

Carácter Ideológico de la Filosofía del Derecho

El uso
alternativo del derecho

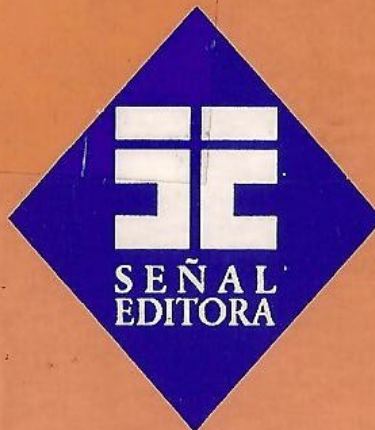
Gilberto Tobón Sanín

1029

1998

Ej: 1

SCIB: 67481



30 JUN 1998

CARACTER IDEOLOGICO
DE LA
FILOSOFIA DEL DERECHO

GILBERTO TOBON SANIN.
Profesor de la
Universidad de Medellín.



Primera edición: 1984
Segunda edición: 1988
Tercera edición: 1993
Cuarta edición: 1998

Derechos reservados: Gilberto Tobón Sanín
Señal Editora

Impresión: L. Vieco e Hijas Ltda.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico; especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Hecho el Depósito que exige la Ley.

Distribuye: **Librería Señal Editora**
Calle 50 No. 45 -26
Conmutador 251 98 82
Medellín

340.1
T629ca
EJ.1

Donación Gilberto Tobón Sanín - Junio 23/98

A todos los profesores de la Universidad de Medellín, que luchan para que los dos pilares fundamentales de la Institución: Ciencia y Libertad, sean una realidad viva y actuante.

286954(1)

PRESENTACION DE LA SEGUNDA EDICION

En esta segunda edición del libro "Carácter Ideológico de la Filosofía del Derecho", se agrega un texto sobre "El uso Alternativo del Derecho".

Ello requiere una aclaración y una justificación teórica (o para algunos lectores, quizás meramente ideológica).

El autor de estos trabajos no quiere eludir el juicio crítico sobre las aparentes discontinuidades del "discurso", y las posturas teóricas que implica, más bien conlleva un giro, otro ángulo de análisis del problema entre filosofía, derecho, ideología y política.

La denominación vanidosa de "autor", no es más que un reflejo y una consecuencia de nuestra llamada cultura occidental, pues como bien lo expresara el gran pensador francés Michel Foucault: "En otros términos, para "encontrar" al autor en la obra, la crítica moderna utiliza esquemas muy cercanos a la exégesis cristiana, cuando ésta quería probar el valor de un texto por la santidad del autor", y más adelante agrega, de manera contundente y brillante: "La función autor está ligada al sistema jurídico e institucional que encierra, determina, articula el universo de los discursos; no se ejerce de manera uniforme ni del mismo modo sobre todos los discursos, en todas las épocas y en todas las formas de civilización; no se define por la atribución espontánea de un discurso a su productor, sino por una serie de operaciones específicas y complejas; no remite pura y simplemente

"Una de las funciones del estudio filosófico: hacernos tomar conciencia de la auténtica naturaleza del Derecho en el sistema estudiado, esto es, instrumento de poder del actual Estado capitalista".

A.J. Arnaud.

"La ideología necesitaba sustituir la historia de las instituciones jurídicas. La filosofía del Derecho murió con Hegel, y si hay quien quiera objetar en nombre de los libros publicados después, diré que el papel impreso de los profesores no es propiamente y siempre indicio del progreso del pensamiento. La filosofía del Derecho se convierte de este modo en un tratado filosófico de la historia del Derecho. Y no es necesario repetir otra vez de qué modo la filosofía histórica va a parar al materialismo económico, y en qué sentido el comunismo crítico es la inversión de Hegel".

Antonio Labriola

a un individuo real, puede dar lugar a varios ego de manera simultánea, a varias posiciones-sujetos, que pueden ocupar diferentes clases de individuos"¹.

El ensayo "El Carácter Ideológico de la Filosofía del Derecho, está inspirado en gran parte en la distinción althusseriana entre ciencia e ideología, la cual hizo carrera en el marxismo de las décadas del 60 y del 70.

El marxismo descubrió un nuevo continente: "la historia", de la cual se ocuparía esa nueva ciencia denominada "el materialismo histórico", y el método y la filosofía que la inspiraban, era "el materialismo dialéctico". En ese orden de ideas, el discurso filosófico-jurídico era y es ideológico, o sea, justificador del sistema existente.

Aún hago eco a dicha formulación, y apoyo las afirmaciones del pensador español Manuel Sacristán: "El soberano desprecio positivista por la 'utopía', acaba por situar al positivismo jurídico, formalista o no, en paradójica coincidencia final con la apología iusnaturalista del orden burgués"².

Pero el punto actual de mi discrepancia con la tesis del filósofo marxista Louis Althusser, y de su escuela, en la cual se encuentran iusfilósofos tan destacados como Michel Mialle, Antoine

Jeammaud y otros, es el de que se pueda construir una "ciencia marxista del derecho", que, a grandes rasgos, sería un capítulo del materialismo histórico como la sociología, la economía, etc. El problema consiste en que con este tipo de enfoques, no se puede dar una especificidad de lo jurídico, pues queda caracterizado como parte de la famosa superestructura, derivado de la base, o sea de la estructura económica. Y aunque la llamada escuela de Grenoble, ha variado sus posiciones, la idea de una "ciencia marxista del derecho", conlleva una clara impronta estructuralista, la cual no permite una reconstrucción materialista de las categorías jurídicas, y del papel de mediación, entre lo económico y lo político que cumple la forma jurídica al interior del modo de producción capitalista, pese al "Carácter Ideológico de la Filosofía del Derecho", y de la Teoría Jurídica o Teoría del Derecho.

El factor y la instancia de lo político, son rescatados de manera expresa por la escuela italiana de Pietro Barcellona, Cotturri, Galgano y otros, la cual elaboró la teoría del "Uso Alternativo del Derecho", reconociendo el doble carácter de la estructura del derecho: de un lado, su factor represivo y alienante, y de otro, cierto carácter liberador y de apertura a los intereses de las llamadas clases subalternas, las cuales arrebatan espacios políticos a la clase dominante en la lucha por el Poder del Estado, logrando ciertas aperturas democráticas, sin desconocer el aspecto puramente ideológico del problema. Tal situación la precisa de manera clara, Francisco Fenghi: "... se reafirma la inevitabilidad de que el jurista, en su investigación sobre el significado de la norma,

1 Véase Michel Foucault: "Qué es un Autor?". Revista de la Universidad Nacional, Volumen II, No. 11. Bogotá, 1987.

2 Manuel Sacristán: "De la Idealidad en el Derecho". Cita de "Papeles de Filosofía". Editorial Icaria. Barcelona, 1984. p. 314.

parta de premisas ideológicas precisas o de premisas de valor que lo lleven a hacer prevalecer un determinado interés en relación con otro. También se ha insistido mucho en abrir la posibilidad de un Uso Alternativo del Derecho, por el cual el intérprete y el juez, en el desempeño de su función, deberían tener en cuenta las normas o reglas jurídicas que surjan de la praxis y de la conducta de los individuos y de las clases”³.

La politicidad del derecho y no solamente (aunque sin excluirlo) su aspecto ideológico, se hace presente en este nuevo tipo de reflexión teórica sobre el derecho.

La lucha de clases se instaura también al interior del derecho, no alcanzando éste una naturaleza unidimensional, sino contradictoria, de la cual pueden valerse las masas trabajadoras, sin caer en la ilusión total de que con ello van a obtener su liberación definitiva.

El ensayista italiano Doménico Corradini, lo expresa mejor al señalar: “Este Uso Alternativo del Derecho no carece de importancia, y no debe ser abandonado a las elucubraciones de los retóricos ni a la fantasía de los ilusos. Retóricos e ilusos son quienes lo condenan perentoriamente, recurriendo a una antigua estratagema: presentar todas las reformas como surgidas de la cabeza de las clases dominantes, para poder así saltar fácilmente hacia la orilla de izquierda más alejada. Sin embargo, no debe olvidarse que el uso alternativo de las instituciones burguesas no coincide

3 Véase Francisco Fenghi, “Derecho”, en la obra colectiva: La cultura del 900 (del siglo XX). Editorial Siglo XXI Editores. México, 1985. p. 214.

con la creación de instituciones alternativas del proletariado”⁴.

Los sectores más radicales de derecha e izquierda, pueden pensar que el Uso Alternativo del Derecho, introduce el desorden en el universo de la certeza y la seguridad jurídicas, que para los sectores más retardatarios se confunden con la defensa de la “sacrosanta” propiedad privada, y para los otros, con un mero e inútil reformismo. El carácter ideológico de la Teoría Jurídica, no impide la politización de la teoría y de la práctica jurídicas.

Para concluir, podemos afirmar con Monique y Roland Weyl que: “Como hemos visto, el derecho burgués es estrictamente ideológico, sobre la base de referencias moralistas, engañosas en lo social”, pero que también y de manera contradictoria: “el derecho puede ser, incluso bajo el régimen del sistema capitalista, un instrumento utilizable por la clase obrera para organizar su intervención en los asuntos públicos”⁵.

4 Véase Doménico Corradini: “Crítica del politicismo y del juridicismo”. Revista Crítica Jurídica, UAP, México, No. 4, 1986. p. 9.

5 Véase: Monique y Roland Weyl: “Revolución y perspectivas del Derecho”. Editorial Grijalbo. México, 1974. pp. 171 y 191.

INTRODUCCION

La reedición del presente trabajo "Carácter ideológico de la Filosofía del Derecho", obedece en cierta forma a dos consideraciones, en algunos aspectos paradójales: de un lado, se trataría de hacer un balance autocrítico de los planteamientos formulados, o sea, una especie de reflexión crítica sobre el subsuelo epistemológico en el cual se levantaba el discurso. Pero, por otra parte, se trata de mantener ciertos presupuestos que aún hoy considero como válidos en la compleja tarea de la ubicación del pensar ius-filosófico.

En síntesis, la reedición viene determinada por el doble movimiento dialéctico inherente en cierta forma a todo pensamiento: la autocrítica, y de otro, la confirmación, en la perspectiva de una mayor profundización temática, de los puntos que se consideran un acierto teórico.

En primer lugar, es necesario aclarar al lector el círculo teórico dentro del cual se mueve el discurso: el de la concepción althusseriana, tan cara a los distintos grupos intelectuales de la década del 70 (1970) según la cual el marxismo sería

una teoría científica ocupada en explicar, comprender y transformar la sociedad capitalista, con base en el conocimiento *científico* por él aportado; para Althusser, Marx habría descubierto un nuevo continente, teóricamente hablando: el continente de la Historia. Habría, pues, una teoría científica de la sociedad (el marxismo), y concepciones ideológicas; o sea, se planteaba el dualismo ciencia-ideología, como una pareja irreductible la una a la otra.

Pero paralelo a este planteamiento, surge también dentro de la óptica teórica althusseriana, la problemática tan famosa, introducida por él, sobre los dos Marx: el joven, y el maduro, moviéndose el primero, dentro de la concepción antropológica de la "esencia humana" y de la "alienación", y, el segundo, dentro de la perspectiva de pensar la totalidad social, como una unidad de contrarios enraizada en la dialéctica; de infra y supraestructura, así como en la lucha de clases como motor de la historia.

Respecto al primer universo filosófico, o sea el construido por el joven Marx, Nicos Poulantzas, quien fuera en una época el más brillante alumno de Althusser, escribe a propósito de esta temática: "En el joven Marx, el lugar del sujeto es detentado por los individuos concretos-hombre genérico "esencia de la sociedad". Los niveles de la superestructura, en este caso el Derecho y el Estado, son considerados según el modelo de la alienación. Constituyen fenómenos ilusorios y falsos, mistificaciones cuya única función es ocultar la esencia de la realidad social que constituiría en el hombre genérico-individuos concretos. El Estado y el Derecho se identifican aquí con la ideología que opera como un

fenómeno alienante. Esta es la concepción "humanista" del marxismo que continúa actualmente haciendo estragos entre los investigadores marxistas"¹. No obstante, este segundo aspecto de los dos Marx es rechazado en el trabajo, aunque tímidamente, al igual que el problema de las *rupturas epistemológicas*, el cual toma Althusser de Bachelard.

En síntesis, el error althusseriano cometido en el texto sería el de aceptar tácitamente la pareja discursiva ciencia-ideología, como dos universos conceptuales irreductibles el uno al otro. Es más, se consideraba el discurso jurídico como ideología y la constitución de una ciencia jurídica se desplazaba hacia las formulaciones teóricas generales, contenidas en el materialismo histórico, lo cual, precisamente por su carácter general y su vocación monista en la interpretación histórica de la totalidad social, dejaba sin resolver el problema de la especificidad de lo jurídico pues este sólo era tratado a partir de la teoría estructuralista de los *niveles* (habría en la totalidad social, tres niveles básicos: el económico, el jurídico-político y el ideológico) y por ello, subrepticamente y sin proponérselo, se colocaba, por decirlo así, en una cierta concepción positivista sobre la autonomía de los *niveles* y su determinación en última instancia por lo económico. Concepción ésta según la cual podría pensarse en la construcción de una "ciencia de lo jurídico". Pero el problema de los obstáculos

1 Nicos Poulantzas "Marx y el Derecho moderno". Tomado de "Archives de Philosophie de droit" Tomo XII - 1967 (París), Traducción española "Hegemonía y Dominación en el Estado Moderno".

epistemológicos para la construcción de la ciencia jurídica, seguía sin resolverse (obstáculos que no son otros que los del objeto y el método, de lo cual se habló en el texto).

Pero es necesario hablar también de un obstáculo epistemológico muy profundo y difícil de remover en la construcción de un saber "científico" del Derecho. Me refiero al papel del Derecho como fuerza legitimadora del poder, como bien lo expresase R. Weyl: "El legalismo es una forma de oscurantismo. Lo es, porque constituye una sacramentalización; engendra un renunciamiento a la crítica. . . y se desarrolla en un terreno de falta de preparación, de ineptitud para la crítica"².

Es necesario pues, romper definitivamente con la idea de la autonomía de lo jurídico, pues el discurso descriptivo que se levanta en torno a ella, lleva el rótulo de una ciencia pura del Derecho, y por ese camino básicamente se reproduce la realidad existente; de allí que afirme P. Barcellona: "La ciencia jurídica se presenta esencialmente como reconstrucción del *sistema*, o sea como investigación de los elementos unificadores de los diferentes sectores normativos; como *descubrimiento* del común denominador que después constituirá el elemento base de la conceptualización", agrega igualmente: "Todas las operaciones de los juristas son reconstrucciones del sistema, obtenidas a través del método de la interpretación sistemática y de la abstracción generalizadora"³.

2 Ver Monique y Rolad Weyl. *Revolución y Perspectivas del Derecho*. Ed. Grijalbo. México 1978. p. 135.

Se hace necesario pues, mostrar que el objeto jurídico, el Derecho, no sólo no se explica por sí mismo, sino, además, mostrar que éste posee como dijera Michel Maille: "Una falsa transparencia" motivada por una posición empirista extrema que creería que lo real es lo inmediatamente dado, en este caso la norma jurídica o la regla de Derecho. Por ello dice con razón Maille: "Forzar este primer obstáculo epistemológico es pues deshacerse de la idea de transparencia del objeto de estudio; es aceptar que las cosas son más complejas de lo que la observación deja "ver"; es leer el complejo real bajo la simple apariencia. Para evitar este obstáculo, será necesario pues constituir el objeto de la investigación"⁴.

Pese a que el texto se resiente de cierto althusserianismo, no obstante existen dentro del cuerpo teórico del ensayo algunas ideas que, aún hoy, miradas a distancia, conservan toda su realidad: tal es el caso de atacar el idealismo de raíz como una concepción que es incapaz de dar cuenta de la dialéctica de la realidad histórico-social. Es este un criterio muy difundido en la literatura filosófico-jurídica, según el cual son las ideas, los pensamientos, y en el caso de la relación derecho-sociedad, las leyes, los que organizan la sociedad y le dan vida por decirlo así; en este sentido acierta el teórico alemán Karl Korsch, cuando dice al respecto, refutando este tipo de concepciones: "una concepciones del Derecho totalmente ideológico y burguesa. . . considera

3 P. Barcellona, Mukenberger y otros: *Capitalismo Monopolístico y Cultura Jurídica*. pp. 31 y 32

4 Ver Michel Maille: "Une Introduction Critique au Droit". Maspero, París. 1976. pp. 264 y ss.

que las diferencias históricas en las relaciones económicas y sociales de diversas épocas, son un producto del dominio de diferentes ideas jurídicas, en lugar de explicar a la inversa las diferencias en el Derecho, a partir de las diferencias en el desarrollo económico y social”⁵

A lo largo del trabajo se señala con claridad que esta tendencia idealista se expresa de manera recurrente en el ius-naturalismo, el cual pretende determinar y estructurar el Derecho a partir de la idea de justicia. En el texto que ahora se reedita encontrará el lector pues, no sólo una crítica al Positivismo, sino también al ius-naturalismo, como discursos ideológicos.

La justicia se verá como una realización ideológica que encubre las condiciones de apropiación del sobre-trabajo. Traigo a colación las palabras de Stucka, porque corroboran este aserto: “El derecho natural no es otra cosa, por lo demás, que el programa jurídico, esto es, político, de la clase burguesa en ascenso, o mejor, el esbozo y el desarrollo consiguiente de su programa económico”⁶. Pero, en realidad, una vez que la burguesía ha obtenido el poder en lucha contra la opresión feudal y ha estructurado el Estado en torno a la ideología jurídica por medio de una sistematización del Derecho que surge a través de los códigos o de la codificación, están madu-

ras las condiciones para una positivización de lo teórico; como expresión sistémica de lo dado, surge el positivismo jurídico, que como dijese Stucka: “El positivismo es la ideología de la burguesía”.

Ya, un sociólogo tan perspicaz como Max Weber había señalado la característica de la “calculabilidad”, de la “racionalización” y de la “seguridad”, como elementos fundamentales del Derecho en la sociedad capitalista.

