede, por ejemplo, afirmar con seriedad que la categoría de libertad existe al margen de la esclavitud. Sólo bajo las condiciones de tal régimen pudo concebirse, primero, la idea de la libertad y, luego, su asimilación dentro de la juridicidad; y, su evolución a la categoría actual sólo pudo realizarse bajo el surgimiento de las formas iniciales del régimen capitalista y en la lucha contra las concepciones teológicas, la dominación feudal y clerical y el estado de competencia que interpone a la razón y a la voluntad como cualidades naturales humanas.

3.3.3. La contradicción entre las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción. Incidencia en la superestructura jurídica.

Marx había demostrado cómo la sociedad no era una mera yuxtaposición de individuos. En los *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política* señala que "La sociedad no consiste en individuos, sino que expresa la suma de las relaciones y condiciones en las que esos individuos se encuentran recíprocamente situados", relaciones que se establecen como necesarias e involuntarias, en la

producción de la vida y que suponen, de un lado, dominar la naturaleza para obtener de ella los medios para satisfacer las necesidades y, de otro, la procreación y por lo que se entabla un doble nexo: natural y social siendo, por tanto, la sociedad *"la unidad esencial perfecta del ser humano con la naturaleza, naturalismo cumplido del ser humano y humanismo cumplido de la naturaleza"* (MARX. 1978, p. 380).

Se desprende que los seres humanos, en tanto productores, actúan de un modo determinado, establecen relaciones entre sí y que dependen, ante todo, del cómo se produce. En tal proceso crean ideas, representaciones ideales de lo que conocen de la naturaleza y de sí mismos (incluidas sus relaciones). El establecimiento de las relaciones sociales, propias del grado de desarrollo de la producción material, les permite crear conceptos y categorías, asimismo correspondientes a dichas relaciones. Pero, el grado de desarrollo de la producción material depende de lo que el ser humano ha logrado crear como instrumentos de trabajo y descubrir como objetos útiles y, puesto que ella (la producción) es social, el nivel que ha alcanzado (por virtud de las fuerzas productivas antes indicadas, que implican transformaciones en el mismo ser humano) determina su correspondiente desarrollo en las relaciones sociales y, consiguientemente, lo mismo en la conciencia social; así, *la evolución de la conciencia social depende del grado de relación que ha alcanzado el ser humano* (social e individualmente), *"la riqueza de su espíritu depende totalmente de la riqueza de sus relaciones reales"*.

Como la relación de los seres humanos en la sociedad se va tornando en política y jurídica, cabe que comprendamos que éstas son manifestaciones de las de producción, su expresión que, sin embargo, por el mismo hecho de ser sociales, se sustantivan frente a los individuos

Es esa sustantivación la que nos presenta la apariencia de tales relaciones como producto de las ideas que él, política y jurídicamente, crea y no como determinaciones de las relaciones de producción, llegando incluso a creer -como lo hace Hegel- que lo real no es más que la expresión exterior del ideal que lo concibe.

Nuestro criterio apunta a ver las relaciones jurídicas como formas y determinaciones de las relaciones materiales y objetivas ya indicadas. Consecuentemente, el desarrollo de las primeras no es más que resultado del cambio en éstas por el mismo hecho que la experiencia determina el pensamiento. Pero, en tanto las transformaciones que se operan en la realidad social dependen de las fuerzas productivas que usan los seres humanos, en general, el desarrollo objetivo de una sociedad se encuentra en la interdependencia entre ellas y las relaciones de producción.

Es claro que la experiencia social, la permanente necesidad de dominar mejor la naturaleza o los procesos productivos, el interés por reducir el tiempo necesario para la producción de las mercancías y abaratar sus costos y la misma necesidad humana de desarrollar su conocimiento sobre la realidad, conducen a la ubicación de las fuerzas productivas como el elemento más dinámico de la sociedad; ellas, como íntima relación entre ser humano y medios de producción, en su evolución, se nos muestran como la dialéctica de la división del trabajo - "Hasta donde se han desarrollado las fuerzas productivas de una nación lo indica del modo más palpable el grado hasta el cual se ha desarrollado en ella la división del trabajo" (MARX. 1978, p. 20)- cuyas divisiones, a la vez, son correspondientes a las distintas formas de propiedad (aquí se muestra el nexo existente entre relaciones de producción y fuerzas productivas).

Visto, como decíamos, el que éstas sean lo más dinámico, determina que su transformación opere más pronto que las relaciones sociales por lo que la correspondencia (que supone su nexo) entre ellas sufre deterioros a tal punto que entran en contradicción. Sobre todo es ésta situación la que produce grandes transformaciones en el plano social, en toda su composición. La oposición entre ellas, que se resuelve definitivamente en la transformación revolucionaria de las relaciones sociales, es lo que da paso a nuevas formas de conciencia social como dominantes. Se trata de que al desarrollarse las fuerzas productivas, las relaciones de producción quedan rezagadas convirtiéndose en un freno para las primeras (una muestra de esto es que mientras el apareamiento de nuevas técnicas productivas en el esclavismo determinaba el aumento de la productividad, por el contrario el trato a los esclavos era más cruento y más seres humanos eran

sometidos a esa condición, determinándose una pérdida de interés en el trabajo por parte de estos, por ejemplo). Los seres humanos, inmersos en esa contradicción, conciben nuevas ideas sobre *lo que quisieran* que fuera la sociedad y luchan por romper las condiciones a las que están sometidos. El rompimiento o transformación de ellas cobra magnitud total, es decir, actúa sobre la globalidad de relaciones materiales y sus expresiones superestructurales.

Lo planteado, más el hecho de que la expresión jurídica de las relaciones de producción son las relaciones de propiedad, demuestra la incidencia dinámica de esta contradicción en lo jurídico. El Derecho, en última instancia, tiene como motor material y objetivo de su desarrollo a esta condición. Así, supuesto que todo proceso revolucionario determina el apareamiento de un nuevo régimen de propiedad violando el anterior, el Derecho consagra esa nueva situación social y, es claro, cambia especialmente en su contenido.

Precisamente cambia en virtud de que tal proceso revolucionario supone, sobre todo, la renovada correspondencia entre las partes mencionadas y, por tanto, la necesidad de preservar esas nuevas relaciones sociales de producción para, a su vez, permitir el libre desarrollo de las fuerzas productivas. Un ejemplo clarísimo es el Derecho burgués que, aboliendo los privilegios (consagrando la igualdad jurídica) permite el libre juego de la iniciativa de los propietarios.

Hasta aquí hemos planteado el por qué el Derecho cambia radicalmente. Y la contradicción entre fuerzas productivas y relaciones sociales de producción, que se opera evolutivamente cobrando cada vez más agudeza, no sólo actúa sobre el Derecho en el momento de la contradicción franca, en la revolución, sino también antes de tal situación.

El que por razones del desarrollo de la industria y el comercio, surjan nuevas formas del intercambio, determina que "...el Derecho se vea obligado a incorporar esas formas entre los modos de adquirir propiedad" (MARX. 1973, T IV, p. 68). Es decir, aunque no cambien las relaciones sociales de producción radicalmente, el Derecho se transforma porque la evolución o, mejor, el desarrollo de las fuerzas productivas, de una u otra forma imprime

modificaciones en aquéllas. Otro ejemplo demostrativo es la introducción del dinero en el intercambio (dinamizando el mercado o la circulación de mercancías) que impone el apareamiento de formas jurídicas como la hipoteca, el pagaré, la letra de cambio, etc. Asimismo, la concentración de trabajadores bajo un mismo lugar de trabajo (la industria) permite el surgimiento del derecho de asociación sindical, la contratación colectiva, etc.

Por virtud de todo lo indicado es que cabe una conclusión trascendental. Se ha tenido que el Derecho es *un medio para transformar la sociedad*. Nuestro análisis demuestra que, a la inversa, por ser el Derecho una forma de las relaciones sociales y estar sujeto en dinámica a la contradicción ya mencionada, éste *no puede cumplir con tal papel*. El derecho no puede transformar la realidad. Siendo así, sólo cabría que para alcanzar la sociedad sin clases se dicten leyes contentivas de tal postulado. Pero, como dice Marx, el comunismo es producto no de la implantación de un ideal, sino resultado de la crítica (lucha por transformar revolucionariamente la materialidad social) al viejo sistema.

CAPITULO IV

LA ESENCIA DEL DERECHO

Las ideas dominantes.- Autoridad, voluntad y ley.- La contradicción entre riqueza y pobreza.- El interés de clase y la esencia del Derecho.- La esencia y el carácter inmutable del Derecho.- El Derecho como fenómeno dinámico.- Los cambios en el Derecho corresponden a los de la estructura social.- El cambio radical del Derecho.- El Derecho como organizador social. ¿Qué regula el Derecho?

Las dos fundamentales corrientes filosóficas que quedan planteadas al hablar del origen y las fuentes del Derecho, ya nos muestran una pauta de cómo ellas disciernen los demás problemas sobre lo jurídico. Este, el de *la esencia*, más allá de presentar la mera discrepancia conceptual entre materialismo e idealismo, desentraña algo mucho más trascendental: *el papel que juega el Derecho en la sociedad y qué intereses contiene*. Ya, en este aspecto, el carácter científico de las posiciones se radicaliza y se vuelve irreductible y delimita posiciones. Así, el continuar sustentando explicaciones, ilusorias o no, depende ahora de la honestidad científica con la que se aborde el estudio del Derecho.

4.1. Las ideas dominantes.

Este Estado que elabora leyes no lo hace por sí sino por intermedio de seres humanos concretos que plasman concepciones en ellas, concepciones que generalmente son las dominantes; o que poseen un carácter, si se quiere, universal. El problema aquí plantea encontrar cuáles son las ideas o concepciones

que asumen esa categoría. Lo primero que al respecto aparece es que no sólo ellas son el producto de una condición material concreta, sino que por otro lado, la posibilidad de disponer de medios materiales para su difusión tiene una íntima relación con lo que analizamos y, por tanto, *serán ideas generales o dominantes las de quienes poseen esos medios para propalarlas*. Pero, de otra parte, en una misma realidad material encontramos diferencia y así una parte de ella puede y d. hecho existe como la predominante y otra, como particularidades (tal es el caso actual de nuestro país en el que se han generalizado las relaciones capitalistas de producción, mientras que las feudales aparecen como rezagos del pasado); de entre estas dos partes constitutivas de la unidad (que implica que se expresan idealmente), las primeras serán las que condicionen que las concepciones, en las que se reflejan se conviertan en las dominantes; "...las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, las mismas relaciones dominantes concebidas como ideas; por tanto, las relaciones que hacen de una determinada clase la clase dominante son también las que confieren el papel dominante a sus ideas"; así, "Las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes en cada época; o dicho en otros términos, la clase que ejerce el *poder material* dominante en la sociedad es, al mismo tiempo, su *poder espiritual* dominante" (MARX. 1973, T IV, p. 38). Y, consiguientemente, lo que se plasma en la ley no es más que el reflejo ideal dominante de la realidad material igual que, en términos más propios, supone que la norma jurídica no resulta ser más, al contener intereses, que el reflejo jurídico de los intereses de la clase dominante. En la cabeza del legislador lo que hay como ideas es precisamente este conjunto de abstracciones dominantes y, por esa misma razón, un "hacedor de leyes" al margen de ellas y de los intereses de la clase dominante o bien no existe o, por el contrario, de existir no alcanza a ser sino una excepción cuyos criterios no serán los informen la ley.

4.2. Autoridad, voluntad y ley.

El Estado elabora leyes revestido de autoridad como poder político que es o como aparente voluntad general; esta condición, nuevamente, nos llevará a comprender que la ley es un reflejo de los intereses de la clase dominante. La

autoridad "...en el sentido de se trata, quiere decir: imposición de la voluntad de otro a la nuestra; autoridad supone, por otra parte, subordinación" (ENGELS. 1973, T V, 357). La ley es un acto de autoridad y siempre lo será; pero lo verdaderamente importante es establecer si esa autoridad está dada por el Estado o por algo exterior a él. Lo primero resulta ser una mera afirmación tautológica: la autoridad es el Estado y es él quien da la autoridad (si él da autoridad se supone que debió existir antes de ella y, por tanto, sin autoridad; pero ¿con qué autoridad se daría la propia si carece de ella?). Esto significa que la afirmación idealista anotada no tiene ningún sentido y que, por el contrario, la autoridad de Estado necesariamente es una condición externa a él, diferente a él y que, igualmente, la autoridad de la norma (siendo imposición) también deviene de esa condición exterior. El mismo señalamiento de que el Derecho descansa en el poder ya de por sí supone la necesidad de explicarlo fuera de lo jurídico, es decir, a través de las relaciones en que se asienta el poder del Estado. La vida material de la sociedad (el modo de producción y la forma de intercambio) que se dan independientemente de la voluntad humana, son la base del Estado en aquellas sociedades en que son necesarias la división del trabajo y la propiedad privada; por tanto tampoco las determina el Estado, son ellas las que lo determinan. Los individuos que dominan en esas condiciones materiales, deben dar a su interés una expresión general como voluntad del Estado (y aquí indica la autoridad) y que, como habíamos dicho, no es más que la expresión de la condición de vida material de los dominadores. La autoridad que hace la ley y que la impone y a la que subordina a los miembros de la sociedad, no es más que la clase dominante que torna en obligatorios sus intereses para sancionar a quienes los transgreden o se apartan del orden materialmente dado.

La coacción, que se muestra como cualidad de la norma jurídica, es la condición para hacer valer la autoridad o imposición de la clase dominante y porque una situación brutal como la que supone la explotación en cualquier sociedad clasista no puede mantenerse (por la misma oposición que ella genera) más que con la brutalidad, con la fuerza. Pero, la dominación de la clase poseedora no sólo necesita de la violencia (ésta es ya un resultado) sino, primero, de que los dominados no dispongan de medios de subsistencia y los

posea el dominador, porque se origina una dependencia de los primeros a los segundos y generaría la apariencia de que la dominación no es nada violenta, es decir, asomaría como sólo condicionada por esta situación objetiva; pero, el hecho real es de que si bien sin esa condición no sería posible la dominación, tampoco sería posible mantenerla sin la fuerza; ésta asegura la permanencia de aquélla (dando por descontado que el mero hecho de la dependencia material ya conlleva un grado de violencia, de aquella no política). En efecto, para subordinar unos seres humanos a otros se hace necesaria la violencia a no ser que los que subordinan puedan ser prescindibles para los que están subordinados, lo cual es irreal puesto que los primeros poseen los medios de producción de los bienes materiales necesarios para la subsistencia, posesión o propiedad que la defienden y deben defenderla, con lo cual volvemos a la necesidad de la violencia.

La muestra que evidencia la corrección de nuestros asertos anteriores, es aquella en la que la ley calificaría como delito al pauperismo y que no es más que una cuestión por la que la burguesía presiona a los dominados a someterse a la venta de la fuerza de trabajo. Agustín Cueva muestra el carácter clasista de las prescripciones penales aún en aquellos casos en los que parecería se defiende al trabajador, como normas emanadas del Estado y que corresponden al poder político en la época de la acumulación originaria de capital en Latinoamérica.¹⁵

Y lo principal que persigue toda ley: el reconocimiento de la propiedad, de la *obligación* o *deber* en uno y que, para otro, es su *derecho* o *tener*, es de por sí un reconocimiento impuesto como *poder*, por tanto no voluntario y de lo que se deduce la consideración de lo jurídico como lo obligatorio determinado por quien desea ese reconocimiento: la clase dominadora o propietaria. Nuevamente la ley se presenta como voluntad de esa clase.

4.3. La contradicción entre riqueza y pobreza.

¹⁵ Para una mayor comprensión de estos temas se puede consultar a Marx (*Notas críticas al artículo 'El Rey de Prusia y la Reforma Social. Por un Prusiano'*) en *Artículos del Vorwärts* (Agosto de 1844) (1978, pp. 233 y ss.) y en CUEVA, Agustín, *El Desarrollo del Capitalismo en América Latina*. (1980, pp. 180 y ss.)

Otra cuestión necesaria es aquella que nos conduce al análisis de la propiedad en unos pocos y la inexistencia de la misma, en la mayoría. La apropiación privada se muestra como contradicción entre riqueza y pobreza. La primera, para ser tal, está condicionada a mantener su existencia, a afirmarse (es el término positivo de la contradicción) y lo logra sólo a condición de que la mayoría de seres humanos sean pobres, es decir existe bajo la premisa de que exista la pobreza, su contrario; su mantención, por tanto, inevitablemente, es la de su opuesto. Es una ficción aquello de que puede coexistir la riqueza con la pobreza o que la riqueza puede ser lograda por los pobres a lo largo del tiempo y mediante acciones adoptadas por el Estado. Como lo sostuvieron Marx y Engels, si ha sido posible la apropiación privada capitalista es porque se ha privado de propiedad a la gran mayoría de la población del planeta. Pero como la pobreza es el polo contradictorio, se le opone, es la tendencia a negar a la primera, es el término negativo de la contradicción. Como son seres humanos concretos -con intereses determinados- los que actúan en la contradicción, si se dejase que el curso de las cosas determine la síntesis, lo más probable es que los pobres se impongan sobre los ricos (lo que en última instancia así sucede). Pero los propietarios también actúan defendiendo su situación y, por tanto, manteniendo la contradicción y la única posibilidad que les queda es sujetar obligatoriamente a sus opuestos a los intereses propietarios por medio de sanciones, de la fuerza. Esa obligatoriedad no es más que la ley; ésta, nuevamente, se muestra como voluntad de la clase dominante, como afirmación del polo positivo de la contradicción.

Esta oposición se presenta de manera abierta en el capitalismo como carácter social de la producción vs. apropiación capitalista. El Derecho aquí aparece cumpliendo la función de conciliador entre los dos términos pero no como intermedio, sino como elemento de uno de ellos, defendiendo y siendo expresión del que ejerce el poder y detenta la propiedad; sucede igual en todo régimen clasista.

4.4. El interés de clase y la esencia del Derecho.

Habiendo demostrado que lucha de clases, producción material y voluntad de la clase dominante (siendo unidad y diferencia, a la vez) son fuentes del Derecho y que las dos primeras actúan de un modo específico como fuentes; que las ideas que se plasman en el Derecho son las expresiones abstractas de los intereses y modo material de vida de la clase dominante; que la autoridad que impone el Derecho es la de esa clase que domina; y, que la obligatoriedad del Derecho no es más que la afirmación de los propietarios, como dominantes, en contra de los no propietarios, de los pobres, ahora cabe establecer la especificidad de la relación entre voluntad clasista y la superestructura jurídica.

Es obvio que si el Derecho es la forma de una relación social históricamente determinada y, siendo tal busca, consagrándola, preservarla imponiendo obligatoriedad, entonces, al mismo tiempo refleja la contraposición de intereses que devienen de esa realidad y existen en virtud de ella y como voluntad que se realiza en las relaciones interindividuales.

El Derecho expresa las relaciones sociales, pero al expresarlas, puesto que ellas son una relación entre clases, busca mantenerlas bajo el imperio de la coacción como obligatorias (ese es su carácter jurídico). Ello supone, a la vez, su dependencia del Estado que lo muestra al Derecho como una prescripción política -de una clase para dominar a otra- revelándose así como *lo político obligatorio*. Pero, el Estado se constituyó en base al apareamiento de la propiedad privada -es ante todo una asociación basada en las divisiones territoriales- y dotado de aparatos armados especiales y esas dos características las trasmite al Derecho. Por eso mismo es que, a lo largo de la historia, los Estados gradúan los derechos, sobre todo, en base a la fortuna de los individuos, determinados ya por la propiedad privada puesto que el poder del Estado, en sí, no es más que el poder de la propiedad privada (de los propietarios privados) que se ejerce coactivamente. Lo jurídico, siendo una prescripción político-obligatoria, se muestra como una determinación de la propiedad privada, o mejor, como la expresión de ella que es su esencia. Sin embargo, el hecho de que la propiedad privada se nos muestre ya mediada por lo jurídico y, por tanto, independizada del Estado (que se expresa como voluntad media de la clase dominante), cobra la apariencia de determinada. Su forma, obligatoria (lo jurídico), se sustantiva a tal

punto que, ahora, se nos presenta como lo que determina a su determinante. “*El reconocimiento político de la propiedad privada por el Derecho se enuncia ahora como la base de la propiedad privada*”. (MARX. 1975, p. 428)

La existencia de la propiedad privada se expresa en el Derecho Privado de manera más elocuente y, en tanto ella se realiza en el intercambio, como acto de voluntad que se pone por parte del individuo sobre los bienes, se presenta como facultad regulada en la relación interindividual puesto que está limitada hasta el ámbito donde rige la de otro. En realidad se trata de que la independencia de cada ser humano es la existencia independiente de su propiedad (como sometida sólo a su voluntad) y el reconocimiento de ésta como abstracta (es decir como accesible a todos por el reconocimiento igual del Estado para cada individuo), no es más que la defensa jurídico-política de ella sin dejar de ser en la materialidad una objetiva diferencia de clases (propietarias y desposeídas). Pero aquella es la diferencia de clase y, en tanto el Estado la defiende, él mismo asume la connotación de diferencia (la más alta) entre ellas. Así, al ser la propiedad privada la diferencia material de las clases y, el Estado la más alta expresión de lo anterior, Derecho y Estado se constituyen como esencialmente clasistas en tanto que consagradores, preservadores y defensores de esa diferencia como para sí. Por eso es que, ya en el Estado moderno, que es donde se expresa abiertamente tal condición, la propiedad privada asume la categoría de generalidad al punto que hasta lo público asume tal determinación; el Derecho Público es la abstracción de la propiedad privada inalienable.

En el régimen feudal, *el privilegio* (el derecho de los estamentos) es la propiedad privada que se tiene; *el derecho es la excepción*, frente a la generalidad que no lo posee. La propiedad, la nobleza y el privilegio coinciden con lo que es, para la época, el Derecho. MARX (1975) diría, al respecto “...la propiedad privada es la existencia genérica del privilegio, del derecho como excepción”. (p. 191)

Lo anotado nos presenta al Derecho como la forma de las relaciones humanas en la que los seres humanos, ante todo, disputan intereses sobre los bienes pero como propietarios o no de ellos. En tales condiciones, la forma real que asume en cuanto interés propietario es correspondiente a esa esencialidad

cuya realización se muestra en el intercambio. Pero no por ello se limita a mediar tal realización, como plantearía Pashukanis, sino el hecho anterior a ella. Es decir, si bien la propiedad sólo se muestra efectivamente como tal en el mercado -sujeta a la voluntad y determinación del propietario-, ella puede ser determinada y sujeta al querer subjetivo *en virtud de que materialmente se tiene la propiedad*. Una cosa es *que ella se realice en la forma jurídica, como acto de disposición en el intercambio*, y otra que, *para que se realice ya deba existir como tal antes, es decir, como relación social objetiva*¹⁶.

Por eso es que, por ejemplo, las formas jurídicas de “la renta del suelo, la ganancia, etc., es decir, las modalidades reales de existencia de la propiedad privada, son *relaciones sociales...*” que buscan ser convertidas en obligatorias y respetadas por todos (MARX. 1975, p. 265).

Asimismo, dado que el Derecho no es más que el interés propietario que se obliga (se defiende para sí), al difundirse la propiedad inmobiliaria determina que el poder del pueblo se resquebraje para dar paso a la constitución del otro requerimiento de ese interés que quiere ser obligatorio, el Estado.

El precepto del *no robarás* es la más elocuente muestra del interés propietario determinando la esencia del Derecho. Asimismo, la consideración del *domicilio*, proveniente de la división política que opera ya no por virtud de la consanguinidad sino por la propiedad del suelo, demuestra cómo el Derecho consagra tal interés aún en los casos en los que, aparentemente, se trata sólo de una cuestión política. Y lo mismo para la consagración jurídica de la familia monogámica, como *sociedad conyugal* (ENGELS. 1973, p. 19). Más aún, aunque suene hegeliano, *la personalidad* es una categoría inmanente al sujeto propietario, su condición material de propietario le otorga la de sujeto “capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones” y que antes hacía alusión sólo a los propietarios de medios de producción y, ahora, a todos en tanto que propietarios de una *natural* fuerza de trabajo que posee y crea valor.

¹⁶ Puesto que para que la propiedad se convierta en tal, pasando de la mera posesión, se requiere que exista como relación social históricamente determinada, es decir, dentro del contexto de la producción material y las relaciones humanas donde la división del trabajo y el trabajo en sí determinan que lo que produzco pueda ser usado por mí y, luego de aquella posibilidad aceptada por la sociedad, dispuesto por mí y, por tanto, no sólo en el mercado sino, aún dentro de la propia relación interna de la familia.

De esta manera dejamos expresando aquí, cómo opera la relación de determinación del interés de clase dominante sobre el Derecho. Ese interés propietario, en tanto se realiza como voluntad propietaria, busca su protección y permanencia por medio de la obligatoriedad a la que pretende someter a los demás respecto de las relaciones materiales en las que domina. Tal interés determina, como fuente, la esencia del Derecho y no por sí mismo sino por las relaciones que lo generan como diverso al de los desposeídos, ratificando el hecho de que los tres aspectos mencionados actúan al unísono en la generación de la superestructura jurídica.

4.4.1. La esencia y el carácter Inmutable del Derecho.

Si, según el idealismo, el Derecho es el que organiza a la sociedad y está dado por la naturaleza del ser humano o por un ser que se ubica por encima de él, difícilmente podría pensarse que la relatividad histórica de las sociedades humanas, la diversidad en el pensamiento de los seres racionales, etc., puedan afectarlo. Este es, en términos generales, el asiento del idealismo en cuanto a su tesis del carácter eterno e inmutable del Derecho.

Aún más, aquella formulación que postula a la *idea de Justicia* como la guía de toda normatividad jurídica, presupone la existencia de algo que no cambia y que actúa como esencia determinadora de las formas en las que se presenta el Derecho.

LACTANCIO afirmaría que "La verdadera ley es la *recta razón*, en consonancia con la naturaleza, común a todos, constante, eterna; que induce a la obligación, ordenando, aparta del fraude, prohibiendo (...) A esa ley no se la puede abrogar, ni es lícito derogarla en parte siquiera; pues, de esa ley, ni por el senado, ni por el pueblo, podemos liberarnos, ni cabe buscar en otra parte intérprete o expositor alguno de ella; ni será una en Roma y otra en Atenas, una hoy y otra mañana; sino que a todas las gentes y en todos los tiempos obligará, una misma y única ley, eterna, inmutable". (LOPEZ DE OÑATE. 1961, T I, pp. 183 y 184). En KANT, el *imperativo categórico* o las *formas puras* que nos señalan a

priori qué debemos considerar como justo, bueno, etc., son trascendentales a la historicidad y a la influencia de las circunstancias. Igualmente, en PUFENDORF encontramos *los principios racionales* que informan a la ley. Y con la misma orientación caben las posiciones de Aristóteles, Agustín, Tomás de Aquino, Grocio, Ahrens, Gioja, etc.

Es muy dable y común encontrar dentro de la docencia apegada al idealismo, enseñar que las formas del Derecho son mutables pero que hay *principios esenciales de carácter universal que tienen vigencia en toda época y que no sufren mutabilidad* alguna. Se trata, en última instancia, de que los filósofos de esta corriente han divinizado a tal punto los conceptos que ahora no es lo concreto lo que se expresa en ellos sino, como en Hegel, a la inversa. El Derecho no es, para ellos, una expresión abstracta, sino la abstracción que existe antes de toda relación y que cobra expresión en la vida real; no es determinado sino determinante; y, por tanto, tiene historia y vida propia, se hace a sí mismo y su esencia es mutable sólo formalmente, en cuanto se expresa y no en sí.

Para nosotros es totalmente lo contrario. Las relaciones jurídicas no son fruto sino de las condiciones materiales de la vida social o se asientan en las relaciones objetivas de la sociedad, cuya composición la explica la Economía Política. El conjunto de esas relaciones son la base de toda sociedad sobre la que se erige lo jurídico y político; "... las frases políticas y jurídicas son otros tantos efectos de los impulsos materiales, ni más ni menos que la acción política y sus resultados". Las categorías jurídicas como la libertad, la equidad, obligación, voluntad, etc., en lugar de ser ideas eternas existentes desde siempre, no son más que expresiones teóricas de las relaciones sociales de producción. En tanto las ideas asoman como generalizaciones independientes de toda singularidad, en su apariencia, se nos presentan como nada accidental y nada sujeto a las determinaciones concretas. Es igual con la idea que tenemos de lo pasado en tanto es apreciado por el pensamiento: se nos muestra como eterno en tanto ya no es y por ello no sufre mutabilidad: existió, fue y eso no se puede cambiar porque ahora sólo existe como abstracción.

Aún más, la existencia de una *característica común* a tres etapas de la sociedad humana que se ha mantenido durante el largo proceso de siglos en su historia (me refiero *la propiedad privada*), hace que el Derecho aparezca como eterno e inmutable puesto que, en todos esos modos de producción, siempre ha consagrado la existencia de tal esencial apropiación, cambiando en cuanto las connotaciones de cada régimen supone diversas formas de ella -no es lo mismo la apropiación capitalista que la esclavista o la feudal-. Sin embargo, en esencia tienen una misma cualidad básica: ser relaciones sociales en las que los bienes son míos a condición de que no sean de otros y eso es lo que se ha proclamado como "Derecho". Y, a la vez, el mismo hecho de que la normatividad jurídica asuma nuevos significados o formas y expresiones, nos refleja que ella no tiene historia propia sino que marcha junto a la historia de la apropiación privada y que cuando esa condición desaparezca, hasta que no terminen sus efectos en el plano estructural y concienal, el Derecho cobrará una nueva esencia, así como la cambió, en varios aspectos, en el tránsito de un régimen de propiedad a otro.

En la Filosofía idealista es normal que se desligue la idea de lo que es su base objetiva. El Derecho no aparece como resultado sino como condición establecida a priori en las relaciones humanas y ello es lo que permite la confusión en lo que respecta a si es o no afectado por las condiciones determinadas. Algo que no tiene vida terrenal es obvio que no puede sufrir los efectos de los cambios de tal terrenalidad. Lo jurídico como mera existencia ideal, no asume ninguna variación cuando lo real sí. A lo mucho, sólo *la forma* jurídica sufrirá cambio. Más aún, si se sostiene que el Derecho tiene como esencia el ideal de justicia, los medios, las manifestaciones (inclusive hasta contradictorias a él) que se presenten, en nada suponen la terminación de tal cualidad inherente a la juridicidad. Lo correcto es poner el Derecho no por encima ni fuera de la sociedad y los seres humanos, sino inmerso en ellos, en sus relaciones, más todavía si se quiere darle connotaciones sociales. De otro lado, tal ubicación objetiva supone que el Derecho sólo puede existir en tanto exista la humanidad que lo considera, es decir, la presencia del Derecho está condicionada a que haya quien lo piense, quien lo formule en su cabeza y ello no sólo involucra a sus formas sino a sus elementos esenciales. Difícil y risible resulta que para estos tiempos sigamos atendiendo aquellas concepciones -centenarias sí-, pero nada

válidas, de que nacemos con valores en nuestro cerebro o que alguien nos provee los conceptos como el de justicia. La evidencia en contra de tal suposición idealista es el desarrollo del individuo: el niño no podrá, sino hasta que haya recibido una formación social determinada, entrar a valorar lo que es bueno o malo, o justo e injusto, además de que debe contar con condiciones psicosomáticas que se lo permitan; y, lo que asuma como valor será lo que se transmita como tal, admitido en su sociedad.

En este sentido es que hablo de que todo lo jurídico (esencia y forma) es un resultado racional¹⁷. Y ello implica una formulación lógica, de práctica racional -si cabe el término-¹⁸, me refiero a un ejercicio del ser humano pensante. Todo lo que forma parte de la superestructura no puede ser más resultado que de tal actividad. Pero ¿qué es lo que considera el sujeto?. Al inicio, no más que el espacio exterior en que se desenvuelve y su propia "circunstancia" (parafraseando a Ortega y Gasset). Su pensamiento se revela como lo que le es inmediatamente interconectado con él; y, posteriormente, lo mediato que lo deduce, lo analiza y descubre. La primera *ley* (en sentido jurídico, como *norma*) asoma como resultado de tal pensamiento. Y la burguesía, en su lucha contra la metafísica y el escolasticismo, ya había anticipado lo retrógrado y rezagado de aquellos pensamientos y los del esclavismo. Cómo, entonces, pensar que esos seres humanos de tan poca visión, hayan sido capaces de "...dictar normas a esos siglos venideros por medio de verdades definitivas, de última instancia, de verdades incommovibles y basadas en la raíz de las cosas..." (MARX. 1975, pp. 31 y 211).

La relatividad del Derecho, no sólo en cuanto niega su eternidad sino su inmutabilidad, no se la puede observar únicamente en el proceso histórico donde lo evidente es que nuestros conceptos del Derecho son diferentes a los de otras épocas, sino que, además, en una misma esfera histórica en distintos autores o distintas regiones geográficas o realidades sociales, se presentan criterios diversos

¹⁷ Me refiero a tal racionalidad como condicionada, determinada, siendo ella mismo un resultado de la vida material de quien piensa.

¹⁸ La referencia mía, nada tiene que ver ni con la *razón práctica* de Kant ni con la *práctica teórica* de Louis Althusser. Aludo con estas expresiones a la actividad humana del pensamiento relacionada con el proceso cognoscitivo entendido como un proceso que nace en la experiencia y que asciende a la abstracción.

o discrepantes y lo que para unos es justo, para otros no, o viceversa. La propia contradicción entre idealismo y materialismo, en las concepciones jurídicas muestra, no que nosotros consideramos su mutabilidad sino que su mutabilidad se refleja en nuestro pensamiento y varios aspectos de esos contenidos cambiantes, para los primeros no connotan importancia cognoscitiva, cuanto para los materialistas sí.

4.4.2. El Derecho como fenómeno dinámico.

Lo explicado nos lleva a concluir considerar al Derecho como voluntad de clase dominante cuyos intereses están determinados por sus condiciones materiales de vida que dependen del régimen de propiedad y la división del trabajo imperantes. Dado que no siempre existen las mismas premisas materiales, la conciencia de la clase dominante será diferente, lo serán igualmente sus intereses y voluntad y, consiguientemente, lo que ellos elaboran o informan, es decir, la prescripción obligatoria o "norma".

PASHUKANIS (1976), con mucha razón señala que "La tarea de la crítica marxista no sólo ha consistido en refutar la teoría burguesa individualista el Derecho, sino también en analizar la forma jurídica misma, en poner al desnudo su carácter sociológico, en demostrar la relatividad y el condicionamiento histórico de los conceptos jurídicos fundamentales" (p. 9), señalando que una de las premisas centrales de la nueva teoría del Derecho, la marxista, lo considera como un fenómeno social dinámico, a diferencia de las anteriores concepciones que, al menos en los principios jurídicos, ven un carácter eterno e inmutable.

Ya había quedado establecido que el Derecho, en nuestra opinión, no es algo fuera de la sociedad; lo entendemos como un fenómeno de ella. Pero éste no tiene una existencia subjetiva, sólo en la mente humana, sino que tiene existencia objetiva inmersa en las relaciones sociales, teniendo como ámbito de acción una esfera específica de ellas. Los conceptos jurídicos asoman como expresión ideal-abstracta de las relaciones sociales de producción, determinadas por el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas y, en tanto eso, *las normas* se presentan como

la forma jurídica que asumen esas relaciones materiales. Por lo mismo, el Derecho es un producto, está determinado; y, *la relación jurídica*, no es otra cosa que la sustantivación de las relaciones de producción (y por eso tiene vida objetiva). De la misma forma, entonces, podemos decir que *las relaciones jurídicas no se establecen por la determinación jurídica sino por las relaciones materiales*. No de otra manera se explica que hasta ahora los esfuerzos por conseguir imprimir un nuevo rumbo a la sociedad, a través de las leyes, hayan terminado en dlocuentes fracasos. MARX (1973) por ello refirió que "...la legislación política como la civil no hacen más que expresar y protocolizar las exigencias de las relaciones económicas" (T VII, pp. 30 y 31).

Y si el Derecho tiene esa dependencia, sus prescripciones, contenidos, principios, etc., *son históricos*, correspondientes a la naturaleza histórica de la vida material que en él se refleja como esfera de la conciencia social y que es, en síntesis, el conocimiento de lo que rodea al ser humano y que lo aprovecha para sí, un resultado de la producción, del trabajo, en tanto éste es el resultado de la actividad humana por usar la naturaleza en su beneficio.

4.4.3. Los cambios en el Derecho corresponden a los de la estructura social.

De esto podemos establecer que si la sociedad no permanece estática (lo cual resulta sumamente notorio) y su estructura (las relaciones de producción) determinan lo jurídico, éste cambia junto con la sociedad. El proceso de transformación de las expresiones jurídicas no tiene historia propia; si cabe, la toma de las relaciones que le sirven de asiento, es un proceso cuya raíz se la encuentra en *el proceso histórico real*.

Pero esos cambios que sufre el Derecho no sólo son formales. Si la estructura social cambia de una época a otra, los contenidos de la superestructura jurídica lo harán correspondientemente, abandonando contenidos y principios que eran propios para el anterior régimen. Lo más probable es que su expresión

lingüística y externa se mantenga y ello cree la apariencia de su ninguna transformación. Pero aquello es muy formal.

Resulta así que la estructura lógica de las "normas" depende, de otra parte, de la estructura lógica que adopte la conciencia sobre la realidad material y no sólo en cuanto se la concibe en el cerebro humano, sino en cuanto esa realidad tiene un orden que lo podemos comprender y que está fuera de la voluntad de los seres humanos, pero que los abarca puesto que ellos son los elementos de esa vida social, de las relaciones sociales. Y si la estructura de la "normatividad" debe buscarse en la estructura material, igual debe ocurrir, consecuentemente, con sus cambios.

Un aspecto que demuestra la permanente mutabilidad de las prescripciones y relaciones jurídicas es *la jurisprudencia* y, más notoriamente, en aquellos regímenes donde prima el Derecho consuetudinario, en donde las reglas implantadas aparecen como medios auxiliares para determinar la legalidad de una relación.

La vida social es muy diversa; la multiplicidad de casos en los que se presenta supone la inagotabilidad de relaciones que, siendo propias de la esfera jurídica, implican una gran variedad de normas que contemplarían el apareamiento de nuevos acontecimientos que necesitan ser observados por el Derecho. "En todas las esferas de la vida social -dice ADOLFO SÁNCHEZ-, de las relaciones de los miembros de la comunidad entre sí, y el individuo con la comunidad, surgen nuevos derechos y nuevas obligaciones y, por tanto, la necesidad de nuevos principios de regulación". (PASHUKANIS. 1976, p. xvi). Esto es obvio. Si aparecen nuevos acontecimientos en los diversos planos de la convivencia humana que suponen enfrentamientos de intereses, se impone recurrir a la formulación de nuevas leyes que planteen esas formas como nuevas relaciones jurídicas. Aquí, la mutabilidad del Derecho se nos muestra como permanente creación de prescripciones y que, de otro lado, supone abandonar anteriores que, o bien resultan incompletas, o bien, inadecuadas a la mayor complejidad de los nuevos fenómenos sociales. El hecho es que éstos no pueden dejarse al margen del andamiaje jurídico.

Lo anticipado se revela a un vistazo a la historia. Antes de la industria o antes de la era imperialista, de la espacial o de la electrónica, a nadie se le habría ocurrido pensar siquiera en establecimiento de normas como “el contrato colectivo de trabajo” o en la observación jurídica de las “subsidiarias” o de la formulación de leyes para establecer el derecho de los países sobre la “órbita geoestacionaria”. A cada caso se ha incorporado una nueva legislación y, siempre, como formas de adquirir propiedad¹⁹.

4.4.4. El cambio radical del Derecho.

Donde se plasma claramente que el Derecho cambia conforme a las transformaciones del régimen estructural, es en el paso revolucionario de un sistema a otro y que lleva inmerso el cambio de clases en el poder político de la sociedad. Cada proceso revolucionario sobre todo significa la implantación de un nuevo régimen de propiedad violando el anterior, lo cual se asegura través de la emisión de una nueva Constitución y un nuevo ordenamiento jurídico. Mal podría pensarse, por ejemplo, que el régimen capitalista podría haber subsistido si no se habría consagrado jurídicamente o habría pretendido vivir bajo las leyes feudales y los privilegios que ese régimen suponía; o que el socialismo, un régimen de propiedad colectiva, podía establecerse con aquellas prescripciones que consagran la existencia de la propiedad privada. Lo que inmediatamente ocurriría es que se produciría una total contradicción entre realidad e idea jurídica y con lo cual, más que el nuevo estado social, el orden jurídico se vendría abajo por su inutilidad. *Una nueva Constitución siempre necesitó, para su establecimiento, de la existencia previa de un movimiento revolucionario y todo suceso de esta envergadura, necesariamente desembocó y desembocará en una nueva forma jurídica.*

¹⁹ En la presente edición me permito hacer notar que a la época de la primera publicación (1984), la electrónica era algo completamente desconocido para nosotros. Ahora podemos referirnos con mucha certeza sobre ella y sobre el régimen jurídico al que ha dado lugar. Asimismo, la renovación que ha sufrido el régimen de la propiedad intelectual con motivo de la globalización. En ambos casos, la tesis que sustento en este párrafo parece ser perfectamente ajustada a la realidad de lo que los regímenes jurídicos involucran en estos casos, obviamente, desnudando sus apariencias y poniendo a un lado los discursos idílicos.

Sin embargo, en la gran mayoría de transformaciones jurídicas se da la apariencia de que lo fundamental de la anterior superestructura jurídica se mantiene; se exceptúa de aquello el cambio del régimen capitalista al socialista. Y en esta excepción se nos muestra el por qué de la apariencia en las otras formaciones socio-económicas. Desde el esclavismo hasta el capitalismo existe una característica común (con las diferencias concretas que dentro de esta unidad se deberá considerar): la apropiación privada de los medios de producción, y al ser régimen de propiedad lo que sanciona o consagra el Derecho, sus elementos básicos pueden mantenerse en su forma, cambiando radicalmente su sentido, en tanto, por ejemplo, el derecho de uso y enajenación existente es el esclavismo, en el capitalismo no puede extenderse a las personas. El Derecho de personalidad nunca es igual. Y su diferencia no puede devenir de la naturaleza humana (ello, por el contrario, implicaría uniformidad en todo régimen) sino del hecho de que se ha transformado la estructura económica (ante todo las relaciones de propiedad y la división del trabajo). "Originalmente, el Estado, la propiedad, la profesión, la confesión, la edad, el sexo, la fuerza física, etc. entrañaron una desigualdad tan profunda de la capacidad jurídica que, incluso, más allá de las diferencias concretas, no se vio en qué la personalidad permaneció, a pesar de todo idéntica a sí misma." (PASHUKANIS. 1976, pp. 116 y 117).

Además, en el hecho de que ninguna sociedad se hace a sí misma sino que la anterior determina a la siguiente, es posible encontrar una aparente inmutabilidad del Derecho. La cultura anterior carga con su sello a la posterior y eso influye también en las prescripciones jurídicas trasladando muchas de sus improntas conceptuales a las nuevas abstracciones. Pero eso, como decíamos, resulta formal, según hemos expuesto.

Cabe, de otra parte, señalar que todo cambio no es un proceso antojadizo; inevitablemente, lo mismo sucede con el Derecho. *La ley no va más allá en sus cambios que los que se han operado en la realidad objetiva.* El Derecho no puede superar lo que es la estructura económica *aunque muchas veces ilusoriamente nos lo parezca*, como en el caso de nuestra Constitución de 1945 donde se implementan consideraciones jurídicas bastante avanzadas y que, como indicáramos otro acápite, motivaron la "crítica" inapropiada de Chávez a los clásicos. En aquellos

casos, o bien no hay una objetiva consideración de lo que es el desarrollo de la lucha de clases, o bien puede ocurrir que la apreciación no toma en cuenta elementos sustanciales como la influencia externa de las relaciones internacionales en las que se halla inmerso el Estado como el nuestro, en condiciones sociales como la época imperialista²⁰.

El análisis propuesto no tendría mayor consecuencia si, en esta parte, se limitaría apenas a mostrar la mutabilidad jurídica. Lo inevitable y propio es concluir en que la transformación social llevará a la *extinción del Derecho*.

Esta es una de las cuestiones de mayor dificultad para el pensamiento teórico-jurídico. Porque se trata de un especie de dogma y, además, carece de posibilidad demostrativa fáctica puesto que se queda en el nivel de la formulación teórico-hipotética. Se parece mucho al debate que puede entablarse entre los creyentes y no creyentes sobre la posibilidad de la vida después de la muerte. Para muchos esto es cuestión de fe. Para un criterio científico, no. Del mismo modo que es una verdad irrefutable (aunque relativa) que todo cambia y todo lo que nace habrá de perecer, así mismo hemos de tener por premisa necesaria que el Derecho es un producto social e histórico que si es immanente a un régimen social en el que existen clases, en el que rige una propiedad determinada para cada estadio clasista y, lo propio, en cuanto a la división del trabajo, la desaparición de aquéllos hará innecesario el Derecho, lo mismo que el Estado. No podemos aventurar más proposición general que ésta. Pero, lo contrario, es decir, creer que la humanidad necesitará por siempre del Estado y del Derecho es asumir que la irracional existencia de la dominación será eterna, cuestión que no

²⁰ En el momento actual, la *globalización* ha determinado la incorporación de formas jurídicas a las normativas locales que pudieran estimarse como "adelantadas" a la realidad socio-económica de varios Estados. Sin embargo, eso no hace más que confirmar que a partir de la época del imperialismo, las condiciones que imprimen las relaciones que se crean por la influencia de los monopolios y las transnacionales, no pueden entenderse desde la mera localidad. Lenin mostró cómo el capital financiero imprimía a la economía mundial dinámicas que obligaban a entender al capitalismo como un modo de producción que se nutría de la plusvalía extraída no solo a los obreros de los países a los que pertenecían las empresas monopólicas sino a masas obreras de los otros estados donde se extendían sus tentáculos monopólicos. La sola necesidad de cubrir la posibilidad de esa explotación de fuerza de trabajo, aún potencialmente, advierte la necesidad de crear condiciones jurídicas para "las inversiones", como ha ocurrido con toda la estrategia neoliberal que se plasmó en la denominada *flexibilización laboral* que sigue vigente en muchos de los países latinoamericanos y ha sido continuada o impuesta, lamentablemente, bajo el ropaje ridículo de un mal llamado "socialismo" que se ha adornado con el aditamento "del Siglo XXI". (La presente nota ha sido introducida para esta edición).

se compadece con la transformación que la Historia arroja. Cualquier persona desapasionada que evalúe el trayecto de la humanidad podrá dar cuenta que hemos ido ascendiendo hacia condiciones cada vez más plausibles de vida a pesar de las fuerzas que pujan por mantener la ignominia y la opresión. A este respecto, posteriormente desarrollaremos la crítica tanto a las inconsecuencias de Pashukanis como a las tergiversaciones de Monique y Roland Weyl que, asumiendo una posición que se autodefine como crítica marxista del primero, vuelven -con terminología materialista- al más burdo idealismo.

4.5. El Derecho como organizador social.

En los planteamientos anteriores hemos logrado apreciar cómo la concepción idealista llega hasta la transformación del Derecho en *organizador de la vida social*. HOBBS, por ejemplo, al señalar al contrato social como necesario para la terminación del estado hostil, propio de la naturaleza humana, hace descansar la relación social, en cuanto organizada, en el Derecho. Igualmente KANT, al referirse al Estado lo muestra como la unión de personas bajo la acción del orden jurídico.

Luego Kelsen (1969), formula su propia definición del derecho y nos dice que "...es una pluralidad de normas generales e individuales que regulan el comportamiento humano, es decir, lo *determinan* como debido. El hecho de que un comportamiento *esté determinado* en una norma o, lo que es lo mismo, que sea el contenido de una norma significa que dicho comportamiento *es debido*." (p. 93) queriendo con ello establecer como su característica esencial el regular, ordenar o determinar (que para el caso es similar) la conducta humana, de cada individuo en su relación social. Es decir, al mostrar la separación del ser con el deber ser, Kelsen, a éste lo postula como la condición determinante del ser en cuanto es el que dispone cómo se espera ocurra el comportamiento o cómo se debe comportar el sujeto; y tal afirmación supondría, necesariamente, que el ser humano actúa de tal o cual forma en virtud de lo que prescribe una norma jurídica.

LUIS DIEZ PICAZO (1976) dirá que “Un ordenamiento jurídico es (...) una compleja y variada *organización del estado y la sociedad*” y, más adelante, “El Derecho es una cierta manera de organizar la vida de una comunidad o grupo social o, como hemos dicho nosotros, de resolver conflictos de intereses”. (162 y ss., cursivas mías), asumiendo las mismas proposiciones anteriores aunque, cabe aclarar, lo relativiza y lo muestra como un organizador organizado. ÁNGEL LATORRE, por su parte, señala que la seguridad que proporciona el Derecho a cada individuo, al limitar el abuso, la violación de intereses ajenos, etc., cumple como organizador. CARLOS JOSÉ GUTIÉRREZ plantea que los seres humanos deben buscar una norma preexistente que señala a qué deben someter su conducta. Y, aún más, en nuestro propio medio es muy frecuente escuchar afirmaciones en el sentido de que “*sin ley no hay orden*” y que han adquirido estatus de principios o máximas irrefutables.

Como podemos apreciar, los conceptos jurídicos de “orden”, “seguridad” y “legalidad” presuponen una concepción que está muy generalizada en las posiciones idealistas. Tales conceptos tienen la implicación de la ordenación jurídica en cuanto ella aparece como la establecedora de la relación social y juega tal papel ya que está dada antes de ella. *El ser humano actúa legalmente cuando se ajusta a la norma; los derechos se aseguran por la prescripción jurídica; el Estado, la sociedad y el individuo tienen como guías de vida y espíritu que les anima, al Derecho.* Y por ello no es nada raro que, asimismo, se conciba que, por ejemplo, alguien posee propiedad porque el orden jurídico le proporciona ese derecho y no de otra forma, o que el delito sea la violación de la ley, es decir, del “orden” y con lo cual se lo formula como una conducta “fuera de la organización establecida jurídicamente”. Más claro es aun cuando se supone, frente a la afirmación marxista de que en la sociedad comunista no habrá necesidad de normas jurídicas, que ella será “una completa anarquía”, según la burguesía.

Estas apreciaciones no sólo arrancan de la antojadiza visión burguesa. Por el contrario, son “inmanentes”, si se quiere, a la naturaleza de la dominación de toda clase sobre la sociedad. En PLATÓN, por ejemplo, el buen orden de la *polis* puede lograrse únicamente con la formulación de una ley básica, o *nomos*. A este *nomos* lo considera “...como una participación de la idea de justicia y, mediante

esta participación, ella, a su vez, participa de la idea del bien." (FRIEDRICH. 1978, p. 33). Es claro observar aquí que la única posibilidad de organizar justamente la sociedad, es la elaboración de una ley que refleje lo justo y bueno, legislación que sería el "medio más perfecto para lograr la virtud". Y en ARISTÓTELES ya veíamos que "la determinación de lo justo, es el principio del orden de toda sociedad política".

Resultan, en esta temática, interesantes las "últimas consecuencias" a las que llega el idealismo de STAMMLER (1974) a este respecto. Si bien es cierto es necesario destacar que él es uno de los pocos filósofos que se atreven a formular un criterio respecto de la relación entre economía y derecho, no es menos cierto que su apreciación resulta de una aberración. Él nos dice:

"Equivaliendo *economía social* a *cooperación*, toda cuestión *económico-social* encierra necesariamente dos elementos: la regulación general, y la actividad concreta de los individuos asociados condicionados por aquella... (la) posibilidad general de ordenación es la *condición lógica* (...) lo segundo es lo *lógicamente condicionado* (...) dentro de la vida social. Supongamos, por ejemplo, que se estudia el problema de la habitación, los gravámenes que absorben la propiedad urbana o la cuestión del crédito inmobiliario: pues bien, en cada uno de estos problemas partiremos de la institución de la propiedad privada, de la libertad de contratación, de la hipoteca, del contrato de préstamo, del de arrendamiento, del derecho de superficie, etc. Y si prescindimos mentalmente de todas estas *posibilidades jurídicas*, no quedará en pie nada del problema *económico-social* planteado.

"La *economía social*, en sus distintas manifestaciones, se puede, según eso concebir como la *actuación de un determinado orden jurídico*"; y más adelante. "Para que pueda existir una *economía social*, es necesario que medie una inteligencia en cuanto a la actividad *armónica* de varios individuos. Sin una *vinculación exterior* de sus distintas aspiraciones, es de todo punto imposible concebir una *cooperación* cualquiera. (...) no se debe olvidar que tanto la economía unitaria centralizada como la libertad individual de cooperación sólo son diversos *medios* de que el *orden jurídico* se sirve. El Derecho es llamado a utilizar uno y otro de estos dos medios relativos para *organizar* debidamente la vida social..." "Un fenómeno económico es, pues según esto, lo mismo que una *relación social*, a saber: una relación humana *determinada por una voluntad vinculatoria*. Ahora bien, *donde decimos*

voluntad vinculatoria o social podemos perfectamente decir *voluntad jurídica*. (...) Toda *relación jurídica* de las que se manifiestan en la vida social puede muy bien denominarse... *fenómeno económico*. (...) El concepto de *fenómeno económico* se puede, pues, definir como la manifestación en masa de idénticas relaciones jurídicas". (pp. 143 y 157).

Hemos abundado en la transcripción de las afirmaciones de Stammler por la necesidad de dejar clara la complejidad, veracidad y el absurdo de las mismas. Partiendo de una determinación *lógica* del Derecho respecto de la Economía, el filósofo llega a las últimas consecuencias que mencionábamos: la determinación del fenómeno económico por lo jurídico. A una elemental conciencia jurídica le irritaría una afirmación de esta naturaleza. La pretensión *lógica* de Stammler por rebatir las posiciones del materialismo histórico le conducen a caer en una *real* irracionalidad. Es que, a quién se le podría imaginar que la marginalidad, el hambre, la recesión mundial, o la subida y baja de los precios del petróleo, sean meras expresiones o *medios* del orden jurídico. Lo que resultaría es que los legisladores de cada país se habrían tornado locos.

En nuestra opinión, el Derecho de ninguna manera supone la *organización social*. Por el contrario, él no es más que una forma, *la forma jurídica*, en la que se expresa un régimen económico concreto y que tiene como base informadora (ya en cuanto a lo jurídico) una especificidad de relaciones sociales: las de propiedad. Al respecto de esta afirmación volveremos más adelante; aquí nos limitamos simplemente a señalar que una apreciación científica del Derecho debe partir de considerarlo como una abstracción racional de una misma realidad objetiva en la que no es lo jurídico lo que vincula a los seres humanos sino que, a la inversa, expresa sus vinculaciones materiales, y de donde, no es la sociedad jurídicamente considerada, la que se desarrolla y tiene historia propia, sino que, por el contrario, la historia objetiva dinamiza y determina los cambios históricos del Derecho; que el "*orden*" que se "*impone jurídicamente*" no es más que *el mismo orden que ya está impuesto por la vida económica social*; que la persona no es social porque el Derecho la incluye en el grupo humano sino que es su necesidad productiva, que supone la posibilidad de dominar la naturaleza para satisfacer sus necesidades valiéndose de ella, posibilidad que sólo se le hace real en colectividad.

Dicho lo anterior, entonces, veamos cuál es el rol de Derecho en la

sociedad puesto que he afirmado que no la organiza o no la ordena.

4.5.1. ¿Qué regula el Derecho?

En las concepciones iusnaturalistas resultaba inevitable la comprensión del Derecho como ordenador o regulador. A tal punto ha llegado esa concepción que, muy comúnmente, como que no se estaría planteado subjetivamente ya una posición ubicada entorno las corrientes idealistas, sostiene que las prescripciones jurídicas son *normas* y, más aún, *que determinan el comportamiento* de los seres humanos, como llegarían a sostener Kant y, luego, Hans Kelsen.

Y aquí, precisamente, es donde encontramos uno de los mayores errores de quienes han querido adoptar una concepción marxista del Derecho. No es desconocido para los estudiosos de las vertientes marxistas de lo jurídico, que teóricos como Stuchka, Pashukanis y otros, sostengan el criterio normativo del Derecho o sus funciones ordenadora o reguladora. El mismo Novoa Monreal, tratadista reciente²¹, muy definido con el marxismo pero al que lo adopta formalmente, mantiene ese sello teórico.

Nuestro criterio, de lo analizado anteriormente, parte de que la teoría marxista y los marxistas no sostienen (y no deberían sostener) tal posición (que, de paso, refleja el gran peso ideológico de la burguesía en las ciencias sociales y, especialmente en las relativas a lo jurídico). Quien pretenda una posición marxista no puede hacer a un lado las consideraciones sobre las relaciones generales que existen entre superestructura y estructura, en las que, si bien hay interdependencia existe, a la vez, determinación de la segunda a la primera (aunque a algunos teóricos esto les suene inadecuado o inapropiado). Tampoco podemos dejar de lado la ley de la realidad por la que todo lo objetivo cambia y se transforma como consecuencia de la transformación de lo material (del ser social para nuestro caso) y que, en tal proceso, el Derecho aparece como resultado histórico, dando prevalencia a intereses concretos, con un papel específico en la sociedad y que, asimismo, en su desarrollo histórico habrá de extinguirse puesto que él no es inmanente a la sociedad humana sino un artificio

²¹ Para el tiempo en que escribí el ensayo (años 80, se publicó en 1984) Novoa Monreal había editado su libro *El Derecho Como obstáculo al cambio social*. (1980)

correspondiente a determinadas condiciones, asimismo, históricas. Consecuentemente, resulta una afirmación interesada la consideración irreal de que el Derecho ordena, organiza, regula o norma la sociedad; ello presupone el planteamiento de que la sociedad sin Derecho es anárquica, *con lo cual el pensamiento burgués pretende anular la relación de determinación entre el ser social y su conciencia*, poner en segundo plano la vigencia de las leyes objetivas que rigen el mundo material y que son cuestiones científicas inobjetables. En tal sentido, defender las posturas indicadas, en última instancia, no es más que ceder ante las teorizaciones no científicas que pretenden confundir sobre la naturaleza y la esencia del Derecho, sobre todo con las concepciones burguesas que pretenden asumir como inevitablemente necesario un instrumento aparentemente *ordenador*, debido a un supuesto carácter eterno de la competencia y anarquía del régimen social y que crea la ilusión de que la humanidad nunca podrá pasar de las formas de convivencia actuales, egoístas y donde prima el individualismo, a otras, altruistas donde ha de primar la posibilidad moral de la convivencia solidaria de los humanos que enarbolan al espíritu colectivo o cooperador, por encima de cualquier otro sentimiento.

Así planteados los problemas, para los marxistas (y no por mero apego a los principios) el problema debe ser tomado en su verdadera dimensión, esto es, que el Derecho se limita a CONSAGRAR y SANCIONAR las relaciones existentes con el objeto de imponer una voluntad de clase, el interés propietario como OBLIGATORIO, procurando PRESERVAR esas mismas relaciones en las que los beneficiarios son precisamente los dominantes. Una muestra de aquello es lo que ya los clásicos habían observado relativo a que el Derecho "*no otorga nada a nadie*" y que, por el contrario, que yo sea sujeto de derechos supone que materialmente pueda ejercerlos; así, el derecho de propiedad no es el resultado de lo que prescriben las leyes sino de lo contrario: en virtud de que soy propietario en las relaciones sociales imperantes ostento la calidad jurídica (y por ello *el derecho*) de propietario.

Nuestra crítica estima, entonces, que la relación principal (de determinación) no va desde la superestructura hacia el ser social, sino a la inversa. Considerar al Derecho como lo hacen Kant, Kelsen y los "marxistas" normativistas, es creer que el Derecho o una prescripción jurídica actúa

objetivamente sobre la conducta social, sin necesidad de la coacción. Y es obvio que no hay ley que se cumpla sin que medie la acción coactiva estatal y, en ese sentido, no tiene vigencia fuera de la voluntad humana que, para lo jurídico, es una de clase. No cabe aquí la aceptación de tal relación entre Derecho y conducta; más aún, si los propios idealistas postulan a la voluntad como independiente. De ser así, se sostendría la existencia de un *nexo causal* entre la norma y la conducta y, por tanto, una relación necesaria. Sin embargo, la contradicción en la que cae esta posición es, a todas luces, la negación de su afirmación.

Kelsen habría querido salvar esa contradicción diciendo que el Derecho determina conductas como *debidas*, pero la sola afirmación teórica no lo saca del embrollo, puesto que aún así se sostiene la relación de necesidad al hablar de determinación. Una conducta es debida por virtud de lo que determina la norma. El normativista dice que al plantearse una conducta como debida, no supone que así deba ser sino que así quiere el legislador que sea; pero, entonces, ya estamos en el campo no de la determinación sino *de la defensa de algo* y ese algo Kelsen no lo devalúa; para nosotros, es un interés clasista. En todo caso, los idealistas no logran explicar consistentemente la cualidad ordenadora del Derecho. La apariencia no puede ser sostenida en la realidad²². La conducta humana se "ordena", por ejemplo, por factores psicológicos, económicos, etc. y no, jurídicos. Esto no admite debate.

De otra parte, la afirmación idealista plantea que las relaciones jurídicas son actos de la voluntad "*libre*", voluntad que puede ser regulada debido a su sustento racional. Los clásicos marxistas ya habían dejado atrás tales aberraciones cuando afirmaban que

"...ni Kant ni los burgueses alemanes de los que era aplacador portavoz se daban cuenta de que estos pensamientos teóricos de los burgueses descansaban sobre intereses materiales y sobre una *voluntad condicionada* y determinada por las condiciones materiales de producción; por eso Kant separaba esta expresión teórica de los intereses por ella expresados, convertía las determinaciones materialmente motivadas de la voluntad de la burguesía francesa en autodeterminaciones *puras* de la '*libre voluntad*', de la voluntad en sí y para sí, de la

²² Para consultar sobre las *relaciones de determinación* se sugiere al lector consultar el libro de Rosental que ha sido citado anteriormente.

voluntad humana, convirtiéndolas con ello en determinaciones conceptuales puramente ideológicas y en postulados morales". (MARX. 1975, pp. 225 y 226)

Así, para el idealismo el Derecho resulta ser, no la consagración de relaciones sociales específicas, sino *la regulación de las voluntades*.

Sin embargo, el hecho objetivo es que, primero, la ley asume características generales sólo como acto normativo, es decir como prescripción del Estado moderno, bajo las condiciones de vigencia del modo de producción capitalista - hasta antes la prescripción jurídica por ejemplo, no sometía al feudal o al amo en su relación con el siervo de la gleba o el esclavo-; y, segundo, no es la vida política (y por ende jurídica) la que mantiene los nexos sociales, sino la *vida burguesa*, como diría Marx (en el caso del capitalismo), para referirse a las relaciones de producción.

Es importante, de otro lado, anotar cómo el pensamiento sociológico-jurídico ha evolucionado últimamente en materia criminal y siempre mostrándonos una nueva posición en la comprensión del fenómeno delictivo y su relación con el Derecho. Las nuevas corrientes, aún las salidas de los sociólogos norteamericanos que apuntalan posiciones como las de Durkheim, Becker, Champan, Sutherland, Goffman, Merton y otros, así como las denominadas de la Criminología Radical, demuestran que el delito no es producto sino de factores sociales y que en él la responsabilidad no se asienta en la mera voluntad subjetiva individual²³. El criterio del Derecho ordenador, llega al extremo de sostener al delito *no* como violación de determinadas condiciones de vida material donde se pretende la defensa de los intereses de clase dominante, aparentemente generales, *sino como la violación de la ley, divinizada*.

El conocimiento de la superestructura jurídica como clasista ya de por sí supone contradicción con el criterio de la ordenación puesto que, en tales condiciones, ella no postula obligaciones o garantías *sociales* sino para determinados miembros de ella, es decir, con destino específico para alguien y, consecuentemente, como consagrador de intereses en favor de alguien y contra alguien.

²³ Cabe aquí, también, hacer la contextualización de que el ensayo fue escrito en los años 80.

Es interesante ver, además, cómo en el contexto del análisis idealista existe una íntima ligazón entre la idea de Justicia y el Derecho, desprendiendo de aquélla el carácter ordenador. Para el idealismo el Derecho es medio por el cual se realiza la Justicia; *en las leyes se plasma lo justo*. Desde esta óptica, las prescripciones jurídicas postulan la armonía entre los seres humanos procurando darles un trato equitativo, como iguales y, a través de ello (que es a la vez facultad y limitación a su actuar) alcanzar la organización de la sociedad donde la justicia impere. MARX, en la crítica a los hegelianos y neohegelianos muestra la inconsistencia y carencia de rigor científico en la pretensión de un desarrollo social en virtud de las ideas "más perfectas". Nosotros, por tanto, no podemos asumir el criterio de que el Derecho es ordenador y mantiene por medio de ello el interés de la justicia. Lo más evidente en las prescripciones jurídicas *es su carácter injusto*, tanto por las contemplaciones abiertas de privilegios para unos en contra de otros, *cuanto por la misma consideración "igual" de entes desiguales*. Incluso aquí debemos partir de los valores morales como condicionados a la existencia material de las clases y, en ese sentido, como valores formulados por las clases sociales (el salario que paga el burgués, desde su punto de vista es justo; desde la posición del proletariado, lo inverso).

Consiguientemente, se nos muestra el problema de la Justicia separado de la cuestión legal, esto es que el Derecho no tiene como fin la justicia dado de que su relatividad como justo le impide también mediar las varias consideraciones sobre la Justicia y no porque aquello resultaría incoherente sino, sobre todo, porque el Derecho procura el interés de los dominadores contra los dominados. Su propia condición objetiva de Derecho esencialmente desigual, le impide constituirse en real medio de la Justicia. *Por eso, en sí, el Derecho carece de fines propios. Es medio o, mejor, instrumento de dominación de una clase a otra*. El Estado se constituye para la dominación política; el Derecho, sobre todo, para la económica y ello por virtud de que el Derecho, además, no actúa o ejerce influencia ("ordena", para los idealistas) sobre todas las relaciones sociales (ya antes habíamos explicado como las relaciones sentimentales, por ejemplo, no están bajo las prescripciones jurídicas; tan es así que los propios iusnaturalistas se encargan de postular la existencia de normas morales, jurídicas y hasta religiosas).