Pero fuera del althusserianismo, que habría de matizarse actualmente, o sea reconocerle sus límites, es necesario mostrar autocríticamente que el trabajo se resiente fundamentalmente de un exceso de énfasis en la *fuerza*, en la coerción, como elemento especificador del Derecho; cuando en realidad el aspecto de la fuerza y de la coerción, dice relación más al problema del Estado, en cuanto aparato de dominación de clase y que, en última instancia, impone por la vía de la compulsión al conjunto de la sociedad, los intereses de la clase dominante.

Pero si bien es cierto que Estado y Derecho no pueden pensarse el uno sin el otro, y particularmente el segundo sin el primero, también es cierto que no pueden identificarse como lo hace Kelsen; pues en realidad el Derecho está más vinculado al proceso de la reproducción mercantil y particularmente a la esfera de la circulación en donde el intercambio mercantil, que se realiza en su máxima expresión mediado por el dinero como equivalente universal, expresa una relación de equivalentes. Es por ello que se puede avalar como correcta esta afirmación: “Dado su carácter, la esfera de la circulación de mercancías,

5 Ver Karl Korsch: “Lucha de Clases y Derecho del Trabajo”. Ed. Ariel. p. 27.

6 P.I. Stucka. “La Función Revolucionaria del Derecho y del Estado”. Ediciones Península. España. 1969. p. 190. Traducción de Juan Ramón Capella.

como esfera de intercambio entre valores equivalentes en que impera "la libertad, la igualdad y la propiedad", se convierte en la base objetiva sobre la cual se levanta el aparato jurídico y estatal de la clase capitalista. Por referirnos al Estado, cabe decir, que su pretensión de "gobernar a nombre de todos por igual" más que apoyarse en un discurso prefabricado y ajeno de contenido, lo hace apoyándose en las leyes de tal esfera"⁷. En consecuencia, la categoría central a partir de la cual se va a construir u organizar el discurso jurídico, va a ser la del *sujeto jurídico*, el cual tendrá dos connotaciones ideológicas: la de ser un sujeto libre, y la de ser igual jurídicamente frente a los demás. Este avance teórico se le debe a Paschukanis, quien, pese a las acusaciones de economicista, ha señalado con toda claridad que "toda relación jurídica es una relación entre sujetos. El sujeto es el átomo de la teoría jurídica, su elemento más simple, indescomponible". Y más adelante agrega: "Sólo cuando se han *desarrollado totalmente* las relaciones burguesas, el Derecho reviste un carácter abstracto. Cada hombre se convierte en un hombre en general, cada trabajo se convierte en un trabajo social, útil en general; cada sujeto se convierte en un sujeto jurídico abstracto". Y finalmente, caracteriza al sujeto jurídico, "en consecuencia, es un propietario de mercancías abstracto y llevado a las nubes"⁸.

Por tanto, el triángulo fundamental de lo jurídico estaría constituido por el sujeto jurídico,

7 Tomado de Jorge Juanes. "Proceso de Trabajo y Proceso de Valorización" Revista de Investigaciones Económicas UNAM. No. 145. p. 160.

la relación jurídica y la propiedad privada; pero en donde el ángulo a resaltar, sería el primero, y no la propiedad privada como creen muchos autores, incluso marxistas; puesto que, pese a verse reducida a su mínima expresión, la propiedad privada en los autodenominados países socialistas, las formas jurídicas siguen teniendo peso y su función es cada vez más creciente. Esto no es otra cosa que una manifestación de la persistencia de las relaciones mercantiles, de la circulación del dinero y de la división del trabajo; lo cual a su vez reproduce de manera permanente las clases sociales y con ello las posibilidades de lucha entre ellas, no obstante la negación oficial de dicho fenómeno por parte de la burocracia, que no sería otra cosa que la burguesía del Estado.

El Derecho, entonces, no puede reducirse a la instancia de la fuerza, so pena de caer en una hipostaciación teórica entre Estado y Derecho; la fuerza es un momento del Derecho en cuanto fenómeno estatal y en cuanto el Estado se hace presente para aplicarlo a partir del aparato judicial policivo; pero es un fenómeno que no se agota allí.

Otro aspecto del discurso que es necesario resaltar y reafirmar en sus postulados, es el del

8 Eugenio Paschukanis. "Teoría General del Derecho y el Marxismo". pp. 147 y 160. (Ed.) La Pulga. La funcionabilidad del Derecho para el autor se reduciría a: "Para el orden jurídico "el fin en sí" no es más que la circulación de mercancías". Es evidente que el autor descuida la función de legitimación del poder que cumple el Derecho. ej.: por medio del Derecho Constitucional en la sociedad moderna.

carácter ideológico de la filosofía del Derecho, vale decir, que las teorías jurídicas, tanto ius-naturalistas como positivistas, no constituyen un discurso científico, sino un discurso netamente ideológico sobre el Derecho.

Veamos por qué: en primer lugar, la ideología a diferencia de la ciencia, no explica objetiva y desinteresadamente el mundo, sino que su interpretación, su "visión del mundo", tiene su génesis histórica en los intereses contradictorios de las clases sociales, que se mueven al interior de las formaciones sociales y pueden corresponder a una toma conciente de posición por parte de la clase social generadora de la ideología, como bien puede tratarse de un establecimiento preconciente o al menos no voluntario de sus propios intereses a través de determinadas ideas.

Marx configura la ideología como una falsa conciencia, o sea como una inversión del proceso real, por parte del sujeto social; lo cual le induce a ver, pensar y sentir el mundo y la realidad circundante de una manera diferente a lo real mismo. Pero para Marx y Engels, a partir de un texto como "La Ideología Alemana" queda claro que el proceso de develamiento, de descubrimiento de la realidad humana e histórica, pasa por un combate contra el conjunto de representaciones que sobre la realidad misma construye la ideología. Ahora bien, el hecho de que la ideología tenga un sentido, una función y también una génesis histórica determinada por la lucha de clases, ello no significa que la relación entre proceso de producción y de reproducción material de la sociedad sea un mero reflejo mecánico a la manera de la imagen en un espejo. No en verdad; acá la relación de causalidad no es mecánica,

pues la ideología no es un mero efecto de las estructuras sociales; en realidad, se opera una causalidad compleja (más dialéctica), una verdadera interacción de factores entre lo real-material y lo ideológico, pues las ideas, las concepciones sobre el mundo también influyen sobre el proceso material de la reproducción social. Pero la clave del debate está en establecer cuál es el factor determinante en el movimiento histórico-social y en el desarrollo de la totalidad-social.

En este punto de la determinación de la conciencia y sus "formas" (dentro de las cuales están la Filosofía y la Filosofía del Derecho como un subproducto de ésta) por el ser social, es donde se encuentra el punto de *ruptura epistemológica*, de cambio de frente en el análisis del Derecho y obviamente de la teoría del mismo. Este punto está explícitamente señalado por Marx en un texto muchas veces citado por su importancia; me refiero al famoso prólogo de la "Contribución a la Crítica de la Economía Política", cuando afirma: "tanto las relaciones jurídicas, como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida, cuyo conjunto resume Hegel siguiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de la "sociedad civil": (. . .) la anatomía de la sociedad civil que hay que buscarla en la economía política"⁹. Es impre-

9 Karl Marx: Prólogo a la "Contribución a la Crítica de la Economía Política". pp. 2-3. (ed.) La Oveja Negra. Med.

sionante ver cómo acá Marx se adelantó 75 años para refutar anticipadamente las formulaciones filosóficas, las bases epistemológicas de la raíz kantiana ínsitas en la "Teoría Pura del Derecho", formulada de manera casi definitiva por Kelsen en 1934, y la cual vendría a conmocionar todo el pensamiento jurídico a lo largo de este siglo.

Los términos del debate quedan claramente planteados acá: las relaciones jurídicas y las formas de Estado no podrían explicarse por sí mismas; ello entrañaría una típica petición de principio y un razonamiento tautológico, pues el Derecho se podría comprender "científicamente" sin necesidad de referirlo a una realidad otra hacia la cual apuntan de manera expresa las mismas formas jurídicas. Testimonio fiel de este fracaso teórico del neokantismo es la formulación contradictoria que implica construir el discurso de lo jurídico sobre una norma que no es jurídica, la norma fundamental, supuesta pero no puesta, etc.; por este camino el Derecho termina reduciéndose a la fuerza. El *ser* termina reabsorbiendo el *deber ser*.

Pero el prólogo arriba citado muestra con transparencia que toda formulación o conceptualización del Derecho a partir de la evolución de la idea de justicia (que sería una de las formas de la evolución del espíritu humano) está condenada al fracaso y se reduce a una formulación ideológica.

Sin embargo, pese a que no es a partir de lo ideológico como puede descifrarse el verdadero sentido de la realidad social y humana, no obstante es a través de lo ideológico como la socie-

dad plantea la resolución de las contradicciones sociales. Así por ejemplo, en la sociedad feudal o de manera más precisa en el modo de producción feudal, la ideología religiosa es determinante, globalmente hablando, sobre el conjunto de la población; pero en el marco de la producción capitalista la ideología dominante no es la religiosa (así sirva de elemento de apoyo) sino la ideología jurídica y tanto Engels como Kautsky lo expresan de manera clara, rotunda: "La bandera religiosa fue alzada por última vez en Inglaterra en el siglo XVII y menos de cincuenta años después se formó en Francia una nueva concepción en el futuro, falta de adornos: esta *concepción jurídica del mundo* había de convertirse en la concepción clásica de la burguesía. Se conferiría un carácter laico a la concepción teológica. El lugar del dogma y el derecho divino fue ocupado por el derecho del hombre, el lugar de la iglesia por el Estado"¹⁰.

La anterior afirmación contiene observaciones muy agudas, particularmente respecto a la circunstancia de que en el fondo se reemplaza un dogma por otro, una concepción teológica por una nueva metafísica: la de la ideología jurídica y el creciente racionalismo que ello comporta, en donde lo que fundamentalmente encubre las contradicciones materiales y reales del proceso productivo (sometimiento del trabajador al capital) es el tratar de centrar la racionalidad política y del Estado en torno al núcleo del *ciudadano*, elemento fundamental del discurso constitucionalista y de la democracia-liberal parlamentaria, y de otro lado el *sujeto jurídico* que

10 Citados por Stucka. Opus cit. p. 240.

se constituye en el átomo de la sociedad burguesa, en tanto que productora absoluta de mercancías o de valores de cambio. Quien lo expresa de una manera muy plástica, haciendo inteligible el problema, es el destacado autor francés Bernard Edelman, cuando señala: "En la medida en que el valor de cambio llega a ser base real de la producción, el Derecho puede jugar entonces el papel primordial de sancionar las relaciones económicas del proceso. El papel del Derecho, en un modo de producción determinado remite pues, a la relación circulación-producción, es decir, en última instancia, a la relación que el valor de cambio mantiene con la base real de la producción"¹¹.

Lo que se trata de destacar, es que la ideología jurídica en cuanto tal, enmascara las relaciones sociales reales; pero no porque se proponga voluntariamente tal fin, es decir, no es un simple truco del jurista para engañar al conjunto de la sociedad. Incluso el jurista mismo es presa de esta ilusión (o sea que las relaciones sociales son libres e iguales porque así lo establece la ley), pero en realidad ella es un efecto de la realización mercantil, del intercambio de valores. Es necesario insistir en este factor, so pena de parecer reiterativo, ya que es la cuerda clave que nos permite abrir la red de la compleja estructura de lo jurídico, al remitirle hacia las relaciones sociales de producción que lo determinan.

Por ello, el combate de Marx por invertir los términos de la reflexión, por desplazar hacia

11 Véase el interesante trabajo de Bernard Edelman: "Elementos para una Teoría Marxista del Derecho". Ed. 8 de junio. Med. 1978. p. 149.

otro terreno (hacia la producción y reproducción de las condiciones materiales de existencia del conjunto social) la comprensión de la realidad humana, lo llevó a mantener una lucha contra la ideología jurídica; a este propósito anota Jean Marie Vicent: "La crítica de la ideología jurídica fue el meollo del pensamiento de Marx; tanto en sus obras de juventud, como en la madurez, se destaca su rechazo a considerar el Derecho por lo que pretende ser: la organización racional de las relaciones sociales conforme al encuentro de la libre voluntad de los individuos. Por el contrario, Marx que veía en la teoría jurídica la expresión más acabada de la ideología burguesa de su época, siempre se esmeró por relacionar esas teorías con su basamento material, a fin de negar el derecho todo. El Derecho y el Estado no se bastan a sí mismos, no contienen su propio principio de explicación, sino que remiten a las relaciones de propiedad, a las relaciones de producción, es decir, al modo determinado adoptado por los hombres para producir su propia vida"¹².

Quede claro el problema de la determinación material de la ideología y consecuentemente el de la ideología jurídica.

Pero la ideología jurídica asume formas y direcciones complejas, siendo así como podemos distinguir varias facetas de la misma.

En primer lugar, la filosofía como la concep-

12 Jean Marie Vicent. "Derecho Natural y Marxismo Moderno". Tomado de "Fetichismo y Sociedad" del mismo autor. p. 46 (ed.) Era, México, 1977.

ción más general sobre el mundo y sobre los llamados primeros principios, es una *forma* de la conciencia social, incluso puede llegar a ser la *forma* más elevada. Así como existen otras formas de la conciencia social, tales como el arte, la religión, la moral y la conciencia jurídica. Pero la filosofía, así sea la forma más elevada del pensamiento, es un producto social, pues todo pensamiento es un producto de la realidad social, y no una "creación pura" que se suspende en el vacío.

Ahora bien: la filosofía del Derecho es por excelencia una expresión ideológica que gira alrededor de ciertas temáticas, como la libertad, la igualdad y obviamente sobre los fines del Derecho, y particularmente se relaciona con el problema de la justicia y el tratamiento idealista, que se le da a ésta al plantearlos como un a priori susceptible de establecerse por encima de las condiciones histórico-concretas.

La ideología de lo jurídico se concreta en planos: a) en el plano más general de la filosofía del Derecho; b) en el plano de la llamada doctrina; c) en el plano de la jurisprudencia.

a) En el plano de la *filosofía jurídica*, por las razones anotadas en el texto y, para decirlo sintéticamente, porque las dos grandes corrientes del pensamiento ius-filosófico, ius-naturalismo y positivismo, ambas, en lo fundamental, parten de la *idea del concepto* y no de las condiciones materiales y reales que generan lo jurídico.

b) La *doctrina*, porque generalmente no va más allá de lo que la Ley dice o establece, quedando generalmente en el campo de la exégesis, y cuan-

do trata de "crear" algo, lo hace necesariamente desde alguna perspectiva, desde algún ángulo en el cual necesariamente se refleja alguna postura ideológica y no científica sobre las condiciones de la organización de la sociedad.

c) La *jurisprudencia*, porque al "aplicar" e "interpretar" la ley, el juzgador realiza una doble operación, lo cual se olvida muy a menudo; de un lado, el fallador se mueve dentro de los límites ideológicos (circunscrito a los intereses de clase que defiende el legislador al crear la ley), señalados por la propia ley; y de otro lado, el juez es poseedor de una ideología que le ha sido inculcada en la familia, en la escuela, etc.; todo esto lo expresa Marx de una manera insuperable, cuando denuncia de manera rotunda: "¿No es realmente simple e ingenua la ilusión de un juez imparcial, cuando ya el legislador es parcial? ¿Cómo puede ser desinteresada la sentencia, si la Ley es interesada?"¹³. Uno de los más grandes mitos de la democracia parlamentaria y del Estado burgués lo constituye el de la "imparcialidad" de la justicia, o sea, del aparato judicial.

El hecho de que la teoría jurídica en general y su aplicación, constituyan un proceso de ideologización, no significa que el Derecho sea irreal, que no tenga nada de real, pues la separación absoluta entre realidad e idea no es dialéctica, sino típicamente metafísica.

El derecho es una realidad, una realidad social que se expresa a través de imperativos que

13 Citado por Stucka. Opus cit. p. 244.

establece el Estado y de realizaciones jurídicas derivadas de las mismas condiciones de la reproducción mercantil, y no es un mero programa ideológico o un proyecto de organización social, sino que está profundamente imbricado, relacionado, con las condiciones generales necesarias para la reproducción de un modo de producción determinado.

Finalmente, quiero aclarar al lector el problema de una deuda teórica en donde, quiérase o no, se inscribe el texto: me refiero a las connotaciones marxistas subyacentes al cuerpo mismo del texto.

En primer lugar, es necesario hacer una aclaración. La inmensa mayoría de los autores que se ocupan de estos temas, coinciden en señalar que propiamente hablando no existe una teoría marxista del Derecho, propiamente tal, que lo que existe son unas indicaciones metodológicas muy precisas y muy ricas sobre el tópico.

Pero la ausencia misma de una teoría marxista, acabada, sobre el Derecho, ha llevado al surgimiento de varias corrientes o doctrinas que al interior del marxismo pugnan por establecer una "auténtica" doctrina marxista y que critican a los otros como "revisionistas".

Por ello, en estas notas quiero hacer un balance muy sucinto, para mostrar y señalar ciertos nudos teóricos imposibles de desatar en este prólogo, pero al menos hay que tener el valor y la honestidad de plantearlos, pues el mejor camino para solucionar un problema es plantear correctamente los términos del mismo. El problema del Derecho y del Estado, sobre todo por

el segundo aspecto (el Estado), no constituye un problema académico para el marxismo, sino un problema político, actuante y vivo; es por ello que la experiencia de la Revolución Rusa o Revolución Bolchevique, es sobremanera aleccionadora en este terreno, pues es sobre el mismo plano de la práctica, como se ha ido construyendo y revisando la teoría del marxismo.

En el campo de la teoría jurídica, sobresalen dos grandes corrientes: la Economicista de Stucka y Paschukanis, y la llamada Voluntarista de Vishinsky, pues la teoría de Reisner tiene un marcado carácter psicologista, como veremos más adelante, y no alcanzó a tener las repercusiones de las otras dos escuelas.