CAPITULO V

LA ABSTRACCION EN LA ELABORACION DEL DERECHO

Dos pares categoriales fundamentales de lo jurídico: a) Garantía-Coacción; y, b) Derecho-Obligación.- ¿Cuál es el aspecto dominante de la relación categorial?; ¿se abstrae la relación entre clases sociales?.- El papel del Estado: a) Su relación con el Derecho; b) Cómo es que lo principal de su relación es volver generalmente obligatoria la ley por medio de la coacción.- La apariencia de generalidad.

5. Conceptos y categorías.

Las proposiciones anteriores nos habían permitido determinar que el Derecho es *una forma* en la que se expresan relaciones materiales. Igualmente, que la forma que adopta es la de *conceptos y categorías jurídicas*. Esta afirmación nos lleva a sostener que las prescripciones jurídicas necesariamente son elaboraciones racionales y, en esa virtud, ellas presuponen *abstracciones de lo real*. Esa abstracción existe aún en el caso que aceptáramos la posición de Kelsen; la "norma" sería un esquema de conducta, si entendemos por tal a la composición de funciones proposicionales contenedoras de símbolos variables, o, a lo similar, en lógica, el esquema de raciocinio (KALINOWSKI. 1973, pp. 4 y 5) en tanto que en ella se representaría *una categoría de conducta*.

De cualquier modo, la elaboración del Derecho, supone un acto racional, una abstracción si entendemos por ésta la actividad por medio de la cual el ser

humano refleja en su cerebro, como ideas, la realidad objetiva. La abstracción se muestra como resultado de las necesidades subjetivas del ser humano por virtud de las cuales "reemplaza lo concreto por lo abstracto, la percepción por el concepto, lo múltiple por lo uno, la suma infinita de causas por la causa única" puesto que el entendimiento "no tiene otro objetivo ni otra vocación que la de generalizar los datos de los sentidos a fin de ahorrarnos la tediosa molestia de la repetición, a fin de proveer, reemplazar, ahorrar la experiencia sensible y la percepción" (LENIN. 1974, pp. 54 y 77).

De tal forma que *los conceptos* se constituyen en representaciones unitarias de las *cualidades comunes* existentes entre los objetos que representan (permitiéndonos clasificarlos) y, *las categorías*, en representaciones unitarias de los *nexos comunes*. Por eso mismo es dable plantear que los unos y las otras (siendo abstracciones) parten de lo sensorial (que está en los sentidos y en el cerebro) y, se encuentran determinados por la vida material no sólo en tanto dependen de lo exterior para formularse sino, además, porque necesitan del cerebro como base y centro de la actividad sensorial; FEUERBACH ya aclaró que "lo espiritual no es nada fuera de lo sensible y sin ello" y, por eso, "El mundo es el objeto de los sentidos y el objeto del pensamiento". "El espíritu se desarrolla junto con el cuerpo, con los sentidos (...) De donde proviene el cerebro, de ahí proviene también el espíritu; de dónde el órgano, de ahí también su función". (LENIN. 1974, pp. 52, 54 y 79)

MARX, dicho lo anterior, llegó a concluir que la riqueza del pensamiento, como ya anotábamos, depende de la riqueza de las relaciones entabladas por la sociedad y el individuo. Por virtud de un mayor contacto con la realidad es que la conciencia se desarrolla; esto nos demuestra que la idea no llega más allá de lo que ha sido captado sensiblemente. Los límites de la conciencia están determinados por las limitaciones materiales de la sociedad y, de donde, la lógica de los conceptos no es más que la lógica que posee la vida material, es decir, las relaciones sociales.

Se revela expresamente en el análisis marxista (por medio de la lógica dialéctica) *la condición histórica* que es propia de todo concepto y categoría. Por eso PASHUKANIS (1976) cae en un gravísimo error (error que niega la condición marxista de su reflexión) cuando afirma que

"En razón de su naturaleza abstracta, esos conceptos (norma jurídica, relación jurídica, sujeto jurídico, etc. -RCO-) son utilizables también en cualquier terreno del Derecho; su significación lógica y sistemática permanece la misma, independientemente del contenido concreto al que son aplicados... Por otra parte, también podemos comprobar, si permanecemos el interior de los límites de un terreno particular del Derecho que las categorías jurídicas fundamentales no dependen del contenido concreto de las normas jurídicas, es decir, que conservan su significación incluso cuando el contenido material cambia de una manera u otra." (p. 23).

Él, después de haber aceptado la premisa del pensamiento materialista, llega a sostener la ninguna relación entre lo concreto y lo abstracto; y, la inmutabilidad de las categorías. Primero acepta que las condiciones materiales determinan lo jurídico, después, lo jurídico (como categorías) no se transforma cuando el contenido concreto cambia. Aún si nos mantuviéramos en el mero plano lógico de la relación entre los aspectos jurídicos, dable es sostener que la idea concreta de las prescripciones jurídicas determina la idea general y sólo en virtud de ellas es posible comprender y determinar lo general (los principios y categorías) aunque después se nos muestre como relación invertida. Pashukanis, tomaba esa argumentación para decir que los principios o *conceptos jurídico más abstractos* no son resultado "de las leyes del Derecho Positivo", cuando debió decir que *tanto las unas como las otras* dependen de la vida material y, ambos se sujetan por igual a los cambios. Sin embargo, es correcto el aserto de que los conceptos no derivan de las "normas" positivas "como una realidad que se sitúa por encima de la experiencia y que hace posible la experiencia misma".

Sin embargo, volviendo al centro de nuestro razonamiento, la vigencia histórica de los conceptos y categorías implica que, dentro del desarrollo social y, por ende, del pensamiento, éstos pueden aumentar o, aún, ser sustituidos por nuevos mediando una relación entre los que pierden actualidad y los que nacen, entre anteriores y posteriores. Si bien la relación de determinación va de lo sensorial a lo espiritual, también opera la condición por la cual conceptos y categorías se sujetan a la concepción del mundo de quien los formula y, consiguientemente, a otros conceptos y categorías. "Al propio tiempo, la determinación de un concepto se produce siempre en conjugación con la de

otros conceptos, de tal manera que viene a ser determinado por ellos y, simultáneamente, sirve como determinante para ellos" (DE GORTARI. 1972, p. 61) permitiendo que el conocimiento vaya de formas inferiores a otras superiores y penetre cada vez más en la esencia de las cosas²⁴.

Stammler, por tanto, no tiene razón cuando, al hablar de los conceptos jurídicos, los muestra como apriorísticos y ajenos a la sensorialidad, concibiendo los *conceptos puros* como "modalidades unitarias de ordenación que aún no entrañan nada que dignifique fines *sensibles*" (1974, p. 301).

Los idealistas, partiendo de lo abstraído, como generalidad o universalidad que contiene idealmente a lo singular y concreto, pueden construir la realidad objetiva como determinación de lo ideal, pero previamente necesitan vaciar el contenido de lo abstracto, es decir mostrarlo como puramente ideal separado y ajeno a lo real. Pueden, por tanto, a diferencia del materialismo, constituir al concepto y a las categorías como los determinantes de lo que es realmente determinante y como existentes antes de él. Nosotros sostenemos que se realiza un proceso inverso. Eso entraña explicar el proceso dialéctico de la abstracción. HEGEL pone en evidencia cómo aquélla en sí no es más que la negación de lo simple (claro está que, y en eso radica el error hegeliano, como movimiento del espíritu). Se trata de que *en el conocimiento sensorial* se aprecia, se aprehende, lo esencial e inesencial de un objeto u objetos, presentando la necesidad de separar lo uno de lo otro con el fin de postular la representación unitaria de las cualidades que tienen, es decir, con el fin de universalizar lo conocido, dejando la singularidad, pero expresando a ambos como lo mismo y uno que, sin embargo, entraña diversidad.

De otra parte, la abstracción supone la consideración de que los objetos no están aislados sino interconectados, interconexión en la que cada uno está en relación con el todo; ella impone la necesidad de explicar los nexos comunes que nos permitan establecer la relación objetiva existente y por lo que, el pensamiento o, mejor, el conocimiento teórico ya es un saber dónde está cada objeto o grupo de objetos en esa relación, y cuál el papel que cumple.

²⁴ Sobre estos aspectos ver también a ROSENTHAL (1960, p. 41) y a ENGELS en Ludwing Feurbach y el fin de la filosofía clásica alemana, Ed. Cit. T VII, Cap. IV.

La dialéctica de tal proceso va del ser empírico a la esencia, de lo particular a lo universal, de lo concreto a lo abstracto siendo, por eso, la abstracción un grado de conocimiento superior a lo sensorial (LENIN. 1974, pp. 124 y 125). Esto es lo que se nos revela como *el proceso lógico del pensamiento*. Sin embargo, *lo lógico "es lo histórico despojado de las cualidades que lo deforman"*, es decir lo histórico esencial pero, además, la "historia de su conocimiento" (KOPNIN. 1966, pp. 185 y 188). La abstracción, como operación racional, al ser resultado histórico de lo que sensorialmente el ser humano aprecia, es una idealización del desarrollo histórico de sus relaciones sociales y naturales, pero al mismo tiempo, de lo que él concibe y trata de explicar, como *conciencia*.

De ahí que *la conciencia*, en última instancia, no sea más que el conocimiento de lo que nos rodea y que lo aprovechamos para nosotros y, consecuentemente, un resultado de la producción, del trabajo, en tanto que actividad social por medio de la que se procura tener la naturaleza como para nosotros y nos cohesiona, nos relaciona y, por ende, comprensión del ser humano sobre sí mismo y sus relaciones (comprensión no sólo de su individualidad sino de su conexión, a la vez, con toda la sociedad) que se determina por lo que son esas relaciones (MARX. 1975, pp. 31 y 211).

Lo planteado nos lleva a señalar la necesidad que tiene una investigación respecto del Derecho de no limitarse a ver en los conceptos y categorías meras acepciones racionales o ideas a priori sino, por el contrario, trascender al descubrimiento de los contenidos materiales que están determinándolos. Hasta aquí, la gran mayoría de juristas ha caído en aquella limitación, con excepción de los esfuerzos de quienes se han pronunciado por una posición materialista al respecto (como en el caso de Pashukanis, a pesar de los cuestionamientos que he realizado).

De antemano, resulta muy claro que el Derecho, sin la relación material (las relaciones sociales objetivas), sería por sí una abstracción vacía, sin contenido, incoherente, puesto que la propia ilusión de *regulador* de las relaciones sociales, nos muestra la íntima conexión entre él y ésta y, por tanto a ellas (a las relaciones sociales objetivas) hace alusión en sus prescripciones. Sin embargo, como indicaría Marx, el que para nuestros antecesores las cuestiones sobre sus relaciones sea un problema práctico y, para hoy, se nos presente como uno

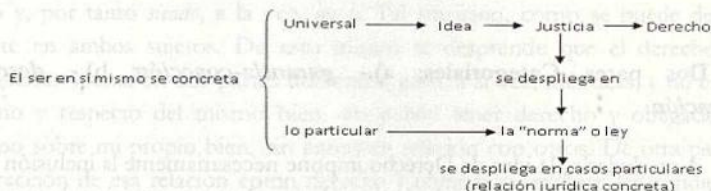
teórico, determina que la abstracción actual, condicionada por la división del trabajo en manual e intelectual y por la dominación de las concepciones idealistas, vaya poniendo en el trasfondo (hasta volver casi imperceptibles) la concatenación entre los hechos económicos, permitiendo la pérdida de la conciencia sobre ellos. *"Como, en cada caso concreto, los hechos económicos tienen que revestir la forma de motivos jurídicos para ser sancionados en forma de ley y como para ello hay que tener en cuenta también, como es lógico, todo el sistema jurídico vigente, se pretende que la forma jurídica lo sea todo, y el contenido económico nada"*. (ENGELS. T VII, p. 386)

Por eso, una consecuente definición de los contenidos de las categorías jurídicas sólo puede ser resuelta en la apreciación histórica de su constitución. Es de ahí de donde Marx llega a demostrar que *la historia de la conciencia jurídica corresponde a la historia de la propiedad real*; que la acción de determinación ejercida por las relaciones de propiedad -de manera específica-, de la lucha entre las clases y la voluntad de la dominante en tanto que interés dominante, informan el contexto en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas y las prescripciones obligatorias a las que se someten. Eso mismo, a la vez, revela que el problema de la justicia no es cuestión de la transformación de la legislación sino de la estructura material de la sociedad y que, consiguientemente, el idealismo, al separar los conceptos y categorías jurídicas de su base real, cae en la ilusión de que la Justicia es un valor immanente al Derecho y que depende del tipo de normas que se dicten y de la mayor o menor benevolencia del legislador. Allí radica la esencial diferencia entre las apreciaciones de Hegel y Marx sobre lo jurídico, como pasamos a graficar a continuación.

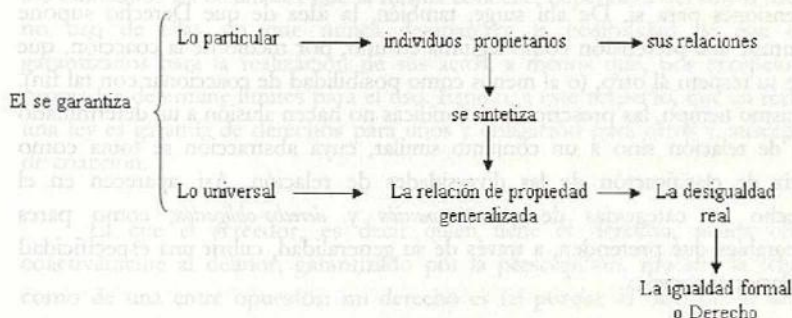
Mientras en Hegel *lo singular* es lo *universal determinado* (universalidad que se concreta y se niega); en Marx, lo singular es la *fuerza de lo universal*, o sea, lo universal es la *síntesis de lo singular* que se niega (*se generaliza*), aunque en ambos aparezca tal proceso como movimiento dialéctico.

Tal proceso de la abstracción y concreción se expresa, en el plano de la formulación racional de los conceptos y categorías jurídicas, de la siguiente manera:

IDEALISMO



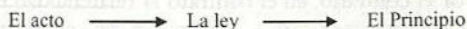
MATERIALISMO



IDEALISMO



MATERIALISMO



En las cuestiones jurídicas, las abstracciones se nos presentan, más que como juicios y razonamientos, sino como conceptos, categorías y principios, ante todo. A continuación analizamos dos trascendentales pares categoriales.

5.1. Dos pares Categoriales: a).- *garantía-coacción*; b).- *derecho-obligación*.

A no dudarlo, la idea de Derecho impone necesariamente la inclusión de la idea de relación social; más aún, la de una relación de contraposición de intereses, por lo menos. Consecuentemente, no se trata de que las prescripciones jurídicas se refieren a los sujetos inmersos en la sociedad como individualidades independientes y aisladas, sino como relacionados y teniendo cada uno pretensiones para sí. De ahí surge, también, la idea de que Derecho supone garantizar una pretensión como legítima en uno, por medio de la coacción, que exige su respeto al otro, (o al menos como posibilidad de coaccionar con tal fin). Al mismo tiempo, las prescripciones jurídicas no hacen alusión a un determinado caso de relación sino a un conjunto similar, cuya abstracción se toma como matriz de clasificación de las diversidades de relación. Así, aparecen en el Derecho las categorías de *garantía-coacción* y *derecho-obligación*, como pares inseparables que pretenden, a través de su generalidad, cubrir una especificidad de relaciones sociales.

"La obligación es el correlato de las pretensiones de otro". La relación jurídica se consuma bajo la condición de que existan estos dos elementos. Lo más expresivo de esa relación es el nexo entre acreedor y deudor; aquí se presenta *el derecho* del primero como correspondiente a *la obligación* que tiene el segundo; en la ley, así mismo como en el contrato, ocurre este hecho: una ley concede facultades a unos al mismo tiempo que obliga a otros; el desacato de la prescripción que garantiza el ejercicio de dicha facultad ocasiona una sanción coactiva.

Pero, la bilateralidad anotada no supone, según la apreciación generalizada, esa sola estructura. Por el contrario, en el contrato la bilateralidad es, si se quiere, mutua, dialectizada como ser y no ser (como explicaría Hegel). Pashukanis recoge tal postura y sostiene que en el mercado quien se obliga lo hace poniendo en

igual condición al otro; por ejemplo, en la compra-venta: el vendedor se obliga a entregar la cosa y obliga al comprador a entregar el dinero en pago de lo acordado, es decir *siendo obligado*, al mismo tiempo adquiere el derecho a exigir el pago y, por tanto *siendo*, a la vez, *no es*. Tal situación, como se puede deducir, ocurre en ambos sujetos. De esto mismo se desprende que el derecho y la obligación operan en dos partes diferentes, pero, a la vez, idénticas, y no en uno mismo y respecto del mismo bien -no puedo tener derecho y obligación yo mismo sobre mi propio bien, sin entrar en relación con otros. De otra parte, la abstracción de esa relación como derecho y obligación, excluye las condiciones concretas de los sujetos (en la ley) y los muestra como iguales dando la connotación de generalidad a la prescripción y, por tanto, como garantía para todos los que estén o entren en tal relación. Así, parece poner a disposición de los individuos las facultades que la misma contiene; dependerá del sujeto hacer o no uso de ellas sin que nunca desaparezca la posibilidad de que estén garantizados para la realización de sus actos, a menos que, por excepción, la propia ley determine límites para el uso. Estimo, a este respecto, que en realidad una ley es garantía de derechos para unos y obligación para otros y, susceptible de coacción.

El que el acreedor, es decir quien tiene el derecho, pueda obligar coactivamente al deudor, garantizado por la prescripción, muestra la relación como de una entre opuestos: mi derecho es tal porque el otro no lo tiene o posee; más objetivamente, el acreedor tiene derecho porque es dueño del bien²⁵ que reclama y sobre el cual el deudor no puede ejercer propiedad. La relación entre estas dos categorías (*derecho-obligación*) se muestra como asentada en la otra, material, entre *propietario* y *no propietario* (cuya apariencia adquiere en el Derecho la forma de *titular* o *no titular* de un derecho). Por eso, la ley "otorga derechos" a quien, efectivamente, los tiene; "*el derecho no es dado gratuitamente a quien necesita de él*" sentencia un tratadista ruso, en 1895²⁶. Aún en los casos en que las leyes se nos parecen diferentes (imperativas y permisivas), como que consagran sólo derechos o sólo obligaciones, la realidad antes planteada se nos muestra o devela

²⁵ Utilizo el término *bien* no sólo para referirme a cosas o bienes muebles e inmuebles sino, a valores económicos o cualquier objeto jurídico estimado como susceptible de estar en el negocio jurídico.

²⁶ La cita corresponde a PASHUKANIS quien se refiere al jurista Muromchev, M.A. (p. 91)

después de un ligero análisis: lo que se permite (y por tanto "otorga facultad o derecho" a alguien) supone la garantía para su ejercicio y, por tanto, la obligatoriedad de respetar; a la inversa, la que obliga a algo supone la posibilidad de que alguien reclame el cumplimiento de lo exigido, siendo el reclamo el derecho del que me lo exige basado en la ley.

Pero *el derecho* al asegurarse, para su cumplimiento, en la ley, se presenta como garantizado. El Derecho se muestra como *garantía*. EDUARDO VÁSQUEZ explica como la teoría hegeliana interpreta ésta: "Cada una de las personas se conoce como tal a la vez que reconoce a las otras y es reconocida por ellas. La regla jurídica cobra aquí la forma de algo negativo: *no perjudicar* la personalidad y lo que le atañe. Sólo hay prohibiciones jurídicas y la forma positiva de los imperativos de derecho se fundamenta, en último análisis, en prohibiciones". (1976, p. 82). El individuo aparece autorizado a hacer lo que no le es prohibido y eso se expresa en las leyes que prohíben cuanto en las que mandan y permiten. Las apreciaciones idealistas que consideran al Derecho como ordenador, sostienen que los actos humanos aparecen determinados por las normas como negaciones que garantizan lo que no se niega. Sin que compartamos el criterio relativo al supuesto carácter ordenador, debemos concluir que las prescripciones consagran facultades y las garantizan (obligando a observarlas con el anuncio de que lo contrario implicaría un acto coactivo) pero *no sólo como prohibición sino como imposiciones* (luego veremos cómo opera la diferencia).

Se desprende, volviendo a la expresión de la relación real entre propietario y no propietario, que se muestra en las categorías de derecho-obligación, que la garantía opera para el derecho y la coacción para el obligado. Son, ambos pares categoriales, expresión de una misma realidad. Está claro, entonces, que haciendo alusión a uno y el mismo asunto, reflejan no la forma de la relación sino su contenido; no pretenden decirnos *cómo se presenta* la relación jurídica (la forma) sino *en qué consiste* (el contenido). Las categorías de derecho-obligación se nos muestran como *el contenido en sí*, las otras (garantía-coacción) como el *contenido para sí* que busca realizarse y que, para lograrlo, ya no actúa sólo por su mera prescripción sino en virtud de un aditamento. Esto lo veremos más adelante.

5.2. El aspecto dominante de la relación categorial. ¿Se abstrae la relación entre las clases sociales?

Habíamos explicado el trasfondo de la relación entre derecho y obligación; es evidente que el derecho no tiene el mismo sentido de la obligación; ellos son contrapuestos. Si el conjunto jurídico pretende consagrar un derecho y, a la vez, la obligación, podemos concluir que, en sí, expresa una relación de contrarios, transportando a la esfera jurídica una relación de causalidad entre los dos polos: ante la existencia de un derecho, se produce o nace una obligación correlativa. Pero, siempre, el efecto se muestra como contrario a su causa; la obligación es opuesta al derecho. Por tanto, *el contrario del derecho resulta ser la obligación*, a diferencia de lo que sostienen los idealistas, es decir, *el no derecho*. Se trata de que éstos abstraen la relación contradictoria entre las dos categorías y, al hacerlo *muestran al incumplimiento de la obligación como la negación del derecho*. De este modo ocultan que no es la infracción el problema de la legalidad sino que *la legalidad es el problema*.

La relación entre *derecho y obligación* se muestra contradictoria en virtud de que el Derecho, en tanto que categoría social, está basado, en último término, en la oposición de intereses sociales contradictorios. PASHUKANIS (1976) correctamente (en lo que al objeto del análisis interesa) afirma que "Sólo en ese caso podemos captar el derecho, no como un *atributo de la sociedad humana abstracta*, sino como una categoría histórica que *corresponde a un régimen social determinado, construido sobre la oposición de intereses*" (las cursivas son mías). Una de las premisas fundamentales de la reglamentación jurídica es pues el antagonismo de los intereses privados. Ese antagonismo es tanto la condición lógica de la forma jurídica como la causa real de la evolución de la superestructura jurídica. "El comportamiento de los seres humanos puede ser determinado por las reglas más complicadas, pero el momento jurídico de esa reglamentación comienza allí donde comienzan las diferencias y las oposiciones de intereses". (pp. 54, 65 y 66). (Me reservo compartir el uso de conceptos como "la reglamentación", "la determinación", etc.)

Mi deber u obligación es el derecho de otro, en otro y es su derecho privado a obligarme a cumplir con mi deber u obligación. La apariencia de esta relación contradictoria impide plantear el carácter dominante de uno de los dos polos que intervienen. Se muestra el derecho como lo principal y dominante cuando se habla del acreedor; pero inmediatamente hablamos del deudor, es la obligación la que asume tal posición. En el primer caso, el Derecho pretende garantizar al acreedor; en el segundo, el Derecho pretende el cumplimiento de la obligación. Y como el vendedor tiene derecho, por ejemplo, a exigir el pago, y al mismo tiempo se obliga a entregar la cosa, se postula una condición similar en el comprador. *El carácter dominante del derecho o la obligación pasa a depender del punto de vista con que se mire la relación y, por tanto, se muestra como problema meramente lógico.* Sin embargo, un análisis más detenido nos muestra la irrealidad de la apariencia anterior.

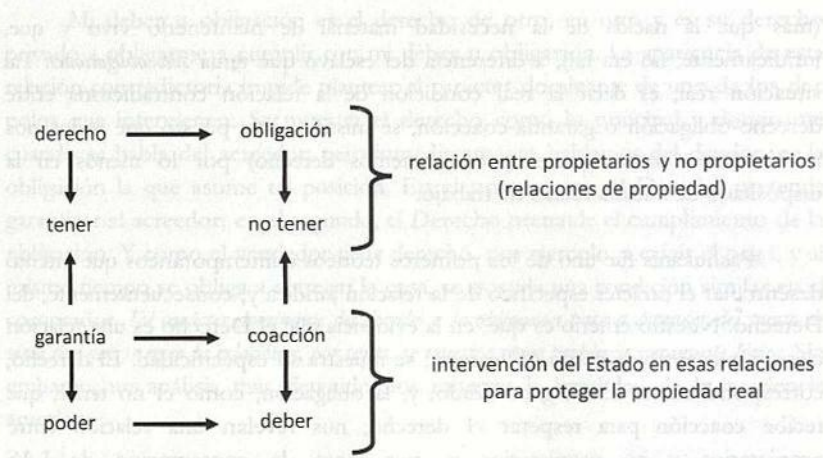
Si, para cuando la obligación no se cumple, opera la sanción (acción coactiva de la ley), eso demuestra que lo que se precautela sobre todo es *el derecho*. De otro lado, en la idea de derecho está la consagración de un interés y, en la de obligación, lo mismo, pero como defensa que se cumple por medio de la coacción. De todas maneras, si observamos el derecho en cuanto al que lo posee o en relación al que está obligado a respetar, se plantea la misma situación: *lo dominante es el derecho puesto que él es la facultad de alguien para obligar a otro a que respete algo; la obligación es la facultad que otro posee para obligarme a respetar algo.* Así, las categorías derecho-obligación se muestran como expresiones de lo mismo, pero ubicadas en dos sujetos distintos. Consiguientemente, las categorías de garantía-coacción implican igual situación. *Es mi garantía que obliga al otro y es coacción para el otro por mi derecho.* En el litigio esto aparece claramente: se declara un derecho en contra de otro.

Esta relación se presenta porque no siempre un derecho supone obligación en uno mismo y sobre el mismo bien. Decíamos que parecería que mi derecho es igual a la obligación en otro y, a la vez, obligación en mí por el derecho del otro. Sin embargo, el análisis histórico muestra la falsedad. En Roma la aristocracia gentil existía con derechos frente a la plebe -sin ellos, pero- con obligaciones. Más claro aún: el amo tenía derechos sobre el esclavo, pero ninguna obligación

(más que la nacida de la necesidad material de mantenerlo vivo y que, jurídicamente, no era tal), a diferencia del esclavo que tenía *sólo obligaciones*. Tal situación real, es decir la real condición de la relación contradictoria entre derecho-obligación o garantía-coacción, se mistifica hoy puesto que todos nos relacionamos como iguales (todos tenemos derecho) por lo menos en la disposición de nuestra fuerza de trabajo.

Pashukanis fue uno de los primeros teóricos contemporáneos que intentó desentrañar el carácter específico de la relación jurídica y, consecuentemente, del Derecho. Nuestro criterio es que, en la evidencia que el Derecho es una relación clasista, sustantivada como obligatoria, se muestra su especificidad. El derecho, correspondiente al tener, garantizado; y, la obligación, como el no tener, que recibe coacción para respetar el derecho, nos revelan una relación entre propietarios y no propietarios y, por tanto, la consagración de LAS RELACIONES DE PROPIEDAD²⁷. La garantía que se mantiene y la coacción que actúa no es más que la intervención del Estado en aquella relación que se consagra para preservarla y proteger al propietario real. Esquemáticamente, lo mencionado podría proponerse como sigue:

²⁷ Aún en el *derecho a la vida* se muestra tal afirmación; de un lado el "derecho" no siempre existió como común a todos los miembros de la especie -en el esclavismo podía matarse un esclavo sin que eso constituya delito, cuando no en relación a un libre, el propietario- y, ahora, el "derecho a la vida" se nos muestra diferente a la vida misma a tal punto que nadie existe por virtud del derecho sino por el hecho natural y objetivo de la procreación y como consecuencia de que está en condiciones objetivas de mantenerse vivo -es decir, por el consumo de mercancías que satisfacen necesidades vitales-; de nada vale el derecho a la vida proclamado idealmente sin el basamento material que lo sustente. El delito contra la vida no se constituye por la privación de la vida a una persona (como podría parecer) y ello lo muestra que no existe cuando, por ejemplo, el individuo carece de aquellos medios de los que le priva socialmente el modo capitalista de producción (como en el caso de un mendigo), pero sí cuando alguien, personalmente actúa para evitar la existencia de otro, y no tanto porque se evita su condición de ser biológico cuanto por el hecho de que le priva de ejercer su "libre disposición" sobre sus bienes -entre los que está su fuerza de trabajo-.



Por eso es que a muchos tratadistas, la personalidad jurídica se les muestra como el sujeto propietario, pero no en tanto que tal materialmente sino en tanto que su condición propietaria se la da el Derecho. Para nuestro caso es lo mismo pero inversamente, la condición material le da derecho. (20).

En cuanto *derecho* y *garantía* se muestran como correspondientes a lo mismo (el interés de clase que se pone como obligatorio y la clase organizada para defender su interés), el *derecho* se presenta como correspondiente también al *poder*. "El Derecho es una forma de poder o poder jurídico" afirma Díez Picazo; De Castro dice, a su vez, el Derecho es, "...una situación de poder concreto". Así, las tres abstracciones corresponden a una misma realidad teniendo como correlatos al *deber*, *obligación* y *coacción*. Aquí el problema de la instrumentalización de la clase dominante sobre el Derecho, muestra que la obligación con que se somete a los individuos no es una que existe objetivamente como tal, sino que se postula en las leyes como la condición de la sanción. Sólo por mediación del Estado y sus actos coactivos es que la norma adquiere connotación de obligatoriedad, de lo contrario no. Evidentemente que lo planteado nos lleva a sostener que las categorías jurídicas, al reflejar esa condición, no son más que abstracciones del régimen de propiedad imperante, en donde, las primeras (*derecho*, *garantía* y *poder*) defienden la propiedad privada consagrándola como

objetiva y general; las otras, (obligación, coacción y deber, respectivamente) como obligatoria de ser respetada, es decir como sometimiento a su vigencia.

En tanto la propiedad privada y la división del trabajo son designaciones de una misma cuestión, en esencia, -como sostiene MARX, "uno de ellos dice, referido a la actividad lo mismo que el otro referido al producto de ésta"- es que el Derecho inevitablemente también consagra un determinado *grado de desarrollo de la división del trabajo*. Muestra elocuente de esto son el Código del Trabajo, la Ley de Compañías, la legislación industrial, etc.

El *deber*, a su vez, en los inicios en tanto es el derecho respetado, asoma como consecuencia de la propiedad privada universalizada que condiciona materialmente a los no propietarios al trabajo manual; el *derecho*, es la propiedad, la propiedad particular que permite ubicarse en la división del trabajo como sujeto ajeno al trabajo manual, como trabajador intelectual.

Dicho lo anterior, es de interesante entrar, brevemente, a explicar por qué no comparto el criterio de Pashukanis respecto de la especificidad del Derecho que él plantea. Llega a sostener que el carácter específico de la superestructura jurídica radica en la "regulación" de las relaciones de intercambio. Dejando a un lado el problema de la *regulación* que ya hemos analizado anteriormente, caben las siguientes consideraciones.

Históricamente, la apropiación privada surge como consecuencia del apareamiento del excedente de producción que en el intercambio ya supone la condición de dueños por parte de la comunidad X que intercambia algo con lo que tiene la comunidad Y. A pesar de la connotación colectiva que tiene el bien, para los miembros de la comunidad X -y sólo para ellos-, éste ya se presenta como *ajeno* a los de Y. Entre los griegos, señalan los clásicos, la propiedad privada de los rebaños y objetos de lujo, lleva al intercambio y a la conversión de los objetos en mercancías como bien que está inmerso en la relación entre productor y consumidor y trae aparejada la condición de que uno y otro actúen como dueños de lo que intercambian. No es equivocado, en mi criterio, plantear que para que haya intercambio es necesario, previamente, la existencia de la

apropiación. Por ello, el problema de Pashukanis radica en dos cuestiones: 1.- que toma como prototipo del intercambio, el librecambio, que tiene una dimensión histórico-concreta, la sociedad capitalista y, consiguientemente se limita a analizar la forma jurídica capitalista tomándola o elevándola a la única y universal forma jurídica; y, 2.- considera a la propiedad no precisamente como una objetiva relación social sino como mera "forma jurídica"; aunque Cerroni lo critica a la inversa, puesto que él concibe las relaciones de propiedad como relaciones jurídicas en las que se expresan las relaciones objetivas de intercambio como acuerdo de voluntades entre dos sujetos.

Está claro que Pashukanis no alcanza a divisar que la propiedad es una relación social específica y objetiva como lo es la del intercambio y que una y otra van unidas indisolublemente en cada etapa histórica. No ve que la propiedad, o mejor, las relaciones sociales que se encierran en la propiedad, se consagran en el Derecho como generales o universales y, en el intercambio, se presentan como singulares. En ambas hay realización de la propiedad, en la primera como abstracción en la que se defiende un interés, el de los propietarios que lo poseen; en la segunda, como la condición de un individuo sin la cual no puede obtener, en el intercambio, otro bien que quiere o necesita. El intercambio se realiza bajo la premisa de la existencia de la apropiación privada. Al respecto Marx y Engels ya habían argumentado suficientemente sobre cómo el intercambio sigue a la propiedad.

La comprensión de Pashukanis, concede terreno a quienes ocultan la naturaleza del Derecho cuando hace parecer que comprador y vendedor se obligan y crean derechos mutuos. El sostiene lo siguiente:

RELACION VISTA EN UNO MISMO

INTERCAMBIO	Comprador	Ley	= obligación	→	cambio (pago)
		Autorización	= derecho	→	usar o disponer
	Vendedor	Ley	= obligación	→	Respetar uso y disposición
		Autorización	= derecho	→	exigir el pago

Para nosotros la relación se da, presupuesta la propiedad privada en el intercambio, así:

EN DOS SUJETOS

ley	=	obligación	desposeído	} bilateral
autorización	=	derecho	propietarios	



c-v (lo que presupone Pashukanis)

EL INTERCAMBIO

Pashukanis habla de derechos y obligaciones mutuas en general y no entre propietarios. Y lo objetivo es que quien no posee no puede intercambiar, a más de que no puede, jurídicamente, hacer uso ni disponer de lo que le es ajeno o es propiedad privada de otro. Él sólo mira el derecho y la obligación en el mismo sujeto (comprador o bien vendedor) y no en la relación social general entre los humanos.

Por lo expuesto, podemos concluir que las categorías jurídicas fundamentales que hemos analizado entrañan la abstracción de relaciones objetivas que se basan sobre todo en las de propiedad y división del trabajo; que así, consagran un interés de clase, de la propietaria, y que, el mismo hecho de que se mantengan los derechos y las obligaciones tal cual contempla la legislación actual o como las consagra la Constitución, impone que la elaboración jurídica, necesitando de ellas para la observación, de lo que debe ser erigido en ley, aun cuando no haya interés expreso de ejercer dominación, ya de por sí la trae aparejada. Quien anhela elaborar leyes más justas o beneficiar a los desposeídos, manteniendo el esquema esencial antes develado, no podrá sino conseguir paliativos a una condición social que depende, en su cambio, de la transformación objetiva de la realidad material.

Todo lo anotado nos muestra que, objetivamente lo que se expresa en los pares categoriales es una relación social, no individual, derivada de la existencia de clases sociales. El derecho y la garantía expresan el interés de la clase en el poder, en sí; y, la obligación y la coacción, ese mismo interés ya para sí. Ello implica hablar de las relaciones entre clases *no sólo como jurídicas sino como políticas.*

5.3. El papel del Estado.-

Hablar del Derecho resulta inconsistente si no se explica lo que es el Estado y su relación con aquél. Más aún, es necesario abordar esta temática cuando encontramos que el Derecho se revela como expresión de relaciones contradictorias en las que se hace indispensable el ejercicio de la coacción que se cumple por el Estado y sus aparatos especializados; y, de otra parte, puesto que actualmente, la Función Legislativa elabora el Derecho, el Ejecutivo lo aplica y la Función Judicial dirime conflictos en base a él.

Engels explicaba cuándo había surgido el Estado y cuál su naturaleza, es decir como aparato organizado de la clase dominante, más aún, como la misma clase dominante organizada políticamente para la defensa de sus intereses. Tal organización se presenta caracterizada, *primero*, por el apareamiento de las asociaciones basadas en las divisiones territoriales dentro de las cuales (y sólo dentro de ellas) los individuos tienen posibilidad de ejercer determinadas facultades; *segundo*, con aparatos armados especiales, a diferencia de la anterior sociedad que poseía el pueblo armado y, aquí, se suman aditamentos como las cárceles y más instituciones de coacción y coerción; *tercero*, sustentada en el cobro de impuestos para mantener al grupo de individuos que no produce, es decir, se dedica a la administración estatal y a ejercer la represión (fuerza pública); *cuarto*, una burocracia situada por encima de la sociedad con autoridad para cobrar y administrar los impuestos así como para dirigir la fuerza pública, gozando de especiales garantías sobre los demás; y, *quinto*, como aparece para refrenar los antagonismos de clase, no es más que un aparato de la más poderosa que se constituye, con él, en la políticamente dominante.

En tal sentido el Estado no es órgano de mediación del pueblo consigo mismo sino de las clases; no es un mero concepto racional de la organización social sino la organización social cuya determinación está dada, no en la presencia de los individuos yuxtapuestos, sino por las relaciones objetivas que tienen y que se expresan política, jurídica y económicamente, las mismas que son reales y determinadas por las de la producción social. En tanto el Estado tiene tal objetividad se constituye como aparato de dominación, dadas las relaciones de dominación materiales y, como reflejo político de las relaciones de producción entre las clases. Es, ahora, un aparato representativo, separado de los seres humanos y puramente político porque ellos son privados y no coinciden con la generalización que él implica en esta nueva condición; es una abstracción de la sociedad real, abstracción que presenta sujetos abstractos, iguales, y que evita la consideración de su desigualdad privada por el mismo hecho de la necesidad de presentarse como "voluntad o interés general", sin embargo de que sigue siendo la autodefensa de la propiedad privada que desiguala y que no aparece exteriormente por haber condenado los privilegios a la existencia de la vida privada; por haberse condenado políticamente a no ser protegida sino como generalidad para existir garantizada por la contradicción material que ella supone como riqueza y pobreza que determina la sumisión del desposeído al propietario.

Y si el Estado es, de un lado, dominación de clase y, de otro, defensa de la propiedad privada, al elaborar las leyes, aplicarlas y dirimir conflictos en base a sus creaciones, realiza jurídica, obligatoriamente, esas condiciones materiales en las que se asienta el interés de los dominantes como protección de sus bienes privados que les hacen ser tales.

5.3.1. a).- Relación con el Derecho.- b).- El Estado vuelve obligatoria la Ley.

Lo indicado nos muestra muy claramente en qué descansa la relación entre Estado y Derecho. Ambos son resultado de la misma causa y en ambos se expresa la misma voluntad o interés: el de los dominadores. *El primero aparece como*

organización, como cosificación o materialización del interés dominante; el segundo, como el interés que se pone por voluntad de la organización.

En la relación actual Estado-Constitución encontramos objetivada la vinculación

Estado-Derecho. Es obvio que *es el Estado quien dicta la Constitución, la organiza y no ella al Estado* (ya Marx explicó -y nosotros lo recogimos al hablar del Derecho como voluntad de la clase dominante- que la autoridad del Estado descansaba no en las leyes o la Constitución sino en las condiciones materiales donde unos son materialmente dominantes de otros). Sin embargo, la Constitución aparece como la voluntad del pueblo, es decir como la voluntad general; *se afirma como voluntad general que garantiza a cada particular su fin y cuando hace de la existencia privada abstracta en cuanto general, su fin, se denuncia como Constitución de lo privado.*

Ella es el reflejo de la propiedad privada aunque aparezca organizándola. La propiedad privada organiza la Constitución que cobra vida en la existencia jurídica del Estado. El proceso va desde la existencia de la propiedad como relación objetiva o material, que es el poder económico dominante y permite que los dominantes materialmente sean lo mismo políticamente, es decir, sean el Estado en cuanto clase dominante organizada que dicta la Constitución que, a la vez, les permite aparecer como Estado con existencia jurídica, determinado por la Constitución. La una y el otro se conforman para la defensa de la propiedad privada y, por eso, es ésta, en sí, la que asciende hasta su organización para defenderse siendo para sí.

La Constitución como voluntad general, no es más, entonces, que la apariencia de la voluntad dominante que al asumir el poder generaliza su interés y coincide con el interés de la mayoría dispuesta a derrocar el anterior régimen, y desde allí, mantiene esa apariencia.

MARX (1974) afirma que "La Constitución *política*, en su expresión más elevada, es la *constitución de la propiedad privada*. El sentimiento político más elevado es, pues, el sentimiento de la propiedad privada" (p.177). Así, entonces:

1. La esencia de lo jurídico es la propiedad privada (para todos los sistemas anteriores al socialismo);
2. En tanto ella es "independiente" del Estado, éste está aislado de la sociedad civil y se auto determina fuera de los particulares como general (interés general). Es autodeterminación de la propiedad privada como general -abstracta libre, no sujeta a lo particular;
3. El poder del Estado, consiguientemente no es más que el propio poder de la propiedad privada o de los propietarios privados; y,
4. La propiedad privada determina lo que es el Estado.

El Estado burgués, como ilusorio o aparente "interés general" (que se aparta de la voluntad familiar y la sociedad civil -niega los privilegios feudales-), es el reconocimiento de que los propietarios privados deben competir "libre e igualmente" teniéndolo como dirimente; es el reconocimiento de la existencia de la propiedad privada cuya mantención por el Estado, como general (abstracta), implica la defensa del interés propietario en y para sí, como derecho y coacción. Por eso es que Marx afirmaría que la fortuna privada, independiente, libre para ser determinada por la voluntad (es decir la propiedad privada abstracta) y el sujeto jurídico libre e igual -que le es correspondiente-, son el producto más acabado del Estado moderno. Asimismo, en esta apreciación descansa la razón por la que el contrato se considera, en la sociedad burguesa concretamente, como *Ley para las partes*.

El análisis nos demuestra cómo es que las clases dominantes, por medio del Estado y sus prescripciones obligatorias, convierte su posesión (un hecho, un acto) en propiedad. La relación entre Estado y Derecho, por tanto, se consuma en la defensa y consagración de la propiedad privada como obligatoria, en favor de los dominantes.

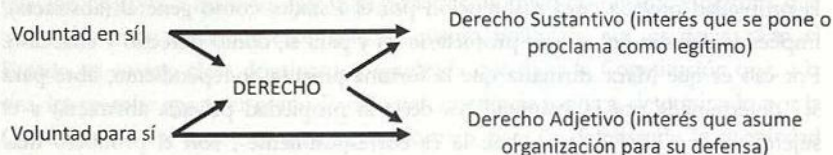
Pero esa relación supone una determinación. El interés en sí (o la propiedad privada *en sí*) necesita del *para sí* para realizarse. Se presenta, entonces,

el hecho de que *el Estado determina lo que es o se hace Derecho*, por lo que éste permite realizar los intereses dominantes -al decir de Novoa Monreal y Roland Weyl-, como proyecto político. El Derecho es, consiguientemente, medio de lo político obligatorio y si, como habíamos anotado anteriormente, lo político es la esencia o síntesis de lo económico, las prescripciones jurídicas no son más que lo económico obligatorio. Este es el nexo entre Estado y Derecho que se gesta para evitar la agresión de los no propietarios a lo que es de sus contrarios pero, además, para evitar que la anarquía económica definitivamente termine materialmente con la supervivencia del régimen social impuesto.

En conclusión podemos afirmar, esquemáticamente, lo siguiente:

Voluntad en sí	=	Derecho	=	derecho-garantía	=	interés propietario de clase
Voluntad para sí	=	Estado	=	obligación-coacción	=	clase organizada para la defensa de la propiedad privada

que al mediar el Derecho, se muestra:



Se trata, finalmente, de que lo fundamental de la relación entre Estado y Derecho es, como se puede desprender, volver obligatoria a la ley por medio de la coacción que ejerce el primero y, para lo cual, dispone de los aparatos armados y los aditamentos especiales que habíamos mencionado.

Marx había demostrado cómo, a diferencia de las consideraciones hegelianas, el Estado no era una organización ubicada por encima de las clases y la sociedad civil. Por el contrario, el reproducía las condiciones de dominación materiales de la sociedad y, por tanto correspondía "a la clase que dominaba en ellas", como diría Engels. Lenin, al explicar el proceso dialéctico del desarrollo del Estado y la necesidad de la suplantación del burgués por otro proletario, por

medio de la revolución, hace hincapié en "El Estado y la Revolución", respecto de la consideración marxista sobre aquél como *un aparato de dominación* de una clase sobre otra, como el poder organizado de *la dictadura de una clase* sobre toda la sociedad²⁸.

Además, el hecho objetivo de que sea él precisamente quien elabora el Derecho, y hoy, por medio de órganos especializados como la función legislativa, muestra que aquel aparato, nacido para amortiguar las contradicciones irreconciliables entre las clases, no puede por menos que plasmar en lo que él postula como relaciones obligatorias, la defensa de los intereses de los dominadores.

Resulta necesario, entonces, apreciar el Derecho como voluntad de la clase dominante. La apariencia de la representación elegida por el pueblo, no niega esta afirmación objetiva. Los representantes, diputados o legisladores, como quiera llamárseles, resultan ser parte de una mistificación por la que se crea la apariencia de que son los portadores de la "voluntad general o popular"; sin embargo, en el contexto de la sociedad clasista, en la que los partidos políticos son destacamentos organizados de las clases para la toma del poder (más aún, cuando tales partidos son empresas electorales en las que el poder del dinero está en la base de las decisiones), las posiciones de sus afiliados están determinadas bien por factores ideológicos o bien por factores materiales, por lo que aquéllos son representantes que no asumen o adoptan posiciones basadas en el "interés nacional o popular" sino en el de las clases o facciones de ellas.

Por lo expuesto, las leyes serán tales (es decir, un proyecto prosperará) sólo en los casos en que la voluntad de los dominadores se vea reflejada como media a

²⁸ Esta definición leninista es la que ha sido satanizada por la teoría política burguesa como contraria a la democracia y contraria a las reglas de una convivencia razonable. Aquí se ha hecho descansar, más aún, gran parte de la irracionalidad de los regímenes del llamado *socialismo real* que sucumbieron, en parte, debido a la justa lucha de los pueblos contra los oprobiosos sistemas que se impusieron por parte de verdaderas mafias que restituyeron el poder de la burguesía bajo el ropaje y membrete de "socialismo" y "comunismo". Sobre el particular, contra el desparramo burgués baste recomendar la lectura del Capítulo II del Manifiesto del Partido Comunista de MARX y ENGELS. La burguesía no tiene la menor calidad moral para reprochar a quienes hemos condenado lo que constituye su régimen de gobierno y su dictadura de clase y nada más cruento y oprobioso que lo que subsiste a lo largo y ancho del planeta, condenando a la mayoría de la población a vivir en condiciones de hambre y sin derechos.

todos sus intereses. Por el contrario, el intento de imponer una ley ajena a tales condicionantes no pasará de ser eso, intento legislativo sin resultados. Varias son las evidencias que ponen al descubierto esta dinámica en todas partes. Lo que la iniciativa de los legisladores ilusos y bonachones cree que podrá merecer el altruismo de sus colegas, se estampa inmediatamente con la decisión política que hará uso de todos los resortes a su disposición para impedir que lo que no es de interés de quienes detentan el poder nunca pueda convertirse en ley, aunque pudiera contener la más brillante idea jurídica.

5.4. La apariencia de generalidad.

Por las razones expuestas hemos afirmado que el poder legislativo no es más que la clase dominante para sí, cuyo producto, la ley, asoma como *el interés general* en tanto con él no coincide el interés particular; aquél aparece independiente y ajeno al segundo, pero ¿qué es?

El interés privado no es sólo individual; allí se expresa concretamente; es, a diferencia, la conciencia de las condiciones materiales de vida de los poseedores, de la clase dominante y, como interés clasista, asume la categoría de general y sólo así se impone sobre lo particular o singular; pero "La transformación del interés particular en interés general tampoco es una ley consciente del Estado, sino una ley traída por el azar, realizándose contra la conciencia." (MARX, 1975...) y en tanto el Estado mantiene su apariencia (esto es como resultado social y protector de todos). Las cuestiones se vuelven generales cuando, a pesar de nacer del individuo, es un asunto que interesa, sino a toda, por lo menos a la mayoría de la sociedad, le beneficia o le atañe. En lo relativo al Estado, *el pueblo* mismo aparece como el asunto general, es decir cuando el pueblo asume conciencia de su existencia social y aprecia las relaciones suyas, en el plano político, como Estado en tanto ahora es constitucional. Pero el pueblo como el interés del Estado, sólo es formal porque su verdadero contenido es el interés de clase generalizado como interés dominante, lo cual explicamos ya.

El determinar en qué momento es posible la generalización del interés de clase, es un asunto que tiene que ver con el ascenso (de la que se erige en dominante) al poder de la sociedad: En las etapas prerrevolucionarias y revolucionarias las reivindicaciones de esa clase aparecen como los de toda la sociedad: "Para que la revolución de un pueblo, para que *un* estamento sea tenido por el estamento de toda la sociedad, todos los defectos de ésta tienen que hallarse concentrados en cambio en otra clase, un estamento preciso tiene que atraerse la repulsa general, ser la limitación general en forma palpable; un ámbito social específico tiene que valer como *el crimen notorio* de toda la sociedad, de modo que la liberación de esta esfera se presente como la liberación general de todos por sí mismos." (MARX). Cada nueva clase dominante presenta ideas más generales (interesa a más sectores); una clase revolucionaria por eso puede aislar a la clase dominante anterior y oponérsele como la representación de la totalidad de su opuesto y, más aún, eso es posible -es decir que puede presentar su interés como general- porque el suyo está vinculado aún al general y no ha tomado el desarrollo específico de interés de clase. Más aún, como habíamos señalado en anteriores temas, el que la dominación del individuo suponga la dominación de toda la clase y, ante todo, de ésta, hace posible que la persona aparezca sujeta a lo general no sólo en la apariencia sino realmente y, por tanto, sometida a lo que prescribe la ley elaborada por el interés de la clase en conjunto; consiguientemente, la ley asoma como general porque la voluntad estatal es la voluntad media de la clase en tanto las condiciones de vida de un dominante son las mismas para todos sus similares; así, el interés personal es el interés común cuya expresión general es la norma jurídica y, por eso, aparece como voluntad de clase siendo una renuncia del individuo a sí mismo y la afirmación de sus intereses como voluntad media.

Más claro es este fenómeno en la sociedad capitalista en la que, como señala MARX, "El ciudadano debe despojarse de su clase, la sociedad civil, la *clase privada*, para adquirir significación y actividad políticas, pues esta *clase* se encuentra precisamente entre el *individuo* y el *estado político*". (18). El interés común, diferente al privado aparece fuera de la persona y superior a ella y aparentemente sujeto, sin embargo, al interés de todos los miembros de la sociedad pero determinándolos. Ese interés colectivo o *voluntad general* es el Estado; su voluntad,

en cuanto determinaciones, aparece como *lo jurídico* y esto (el Derecho u orden jurídico), entonces, asoma como determinación colectiva. Además, cobra apariencia de general porque a todos los miembros de la clase les interesa puesto que la ley plasma sus intereses y no les perjudica.

En la sociedad capitalista, esta apariencia cobra mayor significación y mistifica lo que realmente constituye la ley en virtud de que el Estado, en tanto anula la propiedad privada feudal, consagra solamente la supresión política de ella (dado que todos son ciudadanos y ya no ejercen derechos políticos en razón de la propiedad que poseen, como sucedía en las anteriores sociedades clasistas). Sin embargo, esta anulación no sólo que no termina con ella sino que la presupone (sólo si existe es posible que generalice la igualdad política); el Estado suprime a su modo las diferencias de sangre, de ubicación social, de cultura, ocupación, declarándolas apolíticas, haciendo a todos miembros de la "voluntad general" o "voluntad popular" y deja que la propiedad privada actúe en el plano individual (ya no público), en tanto (tales diferencias) desaparecen para el Derecho (porque desaparecen para el Estado) y existen de hecho para los individuos. Se suprimen los privilegios en el *Derecho público* pero se mantienen en el *privado*. La propiedad privada impone su generalidad en lo público puesto que el Derecho y el Estado entran a *mediar imparcialmente* entre los propietarios privados dirimiendo conflictos entre sus bienes propios, teniendo como premisa y condición la defensa de la propiedad privada en general o abstracta con lo que, nuevamente, se revela el carácter clasista del Derecho. La burguesía había transformado las limitaciones individuales en limitaciones establecidas por el interés común de toda clase y, consecuentemente, como generales.

Pero, de otro lado, el interés general es obra de seres humanos concretos, determinados como seres humanos privados. El carácter clasista se muestra en virtud de que la contradicción entre la defensa de lo general como contrario al interés de cada poseedor es aparente, porque el primero es generado por lo privado y no les es independiente.

Finalmente, esto que ocurre abiertamente en la época capitalista, ya era parte de la misma sociedad esclavista que se revela en las concepciones platónicas

de la justicia, entendida como la "armonía de las tres virtudes" que supone no otra cuestión que la defensa irrestricta de los intereses de la clase dominante ubicada como "los intelectuales" y los "guerreros", cuya condición propietaria nadie la discute y que determinaba la necesidad de ser defendida en contra de las posibles agresiones de los esclavos. Pretender mantener la "armonía", suponía mantener como justo el que unos posean y otros no y, por tanto, manifestar jurídicamente ese interés de los explotadores compartido por todos los "libres". Aquí también, el Derecho tiene apariencia de interés general.

6. Los Derechos Humanos.

Los principales derechos humanos surgen del Estado y pueden ser ejercidos solo en comunidad con otros. "Su contenido es la participación en la comunidad, y precisamente en la comunidad política, en el Estado. El contenido que los comprende es la de *libertad política, derechos políticos*." (PÉREZ, 1978, p. 192-194) de la que se deduce que estos derechos humanos son intrínsecamente derechos políticos (existen en el Estado político) y solo pueden estar sujetos a la agrupación política, fuera de ella no pueden ser ejercidos, y puesto que esa condición política es una condición social, esos derechos nada tienen de naturales en realidad.

Además, los Derechos Humanos, en general, a pesar de guardar la apariencia de ser "de todos", residen en derechos del individuo frente a los particulares. Son derechos de la persona (aquí se expresa el voluntarismo individualista de la teoría burguesa). El hecho, para ellos, como Derechos Humanos, no es en qué su relación colectiva (en el Estado) tiene o no una relación social productiva (en la sociedad civil). Se trata que del desahucio que sobre la persona recae, sea en la esfera política o en la esfera social.

CAPITULO VI

LOS DERECHOS HUMANOS COMO ABSTRACCIONES

Los Derechos Humanos.- La libertad y la voluntad.- La igualdad.- La seguridad.- Hegel y el Derecho.- Propiedad y libertad.- Persona y personalidad.- El Delito.

6. Los Derechos Humanos.

Los principales derechos humanos tienen real sentido y pueden ser ejercidos sólo en comunidad con otros. "Su contenido es la *participación* en la *comunidad*, y precisamente en la *comunidad política*, en el *Estado*. La categoría que los comprende es la de *libertad política, derechos políticos*." (MARX. 1978, p. 193-194) de lo que se deduce que estos derechos humanos son sustancialmente derechos políticos (existen en el Estado político) y sólo pueden existir como resultantes de tal agrupación política, fuera de ella no pueden ser ejercidos, y puesto que esa condición política es una condición social, esos derechos nada tienen de naturales en realidad.

Además, los Derechos Humanos, en general, a pesar de guardar la apariencia de ser "de todos", resultan ser derechos del individuo miran a los particulares. Son derechos de la persona (aquí se expresa el contenido individualista de la teoría burguesa). El sujeto, para ellos, como Derechos Humanos, no es en tanto su relación colectiva (en el Estado) sino en tanto su relación social productiva (en la sociedad civil). Se trata que del desdoblamiento que en la sociedad burguesa se hace entre ciudadano y persona, los Derechos Humanos en general se ejercen en la comunidad política pero *no como ciudadanos*

sino *como personas*. En tanto *personas*, no hay mediación del Estado; y, al no existir la mediación del Estado, éstos aparecen como naturales.

6.1. La Libertad y la Voluntad (*la propiedad*).

El derecho a la libertad es el *derecho de hacer lo que uno quiere sin perjudicar a otro dentro de los límites legales*. Y ésta, que es una concepción jurídica burguesa de la libertad, nos demuestra que muy a pesar de existir como expresión de las relaciones sociales, se basa en el aislamiento de los individuos y, por tanto, no es más que la aplicación práctica de lo que es la prescripción jurídica en esencia: el derecho a la propiedad privada o la propiedad privada como derecho, como habíamos dicho.

Ese aislamiento, que es a la vez poder moverse sin perjudicar a otro, es la abstracción (como libertad) de la propiedad, en tanto es privada, personal; es mi consideración aislada frente a los demás que son o no, como yo, propietarios. Hago lo que puedo en tanto *lo que dispongo* me lo permite. Por eso, *la aplicación práctica de la libertad es la propiedad privada*. Por tanto, el derecho a la libertad está basado no en la vinculación entre los seres humanos, sino en el aislamiento, en la capacidad del individuo circunscrito a sí mismo.

Por ello *coincide el criterio de la propiedad con el de la libertad*. Ser libre es igual a disfrutar y disponer de su propiedad. De ahí que el *Derecho privado* no sea otra cosa que la abstracción de la propiedad privada independiente que, en relación con la autonomía del Estado, es el *Derecho público* como abstracción de la propiedad privada inalienable. La independencia de los individuos en la sociedad civil es la de su propiedad pero, lo central (lo determinante en el individuo, lo que le hace ser en la sociedad civil), no es su independencia formal, sino su propiedad y ésta es la sustancia del Estado y del Derecho (no sólo en el capitalismo, sino en todo sistema clasista). El Estado es tal en la defensa jurídico-política de la propiedad privada y ella es la diferencia de clase que lo convierte en la significación más alta de la diversidad. De otro lado, en tanto propiedad privada es *la diferencia de clases*; y, el Estado, *la mayor diferencia de clases*, resulta que Estado y

Derecho son esencialmente clasistas y defensores de la distinción entre ellas, asegurándose así, como lo primero.

Y por esa misma razón, el individuo (y toda la sociedad) con el Estado, como dice Marx, "no se liberó de la propiedad; obtuvo la libertad de propiedad. No se liberó del egoísmo de los negocios; obtuvo la libertad de ellos", es decir, con el poder burgués legitimó el régimen burgués de propiedad e intercambio y pasó a ser parte de la esfera privada total. Por medio de ese acto, que constituye el Estado político, se "realiza a la vez la disolución de la sociedad burguesa en individuos independientes, cuya relación es el derecho como lo era el privilegio entre los hombres de los estamentos y los gremios" y permite que el sujeto de la sociedad civil (no el ciudadano sino la persona) tome la connotación de natural junto a sus facultades, a *sus derechos*. Se trata de que esta sociedad devela el verdadero contenido del Derecho, como una cualidad natural; la relación individuo-sociedad (dada en trabajo y en relación a los medios de producción) aparece realizada como relación jurídica. En la separación individuo (interés privado) con ciudadano (interés general) o ser humano natural-ser humano político o sociedad civil-Estado (sociedad política), es posible perfeccionar la relación jurídica como relación fáctica y ocasional, casual que *debe ser* normada por el Estado en tanto que es interés general. Y aunque lo accidental se aparece como su posibilidad de autodeterminación libre, no es tal. Solo la mistificación burguesa lo hace creer libre (en la acepción política propia de este sistema) porque, realmente, se mueve en medio de la competencia de intereses egoístas que lo condicionan. (ENGELS. 1973, T VI, 95; MARX. 1974, PP. 188 y 189; 1978, pp. 200 y 201). Y ello porque la apropiación privada, en general, limita a los individuos a la división del trabajo y a lo apropiado. De donde, la propiedad privada capitalista (la última y acabada forma de apropiación privada), en tanto limita a cada individuo, los introduce en la competencia; y, el Derecho basa, precisamente por eso, los derechos en la propiedad individual haciendo del ser humano (concepto abstracto) el individuo y, de ella (de la propiedad individual) a la persona (MARX. 1975, p. 79).

LO REAL

la abstracción

concreto real

abstracto real



ser humano

Individuo
propietario

Derechos del
propietario

LA MISTIFICACION BURGUESA

la abstracción

concreto falseado

abstracto falseado



ser humano

Individuo
la persona

Persona con
derechos

Dado que el Derecho burgués consagra los derechos humanos manteniendo como esencia determinadora a la propiedad privada, es que él, a la vez, debe proclamar la naturalidad de ella como derecho. Algunos iusnaturalistas ven la justificación a la propiedad privada en el hecho de que "la naturaleza ha dotado al ser humano de una propiedad inevitable e inalienable, que es la de su individualidad" y porque "El individuo 've claramente que este yo es propiedad exclusiva del cuerpo por él animado, de los órganos a los que infunde movimiento, de todas sus capacidades, de todas sus energías, de todos los resultados producidos por ellas, de todas sus pasiones y de todos sus actos, pues todo ello termina y comienza con este yo, existe sólo gracias a él, se mueve solamente por medio de su acción; y ninguna otra persona podría manejar estos mismos instrumentos ni verse afectada por ellos de igual modo'." (MARX. 1975, p. 263). Esta clucubración idealista ya fue desenmascarada como un *juego de palabras* entre la *propiedad* como *lo mío* y *lo propio* como *cualidad de algo*, precisamente por Marx en La Ideología Alemana.

El Derecho burgués expresa de manera clara a la propiedad como esencia de todo Derecho porque el burgués "sólo cree ser verdaderamente un individuo

en la medida en que es un burgués (un propietario -RCO-) y "... tan pronto como entran en liza los teóricos de la burguesía dan a esta afirmación una expresión general (es decir consideran así, jurídicamente, a todos los seres humanos -RCO-), identificando también teóricamente la propiedad del burgués con la individualidad...." (MARX. 1975, p. 264). De ahí que en la abstracción mistificadora del derecho burgués, la propiedad o la disposición de bienes sea la capacidad o el poder ejercer derechos o defina el ser individuo que, en el capitalismo connota, además, el ser individuo libre".

Ese "*individuo libre*" basa su autodeterminación precisamente en su voluntad independiente. Tal elemento debe ser también considerado como natural si las concepciones burguesas quieren mantener consecuencia. Y la convierten en el sustento de las relaciones jurídicas sin observar la imposibilidad que supone querer construir, a partir de ella, las relaciones sociales de producción reales.

¿Qué es, entonces, la voluntad?. MARX dice que no es más que el predicado de la propiedad privada puesto que "la propiedad privada ha llegado a ser el sujeto de la voluntad". Es decir, *el arbitrio humano, como voluntad, sólo vale jurídicamente, en tanto ejerza propiedad*. Ella sólo puede moverse, en la sociedad civil, en torno a la propiedad privada que pasa a ser la *determinación sustancial, la esencia general de la propia conciencia*, la esencia de la voluntad personal, en general, en todos o, como en Hegel (cuando habla del mayorazgo)- "la 'inalienabilidad' de la propiedad privada es al mismo tiempo la 'inalienabilidad' del libre arbitrio general y de la moralidad social. Aquí la propiedad no es más 'en tanto que pongo en ella mi voluntad', sino mi voluntad *es* 'en tanto que ella está colocada en la propiedad'." (MARX. 1974, pp. 179 y 180), con lo que la voluntad aparece como "propiedad" (cualidad) de la propiedad privada.

Se revela tal cuestión cuando la voluntad, interviniendo en la relación jurídica, no obtiene los resultados queridos, mostrándola no como determinante sino como mera proposición y ello porque los burgueses no cuentan con que sus concepciones descansan sobre intereses materiales "y sobre una *voluntad* condicionada y determinada por las condiciones materiales de producción; por

eso Kant separaba esta expresión teórica de los intereses por ella expresados, convertía las determinaciones materialmente movidas de la voluntad de la burguesía francesa en autodeterminaciones puras de la 'libre voluntad', de la voluntad en sí y para sí, de la voluntad humana, convirtiéndolas con ello en determinaciones conceptuales y en postulados morales" (MARX. 1975, p. 226), como ya habíamos indicado antes.

En la sociedad actual, donde impera la creencia en los Derechos Humanos como naturales, las relaciones jurídicas, decíamos, se hacen descansar en el ficticio carácter independiente (autodeterminado) de la voluntad que posee propiedad. Pero si la propiedad no surge por nuestra voluntad, es decir es natural, eso entraña una contradicción con el hecho de que sólo nuestra voluntad puede transferirla o transmitirla y, por tanto, ¿cómo es posible explicar que siendo la propiedad algo determinado fuera de la voluntad humana, la voluntad humana la determine?. Esto nos demuestra la necesidad de recurrir necesariamente a la consideración de la voluntad y de la propiedad, primero, como sociales y no naturales; y, segundo, a la admisión de que la voluntad es un elemento determinado exteriormente por las relaciones sociales en las que se desenvuelve el individuo y, así comprender que el mero hecho de que "yo quiera", como voluntad, no es ni suficiente ni determinante en la relación jurídica.

Ello supone, entonces, hablar de la raíz de la fundamentación idealista-natural que la encontramos en el hecho de concebir la existencia de la sociedad y, más concretamente, del Estado, asentados en un convenio voluntario denominado Contrato Social. Tal evento sería el que adjudica el poder al Estado y, en tal poder, descansaría (ver a Hobbes) el Derecho. Pero

"Si se ve en el poder el fundamento del Derecho, (...) tendremos que el Derecho, la ley, etc., son solamente el signo, la manifestación de otras relaciones, sobre las que descansa el poder del Estado. La vida material de los individuos, que en modo alguno depende de su simple 'voluntad', su modo de producción y la forma de intercambio, que se condicionan mutuamente, constituyen la base real del Estado y se mantienen como tales en todas las fases en que siguen siendo necesarias la división del trabajo y la propiedad privada, con absoluta independencia de la voluntad de los individuos. Y estas relaciones reales, lejos de ser creadas por el poder del Estado son, por el contrario, el poder creador de él. Los individuos que dominan bajo estas relaciones tienen, independientemente a su voluntad, condicionada por dichas determinadas

relaciones, una expresión general como voluntad del Estado, como ley, expresión cuyo contenido está dado siempre por las relaciones de esta clase, como con mayor claridad demuestran el Derecho Privado y el Derecho Penal. Así como no depende de su voluntad idealista o de su capricho el que sus cuerpos sean pesados, no depende tampoco de ellos el que hagan valer su propia voluntad en forma de ley, colocándola al mismo tiempo por encima del capricho personal de cada uno de ellos.