Stucka tiende a identificar e igualar las relaciones sociales de producción con las relaciones jurídicas; para Paschukanis, separándose en cierta forma de la teoría de Stucka, el Derecho es una relación social *específica*, y esta particularidad radica en ser la relación de propietarios de mercancías entre sí, en donde el sujeto jurídico sería la categoría central en cuanto expresión del fetichismo mercantil.

Pero tanto en Stucka como en Paschukanis existe la idea de la transitoriedad del Derecho, particularmente en el segundo, quien llega incluso a negar la existencia del llamado "Derecho Socialista" afirmando el carácter burgués de éste. Estas últimas afirmaciones desatarían las más arduas polémicas al interior de la URSS, y durante la época posterior al 30 fueron el blanco de duros ataques por parte de los juristas del régimen stalinista; fue así como Vishinsky llegó a acusar de "saboteador" y "enemigo del pueblo" a Paschu-

kanis.

El Derecho se ubica, más como la expresión de la voluntad de la clase dominante erigida en ley; es así como Vishinsky define el Derecho como: "Un conjunto de reglas de la conducta humana establecidas por el poder estatal, en cuanto poder de la clase que domina la sociedad, así como costumbres y reglas de convivencia sancionadas por el poder estatal e impuestas coercitivamente con el auxilio del aparato estatal y con el fin de tutelar, consolidar y desarrollar las relaciones y el ordenamiento ventajoso y favorable para la clase dominante"¹⁴.

A partir de esta caracterización del Derecho surgen dos aspectos a relieves: el aspecto político de lo jurídico que se expresa en el problema de voluntad de la clase dominante, y el aspecto normativo, al destacar el carácter de la regla de Derecho como norma de conducta emanada del Estado, con lo cual, quiérase o no, se introduce cierta positivización en la consideración de lo jurídico, en cierta forma similar al Positivismo occidental. Tal punto de vista evolucionó hacia formas cada vez más tecnicistas y funcionalistas, y es así como últimamente se considera, por algunos juristas soviéticos, al Derecho como una técnica social de regulación de la conducta, circunstancia que causaría más de un comentario irónico a algún kelseniano. Así, han llegado a definir la norma jurídica como: "La regla de comportamiento obligatoria y formalmente determi-

14 Citado por Antonio Hernández Gil. "Marxismo y Positivismo Lógico. Sus Dimensiones Jurídicas". (ed.) Madrid. 1970. p. 53.

nada que parte del Estado Socialista y está protegida por él", y más adelante agrega sobre el problema de las fuentes del Derecho: "En la sociedad socialista desarrollada, las fuentes principales y rectoras de las normas jurídicas, son las leyes y los actos normativos sujetos a la Ley"¹⁵.

La concepción positivista acá es rampante y ahorra todo comentario. La pregunta válida y necesaria sería: ¿Cómo pudo llegarse a tal situación? ¿Por qué se están dando este tipo de formulaciones? Creemos que la clave para responder a estas preguntas nos la da un estudio serio y dialéctico de las propias contradicciones de clase al interior de la URSS, en las distintas etapas, y la periodización real sobre el proceso de industrialización, el bloqueo mundial, el contexto mundial de la lucha de clases, etc., vale decir, todo un estudio sobre la caracterización de la sociedad soviética: ¿es capitalista? ¿es socialista? ¿es un nuevo modo de producción? Lo que sí es cierto es que ni el Derecho ni el Estado, han desaparecido; por el contrario, se fortalecen día a día, y la casta de los juristas, sigue sólidamente instalada.

Hemos querido hacer énfasis en estas dos escuelas, por cuanto la de Reisner es muy psicologista, pues considera el Derecho (influido por Petrazhitsky) como un conjunto de ideas normativas existentes como realidad psicológica en la mente del hombre; orienta toda la fuerza de su argumentación hacia el problema de la ideología

15 Vladimir Kudriasveser. "Las Normas Jurídicas y el Comportamiento Real". Revista Ciencias Sociales URSS. 1981. No. 1. pp. 82-83.

(entendida como engaño), de allí que el carácter ideológico del Derecho lo entienda como: “el hecho de santificar mediante el principio de justicia los más opuestos intereses de clase”¹⁶. Diferencia Reisner entre el Derecho como realidad y su reflejo en la mente del hombre, el cual sería ideológico, y como el Derecho pretende ser, o se representa como lo justo, e igual, lo ideológico le sería inherente, pues en realidad el Derecho es desigual e injusto.

Pero ya veíamos en este prólogo cómo la igualdad, la libertad, eran formas inherentes al proceso de circulación mercantil, y no un mero engaño de la burguesía. Adolfo Sánchez Vásquez informa que: “Esta distinción entre Derecho e ideología jurídica (falsa teoría) lleva a Reisner a sostener que, en la sociedad comunista, dejaría de existir el Derecho como pensamiento ideológico, pero seguirá existiendo, como institución real, o sea como derecho igual y verdaderamente justo”¹⁷. Esta es una concepción interesante, pero constituye una suerte de ius-naturalismo al revés, pues la sociedad comunista sería en esencia, no un modo de producción altamente desarrollado sino la realización de una idea de justicia, y con este tipo de especulaciones rompe Marx desde joven, como lo atestigua una muy poco conocida carta al padre, cuando estudiaba Jurisprudencia y Filosofía, fechada el 10 de noviembre de 1837, en donde afirma: “Yo tenía

16 Tomado de Adolfo Sánchez Vásquez. “Paschukanis, Teórico Marxista del Derecho”. Revista Dialéctica. No. 2. 1977. México. pp. 100 y ss.

17 Adolfo Sánchez Vásquez. Opus. cit. p. 101.

que estudiar jurisprudencia y sentía ante todo el apremio de habérmelas con la Filosofía”, y con relación a sus estudios de Derecho agrega: “Ante todo aquí surge muy perturbadora la misma oposición de lo real y de lo que deber ser, que es propia del idealismo . . . Primero vino la por mí benevolentemente bautizada metafísica del Derecho, es decir, principios fundamentales, reflexiones, definiciones del concepto separados de todo derecho real y de toda forma real del Derecho como acontece en Fichte. . .”¹⁸.

He acá una crítica radical y contundente a todo ius-naturalismo, a toda concepción que no parta de lo *real* sino de una idea de derecho, de justicia, etc.

Finalmente algunos autores y estudiosos del tema señalan cinco características de lo que sería la teorización marxista del Derecho:

1. La teoría marxista del Derecho es una teoría del mismo como instrumento de la dominación de clase. 2. El aporte del marxismo sería el de señalar el Derecho como ideología. 3. La teoría marxista del Derecho es una teoría crítica y emancipadora de lo jurídico. 4. Es una teoría del mejor derecho (admitiría un uso alternativo del Derecho). 5. Es una ciencia de legitimación de clase¹⁹. En conclusión, la teoría marxista del

18 El resumen está extractado del interesante trabajo de Bobbio Norberto y Renato Trevesi “Teoría del Diritto e Sociologia del Diritto in Marx”. Revista de Sociología del Diritto. Milán No. 2. 1978

19 Citado por el filósofo argentino Carlos Astrada. “Fenomenología y Praxis”. Ed. Siglo XX. p. 110.

Derecho sería una sociología jurídica, una sociología del Derecho que estudiaría la génesis del Derecho y su función al interior del modo de producción, y no propiamente una teoría jurídica o una filosofía jurídica.

Sería ridículo, por decir lo menos, intentar la "interpretación marxista" de un contrato, o cuál sería la norma a aplicarse en un caso concreto. Su círculo de preocupaciones es otro: el porqué del Derecho, cuál es su finalidad y sus posibilidades históricas. El debate sigue abierto, y hay preguntas que siguen sin tener una respuesta definitiva: ¿es posible la supresión del Derecho y el Estado? O, ¿esto es una utopía más? ¿Es posible "una ciencia del Derecho" desde el materialismo dialéctico e histórico? ¿O sólo es posible desde esta perspectiva, una *Crítica de lo Jurídico*?

Las preguntas están abiertas y, en cierta forma, el lector tiene la palabra.

CARACTER IDEOLOGICO DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

La cuestión de la Filosofía del Derecho, ha sido originalmente más analizada por los filósofos que por los juristas. Tal hecho se evidencia a través de la experiencia histórica; es así como en la sociedad griega, desde Sócrates, pasando por Platón y Aristóteles, se desarrollan los grandes interrogantes sobre la naturaleza o estructura de la Polis (Estado-Ciudad), sobre la justicia, etc.: testimonian tal afirmación obras como *La República* de Platón y *La Política* de Aristóteles. En la sociedad romana, encontramos autores como Cicerón y Ulpiano, que especulan sobre los principios naturales del Derecho, la Ley, la Justicia. En la Edad Media o propiamente en la sociedad feudal, Tomás de Aquino con su fundamentación teológica sobre el Derecho, la Ley, el Gobierno; posteriormente Grocio, Puffendorf, Leibniz, Wolff, continúan la reflexión. Y luego, en los albores de la Revolución Francesa y con posterioridad a ella, surgen autores como Kant, Hegel, Rousseau, Montesquieu, Hobbes, Locke, (el orden cronológico que se sigue no es riguroso). Lo importante es hacer resaltar la idea de que eran los filósofos los realizadores, por decirlo así, de los temas más propios y originales de la filosofía jurídica, como la especulación sobre el origen, forma y sentido de la Sociedad, el Derecho, el Estado, la Justicia.

Solamente a finales del siglo pasado y comienzos de éste, la filosofía del Derecho se desarrolla en su actividad más académica, aunque ya con Hegel aparece tal problema, como una temática propiamente sistemática en su obra "Filosofía del Derecho"; y, luego, la crítica radical de

Marx²⁰ a la especulación idealista sobre el Derecho y el Estado, crítica que no se desenvuelve en el plano puramente "académico" y contestatario, sino en el plano de la realidad objetiva, de la desmitificación de todo criterio del Derecho como concepto, como idea, así sea ésta de orden natural, divino o supuestamente racional.

Las circunstancias por las cuales históricamente la Filosofía del Derecho es terreno del filósofo y no del jurista, obedecen a que este último es una categoría dentro de las formas de la conciencia social, típica de la sociedad capitalista, pues en la sociedad esclavista romana y dentro del Derecho Romano, su aplicación viene mediada por el "arte" de la equidad, de lo justo, lo bueno, etc.; y en la sociedad feudal la interpretación de los textos legales, es función de los glosadores, quienes son los canonistas, es decir, el clero; y solamente con el apareamiento del Estado Nacional, la centralización del aparato de Estado, y la estructuración de los mercados nacionales, fenómenos específicos del modo de producción capitalista, aparece la necesidad de las codificaciones del legislador y de la sistematicidad del derecho positivo, y consecuentemente la necesidad de un cuerpo de "técnicos" (juristas) encargados de trabajar y aplicar ese derecho en el sentido de su positividad. A partir de este momento histórico, el jurista va a reclamar para sí la tarea de buscar lo que él cree fundamentos "últimos" de las "categorías" jurídicas, y es acá

20 Véase Marx, Carlos: *Introducción para la crítica de la "filosofía del derecho" de Hegel*. Ed. Claridad. B. Aires. 1955 y *"Crítica a la Filosofía del Estado de Hegel"*. Ed. Grijalbo.

donde surge la especulación ius-filosófica, como un "saber académico", con supuestos problemas propios, como la persona jurídica, la relación jurídica, la sanción, etc.

Desde Platón hasta Hegel, pasando por Kant, los filósofos se han preguntado o cuestionado los problemas de la Justicia, el Gobierno, el Estado, etc., pero siempre como forma de una concepción ideal, abstrayendo el problema y deformándolo en el sentido del origen real del Derecho y del Estado, su fin, objeto, forma, contenido; deformación que perdura hasta nuestros días y que es la forma de pensamiento idealista, de la cual se ha nutrido el ius-naturalismo (derecho natural), al darle más proponderancia a lo valorativo o axiológico que a lo concreto, e inclusive, el positivismo jurídico por el aspecto metodológico, al darle más importancia al supuesto factor lógico formal (teoría Kelseniana), con descuido o desmedro del factor material-empírico, o sea del contenido; o bien partiendo del hecho meramente empírico, es decir, el dato o hecho social (sociologismo jurídico) descuidando la relación entre lo fáctico y lo formal en sus intermediaciones dialécticas.

Tal ascendiente idealista es lo que ha fomentado a nivel teórico, la ambigüedad creciente de la teoría moderna del Derecho y de la Filosofía del Derecho, expresada, de un lado, en el problema de su *objeto* (¿cuál?: el Derecho entendido como ley, norma en sentido lógico, primeros principios, etc.) y, por otro, el problema del *método* (si puramente especulativo, meramente empírico, trascendentalista, lógico, formal, dialéctico, etc.); situación ésta que tiende a reproducirse en forma circular a consecuencia de las condiciones

mismas de existencia de la filosofía como sistema y de la ausencia en ella de un objeto propio y específico de conocimiento, como sí lo tiene la ciencia. Además, la filosofía no tiene una historia propia, vale decir, independiente del desenvolvimiento de los distintos modos de producción, en las diferentes épocas de la humanidad; igualmente, el Derecho no tiene una historia propia²¹, en consecuencia, si no tiene historia propia, metodológicamente no puede abordarse su estudio e investigación de una manera artificiosa, haciendo abstracción de la realidad social, es decir, de las relaciones de producción que la sustentan. Dicho en otros términos, el Derecho no se explica por el Derecho mismo (ilusión gnoseológica, típica del positivismo neo-kantiano de Hans Kelsen), al igual que la ideología tampoco se explica por la ideología misma, sino por una realidad otra, de la cual es expresión, es decir, la lucha de clases. De allí que haya necesidad de estudiar e investigar los problemas sociales y jurídicos, desde un punto de vista histórico-concreto (lo cual no quiere decir, historicista), mirando y desentrañando las profundas conexiones que existen entre las estructuras sociales y sus reflejos o instancias dialécticas, cuales son la superestructura y su aspecto ideológico.

21 Véase Marx-Engels: *La Ideología Alemana*, Ed. Pueblos Unidos, Montevideo, 1972, p. 73.

Posturas ideológicas y filosóficas

Es necesario señalar de manera sistemática que la clave de todo debate, no sólo en el campo de la filosofía, sino también en el de la filosofía del Derecho, de la teoría jurídica, y de las ciencias sociales, es el problema del *método* y las posturas filosóficas e ideológicas que a consecuencia de él se asuman; porque es sabido cómo el pensamiento filosófico se divide en dos grandes corrientes, cuales son, el idealismo y el materialismo, que se mueven bajo el signo inequívoco de una contradicción antagónica, no siendo conciliable mediante eclecticismo alguno, por cuanto fundamentalmente se puede afirmar que para el idealismo el *objeto no es independiente del sujeto*, en cambio para el materialismo, *el objeto es independiente del sujeto*; para el materialista, la materia es lo principal, la conciencia lo derivado, lo secundario; para el idealista, la conciencia es lo absolutamente determinante. No obstante la claridad de esta diferenciación, en la práctica social no se sabe asumir consecuentemente tal realidad; y una u otra posición que se tome, va a influir metodológicamente hablando en la filosofía del Derecho.

La filosofía, en cuanto una visión fundamentalmente especulativa (aunque no necesariamente idealista) sobre los primeros principios del conocimiento, la materia, el universo, el hombre, es, en síntesis, una cosmovisión que en cuanto tal tiende a desarrollarse como sistema, y en consecuencia con una especie de vocación totalizadora respecto al saber. Sin embargo, la filosofía, como cualquier forma de pensamiento, no puede desligarse de la historia *real* de la sociedad, de las condiciones concretas de la producción y de la lucha de clases, porque, de lo contrario, no

podría comprenderse el hecho de que existan distintos sistemas filosóficos, so pena de caerse en una visión puramente cronológica del pensamiento, según la cual, en última instancia, los distintos sistemas de pensamiento se suceden unos a otros, bajo la secreta dinámica subjetiva de la brillantez del "genio", y que conduce a un criterio idílico donde la humanidad debe esperar pacientemente el apareamiento de los "genios" para poder progresar.

No se trata tampoco de minimizar la capacidad e influencia del pensador sobre su época y la sociedad, pero es necesario comprender que éste se encuentra limitado por la situación histórica concreta y objetiva en la cual se mueve, es decir, por el conjunto de las relaciones sociales y la marcha general del proceso de la lucha de clases al interior de la Formación Social específica en la cual se mueve el pensador; de allí que se afirmara al comienzo, que la filosofía no posee una "historia propia", lo cual es válido igualmente, como lo veíamos, para el campo de la superestructura jurídica, del Derecho, pues éste tampoco se transforma motivado por la "capacidad" y "profundidad" del jurista o del intérprete, sino fundamentalmente por el cambio en las condiciones históricas de las fuerzas productivas y las relaciones de producción, porque, de lo contrario, no podría explicarse de manera objetiva la razón por la cual las formas jurídicas y los problemas e interrogantes jurídicos, son distintos para los griegos y romanos respecto de la sociedad feudal o de la Edad Media, dése por caso, o los de éstos respecto de la sociedad capitalista y su democracia liberal burguesa.

No se trata aquí de partir, para una compren-

sión objetiva, de la *idea* que acerca de la especulación jurídica y sus problemas (visión idealista) pueda tener en un momento dado el jurista o el iusfilósofo, según el caso, sino, abordar el problema a partir del objeto (para el caso, el derecho positivo) pero no idealizando a través de una pura logificación formal (Kelsen), sino explicitándolo críticamente como una ideología y al mismo tiempo una realidad social objetiva que sirve de cobertura efectiva a unos intereses y necesidades de clase, en un momento histórico dado. Forma y contenido poseen pues, una unidad dialéctica, cuya separación no pasa de ser una tentativa puramente conceptual e idealista, ya que las formas que asume lo jurídico (normas), no deben remitirse necesariamente a contenidos jurídicos (derechos subjetivos), pues se caería en una tautología, por cuanto las formas jurídicas se remiten y estructuran con base en las realidades sociales e históricas que son las que la generan, como bien lo demuestra no sólo la práctica social, sino el más elemental sentido común, el cual se pierde por el prurito especulativo de la conciencia ingenua de algunos pensadores.