Su dominación personal tiene necesariamente que construirse, al mismo tiempo, como una dominación media. Su poder personal descansa sobre condiciones de vida que se desarrollan como comunes a muchos y cuya continuidad ha de afirmarlos como dominantes frente a los demás, y al mismo tiempo, como vigentes para todos. La expresión de esta voluntad condicionada por sus intereses comunes, es la ley. Precisamente la tendencia a hacerse valer su propia voluntad, teniendo en cuenta que, sobre estas bases, su mutuo comportamiento es ferozmente egoísta, hace necesario la renuncia a sí mismo en la ley y el Derecho, renuncia a sí mismo que es excepcional, y afirmación de sus propios intereses en el caso medio (que, por tanto, ellos no consideran como renunciación a sí mismos (...)). Y lo mismo ocurre con las clases dominadas, de cuya voluntad no depende tampoco la existencia de la ley y del Estado. Por ejemplo, mientras las fuerzas productivas no se hallen todavía lo suficientemente desarrolladas para hacer superflua la competencia y tenga, por tanto, que provocar constantemente ésta, las clases dominadas se propendrían lo imposible si tuvieran la 'voluntad' de abolir la competencia, y con ella el Estado y la ley. Por lo demás, antes de que alcancen el desarrollo necesario las relaciones que tienen que producirla, esta 'voluntad' sólo nace en la imaginación del ideólogo, Y, cuando las relaciones se hayan desarrollado lo suficiente para llegar a producirla, el ideólogo puede representarse esta voluntad como fruto del libre arbitrio y susceptible, por tanto, de ser apreciada en todo tiempo y bajo cualesquiera circunstancia" (MARX. 1975, pp. 386 y 387).

Es decir, no es la voluntad humana el fundamento de las relaciones jurídicas ni del apareamiento del Estado. La vida material de la sociedad es la base del Estado y de la ley en aquellas sociedades donde impera la división del trabajo y la propiedad privada, por lo que tampoco las determina el Estado ni la ley. Y la mistificación del Derecho burgués radica precisamente en que los juristas de esta clase no comprenden que la *voluntad* de aquélla es una que opera no respecto del individuo o como manifestación individual, sino colectivamente,

revistiendo la forma estatal, necesaria en toda dominación social, como *voluntad media*, puesto que las condiciones de vida de los dominantes son las mismas para todos y hacen del interés personal, el común y, de éste, el individual.

6.2. La Igualdad

Siendo así, la misma esencia rige para los demás derechos considerados como naturales. Más todavía, si la igualdad, por ejemplo, tiene como basamento la libertad en tanto "todos somos iguales ante la ley", es decir, tenemos la misma facultad de ejercer la libertad, de disponer y disfrutar de lo que cada uno tiene, de donde, la propiedad privada es el basamento de la igualdad que se denuncia como esencia de los "iguales". Por tanto, *la igualdad, como abstracción jurídica, es la consagración de la desigualdad real*. Y en tanto lo material se expresa como opuesto a lo abstracto, es que la "igualdad" también asoma como algo fuera de lo real, como a priori, preestablecido, natural.

El Derecho, al partir del "ser humano abstracto" como sujeto jurídico o persona, y no como ente real inmerso en relaciones materiales, lo iguala desigualmente y es obvio, entonces, que la teoría burguesa sólo puede ser sostenida a condición de transformar a la sociedad humana en una consideración biológicamente "pura", es decir, al margen de sus condiciones histórico-concretas. No de otra forma la burguesía logra solazarse en su régimen social proclamando su campeonato de la igualdad sin que le afecte para nada a sus intereses por sostener su supremacía sobre las demás clases del capitalismo. Una consideración medianamente objetiva revelaría la imposibilidad de hablar de igualdad en las condiciones de existencia de la propiedad privada. Podemos, entonces, señalar que esta clase necesita la idealización: la igualdad entre propietarios en la competencia asoma como la "igualdad humana"; la justicia burguesa es impuesta como "justicia eterna"; los conceptos de bien y mal burgueses se proclaman como ley natural; la propiedad privada asume la categoría de derecho inmanente al ser humano; y, el Contrato Social, como fuente voluntaria de todo movimiento. Lo que en realidad hace, en general, no es más que suprimir políticamente "la propiedad y las diferencias de nacimiento, cultura, ocupación, etc., declarándolos apolíticos, haciendo a todos miembros de la

soberanía popular (y) deja que la propiedad actúe a su modo", es decir relegándola al plano individual (ya no público) y en tanto dejan su existencia de derecho (para el Estado) y existen de hecho (para los individuos). Al suprimir los privilegios en el Derecho público, los mantiene en el privado. Así impone, en lo público, su generalidad; ello, en virtud de que las contradicciones asumen mayor agudeza en relación a cada particularidad y, la unidad social, por otro lado, como Estado, opera universalizada como *interés general imparcial*. La competencia del egoísmo ya no actúa dentro sino fuera del Estado como propiedad de la sociedad civil que aparece separada de su vida política, el Estado²⁹. Se trata como habíamos anotado antes, que el estado de competencia impone el derecho como general, ya no como privilegio sino como derecho igual que defiende a todos los competidores (puesto que todos son propietarios) ya que son iguales para él. Y "...no importa que la propiedad sea pequeñísima; lo importante es tener algo propio, a saber una propiedad respetada" esto es, no importa la desigualdad material, sólo interesa la igualdad idealizada como "seguridad de la propiedad" por y para todos (aunque haya quienes no la posean o solo tengan la esperanza de tenerla y aunque el Derecho burgués se cuida muy bien de proclamar que *las meras expectativas no constituyen derecho*).

6.3. La Seguridad.

La seguridad es, en este marco, como el "supremo concepto social de la sociedad burguesa, el concepto del *orden público*: la razón de existir de toda la sociedad es garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad", es "la garantía del egoísmo" y, al mismo tiempo, una seguridad desigual en favor del que posee o más posee.

En los Derechos Humanos de la burguesía, el carácter social del ser humano está supeditado a su comportamiento como ser individual en tanto el ser humano vale no como su relación social sino como su presencia individual, en tanto propietario, que lo introduce en la relación de producción. Por eso mismo,

²⁹ Sobre estos temas, Marx y Engels desarrollan brillantes reflexiones en el Anti Dühring, La ideología alemana, Del Socialismo Utópico al Socialismo Científico y en La cuestión Judía (ediciones citadas, especialmente en pp. 82 a 87; 386 y 387; 291; y, 185 y 186, respectivamente)

la concepción de que el Contrato Social pretende la defensa y protección de esos derechos no es otra cosa que la declaración desembozada de la burguesía en torno a la verdadera naturaleza y papel de su poder político.

Llegamos al clímax. Los Derechos Humanos, como queda visto, se revelan clasistas y, más, la seguridad, cuando uno de estos derechos entra en conflicto con la vida política (como los derechos de asociación, de prensa, de pensamiento, etc., que pueden convertirse en un peligro práctico para el poder "constituido"). En este caso, el poder es *garantía* de seguridad pero ya no general (para todos) sino para quienes comparten el "orden"; y, es así porque el poder es una dominación de clase que no garantiza la inviolabilidad del derecho, sino de los derechos de la clase que sustenta ese orden. *Cuando el derecho y su ejercicio entran en contradicción con la voluntad de la clase dominante y su poder, éstos se convierten en los sepultureros de aquél, lejos de garantizarlo.* Los Derechos Humanos de la burguesía pierden su apariencia natural, abstracta, inviolable, aclasista y ahistórica.

En definitiva, la libertad se desenmascara como una mera declaración del derecho a la libre propiedad privada aunque ello suponga que la existencia de los bienes "míos y tuyos" conlleve la negación de "los bienes de otros" puesto que esos deben ser, también míos, ya que esto es mío a condición de que no sea de otro (es mi propiedad porque otros no la poseen; soy propietario porque otros son desposeídos; es la posesión de lo de todos para mí, en la competencia)³⁰.

Y si siendo propietario es que llego a ser libre, la negación de la propiedad de otros para yo ser propietario, supone también la negación de su libertad. Es la esclavitud de los demás porque yo soy propietario. Es el mundo de la propiedad que esclaviza y el esclavismo de la libertad por la apropiación de pocos (los burgueses).

El Derecho ha llegado a ser el de mi propiedad, el derecho que la proclama en mi nombre y a mi favor como mi libertad para tenerla sin que nadie pueda privarme de ella, porque me privan de mi "personalidad" como burgués. Es, en sí misma, mi propiedad mistificada como ley. Es mi relación social como

³⁰ Hablo en primera persona, simplemente para efectos de comprensión del lector.

propietario con otros, desposeídos, garantizados por el Estado a través de la voluntad de todos, quienes somos propietarios. Y eso no se opone a que alguno, inclusive yo mismo, se arruine y sea afectado "libremente" de manera "justa", objetiva, por esa relación social concreta de competencia.

Porque no de otra forma la ley puede ser justa y considerar iguales a los seres humanos para ejercer esa libertad, protegiéndose o afectándose a "todos" aunque de antemano y en la materialidad seamos desiguales. Somos iguales ante la ley a tal punto que, igualmente, podemos competir haciendo uso de esa libertad, procurando hacer valer no el interés "humano" sino mi "humano interés individual". A fin de cuentas, el Derecho me protege. Él es mi seguridad como propietario. Es mi seguridad que niega la de los que son negados por mí en su propiedad y en su libertad. Así se consume el Derecho como interés propietario.

Esta idealización burguesa tiene singular connotación en los escritos de Hegel y, por esa misma razón, merecen consideración aparte.

6.4. Hegel y el Derecho

A no dudarlo, Hegel constituye uno de los más destacados filósofos de la burguesía que, no sólo construyó un sistema que se orientaba -por medio de la mistificación- a salvaguardar los intereses económicos y políticos de ella, sino que impuso toda una nueva consideración en la interpretación de los fenómenos: la dialéctica. Pero su médula racionalista lo llevó a construir un sistema apriorístico consistente en "...establecer y probar las propiedades de un objeto, no partiendo del objeto mismo, sino derivándolas del concepto que de él nos formamos. Lo primero es formar un concepto del objeto; luego, partiendo de éste, no hay más que medir el objeto por su imagen, el concepto. No es, pues, el concepto el que se ha de ajustar al objeto, sino al revés, éste al concepto" (ENGELS. 1973, T VI, p. 81).

En Hegel, en efecto, lo concreto asoma como lo formal (forma de lo abstracto), y lo abstracto como el contenido concreto haciendo que el objeto real

aparezca como resultado de la idea, distorsionando el proceso real esto es que él es concebido por la razón que es ya resultado de otras concreciones. Marx señala que "...sin el menor sentido crítico, lo limitado -en Hegel- es tomado de inmediato como expresión de la idea". El error hegeliano radica, por tanto, en no analizar la realidad y dar a su análisis una apariencia real sujetando la realidad a él, a la lógica de Hegel. Transformando al objeto en predicado de la idea, en determinación del concepto, torna a éste en el problema mismo, es decir considera a lo real no como lo que es sino como lo que piensa que es, reduciéndolo al pensamiento.

En su concepción "...se empieza convirtiendo a los individuos en 'la conciencia' y al mundo en 'el objeto', con lo que la multiplicidad de la vida y de la historia se reduce a un distinto comportamiento de la 'conciencia' hacia 'el objeto'" que determina que el conocimiento del objeto se convierta en "la verdad" (como perfección relativa de la conciencia en su comportamiento frente al objeto) que, a su vez, desplaza del proceso cognoscitivo a los objetos para introducir "la verdad" como objeto del pensamiento.

Hegel dice que "La totalidad de las exteriorizaciones de una fuerza es la fuerza misma; la de los accidentes es la substancia; la de las particularizaciones es lo universal". Aquí se expresa la médula racionalista de Hegel. El hace depender lo concreto de lo abstracto, lo particular de lo universal. Este se expresa, según el concepto hegeliano, sólo dejando de ser tal, negándose como universalidad abstracta, con lo cual, la particularidad asoma no sólo como lo universal sustantivado sino como la negación de él. El movimiento del concepto (universal abstracto) se revela como la motivación real de la "constitución de la realidad" pero como mera apariencia o fenómeno de "la verdad", que es la sustancia.

Por ello, como vimos anteriormente, en los planteamientos jurídicos de la dialéctica hegeliana, lo universal, el concepto o principio jurídico (que en Kant se presentaría como "forma pura" o "imperativo categórico") aparece desplegado en la ley y, más aún, ésta se despliega en los casos concretos, prácticos. En esta apreciación resulta que lo que contiene y determina lo demás, como prescripción y comportamiento humano -jurídicos-, es el concepto jurídico, aunque ellos

también se expresen en lo universal. Así, el racionalismo construye a priori la relación jurídica. Por tanto, esta concepción, al invertir la realidad, implica también una inversión de los problemas. Ya no se trata de resolver las cuestiones de la vida material, materialmente, sino los problemas de la conciencia, idealmente. El más moral es el que triunfa; se impone la competencia entre lo moral. Es la competencia, en lo jurídico, entre quienes logran elaborar el concepto más perfecto de la justicia, aunque ello para nada tome en cuenta la realidad.

"Feuerbach..., mostrará la contradicción en que se mueve... Hegel al requerir las ideas lo sensible para tener existencia real: 'Por qué la idea no es verdadera si no es real, es decir, si no es sensible Si la sensibilidad nada es para sí misma, ¿para qué la necesita la idea?.' (VASQUEZ. 1976, p. 127) Las concepciones del materialista mecanicista de que "El espíritu se desarrolla junto con el cuerpo, con los sentidos... (y), ... De donde proviene la cabeza, de donde proviene el cerebro, de ahí proviene también el espíritu" (LENIN. 1974, p. 58), a no dudarlo que desentrañaron el error hegeliano. De aquellas proposiciones feuerbachianas, Marx sistematizará su crítica en la que demostrará que *lo concreto* es la síntesis de otras determinaciones, como unidad de lo diverso, que aparece como una síntesis del pensamiento, es decir como el resultado de un proceso y no como su inicio. Esto último conduce a comprender que el apriorismo hegeliano a lo mucho alcanzaría a explicar los fenómenos concretos y no a demostrar que se forman de lo universal.

Hegel había construido la dialéctica como el autodesarrollo del concepto, haciendo de la historia el desenvolvimiento del espíritu absoluto o abstracto que es portado por los seres humanos, reduciéndola a las actividades cerebrales, negando a la vida material como la que se desarrolla y poniendo a la conciencia como la determinante de la dinámica social. En él, lo verdaderamente determinante no es el ser humano con su razón y praxis, sino la razón del ser humano; no son las ideas que concibe el ser humano sino el ser humano y su vida social concebidos por la idea, lo cual termina en que lo realmente social no es el ser humano sino la idea. Lo a priori, es espíritu, determina lo a posteriori, lo real.

"Pero, por supuesto, lo que para el ser humano es *a posteriori*, para el filósofo es *a priori*; porque cuando el ser humano ha reunido experiencias y las ha abarcado en conceptos generales, entonces, naturalmente, está en condiciones de elaborar 'juicios sintéticos a priori'. De ahí que lo que para una época anterior es una *cuestión de experiencia*, para otra época es una *cuestión de razón*..." (LENIN. 1974, p. 76).

Hegel no pudo prever que la causa de los cambios sociales no está en las ideas sino en la transformación del modo de producción y cambio, "no en la filosofía sino en la economía" que, intrínsecamente, supone la participación del ser humano y su capacidad racional (y por tanto no la excluye, como afirman casi todos los idealistas) dentro de las fuerzas productivas sociales, y en virtud de que el establecimiento de las relaciones de producción entre los seres humanos supone no sólo la creación y recreación de las relaciones sociales sino, además, de los principios e ideas correspondientes a ellas y que se demuestra en el hecho de que la ampliación de las mismas conlleva, necesariamente, una mayor riqueza espiritual de los seres humanos. A fuerza de que los conceptos aparezcan como autónomos de la realidad, siempre la expresan, demostrando su dependencia respecto de lo objetivo.

Los conceptos vertidos por el idealista, necesariamente cobran expresión en el tratamiento de lo jurídico.

La inversión de la realidad, el ponerla de cabeza, le lleva a afirmar que el Derecho es la expresión del concepto abstracto "justicia". En él desaparece totalmente la conciencia de la concatenación entre los fenómenos económicos y otros relacionados con la esfera material de la sociedad.

6.4.1. Propiedad y Libertad.

Hegel parte de la posesión como la expresión más simple de la juridicidad, en cuanto relación entre sujetos. En esta relación, cada uno se reconoce como un "propietario" y busca satisfacer sus intereses pero sin "perjudicar la personalidad

y lo que le atañe". Entre los sujetos se establece un convenio o, mejor, un contrato que aparece como reconocimiento mutuo de sus respectivas condiciones de propietarios y como mutuo consentimiento en la enajenación de lo que es de cada uno. Esta existencia de cada uno para sí, que a la vez es existir para los demás (puesto que sólo en el reconocimiento de los demás se realiza o cobra vida), es lo que da existencia a la voluntad libre que, en última instancia, constituye el ingrediente jurídico. Y ¿por qué la voluntad libre es la juridicidad?: porque en el contrato se enfrentan dos voluntades, pero voluntades que se ponen sobre algo (un bien) y que, por tanto, constituyen "el derecho" de cada sujeto, derechos que se acuerdan en ceder y recibir. El Derecho se revela aquí en la relación de un ser humano con su propiedad y sus correspondientes y, más aún, se revela como Derecho de iguales, como relación de igualdad³¹. El propietario conoce o se reconoce como tal reflejándose en otro. Y empieza planteando la propiedad de otro, auto limitándose. Aquí, las prohibiciones (como autolimitación frente a lo ajeno que es a la vez reconocimiento de lo mío y exigencia hacia los otros a respetarlo), es "la forma positiva de los imperativos de Derecho", la juridicidad.

Indudablemente que la abstracción idealista no observa adecuadamente que el contrato supone una determinación histórica que conlleva varios elementos y circunstancias:

- 1) Un interés de satisfacer algo (que en Hegel asoma como afirmación de la voluntad sobre algo);
- 2) La posibilidad de acumular riqueza (en Hegel auto concebirse como propietario por intermedio del reconocimiento de otros); y,
- 3) La realización del valor de las mercancías (que en Hegel se presenta como realización de la voluntad de enajenación).

El contrato, objetivamente, no es sino la expresión de una necesidad mía, como para mí (y lo mismo en la otra parte), una necesidad material objetivada de la división del trabajo, como intercambio. No es mi voluntad (solamente y como determinante) la que me lleva a contratar, sino lo exterior a mí (una necesidad,

³¹ Lo que se refiere aquí muestra en cierta medida que Pashukanis queda atrapado en las mismas reflexiones hegelianas sin dar cuenta de las críticas de Marx y Engels.

por ejemplo) que me impulsa a buscar bienes de cambio y de uso y, en esa búsqueda, a enfrentarme con otros propietarios. Pero, si no hubiera excedente, ni siquiera la idea de intercambio existiría, peor la voluntad de hacerlo, por lo que el contrato (que es donde Hegel encuentra la juridicidad) es una forma, la forma jurídica no de la voluntad sino de la circulación de mercancías que están bajo propiedad.

Lo que buscaba Hegel no era asentar lo jurídico en la voluntad de enajenación, sino en la "voluntad", simple y llana. Puesto que ello le era necesario para, luego, presentar a la voluntad del monarca como la última decisión del estado monárquico, como la última decisión de "la voluntad" y la última fuente de lo jurídico.

Formulando que lo "racional es real y lo real es racional", el filósofo funde la idea y el objeto convirtiéndolos en análogos pero haciendo a la primera, esencia del segundo, o como decíamos, a lo real expresión externa de la idea. Así, el Derecho y el Estado le parecen formas del "espíritu objetivo", y el primero, como la existencia objetiva del libre albedrío que pasa por la posesión de una cosa por una persona (propiedad) y la relación, que ya indicamos, con otros respecto de esa propiedad y de donde deduce un Derecho abstracto dividido en Civil y Penal, llegando a una segunda etapa, la *fase moral*, consistente en la actitud de las personas frente a sus actos (donde existe una valoración objetiva de juicios subjetivos del bien y el mal) y culmina en la fase de la moralidad en la que se supera al individuo en la familia, en la interrelación de los miembros independientes en la sociedad civil y en el Estado. El Derecho es concebido, entonces, no como la represión y limitación de la arbitrariedad (como en Kant), sino como la "existencia efectiva de la libertad que se sabe autolimitada" y que no es otra que la existencia de la persona que debe dominar la esfera exterior de la libertad para realizarla a través del derecho de propiedad sobre un bien.

El Estado, al que considera como "espíritu objetivo", "imagen y realidad de la razón", "realidad de la idea ética", es la expresión generalizadora del interés individual puesto que la libertad concreta es el que cada persona y sus intereses se realizan (como desarrollo y reconocimiento por los otros y el interés general) en

los derechos que tiene, ya que ellos -los derechos-, se incluyen en el interés general, lo conforman y lo convierten en parte diferenciada de los demás y, por tanto, como fin de cada persona. Así lo universal y singular se condicionan. El interés general necesita de la intervención de cada singular y así es contenido por ellos, y cada singular debe participar para recibir su reconocimiento como parte, siendo así, contenido por el primero. Es en este sentido que el Derecho necesita del Estado y, a su vez, el Estado, del Derecho. La superación de lo individual a lo general se opera como derechos de la familia (*Derecho privado*) que pasan a los derechos de los libres e iguales en la sociedad civil que, como sociedad ética, es el Estado (*Derecho público*) y que en relación con otros equivale al espíritu universal histórico (*Derecho Internacional*). Todas las formas de Derecho, aquí planteadas, en tanto son superaciones, enajenación del Derecho privado, son él, en esencia.

Este Derecho, que lo denomina también abstracto, es el de "la personalidad abstracta" (que en realidad es el de la propiedad abstracta). "El Derecho abstracto es, por consiguiente, la abstracción del Derecho, o también el Derecho ilusorio de la personalidad abstracta. La autoconciencia establece este derecho abstracto que no es otra cosa que la igualdad abstracta de los seres humanos en la abstracción de la autoconciencia" (VASQUEZ, 1976, p. 71). Este Derecho abstracto es la primera manifestación de la libertad que se asienta en la *voluntad* con lo que, aquélla se hace derecho mediante la segunda que es libertad puesto que el concepto de "libre" necesita de ella para hacer lo que quiere.

El querer de la libertad se revela no como un querer indeterminado sino como un querer que tiende a sustantivarse en algo determinado, con lo cual la voluntad se determina, se limita, se niega como voluntad total para ser singular, en el bien que quiere; y, por eso, lo que mientras en Hegel aparece como derecho teniendo asiento en la voluntad subjetiva, en nosotros aparece como derecho en tanto el sujeto posea, sea propietario de algo. La voluntad como interés, como facultad, como libertad indeterminada, que quiere, es lo que Hegel toma como asiento de su Derecho Abstracto. La voluntad que depende, para ejercerse, de algo determinado, concreto, como propiedad, es decir, la propiedad, es lo que realmente se consagra como Derecho. Sobre la primera abstracción, la universalidad abstracta, se construirá la igualdad abstracta; sobre la denuncia

objetiva de lo que consagra el Derecho y oculta la posición hegeliana, es decir sobre la particularidad, se revelará la desigualdad que pretende mantenerse. Por eso, Hegel se descubre cuando, en un callejón sin salida, debe reconocer que

"...la afirmación de que los ciudadanos son iguales ante la ley contiene una gran verdad. Pero expresada en esta manera sólo es una tautología, pues no hace sino afirmar, en general, la existencia de una situación legal, de imperio de las leyes. Pero si hemos de ser más concretos, los ciudadanos (...) son iguales ante la ley sólo en los puntos en que también son iguales fuera de la ley (son iguales jurídicamente sólo en aquello en que lo son objetivamente -RCO-). Sólo la igualdad que poseen en bienes, edad, (...) etc., puede merecer igual tratamiento ante la ley (...). Las propias leyes presuponen condiciones desiguales. Debe reconocerse que, precisamente, el gran desarrollo y cultura de los Estados modernos producen la mayor desigualdad concreta de los individuos en la realidad." (VASQUEZ, 1976, p. 91).

Queriendo denunciar la desigualdad, denuncia la esencia del Derecho, como protector de lo primero en beneficio de los propietarios. Sin embargo, mantiene al Derecho como resultado de la idea sin alcanzar a ver su esencia y, esto, lo ubica en la creencia de que el Derecho puede ser medio para alcanzar la justicia.

La esencia jurídica no es mirada por Hegel puesto que no mira a la propiedad privada como relación social. El cree, y necesita, construir lo jurídico a partir de las relaciones sociales o dentro de ellas, y por esa razón es que a pesar de denunciar inconscientemente la esencia, la oculta en la "idea", en "el espíritu" que aquí asoma como voluntad vinculatoria entre los seres humanos. Ahí está el asiento de la concepción de que la ley se basa en la voluntad libre que, objetivamente no es más que la expresión idealizada de las nuevas relaciones de producción capitalistas que suponen una nueva modalidad de propiedad, siendo que no es ella la que produce a ésta sino a la inversa: la apropiación privada de los bienes crea las condiciones para el apareamiento del derecho a la libertad de determinarlos como míos. En tanto se construye a todos como "propietarios" (puesto que hasta quien no tiene nada, en realidad posee, en el capitalismo, como suya, la fuerza de trabajo), todos poseen voluntad libre y, por eso, el Derecho es la expresión de la "voluntad general" que se impone a la individual cuando entran

en contradicción puesto que negando ésta a la primera, se niega a sí misma, por lo que, si quiere mantenerse, debe subsumirse dentro de ella. Aquí, lo jurídico se revela como el respeto a la ley que proclama el derecho de la persona sobre algo, como *su propiedad*. Por eso, su contrario, esto es "La situación de no-derecho surge cuando una persona jurídica reclama como su posesión una propiedad que pertenece a otra persona. Ambas partes reconocen el Derecho como tal y éste está presente en el litigio. Lo que ambas partes niegan es el derecho del otro sobre la propiedad, aunque cada uno admite que el otro es una persona de derecho. El adversario es tratado como persona de derecho y cada uno quiere el derecho. Por tanto, el derecho en cuanto tal es reconocido y afirmado, pero negado el derecho y el interés particular" (VÁSQUEZ, p. 138). Para Hegel, en este caso, la negación del Derecho como violación, no es la negación, en realidad, de la voluntad general en cuanto ella es el Derecho, sino de la voluntad individual, privada o particular. Pero, la violación de él, cuando sucede, supone otro ámbito jurídico. La primera corresponde al Derecho Civil (se viola sólo el derecho de las personas); la segunda, al Derecho Penal (se viola el interés colectivo, social).

A estas observaciones llega, partiendo de sus concepciones sobre el Estado y el Derecho, en relación. Hegel separa al Estado de la sociedad civil, lo universal de los intereses particulares. La sociedad civil, la familia y el individuo son *ámbitos limitados* en los que se escinde o despliega lo universal, la idea o el "espíritu objetivo" para "retornar a sí mismo y existir para sí". Convierte, por tanto, a la idea en el sujeto y, al sustento de ella, en el predicado; la relación entre Estado y sociedad civil aparece no como determinada por la segunda, en tanto que la base objetiva, sino por él, en tanto espíritu determinador. Los intereses concretos aparecen como el contenido del Derecho y el Estado, pero no son la realidad sino la expresión de estos puesto que la esencia real es la comprensión ideal-lógica.

Esa separación le demuestra a Hegel que uno y otro son contradictorios, cuando en realidad resulta que el interés general es generado por el privado y no independiente (el interés individual aparece como fin supremo y, en tanto cada uno, es decir todos, persiguen ese fin, el interés individual cobra forma general) y

por tanto es ficticia esa oposición. Sin embargo, para él, esa situación, a la vez hace aparecer la división entre el ciudadano (como individuo político, es decir dentro del Estado) y la persona (como individuo de la sociedad civil) en donde, la primera está inmersa en la relación con la voluntad general, siendo parte del Derecho público; y, la segunda, dentro de la relación con otros iguales, siendo partes del Derecho privado. *La contradicción entre voluntad particular y general se le muestra como la división entre las dos clases de derecho.*

El Estado, dentro de esa relación, en tanto que voluntad general, tiene como finalidad proteger y dar seguridad pero expresada como Derecho. El no pretende, en realidad, según Hegel, asegurar a los individuos sino mantener vigente el Derecho como manifestación del espíritu objetivo, que es la Constitución, punto de partida de la Idea. *La Constitución es, entonces, el interés o voluntad general que establece el Estado como su fin.*

Hegel oculta el que la Constitución es el reflejo jurídico más alto de la propiedad privada, y ella como interés general, aparece “regulando” el interés individual (interés privado, propiedad privada) solo porque este es el que la organiza a ella. Habíamos citado a Marx a este respecto. Lo jurídico no es más que la propiedad privada en su abstracción como “norma social” obligatoria; más claro es esto en la Constitución Política, como lo jurídico-burgués, en cuanto sólo allí el interés privado (propietario) aparece ilusoriamente como el interés general, con lo cual se muestra objetivamente que la “defensa del Derecho” que reclama el prusiano, siempre y necesariamente es la defensa del interés privado.

6.4.2. Persona y personalidad.

Por las razones expuestas la teoría hegeliana vuelve a invertir la realidad cuando habla de la persona y la personalidad.

Su concepción parte de la transformación del ser humano en un ente abstracto, *la autoconciencia*, y pone a su condición racional por encima y separada del ser humano real, lo que le lleva a convertir a los problemas humanos y sociales en ideales, también, abstractos. El ser humano, jurídicamente, se asoma

como *persona*, que no es el sujeto real, objetivo, sino el concepto definidor del *sujeto jurídico* que se concreta o “despliega” en entes concretos sin que importe que ellos sean Juan, Pedro o, inclusive, una institución. La persona jurídica es la premisa ideal de existencia de los concretos. Lo jurídico, en tanto universal abstracto, *se realiza* en o por medio de los entes particulares que lo reproducen; y, por tratarse de algo abstracto (la persona) universal, sus derechos, el Derecho sobre las personas, tiene igual connotación, es decir no se refiere a persona o ser humano concreto alguno; éstos y sus realidades particulares no son concebidas jurídicamente. Esto lo muestra el hecho de que, según él, el Estado se realiza en los individuos, como ciudadanos, olvidando que cada uno es, por sobre todo, expresión y resultado del ser social y los asuntos estatales no son más que formas en las que actúan las cualidades sociales de los seres humanos, muy a pesar de que plantea, con la misma idealización anterior, a las realizaciones sociales de propiedad como fundamentación de la personalidad.

La apreciación de EDUARDO VÁSQUEZ (1976) basta para fundamentar nuestra afirmación; él aclara que “...no podemos omitir (...) La semejanza y deferencia entre Tomás de Aquino y Hegel. Según Tomás de Aquino, el *principium individuationis*, lo que determina cada individuo y la diferencia de los otros, es la materia ‘considerada bajo dimensiones determinadas’. En Hegel también el *principium individuationis* es una materia determinada, la cual..., no es la materia corporal de cada uno de los individuos, sino la propiedad privada diferenciada cuantitativamente. En Tomás de Aquino, el principio de individualización tiene, a diferencia de Hegel, a la corporalidad como fundamento. Pero, no obstante esa diferencia entre ambos, diferencia histórica, ya que en la edad media no puede hablarse de la propiedad privada como Derecho Humano igual; ambos parten de una idea que debe materializarse para ser real y no pueden prescindir de lo sensible y empírico.” (p. 94 y 95).

Es que, como veíamos en páginas anteriores, la persona es tal en tanto se afirma en algo exterior como libertad que no se somete a ningún contenido pero que sin embargo puede, por su propio interés y voluntad, afirmarse en uno, negarse en esa afirmación, volver a sí misma para diferenciarse otra vez en otro contenido; es decir, una libertad que supone no estar determinado porque puede querer algo y, en ese sentido, determinarlo y, luego, dejar de quererlo (con lo cual

vuelve a la primera situación de indeterminación) para querer otra cosa. Y solo esa posibilidad de "afirmación sobre el exterior" convierte al ser humano en "la persona" del Derecho (libre), de donde, esas determinaciones generan su derecho y los derechos de las demás ya que "es una persona y respeta a las otras como persona", recibiendo, al mismo tiempo, el reconocimiento de los otros como tal. (VASQUEZ. 1976, p. 14). La esencia de Derecho, se revela como la voluntad que determina la cosa externa -como la propiedad- de la persona. Esta aparece como una determinación de la voluntad, como concreción de ella en tanto individuo que se autodetermina o que se conoce como sujeto jurídico reconocido. La concreción de la voluntad del ser humano sobre algo externo, como su propiedad privada, es "el correlato de la personalidad libre".

Lo anterior, sin embargo, no admite que la persona pueda apropiarse de otra, aunque le es exterior, puesto que la otra posee igual capacidad de determinación, es reconocida en su voluntad determinadora de lo exterior, aunque potencialmente, puesto que, en Hegel, el que la persona tenga derecho a poseer no es un derivado de la naturaleza sino "un producto y resultado del desarrollo de la conciencia". Aún, en el caso de que la persona no ejerza voluntad sobre cosas exteriores, *sus bienes subjetivos, sus cualidades, siempre están presente en ella y, aunque no lo exprese, se ejerce propiedad sobre los mismos* (eso hace que se encuentre el fundamento de imprescriptibilidad de la propiedad de esos bienes). Aquí se revela en Hegel que *la propiedad, como determinación de algo exterior, supone cosas posibles de enajenación (las cualidades personales no pueden enajenarse como tales, por tanto no son posibles de apropiación)*; por ello es que se señala que solo la exteriorización de las cualidades humanas, como productos que ellas elaboran, pueden ser determinados por la voluntad. El mercado, se convierte en este filósofo, la condición del reconocimiento del individuo como "persona". La dependencia de la persona respecto de su propiedad, es la dependencia de ella respecto de la propiedad enajenable.

No otra cuestión sostiene cuando dice que "...no solamente puedo enajenarme de una propiedad como de una cosa externa...sino que, por el concepto, tengo que enajenarme de ella como propiedad, para que mi voluntad me sea objetiva en cuanto empíricamente existente.... De este modo, esto en lo que esta necesidad del concepto es real, es la unidad de voluntades, en la que, por

tanto, renuncian a su diferencia y peculiaridad. Pero en esta identidad de su voluntad está contenida (en este grado) así mismo que cada una sea y permanezca voluntad peculiar, no idéntica a la otra". La persona se relaciona con otras cediendo una propiedad (enajenable) y adquiriendo otra; este acto supone unidad de dos voluntades distintas que están de acuerdo en el contrato, pero son, al mismo tiempo, diferentes, cada una se afirma diferenciándose; al mismo tiempo renuncian a sí mismas para ser la otra e identificarse con ella a la que cede su propiedad.

Al respecto de esta *sui generis* concepción de la personalidad, al hablar sobre la propiedad territorial MARX (1973) señaló: "Nada más cómico que el desarrollo de Hegel sobre la propiedad privada del suelo. El hombre, como persona, debe realizar su voluntad para convertirla en el alma de la naturaleza exterior. Por consiguiente, debe tomar posesión de esa naturaleza como de su propiedad privada. Si ese es el destino de "la persona", del ser humano como persona, debe seguirse que cada ser humano tiene que ser, por fuerza, terrateniente, para poder realizarse como persona. La libre propiedad privada de la tierra -fenómeno muy moderno- no es, según Hegel, una relación social determinada, sino una relación del hombre como persona, y de la 'naturaleza', un 'derecho absoluto de apropiación del hombre sobre todas las cosas'. Por lo menos resulta claro que el individuo no puede afirmarse 'por su voluntad', como propietario, frente a la voluntad de otro individuo, que también decide concretarse en la misma parcela del globo. Para ello, es preciso algo muy distinto que la buena voluntad." (T III, p. 614).

En esta cita, Marx cuestiona no a la propiedad sino a "la voluntad propietaria" como asiento de la persona jurídica; critica que Hegel haga descansar la propiedad privada en la voluntad de apropiarse; según Marx, los derechos de la persona no son su voluntad (como Hegel) sino su propiedad (y por ello en otras partes afirmará, como veremos más adelante, que la inexistencia de propiedad es la negación de la personalidad) que hace de lo jurídico algo desigual; puesto que ella es una relación social condicionada a la existencia de la división del trabajo, el excedente y el desarrollo del Derecho privado (que es donde se concretan más típicamente los derechos de los individuos), marcha junto a la disolución de la comunidad natural. La "libre voluntad", como derecho es, entonces, lo que se

crítica; ella es la abstracción histórico-capitalista. Pero, en general, la propiedad como asiento de los derechos de los individuos y en tanto que relación social de clases, en el marxismo es, por el contrario, ratificado. La forma más elocuente de que es así, se presenta en el capitalismo; por eso Marx indica que "... como el tener no es simplemente una categoría, sino una desdichada realidad y, como en los tiempos que corren, el hombre que nada tiene nada vale, ya que se halla al margen de la existencia en general y, más aún, de la existencia humana, pues el estado de no-tener es el estado de completo divorcio entre el ser humano y su objetividad (...) El no-tener es (...) la irrealidad total del hombre y la realidad total del no-hombre, un tener muy positivo, un tener hambre, frío, enfermedades, crímenes, humillación, embrutecimiento, en una palabra, todo lo inhumano y antinatural ." (VASQUEZ. 1976, p. 103).

De otro lado, es obvio que una consideración no jurídica sino social, humanista, del ser humano, habrá de considerar objetivamente que la persona en tanto que ser no está determinada por la propiedad; es la condición jurídica de la persona lo que aquí se hace descansar en ella con las diferencias que hemos anotado, entre Hegel y Marx. Para Hegel, la persona jurídica lo es todo.

6.4.3. El Delito.

Finalmente, en Hegel encontramos una relevante concepción del delito, como derivación de sus apreciaciones sobre lo jurídico. En Kant ya encontramos las premisas teóricas de estos planteamientos cuando define lo legal como la conducta que se adecua exteriormente a la norma jurídica y que, deviene, por tanto, en que *lo ilegal* es la infracción de aquella prescripción.

El concepto de la *libre voluntad* es, también aquí, la esencia de la cuestión. Cada persona asoma caracterizada por esa cualidad que lo universal. La negación de este fundamento, por parte de otra voluntad, es el delito. En tanto lo universal se concreta, la transgresión se opera contra él. Dado que en Hegel el Derecho no existe como consecuencia de las condiciones materiales de vida de la sociedad

(peor de una clase), sino es el que las determina (puesto que es el interés o voluntad general), una infracción es la violación de una ley. El hurto, por ejemplo, no es la violación de un interés objetivo o de la relación social concreta: la propiedad privada, sino de la ley que proclama el derecho a ella³²; el delito existe porque existe tipificado (esta posición se viene manteniendo en el principio penal de "*Nullum crimen, nula poena sine lege*" -que no lo discutimos en cuanto realmente protege de la arbitrariedad sino en cuanto mistifica el delito mostrándolo como contraposición conductual a la ley y no como la violación de aspectos objetivos sociales como el interés de clase o relaciones sociales concretas-. Lo que la sociedad reprime en una conducta de esta naturaleza, según Hegel, no es el que el delincuente se apropie de bienes ajenos, sino que transgrede el concepto del bien y lo justo "plasmados" en el orden jurídico. De esto, la pena es considerada como el restablecimiento del concepto: la voluntad general (lo sagrado, lo abstracto, lo universal) se restituye (y por tanto se impone) sancionando el no-derecho, como voluntad contrapuesta a la primera.

Pero esta contraposición, se plantea con una singularidad: el delincuente viola la ley; la voluntad individual, su querer, el querer del delincuente, está infringiendo la voluntad general, la voluntad del Estado (que hoy se conoce como *ius puniendi*). En tanto el delincuente actúa por su querer, por su libre voluntad, es responsable de lo que hace. Pero, siempre, su voluntad será una voluntad que se determina sobre algo, pero -en este caso- un algo que es de otra voluntad libre. Viola, entonces, la voluntad libre de alguien y con ello niega su propia libertad. El mismo delincuente se condena a someterse a una pena.

La teoría hegeliana considera al delito como acto inconexo con la realidad social; ve al delincuente como individuo "puro" sin determinaciones sociales; él es por él y, su *libre voluntad*, le faculta hasta de abstraerse de la realidad en la que vive. El que alguien hurte por hambre, no importa nada; es una transgresión de la libre voluntad hambrienta contra la voluntad general opulenta; las concreciones de la una y la otra como pobre o rica no interesan, no pueden sacrificar la sagrada abstracción del concepto o del "espíritu objetivo" que se ubica por encima, muy

³² La tradición alemana, por lo demás, aún ahora, sostiene que el delito consiste en violar el *bien jurídico* tutelado.

encima de tales puerilidades. Hegel no quiere ver en sus concepciones la bagatela de la circunstancia sino lo permanente, lo más elevado, "la Idea". Sin embargo, estuvo muy lejos de interpretar la realidad y eso es lo que define la cientificidad de una concepción.

Si nos hemos alargado en estas cuestiones es porque ha sido necesario mostrar hasta qué punto el idealismo cae en contradicciones y mistificaciones que lejos de dotarnos de verdaderos conocimientos sobre lo jurídico, lo tergiversa y confunde, claro está, para beneficio de quienes hacen el Derecho. Lamentablemente, esto es lo dominante y oficial.

CAPITULO VII

SER O DEBER SER

Dos nuevas categorías en la discusión del contenido jurídico: El Ser y el Deber Ser.- Kelsen y el Deber Ser; la irrealidad del Derecho como Deber-Ser.- Una discusión derivada: la elaboración a-priori o a-posteriori.- Realidad y elaboración: ya no cabe el análisis de la creación del Derecho como mero procedimiento.- Lo que crean los legisladores impide el cambio social.- El Derecho frena el cambio social.

Hemos planteado que el Derecho consagra determinadas relaciones sociales y que en tal sentido existe una directa dependencia entre lo que es su contenido y la realidad. Ahora nos planteamos enfrentar los criterios que ha impuesto el normativismo respecto del *contenido jurídico*, y que ya los encontramos en la teoría kantiana, puesto que ellos sostienen que el Derecho, como se había indicado, no observa nada de lo relativo al ser. Postulan, por el contrario, la categoría de *deber-ser*.

7. El ser y el deber-ser.

Aunque DIEZ PICAZO, desde su punto de vista, ha puesto al descubierto en gran medida el carácter inconsistente de la categoría del deber-ser que sostiene Kelsen, se hace necesario sin embargo, bajo las premisas sostenidas aquí, entrar en las disquisiciones consecuentes que implican. Ya en un capítulo anterior habíamos expresado nuestra posición frente al normativista pero, resultaría incompleta la crítica si no abordáramos la temática que nos proponemos ahora.

Kelsen había sostenido que las prescripciones jurídicas, a las que denomina normas, son "*sentidos de un hecho del ser*" y que, por lo tanto, no debemos identificarlas con el hecho mismo sino, al contrario, distinguirlas -diferenciarlas- puesto que en realidad "son prescripciones del deber-ser". Es en ese sentido que las considera como *imperativos hipotéticos* en lo que se pone *la voluntad de la autoridad que quiere una determinada conducta* de los seres humanos.

Puesto ya el análisis respecto de la "determinación" (cuestionando en un capítulo anterior) nos ocuparemos ahora del *comportamiento debido* que se impone en la norma. Es incuestionable que, el sólo hecho de la afirmación normativista, a primera vista implica la consideración de una *norma de conducta* referida a actos que se producen en el contexto de la sociedad de hoy. El "cómo deben comportarse" los seres humanos se revela no siendo imaginario o con existencia independiente de la realidad, sino como una posibilidad objetiva, histórico-concreta (no puede obligarse por la "norma", por ejemplo, a respetar la vida de los "santos" de la iglesia o de los líderes de la independencia, puesto que sería ridículo dada su ninguna posibilidad y necesidad). La primera evidencia es que se trata, en última instancia, de que la conducta "que se obliga" se refiere a bienes tutelados y que tienen una existencia actual y objetiva -y consideramos como actual y objetivo aún la proyección de la realidad.

Es en ese sentido que, claramente, la norma sólo asume la significación de "deber-ser" en el mismo ser real, pero el ser histórico, limitado y sin embargo abstraído (en nosotros asoma como abstracción del ser histórico), en su apariencia y solo en ella, desligado de la realidad. Su verdadera esencialidad son, consecuentemente, las relaciones específicas, *no* que deben ser sino *que ya están dadas*. Tan es así que el propio Kelsen (1969) reencuentra al ser con el deber-ser; él dice: "Existe, empero, una cierta relación entre el deber-ser jurídico y el ser, puesto que para que una norma jurídica general sea considerada como válida no sólo tiene que ser establecida por un acto del ser sino que también debe tener un cierto grado de eficacia, es decir, debe ser de hecho generalmente aplicada y obedecida". (p. 95)

Una segunda cuestión refiere a si el actuar de las personas que se plasma jurídicamente en la norma se realiza por lo que dispone el Derecho u ocurre de manera independiente y ajena a él; y, en este caso, ¿cuándo es que interviene el Derecho sobre ese actuar toda vez que es objeto de sus disposiciones?. El tópico pudiera quedar más claro si lo planteamos desde la averiguación de las conductas específicas: las personas, por ejemplo, cuando usan transporte público o adquieren en el mercado un bien, o pagan tributos, u obtienen un préstamo, ¿están actuando por virtud o en función de lo que dispone una norma jurídica?. Tal vez la situación tributaria es la que más se acerca a la que la visión normativista ha planteado como relación entre norma y conducta. Cualquier lector podrá dar perfecta cuenta que las actividades diarias las ejecuta, como la totalidad de los individuos, sin imaginarse siquiera la norma o la consecuencia jurídica del actuar. Con excepción de determinados ámbitos de la realidad social (que están debidamente relevados por la misma cultura social y la ideología dominante) los demás (sin embargo de estar imbricados a la vida jurídica) no nos preocupan en lo más mínimo sobre su connotación jurídica. Parafraseando a Engels, diría que es ridículo pensar que alguien, al momento de la compra del pan del desayuno (sea el comprador o el tendero), se planteen discernir si han realizado o no un contrato bilateral, consensual y válido jurídicamente o no, cumpliendo lo que la norma jurídica determina. Esto revela que la actuación de los individuos no tiene como antecedente a la norma jurídica y que ella, al contrario, es necesaria, sobre todo después o para cumplir cierta necesidad que se impone desde la lógica de la legalidad, como ya hemos sostenido y se verá nuevamente.

7.1. Kelsen y el deber-ser.

Decíamos que Kelsen reencuentra al ser y al deber-ser, después de haberlos separado, y en ese reencuentro se reconocen interrelacionados en "cierta" o relativa medida. Y, para sorpresa del señor Kelsen, esta cierta relación le demuestra algo trascendental: 1.- la norma sólo es establecida por un acto del ser (de un legislador o una autoridad competente); y, 2.- que la norma debe ser

aplicada y obedecida a posteriori de ser dictada. *El deber-ser es después y como consecuencia del ser, y no sólo en su elaboración sino, más aún, en su validez.*

Lo que no quería ver se le revela ante sus ojos, inevitablemente. El hecho, el ser (la materialidad en la que se sustenta lo jurídico: las relaciones de propiedad y la división del trabajo que reproducen intereses de las clases sociales) es la única medida en la que puede comprobar si una norma tiene validez como norma jurídica (es decir, siendo capaz de ser una prescripción de un deber-ser).

Sin embargo, los hechos naturales no son susceptibles de "regulación" jurídica, admite luego, haciendo una genuflexión ante la naturaleza que lo muestra impotente de explicar con su normativismo e idealismo, con la razón "natural", lo social, y dice: "...no tiene sentido establecer una norma que determine como debido un comportamiento del cual ya se sabe de antemano que ocurrirá necesariamente en virtud de leyes naturales" (p. 95). Los hechos naturales no son susceptibles de ordenamiento jurídico y hacen innecesaria la norma.

"Que el día dura 24 horas, que el sol aparece por el este, que el ser humano tiene una existencia finita, que para que conserve su vida es necesario que el ser humano respire y se alimente, etc., son otros tantos ejemplos de situaciones que quedan al margen de toda regulación jurídica", parafrasea Novoa Monreal, completando la afirmación de que "...existen ciertas situaciones en las cuales, por la fuerza con que ellas dominan normalmente al ser humano y sus reacciones jurídicas que, de ordinario y fuera de ellas, puede imponer como obligatorias, con altas probabilidades de ser obedecido." (NOVOA MONREAL. 1980, pp. 95 y 96).

Es muy claro que resulta así. Pero esta misma afirmación debió llevarle a Kelsen y sus seguidores a otra conclusión y no a la que sostienen. Cabe, entonces, la siguiente reflexión:

a).- Los hechos naturales, los comportamientos naturales no se producen en virtud de una determinación en la que interviene la voluntad. No es posible, por ejemplo, que el feto determine o no su nacimiento; en este caso ni siquiera hay voluntad ni posibilidad de que ella intervenga (no planteamos aquí que la voluntad, que interviene en los comportamientos jurídicos, los determine.

Sostenemos que ella interviene ya determinada por la realidad social. Toda vida social humana está determinada -individual y colectivamente- por su sostén material -las relaciones sociales de producción- pero, a su vez, los seres humanos actúan sobre ella participando de su dinámica). Por esta razón lo jurídico no los abarca, no porque no deben ser sino porque ese deber ser es inevitable -aquí *lo jurídico se nos revela como un deber ser que es evitable de ser cumplido por el individuo-*, pero es un deber ser, sobre el cual alguien (el Estado, las clases dominantes como Estado) quieren que se produzca; ese querer o deber ser no está separado del ser, las clases dominantes quieren defender algo que es, el ser de la sociedad, las relaciones de propiedad y la división del trabajo imperantes;

b).- Si, por ejemplo, el acto de alimentarse lo analizamos fuera del marco jurídico, concluiremos que es un acto natural, necesario; este acto, mirado ya no como necesario, individual, sino como un hecho que se produce dentro de un conjunto social como el nuestro, toma otra connotación; aparece ante todo como un acto social. En el mismo acto se diferencia: deber-ser natural y deber-ser social. ¿En qué se asienta la diferencia de estos actos que siendo naturales adquieren aquella connotación social?. Kelsen no lo explica. De otra parte, ¿en virtud de qué, los primeros no y los segundos sí, son materia de "regulación jurídica"? Tampoco lo explica. La única solución que nos lleva a comprender tal diferencia es el señalamiento de que el uno es una abstracción y, el segundo, (el social) es histórico-concreto y en su concreción él implica un alimentarse *con víveres que son: o de quien los consume, de quien lo ha obtenido produciéndolos con sus propios medios en tanto, lo propio excluye a otros; o de quien los ha obtenido en el mercado, de otro individuo que era anteriormente su propietario, a cambio de otra propiedad, la suya, otro bien o su dinero; o, en el peor caso, de quien los ha obtenido sustrayéndolos, afectando la propiedad de sus dueños*. Aquí, en estos tres hechos sociales, cabe la prescripción jurídica en tanto ya no se trata de un simple deber-ser sino de un acto concreto, material, que generalizado asoma como relación social entre propietarios o entre éstos y los desposeídos, y que va íntimamente ligada a la división del trabajo; la normatividad se presenta en tanto de por medio exista la propiedad. La propiedad de los bienes con los que se cumple el "deber-ser natural" de alimentarse, depende de la situación histórica en que se encuentren esos bienes y los seres humanos, sus relaciones sociales, que son un *ser*, un ser social.

Por lo anotado es que sólo es posible hablar del "deber ser jurídico" en el ser social. La propia separación del poder político con el poder económico nos muestra, también, la irrealidad del deber-ser autónomo y determinante del ser. El poder político se presenta como general y, el económico, como particular (para hablar en términos actuales, el primero es el poder de toda la clase; el segundo, el del individuo burgués, materialmente). Ambos, en esencia, son uno y el mismo y su división sólo puede ser establecida en la abstracción. Pero, en tanto es posible que el interés económico concreto (el del individuo burgués) entre en contradicción con el interés económico general (de la clase, como poder político), el interés se impone como general, defendiendo su ser universal para sí, como querer que se debe cumplir (deber-ser), es decir, como respeto a lo general (que materialmente *es* en todos los dominantes). Eso es lo que se le presenta a Kelsen como deber-ser.

En última instancia se trata de que el Derecho no crea la relación (*deber ser* en Kelsen) sino que la consagra en su universalidad (*ser* como abstracto = deber-ser en Kelsen). Al invertir el normativista la relación entre ser y conciencia, es decir, al poner al Derecho como creador (organizador, regulador), él puede construir el ser, determinado por las prescripciones jurídicas, por el "deber-ser", "como norma que subsume en sí al hecho, lo ordena, lo organiza, *como un deber ser que se sobrepone al ser.*" (CERRONI. 1975, p. 35). Nosotros, indudablemente, a lo mucho podemos aceptar un deber-ser en cuanto condición (como: deberá tener, deberá reunir, etc.). Pero es claro que aquello no caracteriza ni el contenido ni la esencia del Derecho.

Es necesario señalar, de otra parte, que en tanto lo económico no se realiza sólo en la producción, sino en la distribución, el intercambio y el consumo, como procesos posteriores a ella, *la propiedad privada se asegura no sólo en cuanto tal (el bien), sino sobre todo lo que le atañe, el producto.* Es decir, la propiedad no sólo es *ius utendi* y *ius abutendi*, jurídicamente, sino, a la vez, *ius fruendi*. Así, se proyecta como algo que puede ser, que se asegura para sí, como consecuencia de mi relación propietaria. Y que puede ser en el uso como en la disposición y, ambas, como voluntad, como acto que se realiza o bien en el consumo material de lo producido, o en el intercambio. *Es el deber-ser de Kelsen. El ser, las relaciones sociales de*

propiedad que se prolongan "hasta las últimas consecuencias." Es una abstracción que media lo real pero no es lo real mismo. No es la conducta sino la propiedad privada la que se consagra como obligatoria. Se trata de que en movimiento de la propiedad que se prolonga al futuro, el Derecho se muestra como una prescripción que quiere que la clase dominante no sea sólo hoy sino, lo mismo para el futuro.

Por eso, asumiendo la definición de PASHUKANIS (1976) en su aspecto general, diremos que el Derecho es el conjunto de prescripciones obligatorias (coactiva y coercitivamente) que consagran las condiciones reales del régimen social, (esencial y específicamente las relaciones de propiedad y la división del trabajo) conjunto destinado a reprimir y prevenir las desviaciones en relación al curso "normal" (interés de la clase dominante) de los acontecimientos. (p. 34)

Ahora se hace necesario plantear que Kelsen no toma en cuenta que el "deber-ser" es la proyección de la clase dominante y su realidad al futuro como mera pretensión y, es eso, precisamente porque *aquella comprende que la realidad es cambiante y busca, en la transformación, que la realidad siempre le beneficie lo cual consigue sólo a condición de preservar su esencia* -lo que le hace ser dominante-, es decir, la propiedad privada. La separación de Kelsen (del ser y el deber-ser), abstrayendo estas consideraciones, es la que le lleva a no poder conciliar su deber-ser como determinante del ser cuando éste se revela, ya en su radical diferencia consigo mismo, contra el deber-ser haciéndolo caer en la obsolescencia. Es decir, el hecho de que las prescripciones dejen de tener vigencia práctica muestra su ninguna correspondencia con la realidad y, en tal sentido, como correspondientes sólo para una realidad actual o futura determinadas y similares en su esencia; cuando esa esencia se transforma, las leyes se invalidan y se vuelven ineficaces, no jurídica sino objetivamente. Para esa nueva condición, la misma clase dominante, ya renovada en sus intereses por el cambio de su vida material, se encarga de dictar nuevas normas para garantizarse.

De otra parte, Hans Kelsen llega a postular su abstracción basado en la consideración de las relaciones sociales no en tanto necesarias sino fortuitas, casuales, sujetas sólo a la *libre voluntad* -no como relaciones que están dadas y en

medio de las cuales la voluntad condicionada es, a su vez, condición modificadora- que deben someterse a un orden que, para él, es el que quiere "la sociedad". Habíamos visto que la "libre voluntad" es la abstracción de la sociedad moderna y, en ella, el individuo (por ende toda la sociedad) con el Estado burgués, "no se liberó de la propiedad; obtuvo la libertad de propiedad. No se liberó del egoísmo de los negocios; obtuvo la libertad en ellos"; es decir, con el poder burgués se legitimó el régimen capitalista de propiedad e intercambio y pasaron a ser parte de la esfera privada total. Por medio de ese acto, que constituye el Estado político, se "...realiza a la vez la disolución de la propiedad burguesa en individuos independientes, cuyo nexo es el Derecho, como fue el privilegio entre los hombres de los estamentos y los gremios" permitiendo que el individuo de la sociedad civil aparezca -en la abstracción- como contenedor de una naturaleza que le otorga derechos. Es decir, esta sociedad revela el verdadero contenido del Derecho pero lo mistifica en cuanto lo presenta como inmanente al ser humano, como un propio natural; la relación individuo-sociedad (dada en el trabajo y en relación a los medios de producción) aparece realizada (efectivizada) como relación jurídica necesaria. En la separación individuo (interés privado)-ciudadano (interés general), o ser humano natural-ser humano político, o sociedad civil-Estado (sociedad política) es posible presentar la relación jurídica como relación ocasional, causal, accidental que *debe ser* "ordenada" o "regida" por el Estado, en tanto que interés general.

Por eso mismo, el deber-ser kelseniano puede o no cumplirse. En el desligamiento de lo real con lo abstracto es posible la consideración del interés general (que se plantea como querer de una conducta o deber-ser) con posibilidad de contradicción en relación al particular que, por ser resultado de *la voluntad libre* (incondicional), puede de hecho no atender la "determinación" que el primero le impone. Sin embargo, en realidad la norma quiere resultados. Tan es así que, precisamente, por esa razón interviene la coacción (la sanción) para alcanzar resultados en el ser y como consecuencia de que la prescripción jurídica es una forma en la que él se expresa. Aquí, *el deber-ser constituye la afirmación del ser* en cuanto es contradictorio y afecta a la clase dominante (pretensión de refrenar la lucha de su opuesto). Pero *es el ser valorado*, divinizado como *conductas óptimas*

que no son más que el reconocimiento de la existencia de *conductas negativas*, opuestas al interés propietario que es el que quiere garantizar el Estado.

En conclusión, el deber-ser kelseniano se muestra como ideal. El Derecho en realidad no pretende ni lo que debe ser la sociedad ni la conducta del individuo. Es el ser interesado y consagrado como actual y en perspectiva, buscando preservarse y perpetuarse en favor de los beneficiarios suyos y para ello actúa ya como coacción, ya como coerción sobre conductas que son de hecho y sobre las que recae sólo cuando se apartan de la correspondencia con ese régimen objetivo que exige tenerlo respetable y obligatorio.

7.1.1. Lo *a priori* y lo *a posteriori*.

Cuando Hans Kelsen separa el ser del deber-ser y construye el Derecho conteniendo a éste, nos plantea que las prescripciones jurídicas son una pretensión *a priori* sobre una conducta. No otra cuestión se desprende de las afirmaciones en el sentido de que "una norma no es un hecho del ser" o "una norma no describe un hecho del ser sino que prescribe un deber-ser", o "las normas no pretenden describir cómo se comportan los hombres de hecho, sino como deben comportarse" y que por tanto deben diferenciarse del ser.

Si damos por entendida que la posición apriorística considera que algo existe antes y al margen de los hechos, la concepción del deber-ser se muestra como íntimamente relacionada con aquella concepción. Más aún si vinculamos las consideraciones iusnaturalistas respecto del origen, las fuentes y la esencia del Derecho, como conjunto de formulaciones interconectadas e interdependientes, el apriorismo se vuelve mucho más claro en la apreciación del deber-ser.

Kelsen, como habíamos demostrado, no se diferencia esencialmente de las corrientes idealistas en el Derecho. Llegaba incluso a postular la existencia de una "*Constitución en sentido lógico-jurídico*" que, por la médula kantiana que sustenta la Teoría Pura, no está muy lejos de semejarse al imperativo categórico. Y -en ese sentido- converge con Tomás de Aquino, Agustín, Francisco Suárez y otros en el

señalamiento de una "*recta ratio*" que determina el recto obrar humano, con la diferencia que en el normativista, LA GRUNDNORM no actúa directamente en la conducta sino, por mediación del andamiaje jurídico, al validarlo, siendo presupuesto del pensamiento jurídico que determina la interpretación de la suprema ley como válida en los sujetos que la interpretan. Así, el máximo conjunto del deber-ser, *la Constitución en sentido jurídico-positivo*, resulta ser tal (es decir, deber-ser) sólo por aquel fundamento: la presuposición dada en la razón humana.

De otra parte, construido como queda el primer deber-ser (la Constitución del Estado), en tanto las demás normas se sujetan a él en su forma y contenido (en Kelsen), ellas (como particular deber-ser) no son más que determinaciones del primero, por tanto también, exigencias a priori sobre una conducta que se desea cumplida. Está claro que Kelsen no podía llegar a otra formulación. Si parte del criterio del Derecho como ordenador, éste no puede cumplir con tal misión sino a condición de evitar los hechos, la experiencia. Las leyes pretenden no lo que es la conducta del ser humano (lo que es la sociedad y, consecuentemente, las relaciones sociales) sino lo que deben ser. Lo que deben ser no puede partir de lo que son para ordenarlas, sino de la razón, de una elaboración al margen de ella, abstraída de ellas que, concibiéndolas idealmente, como deseadas y, a partir de esa idealización, postularlas como obligatorias, válidas y eficaces. Partir de lo que son, supondría ya no una *cierta relación* entre el ser y el deber-ser (como admitía Kelsen, casi forzosamente) sino, a la inversa, una determinación del primero al segundo, trayendo como consecuencia, de una u otra forma, la descripción de hechos en las normas. Y Kelsen no podía caer en esa definitiva contradicción.

Pero, aún en el caso de que los normativistas no quisieran plantear la formulación del deber-ser como a priori, en el sentido anterior, necesitan, sin embargo, hablar de que la norma determina la conducta y, en esta otra connotación como una prescripción que existe antes del ser, de la conducta concreta y objetiva que busca determinar, también asumen la postura del deber-ser como a-priori. Tal y como se sostiene en la Teoría Pura del Derecho no se trata de que por virtud de que existen conductas contrarias al interés social, ellas

necesitan ser evitadas por medio de la prescripción que llevaría a sancionar a quien las cometa y, desde ese instante se presenten como conductas negadas, es decir que *no deben ser*; para esta teoría, las conductas *se crean* por la norma, eso supone que antes no existían y que cobran vida solo a condición de que el Derecho las ponga como exigidas coactivamente. Lo paradójico es que, en tal sentido, habría que admitir que no sólo crea *las que deben ser* sino *las que no deben ser*, consumándose como apriorismo radical. Para Kelsen el Derecho determina hasta lo indeterminable; crea algo que no es creado, en realidad, esto es, una conducta que se considera no debe cumplirse y la determina así; la crea para que no se cumpla, para que no sea (¿?).

Pero, ¿cuál es la base de toda esta elucubración teórica "realista" o normativista?. Hemos dicho que cuando el idealismo constituye las relaciones sociales como construcciones racionales (y nada más que tales), las separa de la realidad, es decir no siendo objetivas y determinadas por la vida material sino, a la inversa, como previamente elaboradas en la razón de cada ser humano. El legislador las concibe para dictar la norma que se anticipa a la conducta real y prescribe que ella se realice como mandato del deber ser. A su vez, el comprador, el causante, el arrendador, etc. primero conciben su relación y, luego, la realizan cumpliendo lo que la norma dispone; por tanto, las relaciones se muestran como voluntarias, de un lado (producto de una voluntad incondicional) y, determinadas por la razón -que está en la abstracción de la norma y en la idealidad del sujeto que actúa- (son puramente racionales) de otro; ellas son ocasionales, casuales. En tal condición, no pasan de ser construcciones apriorísticas de la razón y la voluntad humanas.

Sin embargo, es indudable que para que alguien prefigure su relación, parte de su propia experiencia o de la social, es decir, basado en anteriores relaciones que determinan ya la idealización; y, de otro lado, cuando pone en juego su prefiguración, en la práctica entra en contacto objetivo con otra (la de los demás miembros de la sociedad o de quienes entran en la relación con él) que le revela que su idealización era no más que eso, puesto que el juego empírico de la vida se le subleva y le muestra incapaz de determinar resultados queridos, consecuentemente, sometido a la necesidad de volver a observar otras conductas

que, más ajustadas a lo real, le proporcionen un desenvolvimiento material que, aunque no igual al que quiso, al menos no sea tan desventajoso como aquél. Su idealidad fracasa y su prefiguración debe convertirse, inmediatamente, en postfiguración para evitar el fracaso total, incluso del prefigurador.

Aquí no debemos desechar el criterio de que el pensamiento humano, a pesar de lo dicho, es capaz de prever. Juan puede prever el precio de un producto en el mercado; Pedro puede prever el surgimiento de nuevas relaciones por el apareamiento de nuevas fuentes de producción; y, asimismo, el legislador puede prever la posibilidad de que en esta sociedad se pueda privar de la vida ya no con los medios y las formas conocidos, sino por medio, por ejemplo, de radiación e incorporar al cuerpo jurídico-penal una nueva figura en ese sentido. Nadie puede negar tal posibilidad pero, está a la vista, que ninguna de las previsiones es "elaboración a-priori" strictu sensu; siempre y necesariamente en ellas está presente un elemento empírico actual y, más aún, la proyección que ellas encierran tienen un alto contenido de analogía con lo presente. Sólo si abstraemos esta relación objetiva entre la previsión y la vida material, si separamos la conciencia, del ser, es posible la constitución de criterios a-priori, sólo que en tal condición nuestra ilusión es la que los constituye bajo tal cualidad.

Lo analizado muestra cómo es inconsistente la posición idealista que pretende un deber-ser con carácter de *prius*. En la elaboración del Derecho siempre y necesariamente se consagra lo que es y, quienes lo hacen, parten de esa realidad. No es ajeno a nuestro conocimiento que el idealismo, en aquellos casos en los que ha asumido expresiones aparentemente democráticas ha obtenido rotundos fracasos en la pretensión de querer imponer a la realidad presupuestos que, sólo en su forma, estaban desligados de la relación material y se presentaban como avances de la mera racionalidad que se anticipa y construye lo real; ese fracaso siempre consistió o bien en la recalcitrante oposición de las clases dominantes, o bien, en la ninguna vigencia práctica de tales creaciones que nadaron en el vacío. El Socialismo Utópico nos presenta en ello grandes ejemplos.