Iusnaturalismo y Positivismo

Caracterizando a grandes rasgos la especulación filosófico-jurídica y las formas del pensamiento jurídico, podemos decir que éstas se dividen en dos grandes vertientes: *Iusnaturalismo* y *Positivismo Jurídico*. El Iusnaturalismo en sus distintas variantes, *naturalista* (griegos-romanos), *teológico* (Tomás de Aquino-sociedad feudal), *racionalista* (Democracia Liberal Burguesa-Kant-Rousseau-Locke, etc.), tiene un punto común

de contacto, según el cual se trata de constituir el Derecho mismo, y de fundar su validez y aún su efectividad, con base en primeros principios inmutables, eternos, absolutos, que están por encima y tienen primacía, sobre el Derecho positivo o concreto de la sociedad. Resalta a la vista que tales criterios son puramente ideológicos y no tienen status científico, ya que no son materia de control práctico por cuanto no poseen "per se" una esfera propia de coactividad, salvo que se encuentren vaciados o inscritos en una norma jurídica positiva; de allí que sea todo un equívoco hablar de "Derecho Natural", y sea más correcto circunscribir tal noción a unos criterios o derroteros sobre la especulación idealista del *Derecho*, pues la denominada esfera de coactividad del Derecho no es una mera connotación lógica del mismo, sino una característica histórica, en cuanto implica un *aparato exterior e institucionalizado de aplicación*, el cual conlleva necesariamente una hegemonía y dominación para quienes detentan el aparato del poder estatal y político de una sociedad.

Y es necesario hacer hincapié en el momento mismo de la coactividad y de la fuerza, en la aplicación del Derecho, en la medida en que ésta se realiza necesariamente por medio del aparato burocrático del Estado (policivo-judicial-militar, etc.), aparato burocrático por cuanto se encuentra por encima del pueblo y escapa a su control; característica ésta inherente al desenvolvimiento del Derecho²² y que será el factor objetivamente

22 Lenin, señala de manera muy precisa que la "ley es una medida política, es política", lo cual equivale a plantear que ésta no es una relación inherente y de absoluta necesidad a toda sociedad, sino que es una medida impuesta por la

diferenciador de la moral, la costumbre y el Derecho, y no la pareja de opuestos: autonomía-heteronomía, coercibilidad-incoercibilidad, interioridad-exterioridad, etc., a través de los cuales el Idealismo particularmente desde Kant busca afanosamente deslindar el campo entre la moral, la costumbre y el Derecho, ocultándose conciente o inconcientemente ese carácter burocrático, o sea de clase, en la creación y aplicación del Derecho. Pues no se escapa a un análisis crítico que tanto la moral como las costumbres, son impuestas por la ideología dominante desde el seno mismo de la organización familiar, hasta las distintas esferas de los aparatos ideológicos del Estado, incluido particularmente el aparato escolar o sea que no están ausentes la coactividad y la exterioridad, pero dicha coactividad no requiere necesariamente del aparato burocrático del Estado.

Tanto el Iusnaturalismo como el Positivismo Jurídico van a reconocer, aunque de diferente manera, el aspecto de la coactividad o utilización de la fuerza organizada en la esfera del Derecho; sin embargo, de un lado el Iusnaturalismo verá en este factor un mero momento contingente, puesto que lo jurídico apunta para ellos, hacia la "Justicia"; y la fuerza sería un medio para la realización de ese fin-valor: "la Justicia"; Justicia, que no es otra realidad diferente a la de ideología de la clase dominante. A su vez el Positivismo reconoce el carácter de la fuerza y de la coacción en el campo del Derecho sin acudir a

clase dominante políticamente organizada, a través de su máxima herramienta de dominación: El Estado. Véase Lenin: "Sobre la caricatura del marxismo y el economicismo imperialista", p. 24, Ed. Progreso, Moscú, s.f.

una justificación propiamente axiológica, pero dejándola en la más absoluta indeterminación, por cuanto no da cuenta en dicho "reconocimiento", del sentido, carácter y naturaleza de esa utilización de la fuerza organizada; sentido y carácter que dice relación a los intereses de la clase dominante y a facilitar la reproducción de esas relaciones de producción que generan dichos intereses.

Ahora bien, en cuanto al Iusnaturalismo (Derecho Natural), el desarrollo histórico en su constitutiva contingencia no deja de depararle a menudo, ciertas desagradables "sorpresas" que se apartan de su idílica visión de los "primeros principios"; es así como el derecho a la propiedad privada, puede pasar, sin asomo de contradicción alguna de esta ideología, a cristalizarse como derecho natural de la propiedad privada, y el hecho de que en la sociedad capitalista, ese *derecho natural* se concrete en cabeza de unos pocos, en cuanto propietarios de las fuerzas y medios de producción, no implica ningún desajuste pues el ciudadano "libre" de la democracia liberal tiene la posibilidad *legal* de convertirse en propietario, así ese "propietario en potencia" (que es la inmensa mayoría) nunca llegue a realizar su "derecho", como lo demuestra a diario la realidad. Máxime cuando lo importante no es la propiedad jurídica o formal en cuanto facultad para usar, gozar y disponer de una cosa o un bien, sino la propiedad real y efectiva sobre los medios de producción.

Además, el problema de la "propiedad privada", no es problema de primeros principios. Para poderla comprender en su verdadera significación estructural e histórica hay que dejar de con-

siderarla (la propiedad) como una "entelequia", producto del desarrollo de la "razón", la "naturaleza", etc., y entrar a comprenderla dentro del sentido o papel que desempeña en un *sistema* dado, y respecto a las formas y modos de producción social. Se trae el caso del derecho a la propiedad privada, y su fundamentación iusnaturalista, no a mero título ilustrativo, ya que éste no es tema accidental en ellos, sino que forma un todo articulado con otra preocupación típica como es la "libertad", (o iuslibertad) entendida en el sentido de "derecho natural", o sea que dentro del iusnaturalismo "racionalista", la libertad tiene un carácter *pre-social*, o sea anterior a la sociedad, y ésta (la sociedad) no debe entrabarla sino desarrollarla para perfeccionarla, función que en la democracia liberal burguesa y el "Estado de Derecho" se cumpliría por el legislador, en donde los sucedáneos constitucionales de los "derechos civiles y garantías sociales" devienen cada vez más en la práctica, en las garantías y derechos a la "libertad de industria", "libertad de producción", y "libertad de comercio"; o sea que la "democracia liberal" y el "Estado de Derecho", tienden a proteger la "libertad" o "garantismo libertario" en cuanto éste se identifica teórica y prácticamente en la sociedad capitalista con el "garantismo propietario"²³.

El positivismo jurídico en cambio busca una localización y encuadramiento del problema del

23 Para una mayor comprensión de la fundamentación idealista de la "libertad" en las "democracias liberales" y en el pensamiento y filosofía contemporánea, véase: Cerroni, Umberto, *La libertad en los modernos*, Ed. Martínez Roca, Barcelona.

Derecho, buscando su fundamentación, conocimiento y podría decirse hasta su elaboración, ya no con base en primeros principios como razón para su validez y "justicia", sino teniendo como punto de partida el Derecho o legislación positiva vigente en una sociedad dada, es decir, la norma jurídica entendida en un sentido lógico formal (Kelsen), o bien como hecho social (sociologismo jurídico-Gurvitch), en donde, por un lado (positivismo formalista), el Derecho en cuanto norma jurídica, puede y debe estudiarse metodológicamente hablando, independientemente de sus contenidos, los cuales serían objeto de otras disciplinas (sociología, ciencia política, etc.) y la "ciencia" del Derecho fundarse a través del discurso de una "teoría pura del Derecho"; criterio éste del positivismo formalista que implica una separación puramente conceptual entre forma y contenido, cuando en realidad, como ya habíamos señalado, éstos poseen una unidad dialéctica que no es dable separar por principio, salvo por operatividad circunstancial en la investigación, siempre y cuando *forma y contenido* vuelvan a reestructurarse en una nueva síntesis totalizadora, que venga a enriquecer el conocimiento anterior. Es decir, que no existen formas puras (no hay un arte puro, ni una moral pura, ni un derecho puro), sino que tienen necesariamente un significado, un sentido, un contenido, e igualmente no se dan contenidos puros pues necesariamente deben manifestarse por medio de formas, o sea de exteriorizaciones, ya que de lo contrario tales contenidos no serían susceptibles de conocimiento. Además, el positivismo kelseniano lleva una confusión entre *descripción* y *explicación*, por cuanto la ciencia no se limita a describir, sino que explica objetivamente lo descrito, o en otros términos, no se trata tanto

de conocer el *cómo* de las cosas, pues lo fundamental es el *por qué*. El saber que el Derecho (sobre todo el Derecho moderno), tiene una estructura jerárquica y piramidal no da por sí mismo un conocimiento científico de lo jurídico; es simplemente describir una manera de funcionamiento que ocurre en la realidad estatal. Igualmente la vieja dualidad kantiana entre reino del *ser* y reino del *deber ser*, es retomada por Kelsen para ubicar el Derecho en el reino del deber ser, y la conocida relación de imputación propia del mundo normativo y su consecuencial coactividad, en la cual el ordenamiento jurídico queda, por decirlo así, a buen recaudo de las contingencias distintas a las del universo de la imputación y del deber ser, y el Derecho, para fundarse de manera coherente, no necesita más que acudir al expediente del ordenamiento jurídico; sin embargo, Kelsen mismo se ve obligado para fundamentar la coherencia lógica de la "teoría pura", a elaborar la hipótesis metodológica de la *norma fundamental*, que no sería una norma puesta (es decir, que existiera en el ordenamiento jurídico) sino supuesta y que fundamentaría la validez de todo el ordenamiento jurídico, ya que las demás disposiciones normativas (leyes, decretos, resoluciones, sentencias) tendrían su principio de fundamentación válida en la Constitución, y así sucesivamente, según los niveles de especificidad de desarrollo y aplicación del Derecho.

¶ Pero tal norma fundamental implica una contradicción insoslayable; no pertenece al reino del *deber ser* sino del *ser*, y la pretendida tentativa de realizar una ciencia pura del Derecho sin acudir a datos o criterios extrajurídicos, resulta fallida desde un comienzo, pues la norma fundamental no es jurídica, por cuanto no es puesta

sino supuesta²⁴.

Ahora bien, la dualidad kantiana entre mundo del ser y del deber ser, ofrece serios reparos desde el punto de vista crítico, ya que realidad y valor, materia e idea, no están separados en el acontecer humano de manera tan tajante, pues si bien es cierto que el ser no implica o involucra un deber ser, el deber ser en cambio en cuanto tiene efectividad y no es una mera idealidad subjetiva, posee un ser, vale decir que el Derecho en cuanto norma prescriptiva, es estructura de deber ser, pero en cuanto la norma jurídica y el derecho existen en la sociedad, independiente de la conciencia del intérprete, se puede afirmar que el derecho *es*, existe, tiene un ser, una realidad y no es mera idealidad; lo mismo puede predicarse respecto de la moral, o la costumbre, etc., las cuales *no* son meras estructuras del deber ser en cuanto comportamiento humano, ni están apartes de manera absoluta de la causalidad; por el contrario, están íntimamente ligadas a las ideologías dominantes de la sociedad, pues la conducta y el comportamiento moral necesariamente se desarrollan en la sociedad, y son influidos por los patrones culturales de la clase dominante, que trata de imponer sus valores, manera de ver el mundo y de vivirlo a los otros sectores y clases sociales, a través de todo el aparato estatal que domina, de los medios de comunicación en su poder, de la educación familiar, del aparato escolar en todas sus escalas, etc., y cuando no basta la dialéctica diaria del convencimiento, se emplea la de la coactividad legaliza-

da o del Derecho; de allí que la ideología influya profundamente en el contenido de las normas, al igual que los intereses de clase, lo cual no constituye propiamente un mundo del deber ser. De allí que la separación entre ser y deber ser (la que puede realizarse, pero en el plano conceptual, haciendo a un lado los contenidos, idealizándose el "molesto" y complejo sistema de los intereses no meramente subjetivos, sino objetivos de la dominación de clase), sea una vacua abstracción.

El sociologismo jurídico por su parte, se basa, ya no en la normatividad, sino en el "hecho social" que es generador de esa normatividad, en el cual la "solidaridad social" (Duguit) y la sociabilidad espontánea constituyen los centros primarios de producción normativa de los grupos sociales, es decir, que el "hecho social" es tomado como un dato (empiría), que se universaliza y valoriza a través de la espontaneidad del grupo social, desconociéndose con ello las profundas intermediaciones dialécticas, es decir, relaciones complejas que se dan entre la realidad social, la infraestructura y la supraestructura jurídica y las diferentes instancias y contextos que articulan como un todo coherente el ordenamiento jurídico a través de la ideología, la necesidad y el interés de clase.

En síntesis, la visión crítica del ordenamiento jurídico (supraestructura), deviene necesariamente en la crítica de su expresión especulativa (filosofía del Derecho), pero no solamente como debate en el "reino de las ideas" o de las confrontaciones académicas, sino como la transformación práctica, objetiva y radical de la realidad histórico-social de la cual necesariamente surgen esas "ideas"; es así como la expresión de Marx

24 Véase, Cerroni Umberto, *Marx y el derecho moderno*, Ed. Jorge Alvarez, Buenos Aires, p. 41.

en la onceava tesis a Feuerbach de que: *los filósofos no han hecho sino interpretar el mundo, se trata es de transformarlo*, toma pleno cuerpo de sentido, en donde práctica y teoría forman una unidad en toda estructura del conocimiento científico. Se repite: la función crítica consiste en develar las abstracciones filosóficas, que tratan de ocultar los intereses de la clase dominante que porta el derecho, en cuanto expresión de unas relaciones de producción y medio coercitivo que conjuntamente y a través del Estado (herramienta de dominación de clase), reproduce las condiciones de sometimiento y mantenimiento de la explotación de una clase social (desposeída de los instrumentos y medios de producción) por otra clase social (la poseedora de los mismos).

Tal conocimiento crítico y científico del Derecho y la filosofía jurídica en cuanto concepción especulativa del mismo, no puede ser una ciencia del Derecho entendida como ciencia "pura", y, menos aún, ciencia e inclusive técnica para la aplicación e interpretación propiamente legal (hermenéutica) del Derecho vigente, por cuanto el Derecho a través de la ley jurídica positiva, señala al interior de la sociedad capitalista, las condiciones y presupuestos para su interpretación y aplicación por los aparatos burocráticos del Estado; y no podía ser de otra forma, por cuanto el Derecho como expresión de unas relaciones de producción, no puede tolerar el que se salten y hagan "estallar", por decirlo así, esas mismas relaciones de producción que permiten la reproducción constante de la clase dominante y explotadora. En consecuencia, dicho conocimiento científico sobre las determinaciones y condiciones de existencia del Derecho y del fenómeno jurídico, es el que nos señala propia-

mente el materialismo histórico, en cuanto ciencia de la periodización y transición de los distintos modos de producción y las formaciones sociales específicas. Conocimiento que por el aspecto del Derecho y el Estado, dice relación a los modos de producción y formaciones sociales, en los cuales aparecen los antagonismos y contradicciones de clase, los cuales generan la dinámica ciertamente compleja de la supraestructura jurídica y política²⁵.

Se hace necesario, entonces, señalar a grandes rasgos las condiciones epistemológicas para tal conocimiento científico, diferenciándolo de la ideología.

Ciencia, Filosofía e Ideología.

Una vez precisada la noción de la filosofía como pensar especulativo, y de que la metodología asumida lleva a conclusiones diferentes, y como las dos grandes vertientes del pensamiento filosófico son el materialismo y el idealismo, y de que la filosofía del Derecho en cuanto tal se ha entendido de una manera idealista (como especulación de los primeros principios, como la concretización o elaboración del principio de justicia, etc.), se hace necesario contraponer a dicha visión, un criterio que parta de lo concreto y llegue a soluciones teóricas concretas; debe establecerse una concepción del Derecho basada en su realidad histórica (origen del Estado y el Derecho, función y formas de aparecer, etc.), o sea una visión

25 Véase Engels, Federico, *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Ed. Progreso, Moscú, 1970.

científica del problema; haciéndose necesario entonces entrar a establecer *qué es ciencia*, sus relaciones con la filosofía y la ideología. La ciencia tiene un objeto específico de conocimiento; la filosofía no. La ciencia establece procedimientos objetivos para un control práctico sobre las leyes que descubre y sistematiza; en cambio la filosofía no establece dicha verificación práctica sino que desarrolla estructuras y sistemas especulativos (aunque no todos necesariamente idealistas).

El problema tradicional de la filosofía, incluida la del Derecho, es que trata de proyectarse a la realidad, cuando debe ser a la inversa, o sea la realidad proyectarse en los conceptos filosóficos, pero asumiéndose una actitud crítica frente a esa realidad, no una actitud deformadora o mistificadora sobre esa realidad que trata de interpretar y que resulta inventando, como hace el idealismo.

En resumen, la filosofía no es el fundamento de la ciencia, sino que para no volverse mistificadora e idealista, debe partir de los descubrimientos de la ciencia y de los problemas que ésta plantea, para establecer nuevas relaciones y sistemas.

Se hace igualmente necesario diferenciar la ideología de la filosofía, y de las ciencias. La ideología, al igual que la filosofía, implica o comporta unos criterios o representaciones sobre el mundo, sin embargo, la ideología está referida de manera práctica a la conducta, al comportamiento; la filosofía, no necesariamente, pues los individuos en la sociedad no tienden a comportarse de una manera aristotélica, kantiana o hegeliana, pero sí de acuerdo con la ideología

religiosa o política que le han inculcado desde la infancia, lo cual equivale a decir que la ideología se encarna en las formas de vida del individuo, generalmente de manera inconciente; de allí la dificultad para "superar" una ideología, por cuanto ésta depende de las estructuras sociales. Dicho en otros términos, la ideología no es solo representación (conceptos-ideas-imágenes), sino que también implica una dominación; de allí el interés de quienes detentan el poder en cualquier sociedad, de reproducir su ideología, o sea la ideología dominante, situación que se lleva a término mediante los aparatos ideológicos del Estado (escuela, medios de comunicación). La ideología no es, pues, algo "natural", sino impuesto. Su dinámica más secreta no depende de ella misma, sino de las contradicciones materiales que se mueven al interior de un sistema social dado.