7.2. Realidad y elaboración normativa.

Visto como queda el Derecho, se facilita la crítica concreta a la consideración idealista que se mantiene en el normativismo y que ha invadido la enseñanza del Derecho al ser asumido con cualidades de ciencia.

Nada raros resultan los conceptos de "autoridad competente", "órgano jurídico", "constitucionalidad", "legalidad" o "procedimiento legislativo", etc. para referirse a la elaboración de las prescripciones jurídicas. Ese contexto analítico por sí solo supone una concepción, la que hemos tratado de criticar en el desarrollo de la temática topada en los distintos capítulos. Es evidente que se reduce toda la problemática a cuestiones formales, si se quiere, procedimentales que abandonan los asuntos de fondo.

Nuestra Constitución señala los pasos que se deben seguir para elaborar y establecer la ley. Estas prescripciones, existentes en las Constituciones de los Estados, son las que se asumen como la materia de estudio respecto de la elaboración. La sola consideración de los preceptos constitucionales ya, a primera vista, nos muestra que la ley es una declaración de la voluntad de la representación que integra el órgano legislativo. Esto, como es obvio, impone la necesidad de abordar en el análisis la relación entre una y otra.

Nuestra legislación constitucional señala que la soberanía radica en el pueblo que la ejerce a través de los órganos del poder público; uno de esos órganos es la función legislativa que está constituida por personas en goce de los derechos de ciudadanía, etc. que fueron elegidas por votación popular. Se entiende que en el acto de elección, los ciudadanos que gozan del derecho al sufragio, manifiestan su deseo de que los elegidos sean los depositarios del mandato popular, de su soberanía en cuanto capacidad de determinar las leyes que rijan en su Estado. Así, opera la figura jurídica denominada *mandato* que, en el Código Civil se define como "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera"; por medio de esta figura aparece que los legisladores tienen capacidad para elaborar las leyes, por mandato popular.

Pero, entonces, a lo mucho, está claro que ellos actúan por "mandato", figura que les da capacidad para elaborar la ley. *De ninguna manera debe seguirse de ello que tal facultad les indica el contenido de la ley ni que ésta es la voluntad popular.* La relación entre voluntad popular y representación, en cuanto al contenido de las leyes y a la cualidad de la ley, resulta ser una *mera ilusión*. Aquí, el "mandato" no tiene ni puede tener la misma significación civil, puesto que se trata sobre todo de una representación política. Consiguientemente, la correspondencia entre lo prescrito por la Constitución y el Código Civil solo opera como jurídica y no como real. *La única relación entre voluntad popular (o social) y representación, es formal;* mejor dicho, ésta no existe más que como concepción ilusoria y declarativa de la Constitución del Estado moderno y oculta su verdadera naturaleza.

La prueba de nuestra afirmación no sólo está en lo mencionado sino, de otra parte, en lo que habíamos señalado al final del Capítulo V al hablar de las categorías de *derecho* y *obligación*. Finalmente, es muy elocuente el hecho práctico de que, por un lado, los representantes sean generalmente personas de determinada condición social, cuando no abiertamente miembros de las clases dominantes, en consecuencia, apegados a las corrientes políticas e ideológicas dominantes; de otro, que casi nunca se consulte la opinión popular para la elaboración de tal o cual ley. Peor todavía, cuando la mayoría del pueblo se pronuncia en contra de la vigencia de leyes atentatorias a sus intereses, de ninguna manera (a excepción de los casos en que la lucha abierta lo logra) éstas se derogan.

Todo lo descrito supone que la base en la que se asienta *la definición* de ley, y posteriormente, la elaboración de ella, no coincide con la realidad. Se deriva, entonces, que más que definir el procedimiento de elaboración, debemos atender el proceso real que implica el análisis de la relación entre la vida material de una sociedad y lo que en ella se tiene como abstracciones ideales. Por tanto, una objetiva apreciación sobre el problema debe partir, *primero*, de la ubicación de la ley en un contexto histórico determinado (no podemos juzgar una ley dictada hace cincuenta años, bajo la perspectiva de la situación actual); *segundo*, establecer las relaciones materiales entre las clases, dentro de ese marco histórico; *tercero*,

conocer la composición de clase del aparato legislativo del momento; *cuarto*, observar la tendencia social predominante y sus contradicciones, por tanto, la necesidad objetiva de la clase dominante respecto de lo que desea restringir para preservar sus intereses; y, *quinto*, los principios y categorías jurídicas en su verdadero contenido que sólo puede ser comprendido en el marco de los anteriores indicativos. Esto que parecería remitirse exclusivamente a la interpretación de la ley, en realidad implica conocer los elementos generales que rigen el proceso de la elaboración. En la formulación de toda ley está presente este conjunto de ingredientes inevitables; elaborarla impone asumir la fusión en la abstracción, de todos ellos como prescripción jurídica.

Queda expresada claramente la necesidad de no ubicar el problema de la elaboración como mero procedimiento. Aquello reduce la investigación de su contenido. A nosotros nos interesa explicar que la elaboración no consiste solamente en la iniciativa, la discusión, la sanción y promulgación, sino que, en cada uno de esos pasos hay cuestiones sustanciales que el iusnaturalismo y otras teorizaciones idealistas las ocultan.

Para esas concepciones la correspondencia del contenido con la realidad sólo merece su estudio como cuestiones de orden “técnico” o aludiendo a las consistencias internas del orden jurídico. El análisis de la iniciativa legislativa en cuanto en el proyecto se pretende reflejar lo real, se asume como la parte en la que hay motivo para disquisiciones teóricas sobre su justeza o no. En las posteriores ya, la cuestión, se vuelve “técnica”: cuántos debates, tiempo de intervención de cada legislador, puntos de orden, etc. o los datos presupuestarios, estadísticos o la pertinencia del uso de los conceptos, etc. que son las bagatelas a las que se rebaja la etapa de discusión; o, la constitucionalidad, los días para sancionar, a quién se debe enviar, hasta dónde las facultades para negar o aprobar, en qué se debe publicar, etc.

Todo esto rebajado o degradado a ese nivel supone la degradación interesada en ocultar el verdadero proceso de elaboración legislativa. Analizar ésta supone, de una parte, considerar lo que hemos anotado, más el nexo de relación entre función legislativa y ejecutiva, como aparatos correspondientes a

uno y el mismo interés, el Estado -que ya hemos develado- (sin embargo de que pueden tener contradicción) y, el mismo nexo de relación entre Estado y Derecho y que han quedado expuestos más arriba, en anteriores capítulos. Sólo ello permitirá la 'descanonización' de quienes elaboran las normas (en tanto representantes divinizados) como de lo que elaboran (como prescripción divinizada). Si ello acarrea el irrespeto a las leyes porque se develan sus sesgos, de ninguna manera es responsabilidad del análisis sino de lo que real y objetivamente representan ellas. Cuando, por el contrario, el análisis científico demuestre que las leyes son, efectivamente, el interés y la voluntad de la mayoría de la sociedad, es decir, cuando hayan sido dictadas por quienes expresen y respeten el interés de toda la sociedad -para lo cual se hará necesario, primero, la socialización de los medios de producción-, paulatinamente, la coacción se hará innecesaria y, consiguientemente, el mismo Derecho.

7.3. El Derecho frena el cambio social.

Es indudable que la nueva consideración que hemos expuesto sobre el Derecho, nos ha conducido a una conceptualización de él, muy distinta a la tradicional y en la que los criterios de propiedad, obligación, consagración, preservación, legitimación y sanción juegan un papel central. Eso también implica abordar la temática relativa ya no a la transformación del Derecho, sino a la transformación de la sociedad y a la incidencia de aquél en tal proceso.

CARLOS MARX (1973) sostuvo, en las "Observaciones al Programa del Partido Obrero Alemán", en mayo de 1875 y refiriéndose a la "sociedad que acaba de salir de la capitalista", que

"...el *derecho igual* sigue siendo aquí, en principio, el *derecho burgués*, aunque ahora el principio y la práctica ya no se tiran de los pelos, mientras que en el régimen de intercambio de mercancías, el intercambio de equivalentes no existe más que como *término medio*, y no en caso individual.

"A pesar de este progreso, este *derecho igual* sigue llevando implícita una limitación burguesa. El derecho de los productores es *proporcional* al trabajo que han rendido; la igualdad, aquí, consiste en que se mide por una misma norma, el

trabajo (...) Este derecho *igual* es un derecho desigual para trabajo desigual. No reconoce ninguna distinción de clase, porque aquí cada ser humano no es más que un obrero como los demás; pero reconoce, tácitamente, como otros tantos privilegios naturales, las desiguales aptitudes de los hombres, y, por consiguientemente, la desigual capacidad de rendimiento. *En el fondo es, por lo tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad*". (T V, pp. 424 y 425)

Primero, en el análisis está implícita la posición de Marx en torno al Derecho como un consagrador de la división social del trabajo que, en las sociedades clasistas determina que el trabajo valore las mercancías y, por tanto, como elemento común y esencial del Derecho en todas las etapas donde ella exista (junto a la propiedad privada o a la apropiación colectiva de los medios de producción que coexistan con las clases sociales). Así, el Derecho es desigual por cuya connotación, en las sociedades donde rige la propiedad privada de los medios de producción, supone la desigualdad no sólo en cuánto rinde el trabajo de cada ser humano, sino, sobre todo, en cuánto dispone cada ser humano -cada propietario-. La superestructura jurídica bajo esta visión se muestra consagradora de esa desigualdad, no por sí misma sino porque las prescripciones jurídicas son voluntad interesada de la clase dominante.

Esta connotación, apreciada ya bajo el contexto de la lucha de clases que dinamiza el proceso de desarrollo social y, en última instancia, llega a definir la transformación revolucionaria de la sociedad, muestra al Derecho como opuesto a tal posibilidad. Si el Derecho consagra lo dado y existe para preservarlo y perpetuarlo, mal puede contribuir a la transformación social o revolucionaria.

Por eso, los criterios que sustentan Monique y Roland Weyl, así como Novoa Monreal y los partidarios de la denominada "transición pacífica al socialismo", a más de ser lejanos a la posición de Marx y a la objetividad, constituyen un contrasentido con las posiciones marxistas. Ellos sustentan que la transformación revolucionaria puede ser lograda por medio de un cambio en la legislación y para lo cual es suficiente la "toma" del parlamento (y aunque Novoa Monreal señala en uno de sus textos, a manera de título, al Derecho "Como obstáculo al cambio social", toda su posición cae en lo contrario). Al respecto Lenin, en *La enfermedad infantil del 'izquierdismo' en el comunismo; Dos tácticas de la*

Social democracia en la revolución democrática; y, *El Estado y la Revolución*, al tiempo que critica el sectarismo en que cae la pequeño-burguesía al comprender como "desviacionista" la intervención de las fuerzas transformadoras -de izquierda-, en determinados momentos, en el parlamento burgués, también critica (y con más acento) el "parlamentarismo" como supuesto camino revolucionario.

Pero, ¿acaso la historia del movimiento proletario y de todas las clases explotadas no ha demostrado que aún en condiciones en que sus aspiraciones están, de una u otra forma, observadas en el andamiaje jurídico, para hacerlas efectivas ha tenido que preceder una lucha tan cruenta, aunque en su mayoría menos general, como la que antecedió a la misma conquista?. ¿No son muestras elocuentísimas de aquello, las huelgas obreras por las que se pretende, incluso, la firma de Contratos Colectivos en los que se efectivice lo que el mismo Código del Trabajo prescribe, pero que es escamoteado en menor o mayor medida por los capitalistas?. Si esto resulta irrefutable, entonces no se trata, como señalan los teóricos Weyl que se autodefinen como marxistas, de que "...del alto nivel alcanzado por el contenido de garantía del concepto jurídico dependerá en parte la posibilidad de una transición operada dentro del marco de la legalidad" (1978, p. 182) o "de la ampliación de la democracia y extender cada vez más, por parte de los obreros, sus recursos jurídicos y aumentar sus facultades de poder".

En este trabajo hemos dejado develado el carácter de la "garantía" como intervención del Estado para obligar a respetar los intereses de los dominantes y entre "más alto" sea el nivel de ella, ostentado por el concepto jurídico, a lo que se irá no es a un más alto aseguramiento de las conquistas obreras o de los sectores dominados para transformar la sociedad, sino a lo inverso, a una mayor posibilidad de la clase dominante de someter a los dominados a sus designios³³;

³³ La presente nota ha sido incorporada para la presente edición: Lo que se puede advertir ha ocurrido como consecuencia de la implantación de la globalización, del neoliberalismo y de formas jurídicas que han adquirido relevancia (al nivel de imprints de la época: el Derecho Económico, la Flexibilización Laboral y la Propiedad Intelectual) confirman que el Derecho ha constituido una atadura que consolida el régimen de explotación capitalista en las condiciones que imponen la financiarización de la economía y los intereses de las multinacionales, sobre todo. A través del Derecho actual ha sido posible modificar las relaciones de producción, especialmente las de propiedad, mediante normas que facilitaron, por ejemplo, el desmantelamiento del patrimonio social de los países latinoamericanos o de los ex estados socialistas en favor de verdaderas mafias o inescrupulosos "inversionistas"; o la exacción brutal de los recursos naturales y financieros de nuestros países a través de la explotación de petróleo, de las minas, de los bosques; o del endeudamiento externo.

en tal virtud, ese nivel, no asegura ni en parte ni en todo la "transición dentro del marco de la legalidad"; aquél asegurará sólo la incapacidad de las clases explotadas para cambiar las condiciones de la sociedad. Su mayor capacidad jurídica no pasará de ser eso, es decir, mera capacidad para continuar la negociación. La ampliación de la democracia, igual; ampliación de la democracia burguesa para conformar temporalmente a las masas con las reformas que, no cambian, sino a la postre aseguran la continuación de la explotación.

No puede ser de otro modo. El Derecho tiene como misión consagrar el "orden" de los dominantes y, actualmente, el de la apropiación privada capitalista. Él es un medio eficaz para lograrlo, que dispone del respaldo de la fuerza "legitimada". Cuando alguien se aparta de ese orden es que se demuestra su eficacia como sanción que se impone "para retornar al desviado" a la observancia de aquél. Mal podría, entonces, pensarse en que el Derecho actual, dictado por el Estado actual, respaldado por los órganos de represión actuales, permita la transformación revolucionaria.

No decimos que el Derecho impide el cambio social. No, el Derecho no puede evitar ni la lucha de clases ni que las clases revolucionarias derroquen a las reaccionarias. Ese es un problema inmerso en las leyes dialécticas que están fuera de la determinación de la mera voluntad de la clase dominante erigida en ley. El Derecho actúa como medio de refrenar el desenlace final de la lucha por el poder entre las clases antagónicas, al transformar, de un lado, el enfrentamiento social en individual y, de otro, al legitimar la represión de la dictadura de la clase propietaria.

Sin embargo, por excepción, en momentos determinados permite la dinamización del proceso. Cuando la clase contraria a la que lo impone, obtiene victorias y logra incluir en la legislación algún interés, a pesar de las alternativas colaterales que acompaña impositivamente la clase dominante, le permite, fundamentalmente, demostrar a toda la sociedad la falta de garantía que tienen esas conquistas y, por consiguiente, avanzar en el proceso de concientización y movilización por derrocar aquél poder para resolver las contradicciones que en ella existen, a la vez que, aislar a los explotadores y minar su capacidad de

influencia en el seno de las masas explotadas. Sólo y nada más que eso permite tal "amplitud democrática".

Los ilusos se han llenado, largamente, de las peroratas que aquí criticamos. En su acción política, han difundido en el seno de la clase revolucionaria actual, el proletariado, una conciencia legalista, conduciendo sus luchas a la mera conquista de esas reivindicaciones "democráticas", poniendo en la cabeza de los obreros y demás explotados por el capitalismo y el imperialismo la "necesidad" de actuar usando la lucha y movilización, no para resolver sus problemas, sino como medio de chantaje. Se muestra, de esta manera, que la acción política "dentro de la legitimidad", no rebasa la misma política burguesa del regateo interfaccional cuando un sector de ella ostenta la principalía en el gobierno del poder político y la otra no.

ANEXO

A.1. Relación entre Moral y Derecho.³⁴

Uno de los aspectos más intrincados de la teoría jurídica es el tratamiento de lo que concierne a dos esferas de la vida social: *lo moral* y *lo jurídico*. Sus relaciones y diferencias, la objetividad y subjetividad de ellas, el cómo se presentan la sociedad y el individuo en ambas, etc., son problemas que han sido abordados con mucho debate. Aún, en la misma matriz filosófica, las proposiciones se muestran contradictorias. En el caso del idealismo, a partir de la teoría de TOMASIUS que estableció la diferencia entre éstas, es posible la conciliación conceptual sólo en su médula, es decir, en la dependencia de ambas del espíritu, a razón o la voluntad. En el presente trabajo tratamos de exponer lo esencial de dichas concepciones y, a la vez, algunas observaciones que, desde la posición marxista, se torna necesario plantear.

Decíamos que Tomasius fue el primero en exponer la distinción entre una y otra; partiendo de su conocida tesis divisoria entre seres humanos "tontos o imbeciles" e "inteligentes", él observa que la racionalidad de los segundos les permite restablecer la paz y armonía rota por los otros. Tal reparación se produce por dos vías: la primera, el consejo, la persuasión (que por tanto no admite fuerza cuando se efectiviza); y, la segunda, el castigo (que supone el acto coactivo que obliga al transgresor a respetar la paz). La línea divisoria entre Moral y Derecho radica, entonces, según Tomasius, en la intervención de la fuerza.

³⁴ Nota incorporada para la presente edición: El debate sobre este tópico ha vuelto a cobrar relevancia en las discusiones teóricas entre positivismo y iusnaturalismo (especialmente con motivo de la prevalencia que ha adquirido el neoconstitucionalismo) expresado en las disquisiciones sobre la prevalencia de los principios o las reglas de Derecho y la capacidad creadora de los jueces. Como veremos más adelante, el debate se mueve en los límites tradicionales y, sepultado el carácter o esencia del Derecho, se reduce a las formas o funciones, sin que esta observación le quite relevancia al esfuerzo e importancia de los trabajos teóricos que existen al respecto. Son, en este sentido, de enorme aporte los escritos de Bobbio, Ferrajoli, Hart, Alexy, Dworkin y muchos más. Entre los latinoamericanos cabe mencionarse a Guillermo Carbonell.

La consecuencia que acarrea el desarrollo del racionalismo en las escuelas filosóficas, determina que conceptos como el anterior sean rebatidos y alcancen mayor elaboración teórica sin dejar de lado a la razón. KANT, partiendo de una diferenciación del ser humano (en tanto, de un lado se presenta como ser empírico; y, de otro, como cosa en sí) distingue lo moral de lo legal encontrando en lo primero un elemento subjetivo y en lo segundo, uno objetivo. En él, posteriormente, se asentarán otros tratadistas para exponer sus puntos de vista.

DEL VECCHIO (1946), por ejemplo, señala que

"El principio que permite la recta y adecuada visión del mundo ético es precisamente el carácter absoluto de la persona, la supremacía que corresponde lógicamente al sujeto sobre el objeto. La facultad de abstraer y de encontrar asimismo fuera de la naturaleza, de referir al Yo, por medio de las ideas, toda la realidad que en él converge, constituye el ser propio y específico del sujeto, su naturaleza en eminente sentido; y esta facultad o vocación trascendental, que se afirma psicológicamente en la conciencia de la propia libertad e imputabilidad, se convierte inmediatamente para el sujeto en una suprema norma: obra no como medio o vehículo de las fuerzas de la naturaleza, sino como ser autónomo, con cualidades de principio y fin; no como impulsado... por el orden de los motivos, sino como dominador de ellos; no como perteneciente al mundo sensible, sino como partícipe del inteligible; no como individuo empírico (*homo phaenomenon*), determinado por pasiones y afecciones físicas, sino como Yo racional (*homo noumenon*) independiente de ellas; obra, en fin, en la conciencia de la pura espontaneidad de tus determinaciones, de lo absoluto y universal de tu ser y, por lo tanto (...), de tu identidad substancial con el ser de otro sujeto." (p. 588). (resaltado del autor).

En esta formulación encontramos que lo que corresponde a lo moral tiene un basamento en la superioridad del ser humano (sujeto) sobre la naturaleza (objeto). El primero, en tanto que ser racional no solo forma parte de ella, siendo una determinada expresión, sino que constituye una naturaleza diferenciada de la generalidad, puesta su racionalidad que le lleva a comprender lo natural y, lo que es más importante, a comprenderse (entenderse) a sí mismo, a sus semejantes y su vida social. Esta última condición humana le hace no solo estar en la naturaleza, siendo producto de ella, sino en la sociedad que es un producto humano.

La reproducción de la moral kantiana en Del Vechio, llega también a la postura del ser humano, ya en la esfera del *noumenon*, como ser libre autodeterminado, incondicional, autónomo, que ajusta su comportamiento a los motivos que no lo determinan, sino que, por el contrario, los domina, puesto que hace valer su condición universal, propia de todo ser humano: la razón, que confluye en la "identificación esencial", es decir social racionalizada. Su racionalidad que lo separa de su naturalidad, se revela como misión suya para reencontrarse como humano (diferenciando de lo demás natural) en sus semejantes. Y *esta esfera es la moral*. Lo contrario, es decir, el ser humano natural, supone no un obrar por él, sino un obrar de la naturaleza en él.

Nótese como en el pensamiento de kantiano recogido por Del Vechio, la condición de la que se deriva la consideración moral humana (en tanto supone la libertad o la autonomía moral) es la superioridad racional del ser humano sobre la naturaleza. En la abstracción, el proceso productivo, ese hecho (el trabajo) que determina y sostiene la vida social y que consiste en transformar la naturaleza para satisfacer sus necesidades y para lo cual ejerce una verdadera dominación sobre lo que produce, cambia y consume (como determinación de su voluntad sobre esos bienes -en Hegel-), se les muestra como lo moral. *La moralidad es la vida social independiente de la naturaleza, como racionalizada*.

El obrar del ser humano, considerado en su racionalidad, es el, "deber moral", que se le impone. Si quiere ser "ser humano" debe superar las limitaciones, debe dejar de ser determinado exterior³⁵, debe buscar su esencia en su acción basada en la razón, debe identificarse con lo universal, romper con su individualidad poniéndose "a sí mismo *sub specie aeternitatis*", obrar como si "en él obrara la humanidad", es decir, proceder de "tal modo que la humanidad sea el fin" del acto. Por eso, *la ley moral*, según LÓPEZ DE OÑATE (influenciado por el pensamiento cristiano), está vinculada a los demás seres humanos cuya sociedad vive el sujeto, de donde, la acción moral se proyecta a los demás puesto que

³⁵ En Hegel la *persona* es la universalidad, es la sustancia que diferencia a cada ser humano de los demás seres naturales, es la esencia (la persona es la abstracción de la "voluntad libre" que determina objetos exteriores). La esencia se expresa en Juan, en Pedro, etc. y en cada individuo se determina. Lo determinado es una limitación de la esencia.

"el imperativo se dirige, si a cada ser humano, en su real individualidad, pero no en cuanto le proponga... realizar por entero esa individualidad, sino más bien en cuanto le manda que la acción puesta esté revestida de esas constantes formas de la acción que valgan para garantizar propiamente *la naturaleza y la realidad de la acción*" en tanto éstas son la esencia de la humanidad cuando racionales. La actividad consciente es un actuar pasando la individualidad, "cooperar abnegándose para otros" (pp. 219 y 224).

Lo moral reaparece ya no como la simple racionalidad que lo separa de lo natural, sino como la esencia que cada uno debe buscar por sí mismo, para realizarse socialmente, junto a los demás.

Y por ello, lo moral es un aspecto *interior* del sujeto. La casi totalidad de escuelas filosóficas y filósofos coincidirán en esta apreciación. La norma ética se afirma como un "irresistible" que impulsa al ser humano a ser tal y que no está dada objetiva o exteriormente sino "que niega toda exterioridad" en tanto ésta lleva a ser determinado; tal impulso establece acciones libres, *es una ley metafísica del obrar*. No es, según esta concepción, la sociedad la que determina conductas sino el mismo individuo que se convierte en ejemplo determinante del obrar de los otros (y que coinciden ya que todos poseen interiormente la misma ley impulsora). La Moral, como principio de acción es "la ley que determina en el sujeto la acción... (haciendo que sea) fiel a sí mismo, fiel a ese profundo sí mismo que cada uno tiene en sí". El mandato del obrar según el deber es una determinación interior que no surge del miedo ni es impuesto sino que es un principio que conlleva la espontaneidad de servir a la colectividad y que por tanto no se sujeta a condiciones o, como en HENKEL, son reglas cuyo cumplimiento está a cargo del autocontrol personal o, en STAMMLER, como "problema (que) se circunscribe a la vida interior del ser humano, en la que los extraños no pueden nunca ver de un modo seguro" y que recae siempre sobre los deseos del sujeto que "son buenos cuando se ajustan al principio de la pureza interior" y que, en tanto posee ese ámbito "A lo que tiende precisamente es a instruir al ser humano, a ofrecerle una posibilidad para que se oriente a sí mismo y que encause debidamente sus anhelos"³⁶.

³⁶ Sobre estas referencias se puede consultar a Del Vechio; López de Oñate; Gutiérrez, Carlos; Stammler, en las obras citadas y en las páginas 589 y ss; 211 y ss; 189; 232 y ss., respectivamente.

El imperativo moral es, por tanto, siempre y necesariamente un principio a priori de la razón, está en la naturaleza propia de cada ser humano. Pero un a priori que, para su efectivización, requiere de la voluntad como base de los actos; y la necesita determinándola a través de la previa elección de los fines que son escogidos (como buenos o malos, justos o injustos, etc.) racional y conscientemente.

En vista de que la voluntad humana interviene en el cumplimiento de lo moral que es interior al sujeto, se hace posible la transgresión que aparecería como negación de la búsqueda para sí, de la universalidad. Frente a este acontecer, STAMMLER señalará que lo moral tiene como única garantía de que se cumpla, a la conciencia del individuo en tanto que ella actúa como tribunal de su fuero interno, legitimando o reprobando sus pensamientos y actos; el ser humano no puede sustraerse a tal juzgamiento. El *reproche de la conciencia* aparece como la única sanción, pero otros filósofos, con mayor certeza, superan el extremado subjetivismo de STAMMLER y, ante la observación de que la conducta moral no es solo interior sino que supone exteriorización, hablan del *reproche moral de la colectividad*.

La *interioridad* y la *preexistencia* de lo moral es característico del idealismo. Así, en KANT, la conciencia del deber es una cualidad de la razón como *formas puras* que permiten la distinción del bien y el mal o como *imperativo categórico*; en el hedonismo, la búsqueda del placer es algo innato del ser humano que lo guía al bien; en el eudemonismo aristotélico, la felicidad humana es lo que conduce el obrar, limitando los deseos naturales; en el utilitarismo, la conveniencia y utilidad mutuos que miran los individuos, son la posibilidad de su realización; en la filosofía cristiana, los actos humanos son guiados por Dios que es el que le dota al ser humano de la recta razón, esa inteligencia para encontrar lo bueno.

Lo señalado arriba determina el que las concepciones idealistas caractericen a lo moral, *primero*, como *acto íntimo*, dado que "para que una acción sea tenida como buena, se requiere que el individuo obre no únicamente en cumplimiento de la conducta establecida como deber suyo, sino llevando a cabo

esa conducta por la razón de constituir tal deber y no por ninguna otra"; *segundo*, como *acto libre* dado que los imperativos morales "están dirigidos a la intimidad de mi conciencia, y soy, por tanto, libre de realizarlos o no"; *tercero*, como *acto autónomo* puesto que "la norma moral no se transforma en un deber concreto para un sujeto determinado, sino cuanto éste la conoce y está convencido que constituye una vinculación válida y obligatoria para su propia conducta"; y, *finalmente*, la *unilateralidad* ya que "ningún componente de la sociedad humana está en capacidad de reclamarnos el incumplimiento de esas obligaciones" (GUITIERREZ. 1976, pp. 186 y ss.), características que, ya en el plano práctico, llevarían a que el individuo moral tienda a ser -como señala STAMMLER- sincero consigo mismo, no exija de los otros nada positivo, es decir, no busque en su acto ventajas exteriores (que por lo demás supondrían un interés individual, determinado y, por tanto, inmoral) más que la alegría de su corazón que consistiría en el criterio estoico de poner por encima u objetivo a la virtud, alejándose de toda materialidad la que ubicaría al ser moral en la aristocracia del espíritu entendida como "la capacidad de armonizar todo lo concreto de la vida en una sólida concepción fundamental, de alcance universal y absoluto". (1974, p. 237 y ss.).

Todas estas "revelaciones" del espíritu humano o divino que encontramos en el idealismo, tienden, en muchos filósofos, a la pretensión de justificar lo moral "sobre todo como la alegría en el trabajo", "en el sublime don de producir conscientemente (que) no debe ver (en él) un simple medio para mezquinas aspiraciones". Es *la moral* la sublimación del trabajo... de quienes trabajan en beneficio de quienes no. El desprenderse de sí, para entregarse en brazos de la caridad social -como superación de su individualidad- para alcanzar "el sagrado" bien de ser ejemplo de la racionalidad universal, oculta, de por medio, el que la sociedad clasista y, más aún, la que acepta como primario a "las luces", son sociedades en las que el individuo se realiza por sí y ante sí, en medio de la competencia más o menos desarrollada y en la que es característico que uno sirva de mediato o inmediato escalón de otro para su ascenso. El más moral, así como queda, es el más seguro servidor de esa realidad y de los usufructuarios de la misma. La definición de "lo moral" no es, en este caso, una definición objetiva; oculta su historicidad, su vinculación con la realidad y su papel social verdadero y

la muestra como un mero abstracto, idealizado; no es la definición la que se ajusta a lo que es la moral, por el contrario, lo que es ella pretende ser acoplado, en la medida de lo que se pueda, a la definición previamente valorada. En definitiva "El bien, como diría Feuerbach, es sólo lo que responde al *egoísmo de todos los hombres*" (LENIN. 1974, p. 62) (el resaltado es mío); el egoísmo que está en todos es el fin supremo, es la universalidad valorada como tal.

Como hemos visto, en el idealismo lo moral supone una tendencia hacia lo social y es aquí donde se encuentra la relación y diferencia con lo jurídico. Los imperativos que rigen a cada individuo, ya en general, no sólo suponen su vida interior sino también la exterior; en ésta cobran un valor práctico en cuanto se busca lo justo. Lo moral y lo jurídico se revelan como *interconectados* en esa intención y por ello, como señala LÓPEZ DE OÑATE, hay una *diferencia lógica* entre ambos pero no están separados; *el que el Derecho asuma conceptos morales señala la imposibilidad de separarlos*. Pero esta relación no es horizontal sino vertical, *la moral es el modelo de lo jurídico* puesto que lo moral es lo justo y, lo jurídico, el Derecho, es *el medio* para realizarlo; lo primero es lo determinante y continente; lo segundo, el determinado y contenido; cabría decir que aquí, *el postulado de la acción justa*, su guía, *es la moral*, mientras que *lo jurídico es la acción concretada*. Además, la voluntad humana también es un nexo de ellas, pues ambas son sus manifestaciones.

La determinación de la moral sobre el Derecho se muestra aún en el caso en que el legislador toma los conceptos de la primera (bien-mal; justo-injusto; honesto-deshonesto; etc.) para elaborar los conceptos legales y el Derecho asume perfección en tanto es o pretende ser justo.

De lo anotado se desprende que el idealismo hace del Derecho y la Moral, puro espíritu, cuyas relaciones no son más que meras determinaciones abstractas (es decir en la conciencia, en la idea, en el mismo espíritu). Una y otra como expresiones supra estructurales de una realidad históricamente concreta no cuentan para nada. Lo moral es una abstracción; lo jurídico, eso mismo, pero especificado no dependiendo de la sociedad material sino del "ser moral", divinizado.

Hasta aquí hemos visto cómo esta concepción trata lo moral y lo relaciona con el Derecho. En lo posterior veremos sus diferencias.

A.2. Diferencias entre Moral y Derecho.

Según LÓPEZ DE OÑATE, si la relación muestra lo moral determinando lo jurídico, eso mismo muestra su diferencia. "La específica realidad del Derecho (...) es justamente este constituir esa serie de vínculos y de alianzas, de que consta la vida social (...) El sujeto no es ya considerado en sí (...), conforme a cuanto le es impuesto por la ley moral, sino en su acción, que se ha concretado en la historia, y que también ella tiene una ley, que no es ya solamente la ley de la subjetividad (...), sino la ley de la objetividad de la acción, de esa objetividad que la acción realiza necesariamente". (pp. 221 y 222), de donde es dable deducir que, mientras la Moral es la ley de toda acción, como subjetividad -en tanto se refiere a la intención del obrar-, el Derecho es lo contrario: la ley de las acciones determinadas, de las expresiones que cobra la intención en lo exterior sin que, por tanto, prescinda de la intención de valorar y explicar la acción.