La ideología, en cuanto dominación, tiende a deformar las condiciones reales de existencia social de los individuos, y es así como produce o genera tres efectos: 1) Alienador o enajenador; 2) mistificador, 3) cosificador o reificador²⁶.

El autor citado, François Chatelet, plantea de manera muy esquemática estos efectos de la ideología, por cuanto los tres efectos a que se alude se pueden reducir al efecto básico y determinante de la alienación o enajenación, criterio éste que se ha tratado de convertir en algo problemático dentro de la teoría marxista a partir de las obras de Louis Althusser, en cuanto

26 Véase François Chatelet, *Ideología y Verdad*, Carlos Pérez editor, Buenos Aires, 1968, pp. 49 ss.

tal criterio que es utilizado por Marx, de una u otra manera, desde los "Manuscritos económicos-filosóficos" de 1844, se pretende apuntarla a un pasado hegeliano y feuerbachiano aún no cancelado en él, el cual estaría relacionado con la consecuencial prédica de una "naturaleza humana", de una "esencia" del hombre, en la medida en que se planteaba un extrañamiento del ser y, por ende, de un discurso aún preso de un "humanismo" y no de un saber científico; sin embargo, siendo evidente que la obra más juvenil de Marx, no va a construir de inmediato la explicación de la explotación y la lucha de clases en el terreno más trabajado por la ideología burguesa en ese momento, como era el de la economía política, y la posterior crítica a dicha economía política a través de obras como: "Contribución a la Crítica de la Economía Política", "Introducción a la Crítica de la Economía Política" y "El Capital", lo cierto es que el criterio de la alienación o enajenación se va a mostrar supremamente rico en contenidos, hasta el punto de que el propio Marx lo utiliza de manera muy precisa y científica en una obra como "El Capital", al hablar de la fetichización de la mercancía. No obstante, es igualmente necesario deslindar campos aunque de manera general, con toda problemática de la alienación que no diga relación a las condiciones de la lucha de clases y la explotación, y que tienda a resolverse en una mera reivindicación del sujeto en cuanto "creatividad" y Eros, negadas por la opresión de la "sociedad de consumo", en la cual el proletariado habría perdido todo su potencial revolucionario por la propia enajenación en el "consumo", como lo plantea de manera equivocada Marcuse. A su vez el humanismo de que es portador el proletariado, al buscar y realizar la erradicación de la explo-

tación del hombre por el hombre en la sociedad socialista y posteriormente en la comunista, no constituye ninguna carga idealista y moralista dada su efectividad humanizadora (y por ende anti-opresiva y anti-explotadora) para las amplias masas del pueblo, de allí que no sea compatible con el status científico del materialismo histórico. En consecuencia el criterio de la alienación debe ser utilizado en el sentido arriba anotado.

Veamos, pues, los tres efectos de la ideología que de manera esquemática señala Chatelet:

1) El efecto alienador: la alienación o enajenación es un extrañamiento del ser, o pérdida del dominio del hombre mismo sobre su ser. Su "realidad" lo vuelve contra la de su propia práctica social, el hombre no controla su propio destino; en lugar de controlar las cosas, éstas lo controlan a él, constituyendo una especie de segunda "naturaleza"; así, en una sociedad montada sobre la libre producción y la libre competencia, donde se trabaja para la ganancia, el dinero constituye un "valor supremo", el cual domina las conciencias, es decir, el ser se valoriza más por el *tener* que por lo que se *es* en cuanto individuo.

2) El efecto mistificador: la ideología en cuanto tiende a desfigurar la realidad, busca eternizarla, al presentarnos unos criterios como los únicos verdaderos, y es así como crea ciertas brumas o cortinas de humo sobre los hechos, lo cual nos impide verlos tal como son. De allí que tiende a crear respuestas automáticas en las personas; es decir, que para todo problema o situación que se presente, se va a encontrar una res-

puesta que ya ha prefabricado la ideología.

3) El efecto cosificador o reificador: la ideología, en cuanto enajena al individuo respecto a sus propias condiciones de existencia y automatiza la conducta y los pensamientos, tiende a convertir al individuo en una cosa, en un objeto, que, como tal, facilita la reproducción de las condiciones materiales de existencia de un determinado sistema.

Los tres efectos anteriores de la ideología no están separados, sino que se integran o relacionan mutuamente, así, a un efecto alienador, se sigue uno mistificador y viceversa.

Igualmente la ideología se mueve en tres planos, o se desenvuelve en tres estadios o instancias: 1) en el anti-científico; 2) en el pseudo-científico; 3) en el pre-científico.

1) Por el aspecto anti-científico, la ideología es la más alienadora de todas, y en tal carácter es totalmente contraria a la ciencia y en abierta pugna con ella; ej. la ideología nazi y su concepción racista, de que había razas superiores y que esa era la alemana, cuando en realidad la ciencia (la biología y la antropología) demuestra que tal criterio es absurdo.

2) Por el aspecto pseudo-científico, la ideología no se va a presentar en abierta pugna o lucha contra la ciencia, sino que paradójicamente (aparentemente) su discurso es el de que es la "ciencia", de que se está hablando a nombre de la "objetividad", pero en realidad está encubriendo unos intereses determinados; lo que ocurre es que no es tan caricaturesca y grotesca como la

anterior. Ej.: las corrientes positivistas en las ciencias sociales, que tratan de explicar el funcionamiento de las instituciones, pero no el por qué de ellas.

3) Por el aspecto pre-científico, la ideología recoge algunos trozos o "partes" de la realidad objetiva exterior y los incrusta por decirlo así, en el conjunto de elementos que componen su concepción, pero sin poder dar cuenta efectiva de la totalidad de esa realidad y, en consecuencia, sin poder proyectar soluciones concretas y reales a los problemas que ella misma plantea. Ej.: el socialismo utópico.

La ciencia se diferencia de la ideología, en que ésta (la ideología), encubre la realidad deformándola; en cambio, la ciencia descubre esa misma realidad, explicándola de una manera objetiva y transformando esa realidad a través del conocimiento objetivo. La ciencia, además, trabaja con conceptos y criterios no pre-establecidos, criterios que se estructuran por medio de leyes objetivas verificables empíricamente; leyes objetivas pero no inmutables y que son independientes del sujeto que las descubre, es decir, las leyes del pensamiento deben ser (para ser científicas) reflejo adecuado del objeto reflejado, pues no es la conciencia la que "crea" la realidad, sino que es un reflejo de ella, vale decir, del ser social; el ser prima sobre la conciencia.

Pero la ciencia en general, al igual que las demás formas de pensamiento y de conocimiento, ha tenido que atravesar por diferentes etapas de su desarrollo histórico, hasta llegar al enorme grado de avance que tiene en el momento actual. Y como este desarrollo está profunda-

mente interrelacionado dialécticamente con el adelanto de las fuerzas productivas y el condicionamiento de las relaciones de producción de un período históricamente dado, resulta comprensible que, con la enorme división social del trabajo y el desarrollo tecnológico del mundo moderno, la ciencia haya podido avanzar tanto; pero al mismo tiempo la ciencia influye de manera recíproca en el avance de la producción (ej.: electrodinámica, electrónica moderna, cibernética), o sea que hay una relación dialéctica, o de mutuo y recíproco condicionamiento, entre: producción-ciencia-técnica, en la cual la predominante es la producción.

Dada la anterior interrelación y el condicionamiento histórico y social que tiene la ciencia, podemos distinguir o clasificar, tres formas metodológicas de pensamiento, en cuanto a la ciencia. Más concretamente, en cuanto a la epistemología o teoría de las ciencias.

A) Epistemología metafísica: esta corriente filosófica concibe la ciencia como un conjunto de verdades acabadas, absolutas e inmutables, que no presentan problemas en el desenvolvimiento de la investigación, pues hay un conjunto de verdades y cánones preestablecidos, todo dominado por un rígido y mecánico criterio de causalidad (concepción aristotélica); en consecuencia se da una visión estática del mundo, se niega el devenir, el movimiento. Dominan estos criterios y actitudes en la Edad Media, con el auge de la Escolástica, y todo el oscurantismo de la Inquisición, bajo el poder de la Iglesia en la sociedad feudal, en donde el conocimiento y la realidad van a venir generados por unos primeros principios, y una voluntad superior y divina,

cuyo conocimiento último para los hombres sería "revelado", y no propiamente razonado.

B) Epistemología empiriocriticista: quienes más la desarrollaron fueron Ernest Mach y Avenarius; va a concebir los objetos como el conjunto y la combinación de nuestras sensaciones, o sea que parte de las sensaciones y los pensamientos (estructura de la conciencia) para ir a las cosas, y no a la inversa, o sea que la sensación es lo primario, lo fundamental; así, pues, la materia dependería de la existencia de las sensaciones, de las impresiones empíricas que se tienen de los objetos, y éstos no estarían dotados de unas leyes propias anteriores e independientes de la conciencia, del sujeto cognocente. En cierta forma se pretende que la ciencia parta del mero dato "empírico", y dada la multiplicidad y variedad de los datos y sensaciones, la teoría de la ciencia estaría en situación de un recomenzar, de recrearse (o volverse a crear) de manera constante, lo cual no es cierto, pues la ciencia procede por acumulación de conocimientos (no de meros datos), o sea que reconoce la existencia de viejas estructuras teóricas, lo que equivale a decir que la ciencia no parte de cero, de un vacío, sino que profundiza el conocimiento dado, lo amplía a nuevas fronteras, en ciertas condiciones crea (no inventa) un conocimiento y un saber nuevos. Pues como bien lo dice Eli de Gortari (*Lógica General*): "Por ello es que una de las características distintivas de la ciencia, es la de acumular ordenadamente los conocimientos adquiridos, después de haberlos pasado por el tamiz implacable de la crítica racional y la verificación experimental"²⁷. Finalmente, cabe anotar que la concepción filosóficamente correcta es la que considera a las representaciones sensibles como imágenes,

reflejos (más o menos correctas), de la realidad exterior, es decir, de lo reflejado, y no como la realidad existente misma. Al tomar unilateral y exclusivamente la realidad como el "conjunto de nuestras sensaciones", la teoría de las ciencias se desliza hacia posiciones subjetivistas y relativistas, hasta afirmar el absurdo de que la verdad y el conocimiento dependen del sujeto, de que la verdad objetiva es un dogma, etc., esto es, introduce el agnosticismo a ultranza, lo cual imposibilita el establecimiento de las ciencias, que necesariamente parte del reconocimiento de la realidad exterior objetiva, ya que de otra forma, ésta no sería controlable por el hombre, como, de hecho, cada vez lo es más.

c) Epistemología dialéctico-materialista. No se va a partir acá de las llamadas condiciones formales e intemporales del conocimiento, o sea como teoría del cogito-pensamiento (Descartes-Husserl), ni de las formas a priori del conocimiento humano (Kant), ni del saber que se dirige hacia el espíritu absoluto o idea absoluta (Hegel). Sino que es una teoría de la historia del conocimiento entendida como ciencia, y no como mera cronología del acaecer científico, o sea, es una historia de las condiciones materiales del proceso de producción de conocimientos; condiciones reales por un lado (es decir, estructura de la organización y división del trabajo), y condiciones internas de otro, mejor, del conjunto de problemas que, hacia el interior de su sistema científico, se plantea la metodología de las ciencias²⁸.

27 Véase De Gortari, Eli, *Lógica General*, Ed. Grijalbo, México, 1965, p. 9.

28 Véase Althusser, Louis, *Ciencia marxista, ideología y lucha ideológica*, hojas mimeografiadas. Traducción de Luis Guillermo Vasco.

Las condiciones internas de la ciencia no tienen una "autonomía" absoluta, sino que dependen del estado material en el cual se encuentran las condiciones reales de la ciencia, es decir, para su reproducción económica y social. Pero es a través de la práctica como se logra establecer (reflejar), las leyes que rigen los objetos de conocimiento (lo reflejado).

El método para establecer este conocimiento científico, no es el inductivo (de lo particular a lo general), ni el deductivo (de lo general a lo particular), sino aquel que parte de lo *concreto*, va a lo *abstracto* y regresa a lo *concreto*, en donde el "regresar" a lo concreto implica un enriquecimiento del conocimiento; el paso de lo *concreto* a lo *abstracto* y la vuelta a lo *concreto*, está atravesado, por decirlo así, de medio a fin por la *práctica*, que es el único vehículo objetivo del conocimiento. No se impone acá el principio de "economía" del pensamiento establecido por los empiriocriticistas, según el cual se trata de establecer el mayor número posible de hechos en el menor número posible de hipótesis, sino de implementar estructuras abiertas de conocimiento, que den al traste con los criterios rígidos y estrechos de la realidad que se tiene en el mecanicismo, y dar una apertura dialéctica del conocimiento, o sea comprender que la realidad, el mundo, está en devenir (en movimiento), que los procesos tanto de la realidad física como social son contradictorios, que los fenómenos se influyen recíprocamente, etc.; en síntesis, que lo *concreto* es objeto de *múltiples* determinaciones y que lo concreto no se confunde con lo inmediatamente empírico.

El pensamiento científico no excluye per se,

los razonamientos inductivos o deductivos, sino que éstos no son el fundamento mismo de la ciencia, como lo acabamos de ver, pues lo concreto de la dialéctica es, como ya dijimos, objeto de múltiples determinaciones y conexiones reales, y no la mera particularidad en cuanto especificidad de la inducción, a su vez lo abstracto no implica un especular fantasioso, pues la práctica es el elemento real que une lo concreto con lo abstracto, de allí que no sea (lo abstracto) la mera generalidad formal de la deducción. En síntesis, la ciencia progresa, pero no en el sentido del "optimismo" mecanicista y positivista, por mera acumulación cronológica de conocimientos, o de sedimentación de conceptos, no es algo así como una mera sumatoria del saber, en donde se pasaría de "pequeño" saber a un saber un "poco" más "amplio"; de lo que se trata es de comprender que el conocimiento científico, sí acumula conocimientos en cuanto las leyes objetivas que descubre y formula no van a perder per se, toda su operatividad, porque en un plano más amplio y globalizante de la totalidad de lo real, dejan de reproducirse con la exactitud que lo hacen en su plano o campo específico; caso típico el de la matemática con el problema de los números reales e irracionales, racionales e irracionales, o en la geometría con el problema de geometría euclidiana y no-euclidiana, donde la segunda es una elaboración científica para operar en el plano explicativo del universo en la teoría de la relatividad, pero ello no quiere decir que la geometría euclidiana pierda toda su vigencia, pues sigue siendo aplicada en su campo específico; realmente lo que ocurre es la realidad dialéctica misma de una negación de la negación, pero no en el sentido hegeliano (de una dialéctica de la idea), sino en cuanto lo *nuevo* involucra

lo *viejo* pero *superándolo*, lo cual no excluye relativas rupturas epistemológicas²⁹.

En consecuencia, para que una teoría tenga o adquiera status científico, requiere de las siguientes condiciones: 1) Implicar un conocimiento objetivo de la realidad de la cual se ocupa; 2) servir de vehículo o herramienta para una transformación práctica de esa realidad, y a la vez establecer un control igualmente práctico sobre la misma; 3) Necesariamente conlleva (al transformar la realidad) una impugnación de lo existente o crítica de la realidad. Este último punto o condición es propio de las ciencias sociales.

Francois Chatelet³⁰, habla en su obra "Ideología y Verdad", aunque de manera difusa,

29 A partir de Gastón Bachelard (*Psicoanálisis del Fuego, La formación del Espíritu Científico, etc.*), tanto la noción de "ruptura" como de "recurrencia", va a hacer carrera en epistemología como en historia de la ciencia, dando un supuesto carácter fundante a las mismas, lo cual nos llevaría a un planteo adialéctico (sin dialéctica, no necesariamente anti-dialéctico) dado el elemento siempre recurrente de la discontinuidad como absoluta (y por ende metafísicamente) contrario al de evolución; situación ésta que llevaría a un Althusser a la falsa problemática de los "dos" Marx (la del joven Marx, hegeliano y feuerbachiano, humanista, y el Marx maduro, el de la ciencia); situación que convertirá a todos los "rupturalistas" y "estructuralistas", en el epigono de lo que pretendían haber destruido, es decir, en neo-positivistas, por no haber comprendido que evolución-continuidad y ruptura no son más que dos momentos de una misma realidad: La contradicción como motor del movimiento. Para una aplicación a ultranza del principio de "ruptura" y "recurrencia", en la epistemología e historia de las ciencias, véase: *Sobre la historia de las ciencias, de Michel Fichant y Michel Pécheux*, Ed. Siglo XXI, México.

30 Véase Francois Chatelet, *Ideología y Verdad*, Op. Cit.

tanto de los tres efectos ya anotados sobre la ideología, como de los requisitos para que una teoría sea verdadera, y señala: "1) Debe fundarse en un control científico, vinculado a una práctica; 2) debe constituirse en un poder teórico que impugne a la sociedad existente; 3) debe ser capaz, por sus propias fuerzas, de engendrar una efectividad práctica". La concepción de Chatelet posee, ciertamente, la falla de dejar inexplicado el elemento mismo que pretende explicar, al dar como definido en la definición misma, el criterio del "control científico", del cual se habla en el primer requisito, pues si para una teoría ser verdadera (o sea científica) debe fundarse en un control científico, hay que explicitar *qué es control científico*, pues, de lo contrario, podría caerse en círculo tautológico, según el cual hay "teoría verdadera" cuando hay "control científico", y hay "control científico" cuando hay "teoría verdadera".

El Derecho y teoría del Derecho

Una vez establecidos los anteriores criterios sobre ideología y ciencias, se hace necesario plantearnos, si el Derecho y la teoría del Derecho son o no una ciencia, o qué carácter tienen.

El Derecho en cuanto tal, es decir, el Derecho positivo vigente, no es en sí mismo una ciencia, a la manera como la naturaleza física no es per se una ciencia, sino que es objeto de un conocimiento científico y en consecuencia de una teoría científica, la cual refleja (pero no a la manera de un espejo) las leyes objetivas (independientes de la conciencia), mediante las cuales se rige. Pero si la naturaleza física, o la estructura biológica del ser, no comporta al interior de sus

propias condiciones fácticas de existencia elementos ideológicos, no puede decirse lo mismo del Derecho, y de las normas jurídicas, específicamente, pues éstas conllevan en el *núcleo* mismo de estructura, valoraciones ideológicas, las cuales no son absolutas o intemporales sino determinadas por las condiciones concretas, económicas, sociales, políticas e históricas del momento, según la correlación de fuerzas del poder de las clases sociales; no debe olvidarse que la ley jurídica no es natural o espontánea, sino impuesta por el aparato del Estado. Esta estructura ideológica presente al interior de la norma jurídica, puede no ser inmediatamente perceptible, dado el carácter hegemónico o de dominación que posee la ideología, lo cual hace aparecer a ésta como el elemento, el factor cohesionador de toda la sociedad en general. Sin embargo, mediante un análisis crítico, se puede evidenciar ese factor ideológico del Derecho, por ejemplo, al comprobarse en un sistema jurídico determinado que se valora más jurídicamente la propiedad privada que la vida, (recuérdese nuestro controvertido inciso 2, del numeral 2o., del artículo 25 del anterior Código Penal, como causa de justificación del hecho delictivo). Además, el proceso de creación misma de la Ley, nos muestra cómo el legislador, independiente de conciencia o inconciencia, es portador de ideologías, las cuales necesariamente *plasma en la norma jurídica*. Igual situación puede predicarse del proceso de ejecución jurisdiccional, y el papel que en ello juega la llamada "conciencia jurídica", como expresión de la ideología también dominante en una formación social específica, e históricamente determinada.

El Derecho no es en ningún momento refractario a la ideología, pues lo ideológico se consti-

tuye como elemento verdaderamente programático de la teoría del Derecho, tal ocurre con la consideración de la libertad según el “saber” de los juristas, la cual es planteada como “autodeterminación”, como voluntad libre para contratar, y aún como “columna vertebral” del sistema de la responsabilidad legal; no obstante, la práctica social se encarga de hacer “desvanecer” la ilusión del jurista a propósito de esta libertad, por cuanto en el caso del contrato de trabajo, el trabajador no contrata libremente como piensa el legislador, sino por necesidad de vender su fuerza de trabajo para poder subsistir; sin embargo, la formulación completamente ideológica de la libertad que hace el Derecho y retoma acriticamente el jurista, no deja de cumplir su efectividad operativa, en el campo de la aplicación del Derecho, tal como ocurre en la rescisión y nulidad de los contratos, etc.

Respecto a la teoría del Derecho encontramos, bien por la corriente iusnaturalista (concepciones del “Derecho Natural”), o bien por la corriente del positivismo jurídico, que no pueden llenar los requisitos de una teoría científica, de una ciencia.

Las concepciones iusnaturalistas hacen depender la validez, y hasta la vigencia del derecho positivo, de un primer principio, el cual puede ser la “naturaleza”, Dios, o la razón, que va a servir para estructurar, en supuestos términos de “justicia”, la existencia de una determinada supraestructura jurídico-política, en una formación social específica. La existencia real de ese primer principio que funda el derecho, no es susceptible de comprobación ninguna, pues es un principio dogmático, no sometido a control cien-

tífico alguno por cuanto no tiene la capacidad para dar cuenta de la realidad objetiva del derecho mismo y su carácter fundamentalmente coercitivo, de imposición de la fuerza, lo cual hace que el derecho tenga validez, vigencia y eficacia, aun cuando sea “injusto”. Además, hablar de “derecho natural” como idea de justicia, como si se tratara de una estructura social coercitiva, es uno de los más grandes equívocos de la filosofía jurídica, como bien lo anota Norberto Bobbio³¹, en estricto sentido no hay “derecho natural”, pues sólo son derecho, las leyes coercibles o respaldadas en la utilización y aplicación de la fuerza organizada del aparato del Estado.

Igualmente, la “justicia” hacia la cual remite el iusnaturalista, tiende a plantearse de manera absolutista, según el sistema iusnaturalista de que se trate, buscando convertirla en algo ahistórico, eterno; así, por ejemplo, el iusnaturalismo griego, que es de corte “naturalista”, en cuanto hace depender la validez del derecho positivo de la “naturaleza humana” o de la “naturaleza de las cosas”, nos va a presentar la esclavitud (una institución histórica) como algo natural y en consecuencia eterno; inclusive filósofos tan destacados como Platón o Aristóteles van a ser presa de este tipo de formulaciones³²; argumento éste que mirado bajo la lente estrecha del moralista, podría parecer francamente sospechoso de parcialidad, pero que realmente es el fruto, el producto de su época, es decir de un modo de producción históricamente determinado.

31 Véase Norberto Bobbio, *Algunos argumentos contra el Derecho Natural*, Ed. Taurus, Madrid, pp. 22 ss.

32 Véase Aristóteles, *La Política*, Ed. Tor, s.f., Madrid.

Se hace evidente entonces que el iusnaturalismo no es una teoría científica, sino una *ideología*, destinada a encubrir y por ende a justificar una determinada realidad social y jurídica, lo cual no obsta para que sea necesario reconocer que históricamente el iusnaturalismo, o las teorías de derecho natural hayan tenido una relativa función transformadora, en el tránsito de un modo de producción a otro, como ocurrió con la ideología cristiana, en el tránsito de la sociedad esclavista a la feudal, por cuanto sus criterios de "igualdad de los hombres ante Dios" y de que "Dios creó a todos los hombres libres", socavaban las bases materiales del esclavismo; a su vez, el iusnaturalismo teológico y su concepción teocrática del Estado, según la cual el poder viene de Dios, y de que el "orden" positivo humano para ser válido debe adecuarse al "orden divino", va a servir para explicar justificativamente el funcionamiento de la sociedad feudal, basada en el poder político de la iglesia y de los señores feudales. Por su parte, el iusnaturalismo racionalista, según el cual el derecho se basa en estructuras de razón, que hacen que el hombre, en cuanto ser racional y libre, posea unos derechos inalienables anteriores a la sociedad misma, va a criticar la rígida estructura feudal, y a expresar a nivel ideológico las necesidades de la libre producción, libre circulación y libre concurrencia propias de la producción capitalista, y cuyos teóricos van a ser un Rousseau, un Kant, un Locke, etc.

No obstante, es necesario dejar en claro que no es la fuerza, la convicción de una ideología, así refleje de manera general las grandes tendencias del desenvolvimiento histórico, la que produce por sí misma las grandes transformaciones

histórico-sociales, sino que es el conjunto, el núcleo de las contradicciones materiales de un sistema dado, el que hace que éste sea superado por otro diferente. Situación en la cual las concepciones filosófico-jurídicas, no son más que un reflejo complejo de determinadas condiciones económicas, sociales e históricas.

En síntesis, el carácter "transformador" del derecho natural, no implica ni representa un control práctico y objetivo de las instituciones jurídicas y políticas, sino un conjunto de formulaciones ético-valorativas que no pueden ser objeto de demostración alguna.

El positivismo jurídico va a afirmar, de una u otra manera, que solo es Derecho el derecho positivo y vigente en una sociedad dada, y la fuerza (coactividad), el elemento sustancial de las normas jurídicas, sin embargo, la fuerza se va a convertir en una mera consecuencia de la violación de un precepto legal, en la sanción dejando inexplicado o mejor encubierto el por qué de la sanción, el por qué de lo coercible del Derecho; escamoteando las relaciones de poder político y de dominación que realiza el Derecho.

Caso típico de este escamoteo, de este encubrimiento, hecho a nombre de la "ciencia", es el de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen³³, quien pretende realizar una doble depuración metodológica del Derecho, para poderlo estudiar "científicamente": de un lado, la "depuración" valorativa o axiológica, o sea de todo elemento o aditamento referente a la "jus-

33 Véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires.

ticia” o “injusticia”, en cuanto el Derecho no requiere de tal criterio para existir y funcionar; y, de otro lado, la “depuración” naturalística, en cuanto el Derecho es una estructura de *deber ser* basada en relaciones de *imputación* y no en relaciones de *causalidad*.

Sin embargo, si bien es cierto, como ya vimos que el Derecho para existir como tal no tiene que realizar una idea de justicia (pues aún un derecho “injusto” producido con arreglo a unas determinadas exigencias constitucionales es válido), también es igualmente cierto que el Derecho no puede despojarse mediante “depuración” metodológica alguna, de su *núcleo* ideológico, presente al interior mismo de la norma, como ya vimos. Pues tal tentativa es absolutamente idealista y es la que como petición de principio realiza Kelsen, al afirmar que los contenidos son indiferentes a la constitución de la “ciencia” del Derecho en cuanto teoría pura, por cuanto estos contenidos, políticos, sociales, etc., serían objeto de estudio de otras disciplinas, lo cual implica ni más ni menos que despojar mediante un procedimiento artificioso, a un objeto (para el caso la norma jurídica) del conjunto de sus determinaciones *reales*, procedimiento imposible de llevar a cabo en la ciencia, pues ésta no puede desconocer, so pena de caer en falsas formulaciones que no den cuenta de las condiciones de existencia del objeto, el conjunto complejo de elementos que condicionan la realidad de lo reflejado en el reflejo.

Respecto a la depuración naturalística, los hechos sociales que son objeto de la regulación normativa, se constituyen a través de un complejo de factores causales, que dicen relación a los

intereses y necesidades de quienes se benefician económica y políticamente de un sistema, y se ven obligados a regular de manera impositiva determinados fenómenos; así ocurre, por ejemplo, con el proceso de circulación de las mercancías, en una sociedad destinada a producir mercancías para la acumulación de capital, en donde necesariamente el contrato de compra-venta surge o despliega mejor, en su forma más completa, en cuanto permite reproducir ese proceso de la circulación de las mercancías. Además, lo natural, en lo que dice a los límites ontológicos de la acción regulada por la ley jurídica constituye una barrera por decirlo así, para el legislador, so pena de que la tentativa de regulación jurídica de una determinada conducta, se convierta en algo inocuo, e imposible de cumplir para cualquier destinatario de la norma; situación verdaderamente extrema, pero que al igual que las relaciones sociales causales reguladas por el Derecho, nos muestran que el Derecho no es ajeno a este tipo de estructuras.

La norma jurídica que es el objeto hacia el cual apunta la reflexión “científica” del positivista, se nos va a presentar bien como estructura lógico formal (neo-kantismo kelseniano) o como una proposición directiva (no asertiva, es decir falsa o verdadera), dirigida al juez³⁴, y de la cual sólo puede predicarse validez o invalidez, pues para el iusnaturalista sí puede predicarse verdad o falsedad de la norma jurídica, en cuanto se adecúa a un primer “principio”, el cual como ya vimos es absolutamente metafísico y no científico. Este carácter de no verificabilidad cognociti-

34. Véase Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires.

va de la norma jurídica que postula el positivismo, nos revela a las claras la ambigüedad del objeto de la pretendida "ciencia" jurídica, pues, qué puede pensarse de una teoría que se diga científica, pero al mismo tiempo impida formular sus hipótesis en términos de verdad o falsedad, o sea en términos de objetividad.

De allí que pueda plantearse con Cerroni³⁵, que en la teoría moderna del Derecho, se está en presencia de una pretendida "ciencia" sin objeto, o de un "objeto" sin ciencia.

De una pretendida ciencia sin objeto, porque éste tiende a presentarse en unos casos como mero "hecho social" (sociologismo jurídico) sin explicar qué es el hecho social, o bien porque plantee el objeto (la norma jurídica) como una supuesta estructura lógica, desconociendo como se dijo la realidad del núcleo ideológico de la misma, o en última instancia como una proposición directiva que no puede ser objeto a su vez de juicio sobre verdad o falsedad, con lo cual necesariamente trabaja la ciencia al establecer sus hipótesis.

Finalmente, un objeto sin ciencia, por cuanto la teoría del Derecho (la pretendida ciencia) realizada es un conjunto de formulaciones ideológicas que no pueden dar cuenta de las condiciones reales e históricas de existencia del Derecho, ni de su finalidad objetiva. Ni aún un empirista como Alf Ross, puede desembarazarse en sus planteamientos de las connotaciones idealistas que le son propias a todo idealismo, al afir-

35 Véase Umberto Cerroni, *Metodología y Ciencias sociales*, Ed. Martínez Roca, Barcelona.

mar: "El Derecho vigente *jamás* es un *hecho histórico*, sino un cálculo en contemplación del futuro" (subrayado fuera de texto), o sea que se deja, de manera deliberada, en la más absoluta oscuridad, el por qué se produjo un determinado Derecho en un momento históricamente dado, y todo se reduce a una mera descripción funcionalista del proceso de creación y aplicación de las normas y no de explicación.

El hecho de que ni la teoría del Derecho ni el Derecho sean científicos, pues el positivismo al igual que el iusnaturalismo es una ideología, no significa que éste (el Derecho) no pueda ser objeto de un conocimiento científico (lo que no quiere decir una "ciencia pura"), conocimiento que vendría dado, no por el Derecho mismo (pues el Derecho no puede explicar el Derecho, así como la ideología no puede explicar la ideología) sino por lo que él es expresión, es decir, de una relación de producción determinada, de allí que hubiésemos afirmado anteriormente que el Derecho no posee una historia propia.

Tal conocimiento científico, excluye, evidentemente, la interpretación del Derecho en cuanto su aplicación por los tribunales, es decir, en cuanto jurisprudencia, pues el legislador mismo en la medida en que busca reproducir (no producir) coercitivamente un sistema social dado, al mismo tiempo está interesado en señalar la forma como el Derecho debe ser interpretado y aplicado, para impedir la incertidumbre en el afianzamiento de las estructuras de poder.

Por último, cabe anotar que toda ciencia social que sea verdaderamente tal, debe reflejar objetivamente el conjunto de contradicciones y

antagonismos que se dan en la realidad social, y tanto el Derecho como su teoría no pueden hacer esto, ya que a nivel jurídico las relaciones entre los individuos se presentan como relaciones entre sujetos de Derecho, es decir, como sujetos jurídicamente iguales y libres, lo cual constituye, como ya vimos, una verdadera falacia al confrontarse con la realidad.

Queda claro que el positivismo jurídico no nos da un conocimiento objetivo de la realidad de la cual pretende ocuparse (el Derecho), pues solo da una descripción a lo sumo formal y arbitraria de ella, y en consecuencia no permite establecer un control práctico de la realidad, que permita una transformación de la misma, de allí que particularmente en el positivismo formalista de Kelsen se haga patética la apología del sistema, al plantear el conocimiento "científico" del jurista en términos de la simple legalidad, ilegalidad, validez o invalidez de las normas jurídicas, procedimiento que como queda dicho no es científico, sino puramente descriptivo, y no explicativo.

EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto abrir una polémica, no sólo en el ámbito universitario, sino también en los círculos judiciales y en las corporaciones de abogados (colegios), al igual que en las amplias masas y sectores que "sufren" o padecen el derecho.

El "uso alternativo del derecho" es toda una corriente del pensamiento y de la práctica jurídica, la cual ha tomado cuerpo de presencia en Europa hace ya cerca de dos lustros. Sin embargo, es relativamente desconocida en nuestro medio, no obstante que ella puede ser objeto de aplicación creadora en el campo de nuestro ordenamiento jurídico colombiano, como trataré de explicarlo más adelante.

El trabajo tiene un carácter provisional y no pretendo agotar toda la problemática jus-filosófica, socio-jurídica y socio-política que comporta la formulación y aplicación de la corriente o escuela del "uso alternativo del derecho". Tal labor es una labor de equipo donde deben cooperar las distintas ramas y prácticas del derecho: el penalista, el laboralista, el civilista, el constitucionalista, etc., y además la necesaria conexión interdisciplinaria con la sociología, la economía, la política, etc., pero fundamentalmente se requiere el concurso de los sectores sociales encargados de aplicar el derecho, y de los grupos y clases sociales que pugnan por obtener un mayor espacio democrático en su acción político-social, pues en realidad la democracia de la vida social y política está ligada quiérase o no,

gústenos o no, a la formulación y aplicación de un determinado orden jurídico.

El lector sabrá comprender el carácter provisional de este trabajo, el cual más que un planteamiento definitivo es una invitación a la reflexión.

EL PROBLEMA TEORICO

Es imposible abarcar acá todo el debate epistemológico sobre el carácter científico o no del discurso jurídico, y sobre la praxis jurídica¹. Pero a grandes rasgos podemos caracterizar algunos modelos a partir de los cuales ha tratado de construirse dicha "ciencia" y sus dificultades y límites.

Con el advenimiento del jusnaturalismo racionalista, el cual surge con el desarrollo del modo de producción capitalista, aparecen dos conceptos capitales para el futuro desarrollo del positivismo y del cientifismo jurídico como son la idea de la sistematicidad de lo jurídico, la racionalidad y coherencia de las leyes. Una y otra impulsaron la codificación², la cual trajo a su vez

1 A propósito del problema sobre la constitución de una ciencia jurídica y sus obstáculos epistemológicos, puede verse el interesante trabajo de Miche Maille "Introducción crítica al Derecho", próximo a publicarse por Editorial Temis.

2 La idea sobre la "calculabilidad", la "previsión" y la "seguridad" que exige la naciente burguesía al Estado ya fue señalada brillantemente por el sociólogo alemán Max Weber, véase "Economía y Sociedad" 2 tomos. Fondo de Cultura Económica. México, 1970. Para un desarrollo más detallado del tema en su aspecto histórico ver a Michel e Tigar y Levi "El derecho y el ascenso del capitalismo". Ed. Siglo XXI, México, 1970.

aparejada la famosa hermenéutica de la escuela de la exégesis, con su apego al texto de la ley.