Que dentro del Derecho ya no se considere al sujeto en sí, supone que éste en su acción, que se funda en la ley moral, busque "hacerse valer como tal frente a todos" haciendo reconocer su acción como propia, y entabla una relación bilateral; "En este irrompible nexo, en esta correlación esencialmente bilateral y *transubjetiva*, se revela precisamente el carácter peculiar de la determinación jurídica" (DEL VECCHIO. 1946, p. 592). Así, mientras en lo moral, el eje es la persona autónoma, en el Derecho, es la sociedad, el individuo en interrelación que se logra o instituye por actos determinados. Por ello, Carlos José GUTIÉRREZ señalará que "La distinción, hecha entre la vida personal, inter-individual y social, nos permite entender claramente las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos normativos, ya que uno de ellos -la Moral- es una regulación de la vida individual, mientras que (el) Derecho regula la vida social" (p. 1869). Y por ello, la diferencia entre una y otra estribaría, en primer término, en que la Moral, como dice LATORRE, es *la conciencia del deber*, y el

Derecho, un mecanismo que autoritariamente exige la observancia externa de normas para garantizar un orden social determinado (p. 26 y 27). La Moral es *subjetiva*, el Derecho es *objetivo*.

STAMMLER, especifica aún más y señala que esa diferencia supone, de otro lado, que mientras lo moral mira la vida interior, trata al ser humano aislado, el Derecho mira la existencia social de él que está determinada por la "vinculación de los fines humanos"; éste tiende "a la convivencia de varios seres humanos", ella "no trasciende la vida interior, su voluntad aislada" con lo que el Derecho se muestra como "voluntad vinculatoria que enlaza entre sí varias voluntades como medios recíprocos en sus relaciones" (pp. 89 y ss.). Y, en igual sentido, nuevamente LÓPEZ DE OÑATE, para quien el Derecho se presenta como "andamiaje que mantiene unida a la sociedad" pero manteniendo la eticidad consistente en "posibilitar (...), la sociedad como coexistencia, y no sólo como coexistencia sino como unión de todos los sujetos en el cumplimiento de su deber"; se aparece como "...el cumplimiento histórico de la moral, o sea el específico aspecto que la moral debe asumir no ya en la sociedad, sino en cuanto funda la sociedad, en cuanto *es en absoluto el proceso constitutivo de la sociedad*". (pp. 225 y ss.).

Estas distinciones anteriores (1.- lo moral = conciencia del deber; y, Derecho = concreción en acciones; 2.- lo moral = vida aislada, vida interior; y, Derecho = vida social, voluntad vinculatoria) llevan a deducir otra. La vida social en tanto jurídica, es *convivencia ordenada*, es un *orden social*, en el que cada uno tiene un derecho (se hace valer como persona) que se reconoce por lo demás. Ese derecho de cada persona supone la relación bilateral de que los demás están obligados a respetarlo y, frente a la violación, la vida social lo restaura, obligando al autor de la infracción a respetarlo, usando la fuerza. En la relación jurídica existe un deber que puede ser reclamado que se cumpla; en la relación moral, existe un deber que sólo es reclamado por mi conciencia. En el primero cumplo porque alguien exterior me obliga aun usando la coacción; en el segundo lo cumplo por mi propia determinación.

Dejando formuladas las principales posiciones idealistas, cabe plantear algunas apreciaciones desde el punto de vista marxista.

Desde esta óptica, la Academia de Ciencias de la ex-Unión Soviética definía a la Moral: "...como un sistema de opiniones, representaciones, normas y evaluaciones sobre la regulación de la conducta de los individuos, la conjugación de los actos de cada uno de ellos con los intereses de otros o de una comunidad determinada, los medios de educación de las personas y la formación y consolidación de determinadas cualidades y relaciones morales" (KONSTANTINOV, p. 233). Otro concepto desde el mismo punto de vista es el que formuló ALEXANDROV: "La moral (ética) la constituyen las ideas, formadas históricamente que una u otra clase tiene de lo bueno y de lo malo, de la injusticia, de la conciencia moral, del honor, etc., de la relación entre los intereses privados y los sociales, de las normas de conducta, correspondientes a estas ideas, de las personas entre sí, respecto a la familia, al Estado, a la sociedad, normas cuyo cumplimiento encuentra apoyo en el convencimiento interno, en la opinión pública y en las medidas de influencia social" (p. 234).

En las anteriores transcripciones se deja en claro cuáles son, en términos generales, los fundamentales puntos de diferencia entre las posiciones idealistas y las materialistas. De un lado, para las tesis marxistas es imprescindible plantear el carácter histórico-temporal de lo moral; de otro, la connotación clasista así como la condicionalidad referida al hecho de que, los valores (bueno, malo, justo, injusto) necesariamente dependen de una determinada realidad objetiva. Otros elementos que se plasman en el concepto marxista corresponden a la conducta y la subjetividad de lo moral, sin embargo, respecto de estos últimos, a diferencia de las anteriores acepciones idealistas, se los concibe de manera diferente. La conducta o corresponde a una determinación de la voluntad subjetiva únicamente, ella refiere a un complejo de determinaciones que nos remiten a la formación del sujeto en la sociedad en la que éste nace y se desarrolla; y, por lo mismo, sus valores, siguen la misma lógica, aparte de que la teoría marxista, nutrida de las investigaciones de las ciencias, admite que la relación entre la conciencia y la conducta no se limita al mero reproche subjetivo del individuo sino que, por el contrario (además de lo indicado) existe una dinámica inevitable

de condicionalidad de la conciencia del sujeto que se genera desde la opinión pública y las medidas de influencia y reproche social.

Es indudable que estos elementos, en tanto se considera al sujeto como resultado del desarrollo social (él es un producto social) y no individual, son definitivamente diferenciales en la concepción que sustentamos los marxistas. En nuestra concepción, sin embargo de lo anotado, en virtud de la ley dialéctica histórica que explica que la superestructura está determinada por la estructura, la Moral, como parte de la primera, está condicionada a la base social; por tanto, es certero el señalamiento de ENGELS respecto de que "...toda teoría moral ha sido, en última instancia, producto de las condiciones económicas de la sociedad en el período correspondiente. Y como hasta el día la sociedad se ha agitado entre antagonismos de clase, la moral ha sido siempre una moral de clase; o justificaba la dominación y los intereses de la clase dominante, o representaba, cuando la clase oprimida se hacía lo bastante poderosa, la rebelión contra esa dominación, así como los intereses del futuro de los oprimidos" (ALEXANDROV, p. 235), evidenciando que la relación entre moral y base social supone, inevitablemente, la interconexión entre valoración y situación material de las clases que coexisten en esa estructura.

Y esta misma afirmación es la que conlleva aquel planteamiento de que toda la superestructura (y por tanto la moral) se encuentra sometida a la ley general de la producción. Si el ser social determina la conciencia y ese ser es, ante todo, uno en la producción, sus abstracciones racionales reflejarán sus relaciones materiales de producción.

La evidencia más elocuente de la ligazón que se devela lo demuestra el hecho de que en diferentes condiciones objetivas, una misma cuestión adquiere diversa significación, es decir, *moral* en una e *inmoral* en otra. Para el idealismo, que pretende encontrar la explicación de los valores morales en la divinidad o en la naturaleza racional de los seres humanos, una situación de esta índole supondría o bien que la naturaleza humana es, en esas diversas condiciones, distinta, o bien, que las ideas, como a priori, en el un caso serían divinas (lo bueno) y, en el otro, infernales (lo malo). Tales opciones implicarían, para el

primer caso, negar *la naturaleza* humana, puesto que siendo circunstancial, accidental y determinada, perdería su condición esencial (y admitir la tesis del materialismo); y, en el segundo, negar el carácter absoluto de lo divino (cuestión que, obviamente, resulta inaceptable para la consistencia de sus teorizaciones). De todos modos, la explicación de esa diversidad -desde una postura idealista- no tiene feliz resultado y no admite el menor análisis. Por eso se trata de explicar extra-moralmente el problema de la moral (igual sucede con el Derecho).

"Si las ideas del bien y el mal han cambiado tanto de pueblo a pueblo, de siglo a siglo que no pocas veces se contradicen abiertamente" es porque tal relatividad opera como consecuencia de la diversidad de situaciones histórico-concretas, es producto de la materialidad social donde se da la valoración; es decir, un valor moral está íntimamente ligado a la realidad de quien lo elabora, más aún, no está dado sino que es un resultado creado en la mente humana (tal afirmación se va abiertamente contra la posición kantiana y contra todas aquellas que suponen valores a priori). En la teoría marxista, se aprecia los valores en tanto creados por la elaboración racional, por la abstracción de una determinada realidad y, en última instancia, como el resultado abstracto de ese ejercicio racional (el ser humano está condicionado a abstraer sólo lo que se le presenta ante su sensorialidad y racionalidad). Por tanto, si una condición material difiere de otra, en ellas encontraremos valores distintos. Si para un pueblo, como aquellos de África y Medio Oriente, se hace posible la convivencia de un hombre con varias mujeres, en los nuestros no, por virtud de condiciones diferentes como el desarrollo de la familia, el proceso de constitución de la monogamia, las condiciones históricas y sociales de desarrollo estructural, las influencias culturales como efecto del mestizaje, etc.

Además, en torno a lo que abordamos se propone otra dimensión del problema: la concepción idealista, como ya hemos mostrado, formula lo real como el concepto, es decir, toma al concepto como el objeto mismo, lo cual determina que los idealistas considere lo real no como lo que es sino como lo que piensan que es. Derivada de tal cuestión asoma *la idealización de la justicia*. El concepto de lo justo que habían idealizado y lo tienen como real, se topa con hechos objetivos que lo contradicen. Por eso se ven obligados a plantear

cuestiones como las que formula COUTURE, en el intento de ocultar el carácter dependiente de la moral respecto de la estructura social y de la clase; él dice: "Si hay contraposición entre la justicia y la ley, hay que defender a la primera". Pero con tal "principio" los idealistas, *primero*, renuncian al ideal de justicia como "*ley justa*", es decir ya no habría tal ley puesto que hay contradicción entre el valor y la norma positiva, de lo que se denuncia, la irrealidad de aquella "esencia" del Derecho que se defendía en varios de los teóricos de la corriente, es decir, la de ser medio para alcanzar el "valor supremo de lo justo". De otro lado, *-segundo-* hacen depender el concepto, del yo egoísta y erróneo del legislador; es decir, es él, al momento de elaborar la ley, quien conceptúa lo justo, con lo cual ya no falla el "valor supremo" sino el ejercicio racional del legislador, puesto que es él y no *lo justo* lo que está sujeto a las "terrenalidades humanas"; bajo esta óptica el problema de las diferencias se explicaría, livianamente, porque varía sólo la actividad legislativa. Los idealistas querían encontrar aquí también la distinción entre Moral y Derecho.

KONSTANTINOV, al referirse a las formas de la conciencia social, habla sobre el carácter histórico de la Moral, exponiendo el nexo que hemos venido planteando; él dice

"En la sociedad primitiva, las relaciones entre unos y otros hombres se regían por una sucesión de usos plasmados histórica y espontáneamente como un conjunto de tradiciones que consagraban las ideas y las normas de vida y de conducta sostenidos a lo largo de miles de años. Estas reglas y estos usos, transmitidos de generación en generación, habían terminado por convertirse en hábitos. Se las consideraba como mandatos de los antepasados. Y, al surgir la religión, se comenzó a presentar las normas de la moral como preceptos divinos. En las primeras fases de desarrollo de la sociedad primitiva, en que el nivel de las fuerzas productivas era todavía muy bajo, el hambre crónica obligaba al hombre primitivo a matar y, a veces a devorar a los viejos y a los niños. Y nadie tenía esto por inmoral. Al desarrollarse la productividad del trabajo, fue extinguiéndose esta práctica cruel, y a la par con ello fueron cambiando los hábitos y las normas de la moral. Los ancianos, como depositarios de la experiencia y de la tradición, comenzaron a verse rodeados por los cuidados, la estimación y el respeto de las gentes. Las viejas tradiciones seguían manteniéndose solamente como ritos religiosos, en relación con los sacrificios sacros. Y esto pasó a la religión cristiana, bajo una forma simbólica, como lo revela, entre otras cosas, el mito de Cristo, el dios-hombre que se

entrega al sacrificio, el rito de la comunión, como la participación en el cuerpo y la sangre de Cristo, etc.

"En las primeras fases de la sociedad primitiva imperaban la poligamia y la poliandria. Las costumbres consagraban esas relaciones familiares conyugales, y a nadie se le pasaba entonces por las mentes considerarlas inmorales. En el curso del progreso social surgió la familia monogámica, y esto hizo cambiar radicalmente las ideas de las gentes acerca de la moralidad e inmoralidad en lo tocante a las relaciones de la familia y el matrimonio: comenzaron a juzgarse como fenómenos inmorales (...) La poligamia y la poliandria (...)" (p. 345)

La cita es sumamente demostrativa del íntimo nexo entre lo material y la conciencia moral. Sin embargo, se hace necesario destacar cómo cada nueva valoración imprime nuevas actitudes; no sería apropiado dejar de apreciar que la conducta humana recibe la influencia de los valores que posee el ser humano. Al respecto ENGELS indicaba que

"La edad media *anexó a la teología, convirtió en subdivisiones a todas las demás formas ideológicas: la filosofía, la política, la jurisprudencia*. Con ello, obligaba a todo movimiento social y político a revestir una forma teológica; los sentimientos de las masas eran alimentados exclusivamente con religión, por lo cual no había más remedio que presentarles sus propios intereses con ropaje religiosos, si se quería levantar un impetuoso movimiento". (T VI, p. 388)

Se puede deducir que en esta etapa, la Moral aparece íntimamente ligada a la Teología (y de ahí que hasta hoy exista en importantes segmentos de la población tal confusión y sea tan difícil su laicización), y lo justo siga mostrándose —en última instancia— como un producto divino; por eso es que en las versiones teológicas —y en el iusnaturalismo racionalista, aun solapadamente— (en tanto la explicación de la raíz jurídica, por ejemplo, en las concepciones patristicas suponen un origen divino) se plantea que lo importante en la ley y en la conducta moral es la búsqueda de la justicia divina siendo la unidad de ambos; pero en tanto el "supremo Valor" está dado en la racionalidad (como moralidad que imprime la divinidad en los seres humanos), se muestra a la Moral como determinante de lo jurídico. Y de aquí mismo se hará depender la relación jurídica de la buena o mala fe de los individuos en cuanto los valores de bien y mal corresponden a lo moral.

Decíamos que la Moral depende de la estructura social y, por lo mismo, corresponde a la estructura clasista. ENGELS al referirse a esta relación dice:

"¿Qué moral se nos predica hoy? Ahí tenemos, en primer término, la moral cristiano-feudal, que nos han legado los viejos tiempos de la fe y que a su vez se divide, sustancialmente, en una moral católica y en una moral protestante, con toda una variante y subdivisiones que van desde la moral católica de los jesuitas y la moral ortodoxa de los protestantes hasta una moral un poco liberal y de manga ancha. Y al lado tenemos la moral burguesa, y al lado de la moral burguesa moderna la moral proletaria del futuro. Por donde solamente en los países cultos de Europa, el pasado, el presente y el futuro nos brindan tres grandes grupos de teorías morales que pretenden regir los tres a la par y simultáneamente. *¿Cuál es la verdadera? En sentido absoluto y definitivo, ninguna;* pero, evidentemente, la que más garantías de permanencia contendrá, será aquella que represente en el presente la conmoción del presente, el porvenir; es decir, la moral proletaria" (T VI, p. 348).

Cada clase tiene una moral propia de sus condiciones materiales de vida; y, la burguesía, por ejemplo, tiene como base de sus valoraciones el interés del lucro y el afán egoísta que ya fuera denunciada por algún economista que mereció la cita de Marx; tales son los términos en que se expresan los móviles de la burguesía en su conducta moral:

"El capital tiene horror a la ausencia de ganancia o a la ganancia demasiado pequeña, como la naturaleza al vacío. Conforme aumenta la ganancia, el capital se envalentona. Asegúresele un 10 por 100 y acudirá a donde sea; un 20 por 100 y se sentirá ya animado; con un 50 por 100, positivamente temerario; al 100 por 100 es capaz de saltar por encima de todas las leyes humanas; el 300 por 100, y no hay crimen a que no se arriesgue, aunque arrastre el patíbulo"

"El acaparador de grandes reservas de trigo, en la sociedad capitalista, está interesado en que sobrevenga una sequía, en que haya mala cosecha, hambre, pues todo esto hace subir el precio de su mercancía; al médico burgués le interesa que abunden los enfermos; al abogado burgués, le conviene que se cometan muchos delitos; al arquitecto burgués, que se produzcan muchos incendios en la ciudad; al cura, que aumente el número de muertos. *LA DESGRACIA DE UNOS ES FUENTE DE GANANCIAS E INCLUSO CONDICION DE VIDA PARA OTROS*".

En lo descrito se expresan las bases de la moral burguesa, nacidas del antagonismo de clase, de la propiedad privada, de la competencia general.

Y si cada clase posee su moral propia "necesariamente tendremos que deducir que los hombres, sea consciente o inconscientemente, derivan sus ideas morales, en última instancia, de las condiciones prácticas en que basa su situación de clase: de las relaciones económicas en que producen y cambian lo producido" (ENGELS. T VI, p. 79), de no ser así, todos los individuos tendríamos la misma moral. Derivado de lo anterior, la valoración de la conducta, en última instancia, tiene como factor determinante a los intereses sociales -no los individuales- y, en una sociedad clasista, los intereses de las clases; y, es el criterio dominante (el de la clase dominante materialmente) el que está en la base de tal juzgamiento.

Cuando hablamos de la conducta, además, en las concepciones científicas la entendemos como un producto social y esto postula, en primera instancia, que la Moral regularía la conducta social siendo producto de la base material de la sociedad, es decir, sería el reflejo más general de las relaciones sociales de los seres humanos, expresadas como conductas. Pero, en tanto éstas no se sujetan sólo a la superestructura sino, y ante todo, a la estructura, puesto que ella es quien realmente las determina, debemos considerar que tal condicionamiento material impone la repetición más o menos generalizada de tal relación convirtiendo al hábito en la base de toda conducta, incluso de la conducta moral. El hábito permite el cumplimiento de determinadas condiciones sociales sin necesidad de la coacción y cada nuevo hábito supone, necesariamente, una nueva valoración moral.

El tratamiento de la problemática planteada no puede terminar aquí y, por ello, de otra parte, se hace indispensable señalar que en cuanto la moral implica valoración (abstracción racional), ella es conciencia, la expresión de que el individuo ha adquirido conciencia de *su relación* con otros individuos, proceso que opera subjetivamente (se elabora en cada individuo). En tal afirmación se revela lo siguiente (y que marca una profunda línea divisoria entre la concepción idealista y la nuestra sobre esta consideración): *la moral es interior al individuo en cuanto forma parte de su conciencia, pero no es una cuestión dada en él sino creada, es*

decir, el individuo asume una valoración moral ante todo como resultado de su relación social y, en tal sentido, su valoración no es tanto lo que él crea sino lo que la sociedad le imprime (con lo que volvemos a lo que decía Alexandrov respecto de que la opinión pública, las medidas de influencia social son trascendentales en la definición de la Moral). CERRONI (1975), en este sentido afirma que "(...) el Yo es la prolongación teórica de la realidad, ésta a su vez es el soporte definido de aquél y una superación real que comprende la teoría como parte de una totalidad histórica y positiva" (p. 17), es decir el *yo* es prolongación de lo real en tanto concibe y en sus concepciones expresa lo que es su mundo histórico y, no sólo histórico exteriormente, sino integrante del sujeto dado que él mismo está inmerso en esa historicidad objetiva en la que se desenvuelve y se expresa como conciencia. El *yo* (conciencia para sí, que busca algo para sí y que actúa con voluntad) es la utilización del mundo en la producción; la voluntad por tanto, está históricamente comprendida, el ser humano no concibe más allá de lo que es su ser social histórico que está indisolublemente unido a la naturaleza. Así capta no sólo a la naturaleza sino que él mismo se capta -no sólo individual, sino socialmente-, puesto que "La sociedad es la completa consubstanciación del ser humano con la naturaleza, la verdadera resurrección de la naturaleza, el realizado naturalismo del ser humano y el realizado humanismo de la naturaleza". (MARX)

Ahora podemos afirmar lo siguiente: la Moral y el Derecho tienen el mismo asiento: las relaciones sociales. Su diferencia estriba en que *la primera supone totalidad y, el segundo, especificidad*. El Derecho se distingue de la Moral en cuanto su ámbito de acción es una especificidad de relaciones sociales: las de propiedad. Por ello es que, apenas entran en escena la propiedad o intereses propietarios, algunos valores morales inmediatamente asumen la connotación jurídica y sólo aquellos que están en condición de efectuar la defensa de tales intereses. ENGELS manifiesta que: "el desarrollo de la propiedad mobiliaria impone como precepto *moral, luego jurídico*, el 'no robarás', a toda sociedad que tiene como base esa propiedad. De ahí que desaparecida esa condición toda proclama en ese sentido resultaría ridícula". Lo jurídico, entonces, viene a ser (en cuanto asume valoraciones morales) la contemplación de aquellos que median la propiedad y por eso resulta totalmente objetiva la crítica de MARX a los hegelianos respecto del delito: lo que el legislador reprocha al delincuente no es

buscar apropiarse del concepto o transgredir lo justo, lo bueno, etc., sino buscar apropiarse de bienes, transgrediendo la propiedad (de allí que el trasfondo del delito no sea otro que el de ser una tipicidad que defiende la propiedad encubriendo tal apología con valoraciones morales).

LA MORAL APARECE COMO LA TOTALIDAD O LA ABSTRACCIÓN VALORADA DE LA TOTALIDAD DE LAS RELACIONES SOCIALES; LO LEGAL, COMO LA EXPRESIÓN ABSTRACTA DE LAS RELACIONES DE PROPIEDAD Y LA DIVISIÓN DEL TRABAJO.

Finalmente, es en la sociedad moderna, la del Estado capitalista, en donde se muestra de manera más abierta la separación entre lo moral y lo jurídico. La división (dualidad o desdoblamiento del sujeto) entre ciudadano y persona, determina que el individuo (en cuanto ciudadano del Estado) esté sometido a las prescripciones jurídicas, en tanto en tal condición se expresan de manera abstracta las condiciones de la propiedad como general; y, para *la persona* (es decir el individuo física y socialmente considerado en su mayor amplitud) rige la Moral en tanto aquí entabla relaciones de toda índole; así, lo moral aparece como individual, como privado, cuando efectivamente es lo inverso en el sentido de que es la realidad en la que se desenvuelven los individuos lo que la determina.

En esta doble connotación del individuo se expresa la contradicción entre lo económico y lo político: de ésta se derivaría la vida social entendida como relación en la comunidad política que emite leyes; sometiénose a esas prescripciones positivas en las que se expresa la propiedad privada como general, mientras que en aquélla se postula el problema de la sociedad civil, el estado de competencia en que cada individuo compite con otro y en donde su actuación frente a los demás está acompañada de la valoración de su conducta personal, y por eso mismo, lo jurídico es distinto de la conciencia moral; en la primera es el Estado el que reprime, como interés general; en la segunda, la reacción social que rechaza una determinada conducta.

Así, la moral se nos muestra como una conciencia histórica de la totalidad de relaciones que ha adquirido el individuo en la sociedad, como conjunto de abstracciones que reflejan la base económica pero valorándola como ideales sociales que trasponen el ser en lo que queremos que sea.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDROV, N.G.- *Teoría del Estado y del Derecho*; Editorial Grijalbo S.A.-México D. F. Versión Española de A. Fierro, Segunda edición.-Abril de 1966.

BARNES, Harry E. y BECKER, Howard.- *Historia del Pensamiento Social*; Fondo de Cultura Económica.- México.- 1945; Tomos I y II.

CASTRO ORBE, Rubén.- *Introducción al Derecho y Algunas Cuestiones Fundamentales sobre Filosofía del Derecho*; Publicaciones Asociación Escuela de Derecho.- Universidad Central del Ecuador.- Quito.- 1979.

CERRONI, Humberto. *Marx y el Derecho Moderno*; Editorial Grijalbo, S. A. México D. F. Traducción de Amaldo Córdova.- 1975.

CHAVEZ, Nelson P.- *El Régimen Constitucional y el Marxismo*; Editorial Universitaria.- Universidad Central del Ecuador.- Quito.- 1974.

CUEVA, Agustín.- *El Desarrollo del Capitalismo en América Latina*; Siglo XXI Editores, S.A. México D. F., Cuarta Edición.- 1980.

DIEZ PICAZO, Luis.- *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; Editorial Ariel.- Barcelona - España.- Primera reimpresión.- 1975.

DE GORTARI Eli.- *Lógica General*; Editorial Grijalbo, S.A.- México D.F.; Quinta Edición.- 1972

DEL VECHIO, G. y RECASENS SICHES, L. *Filosofía del Derecho*, Editorial UTEHA.- México.- 1946; Tomos I y II.

ENGELS, Federico.- *Anti-Dühring*; Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Obras Escogidas de Marx y Engels, Tomo VI.

ENGELS, Federico.- *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*; Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Obras Escogidas de Marx y Engels, Tomo VI.

ENGELS, Federico.- *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*; Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Obras Escogidas de Marx y Engels, Tomo VII.

ENGELS, Federico.- *Ludwig Feuerbach y el fin de la Filosofía Clásica Alemana*. Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Obras Escogidas de Marx y Engels, Tomo VII.

ENGELS, Federico.- *Sobre la Autoridad*; Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Obras Escogidas de Marx y Engels, Tomo V.

ENGELS, Federico.- *Del Socialismo Utópico al Socialismo Científico*.- Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Obras Escogidas de Marx y Engels, Tomo VII.

FRIEDRICH, Carl.- *La Filosofía del Derecho*; Fondo de Cultura Económica.- México.- 1964.

GUTIERREZ, Carlos José.- *Lecciones de Filosofía del Derecho*; Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA.- San José - Costa Rica.- 1976

KALINOWSKI, Georges.- *Introducción a la Lógica Jurídica*; Editorial Universitaria de Bns. Aires.- Traducción de Juan A. Casaubón.- Bns. Aires - Argentina.- 1973

KELSEN, Hans.- *Una teoría 'realista' y la Teoría Pura del Derecho en Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; Centro Editor de América Latina.- Bns. Aires - Argentina.- 1969.

KELSEN, Hans.- *El Profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho en Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; Centro Editor de América Latina.- Bns. Aires - Argentina.- 1969.

KELSEN, Hans.- *La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico en Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; Centro Editor de América Latina.- Bns. Aires - Argentina.- 1969.

KELSEN, Hans.- *El concepto de orden jurídico en Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; Centro Editor de América Latina.- Bns. Aires - Argentina.- 1969.

KONSTATINOV, F.- *Fundamentos de Filosofía Marxista-Leninista*; Editorial El Progreso.- Moscú - URSS.- Traducción al español.- 1975; Tomo II.

KONSTANTINOV, F.- *El Materialismo Histórico*; Editorial Grijalbo, S. A.- México D. F.- Traducción de Wenceslao Roces y Adolfo Sánchez Vázquez.- Octava reimpresión.- 1963.

KOPNIN, P. V.- *Lógica Dialéctica*; Editorial Grijalbo, S.A. - México D. F., Primera Edición en Español, versión de Lydia Kuper de Velasco.- 1966

LATORRE, Angel.- *Introducción al Derecho*; Editorial ARIEL.- Barcelona-España Séptima edición.- 1976.

LENIN, Vladimir.- *Cuadernos Filosóficos*; Editorial Librerías ALLENDE' S.A. - México.- 1974

LOPEZ DE OÑATE, Flavio.- *Filosofía del Derecho*; Ediciones Jurídicas EUROPAAMERICA.- Bns. Aires- Argentina.- 1961; Tomos I y II.

MARX, C. y ENGELS, F.- *Manifiesto del Partido Comunista*.- Ediciones Textun.- 1974

MARX, Carlos.- *Feuerbach. Contraposición entre la concepción Materialista y la Idealista*; Obras Escogidas de Marx y Engels, Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Tomo IV.

MARX, Carlos.- *Manuscritos de París*; Grupo Editorial Grijalbo, Editorial CRITICA.- Barcelona-España.- 1978; Obras de Marx y Engels OME 5.

MARX, Carlos.- *La Ideología Alemana*; Ediciones Arca de Noé.- Bogotá-Colombia.- 1975.

MARX, Carlos.- *La Cuestión Judía en Anuarios Francoalemanes*; Grupo Editorial Grijalbo, Editorial CRITICA.- Barcelona-España.- 1978; Obras de Marx y Engels OME 5..

MARX, Carlos.- *Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel*; Publicaciones Frente Amplio de Derecho (FAD) - No. 1.- Universidad Central del Ecuador.- Quito.- 1974.

MARX, Carlos.- "Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel".- Grupo Editorial Grijalbo, Editorial CRITICA, S.A. - 1978. OME 5.-

MARX, Carlos.- *Crítica al Programa de Gotha*; Obras Escogidas de Marx y Engels; Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Tomo V.

MARX, Carlos.- *Notas críticas al artículo 'El rey de Prusia y la Reforma Social. Por un Prusiano' en Artículos del 'Vorwärts' (Agosto de 1844)*. Grupo Editorial Grijalbo, Editorial CRITICA.- Barcelona-España.- 1978. OME 5

MARX, Carlos.- *El Capital*; Obras Escogidas de Marx y Engels; Editorial Ciencias del Hombre.- Buenos Aires-Argentina.- 1973; Tomo III.

NOVOA MONREAL, Eduardo.- *El Derecho Como obstáculo al cambio social*; Siglo XXI Editores, S. A.; México.- Cuarta Edición.- 1980.

PASHUKANIS, E..- *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*"; Editorial Grijalbo, S.A., colección Teoría y Praxis; México D. F. - Primera edición en Español.- Traducción de Carlos Castro.- 1976.

PEREZ GUERRERO, Alfredo.- *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*; Editorial Universitaria.- Universidad Central del Ecuador Quito.- Tercera Edición.- 1973.

PONCE, Anibal.- *Educación y Lucha de Clases*; Edición anónima.

RIVERA, Oswaldo.- *La Moral en las Actividades Humanas*; Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana.- Quito.- 1969.

RODRIGUEZ, Antonio.- *Teoría Marxista del Derecho*.- Editorial Gallo capitán.- Otavalo-Ecuador.- 1981

ROSENTAL, M..- *Categorías del Materialismo Dialéctico*; Editorial Grijalbo, S'A. - México D.F. - Traducción de Adolfo Sánchez Vázquez y Wenceslao Roces.- 1960.

ROUSSEAU, Juan J. -.- *El Origen de la Desigualdad entre los Hombres*; Editorial Grijalbo, S.A. Colección 70.- Versión al español de Coloma Lleal México D. F. 1972.

SOTO ALVAREZ, Clemente.- *Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil (Curso Gráfico)*; Editorial Limusa.- México D. F., primera impresión.- 1975.

STAMMLER, Rudolf.- *Tratado de Filosofía del Derecho*; Editora Nacional.- México, traducción de la segunda edición alemana por W. Roces, Primera Edición.- 1974.

TRUYOL Y SERRA, Antonio.- *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado: I)-De los orígenes a la baja Edad Media*; Alianza Editorial, S.A. Madrid-España.- Sexta Edición revisada.- 1978.

VASQUEZ, Eduardo.- *Dialéctica y Derecho en Hegel*; Monte Avila Editores, C.A.- Caracas - Venezuela.- 1976.

WEYL, Monique y Roland.- *Revolución y Perspectivas del Derecho*; Editorial Grijalbo, S.A.- México D. F. - Traducción de Nicolas Grab.- 1978.

Poligrafiado de Introducción de Derecho.- Reproducción de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Central.- Sin nombre de autor.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

330-812-130 (AAG319089 23 0881) 3T23

25 AVENTA ES PENADA POR LA LEY

Acceda a toda la información jurídica
a través de un click



Es un software legal completo de la Legislación Ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, así mismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria. El Cepweb ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial. Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Este software jurídico se caracteriza por contener:

- **Novedades Diarias:** Información publicada diariamente en el Registro Oficial.
- **Biblioteca de Registros Oficiales:** Textos íntegros emitidos y autorizados.
- **Legislación Vigente:** Normativa Legal ordenada y actualizada de la legislación ecuatoriana, enriquecida con concordancias, titulación de artículos, notas ampliatorias y explicativas.
- **Absolución de Consultas:** Compendio de todas las respuestas emitidas por los diferentes organismos de control como: Procuraduría General del Estado, Servicio de Rentas Internas (SRI), Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador (SENAE), Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías del Ecuador.
- **Evolución Normativa:** Historial de la normativa reformada, organizada cronológicamente.
- **Legislación Derogada:** Normativa legal que ha perdido vigencia, pero que conserva importancia.
- **Tratados internacionales** suscritos por el Ecuador clasificados entre Multilaterales y Bilaterales.
- **Doctrina Jurídica:** Textos que reflejan el pensamiento de estudiosos del Derecho.
- **Jurisprudencia:** Recopilación de fallos emitidos por las máximas instancias judiciales.
- **Información Práctica:** Modelos, formatos, flujogramas, cálculos, entre otros.
- **Términos jurídicos** especializados por materias.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Para mayor información y ventas:



UIO

Acuña E2-02 y Agama.
Teléf. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE

Telf. (593-4) 2622-052

CUE

Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ■ **ventas@cep.org.ec**