El culto a la ley, el fetichismo de lo jurídico era consecuencia obligada de la concepción ideológica heredada de Montesquieu, según la cual el poder controla al poder, y por ende la división funcional del Estado en ramas u órganos de Poder, los cuales unos controlarían a otros, es el mejor remedio a los excesos³. Pero el juez en esta concepción no crea el derecho, simplemente lo aplica, o como diría Montesquieu, las palabras de la ley hablan por la boca del juez. Ninguna función creadora le corresponde a la jurisprudencia dentro de esta ideología. Se trataba de una suerte de modelo mecánico de las ciencias jurídicas y sociales.

Pero una vez que se consolida el modo de producción capitalista, y se despliega todo el conjunto de sus contradicciones económicas, sociales y políticas, pierde fuerza el jusnaturalismo racionalista con su idea de justicia y de racionalidad del ser social, con unos derechos fundamentales anteriores y superiores al Estado, y se abre paso la idea de que el universo jurídico está constituido en lo fundamental por formas, las cuales se plasman en las normas, en las que se va a destacar más la connotación lógica de las mismas, y

3 Tradicionalmente se ha creído que Montesquieu es el padre del "Estado de Derecho" con su "teoría" de la separación de los poderes, sin embargo la teoría del poder dividido en ramas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no es una teoría tan revolucionaria como muchos creen, y en ciertos aspectos pretendía mantener ciertos privilegios políticos a la aristocracia feudal; al respecto ver el interesante estudio de Louis Althusser "Montesquieu, la Política y la Historia".

el proceso de aplicación, comprensión y elaboración del derecho.

Todo este proceso donde tiene gran aplicación la lógica formal viene precedido de la vieja distinción kantiana entre mundo del ser y mundo del deber ser, que va a ser tan finamente desarrollado por un jurista muy brillante como es Hans Kelsen.

Este modelo de la ciencia jurídica va a ser duramente criticado por uno de los principales maestros de la escuela sobre el "uso alternativo del derecho", concretamente por Pietro Barcellona, quien afirma que: "todas las operaciones de los juristas, como veremos, son reconstrucciones del sistema y se realizan con el método de la interpretación sistemática y de la abstracción generalizadora". Y más adelante agrega en un cita un poco larga pero ilustradora, a propósito del carácter formal y ahistórico de cierta reflexión jurídica: "todo esto, en realidad, no aparece en la línea de argumentación que presenta la ciencia jurídica. Esta jamás se refiere a la base económica ni a los modelos culturales. El razonamiento empieza en ella donde es posible presentarlo como una operación puramente lógica. Lo que impide que se tome conciencia de los condicionamientos económicos, culturales, históricos y concretos de las categorías y de las instituciones jurídicas es precisamente el método de las abstracciones indeterminadas. Es el criterio de elaboración de los conceptos mediante las abstracciones generalizantes que se presentan en términos de definición de la realidad, como "descripciones". Y así se opera de hecho un proceso de "idealización" del derecho y de las categorías jurídicas que vuelve del revés la relación

entre derecho e historia, entre instituciones jurídicas y estructuras económico-sociales. El derecho se configura no ya como un producto del desarrollo económico y de las relaciones sociales, sino como un "modelo" en función del cual se opera la organización de lo real, como paradigma en relación al cual se conjugan las acciones humanas"⁴.

Pero este modelo de la ciencia jurídica también va a entrar en crisis en la medida en que al interior de la sociedad estallan los antagonismos de clases, y en donde irrumpe la actividad política de vastos sectores sociales que no se resignan a ver en las relaciones de poder (legalizadas por el Estado burgués) nuevos conflictos de intereses entre sujetos jurídicos. El discurso jurídico sobre la igualdad y la libertad deviene cada vez más en una formulación formal vaciada de contenido, la cual se contrasta dramáticamente en la vida cotidiana con la desigualdad real y con la esclavitud asalariada.

En este orden de ideas la argumentación jurídica pierde prestigio de cientificidad, y cobra más carácter ideológico en el sentido de velar o encubrir la realidad; y no sólo ello, sino que las categorías jurídicas tan largamente elaboradas pierden operatividad, al respecto señalan Mückenbergl y D. Hart: "El sistema del derecho privado general se adecuaba perfectamente a las condiciones económicas del período en que había nacido, en cuanto abarcaba la casi totalidad de los actos de circulación económica a los que contenía forma jurídica. Sin embargo, conforme la

4 Véase el trabajo de Pietro Barcellona y Giuseppe Caturri: "El Estado y los Juristas". Ed. Fontanella. Barcelona, 1974. pp. 97 y 101.

competencia ha ido desarrollando la tendencia hacia la propia negación, han crecido las contradicciones inmanentes en las categorías fundamentales del derecho privado: a medida que ha aumentado la concentración del capital privado, ha aumentado la diferencia entre la formal igualdad jurídica y la real desigualdad económica, entre la libertad formal por una parte y, por otra, la dependencia real de los trabajadores de quienes disponen de los medios de producción"⁵. La figura jurídica más ostensible es el llamado contrato de adhesión donde la parte más fuerte (léase capital monopolista) impone las condiciones más oprobiosas a la otra parte, hasta hacerle renunciar a derechos generales concedidos por la ley, so pretexto de la "autonomía de la voluntad".

Pero si en el campo del derecho privado el barco ha hecho agua, en el campo del derecho público la situación no es más boyante, puesto que las categorías del sujeto jurídico, la relación jurídica, la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad, se ven desmentidas en la propia práctica jurídica por cuanto el Estado mediante la ficción muy propia de los juristas pretende actuar como sujeto jurídico, como "igual" frente a la otra parte, con "voluntad" (de quién?, del burócrata que lo encarna?), etc. . . . , todo lo cual lleva a una supuesta "privatización" del derecho público, y a una publicización del derecho privado (recuérdese la noción de orden público económico para ciertos contratos), todo medrado por el fantasma ideológico del interés gene-

5 Véase Udrich Mückenber, Dieter Hart y Barcello-
na: "La formación del jurista —capitalismo monopo-
lístico y cultura jurídica—". Ed. Civitas. Madrid,
1977. p. 55.

ral o público, tan caro a los discursos constitu-
cionales.

Pero todas estas ambigüedades y contradicciones acá inventariadas de paso, no son más que el reflejo de una realidad más profunda: las contradicciones de la estructura socio-económica sobre la cual se levanta la superestructura jurídica; y el doble carácter del universo del derecho como realidad opresora, pero también en ciertos casos y dentro de ciertos límites, como emancipador. El jusfilósofo español N. M. López Calera lo expresa muy claramente cuando afirma: "como la absoluta legitimación democrática del derecho —como la misma democracia— no se puede dar, el derecho tendrá siempre una ambigüedad y una ambivalencia, esto es, será por un lado superestructura opresora y por otro lado criterio de ordenación justa y humanizante de las relaciones sociales". Y más adelante agrega: "Al derecho vigente en todos los sistemas formalmente denominados democráticos hay que negarlo y afirmarlo, criticarlo y utilizarlo. El llamado "uso alternativo del derecho", desarrollado en muy diversos sentidos por el neomarxismo alemán e italiano, quiere destacar precisamente la operatividad del derecho al servicio incluso de modestos cambios revolucionarios en base precisamente a su ambigüedad y a sus contradicciones"⁶.

En síntesis para la escuela del "uso alternativo del derecho" el derecho, lo jurídico, no es un

6 Ver a N. M. López Calera en: "La legitimación democrática del Derecho", ponencia publicada en la revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Nro. 16, 1976. Universidad Granada, España, en el simposio sobre: "Derecho y Soberanía Popular". pp. 50 y 52.

universo unidimensional, sino pluridimensional, profundamente interconectado con la estructura económico-social y en cierta forma sobredeterminado por el dinamismo de la realidad política. Situación ésta que ha llevado a un autor como Modesto Saavedra a definir el “uso alternativo del derecho” así: “se entiende por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; o lo que es lo mismo, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada”. Y más adelante agrega precisamente la noción: “Esta propuesta supone la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas, y de su idoneidad como factor de cambio social”⁷.

Para la teoría del “uso alternativo del derecho”, la relación entre *política y derecho*, es de carácter directo, incluso se postula como un factor fundamental dentro de los planteamientos y desarrollos teóricos de la escuela, al contrario de lo que venía ocurriendo con los anteriores “paradigmas” utilizados por la llamada ciencia del derecho, en donde el presupuesto fundamental era la separación radical entre derecho y economía, entre derecho y política, lo cual se basa en el subsuelo teórico kantiano de la distinción entre ser y deber ser, pero acá se va a dar un nuevo planteamiento, el cual expresa así el jurista Perfecto Andrés Ibáñez: “Par-

7 Véase el interesante folleto “Sobre el uso alternativo del Derecho”. Modesto Saavedra L., Perfecto Andrés Ibáñez y Nicolás López Calera. Fernando Torres Editor. Valencia, España, 1978. p. 40.

tiendo, pues, del reconocimiento de la insuprimible dimensión política del derecho y de la clara no univocidad de las instancias axiológicas que en él se expresan, estos juristas tratan de promover una práctica que, sin perjuicio del rigor técnico, hago suyos —conscientes de la propia necesaria politicidad— los valores más progresivos de entre los que informan el ordenamiento”⁸.

La problemática que plantea la politicidad del derecho tanto en su formulación teórica como en su instancia práctica o de aplicación, no deja de suscitar críticas tanto de los sectores llamados de derecha, apegados al *mito* de la división de poderes y de la “neutralidad” de la justicia (léase aparato judicial), como de ciertos sectores de la izquierda, particularmente de algún marxismo muy ortodoxo, poco propenso a comprender las complejas relaciones existentes entre reforma y revolución, los cuales no son dos momentos absolutamente separados sino que constituyen una unidad dialéctica.

Para las posiciones más radicales, no cabría ninguna aplicación progresiva del derecho burgués, pues todo el derecho es de clase y por ende estaría al servicio de la reproducción del capital. El fracaso de todas las tentativas de transformación socialista por vía constitucional sería testimonio a favor de esta crítica. Sin embargo, el problema no es tan sencillo y merece un análisis más detenido.

En primer lugar es necesario reconocer que el ordenamiento jurídico del Estado burgués mo-

8 Véase Ibáñez, Andrés Perfecto. Revista “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”. Nro. 16, 1976 (Derecho y Soberanía Popular), el artículo “Por una práctica judicial alternativa”. p. 173.

dero no es una unidad monolítica libre de contradicciones, y que además formula, aunque sea formalmente, principios axiológicos que se pueden volver contradictorios, como son por un lado la libertad y la igualdad y por el otro la defensa de la propiedad y el orden, los cuales chocan y entran en lucha, pues el burgués no aspira tanto a luchar por la libertad y la igualdad (una vez consolidado el modo de producción capitalista) sino por la propiedad privada y por la imposición del orden, o sea contra el derecho de huelga, de movilización, de expresión, etc.

Creo que quien mejor expresa esta tensión es el ensayista Lelio Basso, cuando afirma: "No se puede dudar, pues, de que para Marx el derecho no era simplemente la expresión monolítica del poder de la clase dominante, sino, por el contrario, la expresión contradictoria de la lucha de clase, la expresión del conflicto entre las dos lógicas antagónicas que se disputan el campo en la sociedad capitalista". Y agrega: "el marxismo concibe el derecho como expresión de la sociedad existente y de su división en clases: que debido a ello, ésta resulta en primer lugar un instrumento en manos de la clase más fuerte, la clase dominante; pero que sería erróneo entender esta afirmación en su sentido estrecho y estático, porque la lucha de clases tiende a modificar continuamente la correlación de fuerzas entre las clases. Y es así perfectamente concebible que la clase trabajadora, mediante sus luchas, y más en general las fuerzas productivas en su desarrollo, logren incidir en el ordenamiento jurídico y logre insertarle elementos antagónicos a la lógica capitalista, haciendo revivir en el seno mismo del ordenamiento jurídico aquel conflicto entre las dos lógicas contradictorias que hemos com-

probado que es para Marx el motor del proceso revolucionario en la sociedad capitalista"⁹.

Las palabras de Lelio Basso tienen un cierto acento reformista, pero poseen mucho de real, sobre todo si se confrontan con la historia moderna de ciertos Estados capitalistas occidentales donde impera la democracia representativa, en las cuales se puede observar que muchas de las conquistas democráticas de que hoy goza el pueblo fueron conquistas arrebatadas por la clase obrera y las masas campesinas a la clase burguesa y a la aristocracia; tales como el derecho al sufragio sin restricciones de raza, de propiedad, o de conocimiento. El derecho de libre asociación ligado a la cruenta lucha de los obreros por formar sus sindicatos; y en general todas las conquistas del llamado derecho social, son fruto de la *lucha* y son conquistas de las clases trabajadoras que se han extendido a otras capas y sectores de la población.

En este orden de ideas, y pese a las discusiones recientes, el derecho laboral es más conquista de los trabajadores que un beneficio para el capital¹⁰.

9 Ver Basso, Lelio. "El uso de la legalidad en la transición al socialismo". Tomado del texto "Transición al socialismo y experiencia chilena", varios autores. Ed. Rodolfo Alonso, Santiago de Chile, 1972. p. 36.

10 Véase la interesante discusión moderna sobre el carácter de clase del Derecho del Trabajo en Antoine Jeammaud "Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo" Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nro. 22, 1982. También Ives Dezalay: "El Derecho del Trabajo cuestionado". Revista Crítica de lo Jurídico, Vol. I, Nro. 1, 1980.

Pero el punto clave a comprender dentro de esta escuela o corriente del "uso alternativo del derecho" es el problema de la *aplicación*, de los aspectos más emancipatorios y progresistas que estén presentes al interior del ordenamiento jurídico, y ello implica la aclaración de un problema vital, cual es el de la "práctica judicial alternativa".

LA PRACTICA JUDICIAL ALTERNATIVA

El problema de la práctica judicial está relacionado con el del derecho vivo, del derecho actuante; pues de todos es sabido que en un acto de extremismo y simpleza la escuela americana del Realismo Jurídico ha llegado incluso a calificar solamente como derecho "lo que los jueces deciden", pero si bien es cierto, el derecho es algo más que eso (pues el juez mismo puede decidir contra derecho), en realidad el aparato judicial cumple una función importante dentro del complejo proceso de reproducción del Estado capitalista, particularmente en su función de mediación de darle visos de legalidad al régimen en la solución de los conflictos e, indirectamente, de legitimación al "mostrar" que en un "Estado de Derecho" el que juzga es distinto del que gobierna.

No obstante el problema del funcionamiento del aparato judicial y sus condiciones históricas actuales, es una realidad que atañe no sólo a la aplicación del derecho sino también a la estructura del Estado en cuanto tal.

No pretendemos en este artículo hacer un recuento detallado de las condiciones históricas de

aparecimiento y del papel desempeñado por los jueces. Sea suficiente recordar que la justicia anterior al modo de producción capitalista, no está necesariamente mediada por el código, como lo es ahora en los países en donde rige el derecho legislado.

En la Edad Media, dentro del modo de producción feudal, particularmente en Europa, no existía un aparato centralizado para la administración de justicia, sino que ésta se encontraba en manos de los señores feudales, y era fuente de ingresos para ellos; era un privilegio que generaba rentas, el cual se vendía, se heredaba, etc.

Las decisiones y sentencias se basaban en los usos y las costumbres locales, pues el derecho feudal es un derecho básicamente costumbrista.

Pero a medida que se va formando el mercado interno y por ende aparece el Estado Nacional, se consolida una estructura administrativa de tipo centralizado a partir del aparecimiento del Estado Absolutista, situación histórica que desemboca a partir de la Revolución Francesa en la "división" de poderes, y en la aparición de un Poder Judicial "autónomo", autónomo de los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo), y con respecto a las masas o sectores populares, pues los jueces constituyen una capa social aparte, la cual debe estar aparte de los conflictos sociales. Es el mito de la apoliticidad del fallador, el cual denuncia también brillantemente el grupo italiano de magistratura democrática", en cabeza de uno de sus teóricos Luigi Ferrajoli, cuando afirma: "Ser apolíticos o declararse tales no significa en facto estar fuera o por encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políti-

cos e ideológicos dominantes, por cuya virtud el poder es siempre "apolítico", mientras "políticas" son sólo las oposiciones. También aquellos jueces que sostienen que la función judicial "debe" ser apolítica, hacen política, consciente o inconscientemente, en el ejercicio de sus funciones . . . Por tanto el postulado deontológico de la apoliticidad del juez es en realidad "ideológico" y encubre una determinada política de la justicia"¹¹.

La "apoliticidad" pues cumple una función ideológica: la de enmascarar en cierta forma la reproducción del sistema; la de abstraer las contradicciones de clase y los antagonismos sociales presentes en la formación social, para convertirlos en simple confrontación de intereses entre "sujetos jurídicos", mediante un ritual procesal triangulado, donde el funcionario (juez), como elemento de intermediación y vértice del triángulo, falla o decide (poniendo término al conflicto), a través o por medio de una norma o regla universal.

El elemento de racionalización acá es el típico silogismo aristotélico, donde la premisa mayor es la ley, la menor los hechos, y la conclusión la sentencia.

Pero el rol social del juez no es el de aparecer como instrumento del poder, sino como elemento dispensador de "justicia". Dentro del mecanismo general de poder de todo Estado, y particularmente del Estado moderno es fundamen-

11 Véase el texto "Política y justicia en el Estado Capitalista" de Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese y otros. Ed. Fontanella, Barcelona, 1978. pp. 214 y ss.

tal que el pueblo crea en la imparcialidad y seriedad del aparato judicial. Pues si se extiende dentro de la llamada conciencia jurídica del pueblo, la idea de la venalidad, del privilegio y del autoritarismo en las decisiones judiciales (la ley es para los de ruana; hecha la ley hecha la trampa, etc.) se abre una peligrosa crisis de hegemonía dentro de los bloques de poder que conforman las clases dominantes al interior del aparato del Estado. Situaciones éstas, que tratan de salvarse acudiendo al expediente de los llamados estados de excepción (Estado de sitio en nuestro medio), impulsando y acrecentando la militarización y en algunos casos llegando hasta el fascismo.

Para el discurso y la práctica del poder es muy importante alentar la idea de que la justicia funciona, es operante, y además legítima. Es por ello que un pensador tan interesante y polémico como es Michel Foucault, arremete contra toda forma de tribunal, aun los llamados "populares" y "revolucionarios", cuando expresa: "El tribunal, que arrastra con él la ideología de la justicia burguesa y las formas de relación entre juez y acusado, juez y parte, juez y demandante, que son aplicadas por la justicia burguesa, me parece que ha jugado un papel muy importante en la dominación de clase burguesa"¹².

Ahora bien, la escuela de "el uso alternativo del derecho" no llega a una posición tan radical, tan contestataria del poder, y lo que busca es una

12 Ver el interesante debate de Foucault con los Maos (seguidores de Mao-Tse-Tung) en "Sobre la Justicia Popular", publicado en "Sexo, poder y verdad", conversaciones con Michel Foucault. Ed. Materiales Miguel Morey, Barcelona, 1978. p. 116.

integración dialéctica entre reforma y revolución, en donde la conciencia del juez no se vea reducida a la de ser una simple correa o polea de transmisión de la palanca del poder; sino que por el contrario, desafiando el rutinarismo burocrático, las jurisprudencias y las tradiciones, se atreva a pensar y a decidir distinto, buscando salvaguardar los intereses democráticos de las masas, y de las llamadas clases subalternas.

Por ello, el “uso alternativo del derecho” arremete también contra otro mito del Estado burgués, cual es el de la *independencia* del aparato judicial. De su autonomía frente a los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo), y en relación con los grupos de presión de las élites o clases dominantes; así por ejemplo el grupo de jueces y magistrados progresistas agrupados en Italia en la llamada “Magistratura Democrática” señaló: “La situación actual pone en primer plano la función represiva de la magistratura. El primer mito que hay que atacar es el de la independencia. Se descubre que en la práctica las decisiones de los tribunales y las actividades del ejecutivo coinciden, en cuanto que se inspiran en los mismos intereses, como ha demostrado el “otoño caliente” en el curso del cual la magistratura, en su mayoría, se hizo brazo derecho del gobierno a pesar de que el ordenamiento formal garantiza expresamente su independencia.

“Con esto no se quiere negar que la independencia del poder político tiene una validez histórica actual todavía, dentro de los límites en que asegura la garantía de la existencia de algunos derechos de libertad que, de otro modo, podrían ser decapitados en cualquier momento según los contingentes intereses del poder. Pero en

Italia se dista mucho de este tipo de independencia, sobre el cual, sin embargo, se arma mucho ruido dentro de la propia magistratura”. Y agregan a renglón seguido: “Por ello parece evidente que el concepto de legalidad es una de tantas mistificaciones de la ideología burguesa, dada la mutabilidad del contenido de este concepto respecto de la situación histórico-social a la que se refiere en cada momento.

“Parece igualmente evidente que el continuo llamamiento al respeto de la legalidad, en el actual momento histórico en que las clases dominantes están desplazando el equilibrio de poder en el interior del sistema, no tiene otro significado que el de pretender la conservación de aquellos intereses puestos en peligro por la agudización de la lucha de clases.

“La norma, por tanto, puede ser negada, incluso dejando intacta su proposición final.

“El nuevo papel del juez, en este contexto histórico, es precisamente negar la legalidad cuantas veces ésta, en su concreción, o sea, a través de la interpretación, recibe contenidos correspondientes a los intereses de la clase dominante”¹³.

O sea que la independencia del aparato judicial es relativa, es más bien una aspiración que una realidad; sin embargo es un hecho actual y vivo que dicha independencia si se proyecta como una autonomía frente a los grandes intere-

13 Citado por Barcellona y Coturri en “El Estado y los juristas”. Ed. Fontanella. Barcelona, 1974. pp. 89 y 90.

ses económicos y ante las fuerzas políticas antidemocráticas, puede constituirse en una práctica judicial alternativa.

Pero el desarrollo de esta práctica judicial alternativa comporta la potenciación cultural e ideológica en la conciencia de los jueces y de los abogados, respecto de una mayor sensibilidad e identificación con los intereses histórico-progresivos de las masas trabajadoras. Hay que desechar el permitir que las luchas gremiales de los empleados del sector judicial y de los gremios de abogados se conviertan en meras reivindicaciones gremiales, en puros intereses corporativos, pues tal perspectiva los aleja de las luchas populares por la democratización del Estado, y los puede reintegrar o reincorporar a la reestructuración autoritaria del Estado, que es la tendencia más marcada en la época del capitalismo monopolista.

En este orden de ideas, la posibilidad de transformar la jurisprudencia en el sentido anotado, comporta una transformación de los métodos y los contenidos en la enseñanza del derecho en el seno de las Facultades de Derecho.

De todos es sabido que el aparato escolar en todos sus niveles, incluida la Universidad, tiene una doble función: de un lado, reproducir la ideología de la clase dominante, y del otro, calificar la fuerza de trabajo y de producción al interior del modo de producción capitalista.

Las facultades de derecho se relacionan de una manera muy directa con la reproducción ideológica del sistema en tanto, por decirlo así, trabajan con una materia prima que es un producto directo del sistema, del *establishment*,

puesto que su punto de referencia son las leyes o normas jurídicas, las cuales son expresión y al mismo tiempo motor de las relaciones de poder.

Y, el ángulo desde el cual se aborda el estudio, análisis e investigación de este objeto de conocimiento, es de carácter idealista pues, bien se acogen a las ideas jusnaturalistas, con su discurso metafísico sobre la "idea de justicia", según el cual se trata de presentar la realidad jurídica vigente como justa, o bajo el discurso positivista para el cual los contenidos de las normas no son objeto de interés científico para una "ciencia" pura del derecho. Voluntaria o involuntariamente no se está dando una visión crítica del derecho.

A lo sumo lo que se da es una tentativa de sistematización, y de descripción coherente del ordenamiento jurídico con base en unos principios deducidos o extraídos del mismo ordenamiento jurídico; es lo que se conoce con el nombre de Dogmática Jurídica. La cual describe críticamente A. Calsamiglia, cuando afirma: "Posiblemente, la Dogmática Jurídica no sólo cumple una función descriptiva y una función prescriptiva sino también *una función ideológica de la máxima importancia social*. Esa sería una tercera función social relevante. La Dogmática encubre bajo el manto de la neutralidad de la ciencia y de la apoliticidad del juez su verdadera actividad. La Dogmática presenta como *descripción* lo que es en realidad *prescripción*, creación del derecho. Y eso lo hace con el objetivo de justificar la creencia de que el gobierno mediante normas es mejor que el gobierno de la voluntad arbitraria de una persona. Lo hace con el objetivo de

flexibilizar y adaptar el derecho a la sociedad. *La hace con el objetivo de mantener la convicción entre los ciudadanos que la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la justicia la puede ofrecer —y la ofrece— el derecho.* La Dogmática se transforma de esta manera en uno de los elementos de cohesión social, organizadora del consenso hacia el derecho y el Estado¹⁴.

Lo que se está creando en las Facultades de Derecho es un tipo de abogado, de juez, o de funcionario poco permeable a la *dinámica del cambio social, y a la reestructuración democrática del Estado.*

Además, buena parte del proceso de enseñanza-aprendizaje, se ha hecho por métodos tradicionales, de cátedra magistral y de memorización del articulado de los códigos. Es apenas obvio que en estas circunstancias queda poco espacio para la crítica.

En síntesis el proceso de transformación del derecho y de la posibilidad de una práctica judicial alternativa comporta un cambio en el rumbo de las Facultades de Derecho.

Podemos pues luchar, como ya lo están haciendo en Europa los distintos grupos de izquierda, que luchan por un “uso alternativo del derecho”; en Italia, el grupo de “Magistratura democrática” y las distintas publicaciones que difunden sus ideas: “Qualex Giustizia”, “Política y Diritto”; en Alemania, los grupos organizados en

14 Véase Calsamiglia, Albert. *La Dogmática Jurídica*. Rev. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Nro. 22. Universidad de Granada, España, 1982. p. 273.

la prestigiosa publicación “Kristische Justiz”; en Francia, el grupo también de “Magistratura democrática”; en España, después de la muerte de Franco y la apertura democrática que se vive, se agita también en el ambiente universitario y en otros grupos el “uso alternativo del derecho”.

El hecho de que hasta ahora la práctica judicial haya sido en general conservadora o tradicionalista, como bien lo enuncia Dominique Charvet: “en el fondo de la institución judicial, no ha hecho, como cualquier otra institución, más que imponer la norma social dominante”¹⁵. No significa el que no sea susceptible de variar, de transformarse, de abrir nuevos horizontes. Hay que transformar la cultura jurídica, la enseñanza del derecho, la función de la colegiatura de abogados y la conciencia de los jueces.

Se pueden indicar sumariamente algunas líneas bajo las cuales se puede mover la práctica judicial alternativa dentro de las llamadas distintas ramas o sectores del derecho; así por ejemplo en el campo del derecho criminal o penal, la nueva corriente de la “Criminología Crítica” propugna por una “Política Criminal Alternativa”, la cual no se basaría tanto en la represión, y las técnicas de control social, sino en la lucha por discriminalizar las conductas, particularmente en el campo de los llamados delitos sin víctima; en reivindicar la lucha política porque la justicia encause y condene a los actores de los “delitos de cuello blanco”. Que el fallador tenga

15 Véase Charvet, Dominique. *Crisis de la justicia, crisis de la ley, crisis del Estado? Tomado de la Crisis del Estado*. Edición a cargo de Nicos Poulantzas. Ed. Fontanella, Barcelona, 1977. p. 300.

siempre en cuenta la dimensión socio-económica en las causas y consecuencias del delito, etc.

También la defensa del preso político y la lucha contra la tortura. En el campo del derecho privado, romper con el mito de la "autonomía" y el "acuerdo de voluntades", pues el capital monopolista por medio de sus contratos de adhesión se burla de los derechos del consumidor. En la defensa del inquilino frente a las prerrogativas del arrendador y de los propietarios. En la preocupación por defender la igualdad de derechos de la mujer y de los hijos, en el campo del derecho de familia, los cuales, en una sociedad machista, se ven seriamente quebrantados.

Tratar porque los juicios de responsabilidad extracontractual se fallen con prontitud y celeridad, y se haga severamente responsables a los grandes transportadores por los daños que causen en accidentes a la población. Así como a las compañías de seguros que se escudan en la morosidad para "transar" a su amañó el conflicto.

En el campo del derecho público, la lucha por defender y aplicar los derechos y garantías individuales consagrados constitucionalmente en casi todos los países del mundo; defender el intervencionismo de Estado cuando es en favor de los sectores populares.

Impulso o consolidación a los llamados derechos públicos subjetivos. Y en los pleitos contencioso-administrativos, defender más el derecho sustancial de los administrados que adherirse a rituales y formalidades, las cuales benefician al Estado en detrimento del ciudadano.

La defensa de los derechos humanos constituye un punto fundamental de apoyo a todo posible "uso alternativo del derecho"; en síntesis, la defensa del individuo frente al poder omnímodo del Estado.

Finalmente el "uso alternativo del derecho" y de la "práctica judicial alternativa", se relacionan muy directamente con la defensa abnegada y constante que hacen los abogados al servicio de los trabajadores, por la defensa del derecho de huelga, del fuero sindical, de la contratación colectiva; y porque la jurisprudencia, so pretexto de "equilibrio de las partes" (donde la realidad lo niega de manera brutal) no mutile y vaya podando los derechos de los trabajadores, sino que por el contrario los vaya ampliando.

Todas estas posibilidades acá enunciadas son reales, son opciones valorativas que debe tomar el juez y el abogado en ejercicio profesional. No existe justicia por encima de los conflictos sociales y de clase.

Tratemos ahora de visualizar, muy esquemáticamente, las posibilidades de acción de la escuela sobre el "uso alternativo del derecho", en Colombia.

EL "USO ALTERNATIVO DEL DERECHO" EN COLOMBIA

La superestructura jurídico-política colombiana, ofrece una vasta complejidad para cuya cabal comprensión se requiere de un análisis previo y detallado de la base económica. Tal labor es imposible de abordarse en el presente trabajo por su vastedad. Es suficiente por ahora indicar

cuáles son las directrices principales del problema y sus perspectivas.

Históricamente la legislación colombiana ha estado fuertemente influenciada por el formalismo y el casuismo de la legislación española, particularmente durante la época posterior a la *Colonia* y durante todo el siglo XIX.

Buena parte del problema se explica debido a la base económica, durante todo el siglo XIX y pese a la lucha de independencia, continuaba constituyendo una economía pre-capitalista, pero en un Estado aparentemente burgués parlamentario, lo cual hacía vital el control del poder para la reproducción de las clases; de allí las recurrentes guerras civiles. Sólo con la llamada regeneración Nuñista se logra la conformación de un Estado Nacional Centralizado, pero por la vía reaccionaria de conciliar con los oscuros intereses del clero y de los terratenientes semi-feudales.

Pero con el incipiente desarrollo capitalista que conoce el país entre la década del 20 al 30 (1920-1930) del presente siglo, se hace necesario plantear una modernización del Estado acorde a dichas existencias capitalistas, y es cuando surge en Colombia la llamada reforma constitucional del 36 (1936), la cual dota a la propiedad privada de una función social. El controvertido artículo 30 de la Constitución Nacional desata la oposición de los sectores más derechistas del país. La organización del incipiente movimiento obrero y las luchas campesinas por la tierra sacuden a todo el país.

Las reformas constitucionales de 1945, y, particularmente la de 1968, van a consagrar ins-

trumentos jurídicos que permiten una transformación de las estructuras socio-económicas del país. Sin embargo, no se ha hecho uso ninguno de ellos; son letra muerta. Ni el parlamento ni el ejecutivo han tratado de remover las condiciones de atraso y marginamiento de los sectores populares.

Los artículos 30, 32, 122 de la Constitución Nacional; la inoperante Comisión del Plan, por razones de politiquería, son instrumentos en espera de una aplicación en un sentido histórico-progresivo.

En cambio, como contraste a estas posibilidades de aplicación jurídico-alternativa, lo que el país ha visto en las últimas décadas ha sido la aplicación e imposición indiscriminada del famoso "estado de sitio", del artículo 121 de la Constitución Nacional, y lo que es más grave de todo, con la obsecuente aquiescencia de nuestro máximo tribunal de justicia: la Corte Suprema; pues solamente unos pocos juristas de esa corporación han levantado sus voces de protesta por el abuso indiscriminado de la institución, y por el peligro que ella entraña para las libertades públicas. Si no recuérdese el tan citado y criticado "estatuto de seguridad".

Existen pues elementos constitucionales y leyes dispersas que permiten desarrollar una lucha por la aplicación de un "uso alternativo del derecho" en Colombia. Pero tiene que haber una lucha colectiva, de masas y gremial (colegios de abogados, jueces, etc.) por una mayor apertura democrática en Colombia, por ganar un mayor espacio político en la lucha por los intereses de las amplias masas trabajadoras; y acá el combate

y la impugnación desde la cátedra no debe convertirse en una lucha solitaria y académico-científica sino que debe ser un esfuerzo mancomunado. Y en dicha tarea la Universidad y las Facultades de Derecho, por medio de sus Consultorios Jurídicos, pueden desarrollar una amplia labor de divulgación y creación de una "práctica judicial alternativa", pues el tipo de conflictos que manejan, de poca monta económica pero de gran significado social, son aleccionadores a este respecto.

Sólo queremos agregar al lector, que estas notas son una modesta invitación a la reflexión, al trabajo teórico y práctico en torno al uso alternativo del derecho", y particularmente al campo colombiano. Se requiere nuevos y específicos trabajos sobre las distintas ramas y quehaceres del derecho que profundicen esta problemática, la amplíen y la desarrollen creativamente.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- ARNAUD, André-Jean. Les juristes face a la société (du XIX e siècle nos jours á nous j'ours). Ed. Presses Universitaires, France, 1975.
- BARCELONA, Pietro y otros. L'uso alternativo del diritto. Ed. Bari, Laterza, 1973. II tomos.
- BARCELONA y COTTURRI. El Estado y los juristas. Ed. Fontanella, Barcelona, 1974.
- BASSO, Lelio. El uso de la legalidad en la transición al socialismo. Tomado de Transición al socialismo y experiencia chilena. Ed. Rodolfo Alonso, Santiago de Chile, 1972.
- CERRONI, Umberto. El problema de la teorización en la interpretación de clases del Derecho Burgués.
- COTTURRI, Giuseppe. Diritto eguale e società di classi. Per una critica dei manuali di diritto tradizionali. Ed. Bari, Donato, 1972.
- CHAVERT, Dominique. Crisis de la Justicia, crisis de la ley, crisis del Estado? Ed. a cargo de Nicos Poulantzas. Tomado de La crisis del Estado. Ed. Fontanella, Barcelona. 1977.
- FERRAJOLI, Luigi y otros. Política y Justicia en el Estado capitalista. Ed. Fontanella, Barcelona, 1978.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Para una práctica judicial alternativa. Rev. Anales de la cátedra Francisco Suárez. No. 16, 1976.

LASSO, Pietro J.M. Hacia un nuevo uso alternativo del derecho. Rev. Argumentos. No. 3, 1977.

LOPEZ CALERA, Nicolás y otros. Sobre el uso alternativo del derecho. Fernando Tous Editor, España, 1978.

MONREAL NOVA, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social. Ed. Siglo XXI, México 1975.

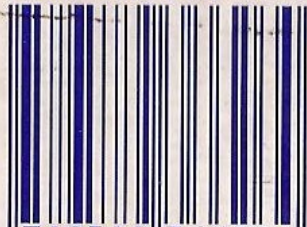
MUCKENBERG, Hart y BARCELLONA. La formación del jurista —Capitalismo monopolístico y cultura jurídica— Ed. Cuaderno Civitas, Madrid, 1977.

SAAVEDRA LOPEZ, Modesto. Hermenéutica y crítica ideológica. —Interpretación del Derecho e Ideología— Ed. Universidad, Granada, 1977.



SEÑAL
EDITORA

0-996-958-26-0



9 789589 366264