

CAPÍTULO 1

Los conceptos jurídicos

Cada sociedad y cada época posee modos específicos de expresión y de representación. La racionalidad científica moderna se expresa por medio de categorías teóricas y abstractas. Estas categorías, como construcciones históricas que son, reproducen con mayor o menor fidelidad el perfil económico, social y cultural de la época en que fueron elaboradas y se identifican con los intereses de sus “ideólogos”. La teoría del lenguaje viene discutiendo esta problemática desde hace algún tiempo. Según Óscar Correas, esta atribución de significado es *arbitraria y modelada* por los límites impuestos por los códigos, es decir, se atribuye un significado a una experiencia proveniente del mundo exterior de acuerdo con una convención cultural (“código”) previa. Para Correas, lo anterior supone “una radical arbitrariedad que impide cualquier posibilidad de que el mundo exterior tenga algún significado al margen de aquel que le confiere el uso del lenguaje. La significación es una actividad humana de apropiación del mundo o, si se prefiere, un acto de poder o acto de *nombra*” (1995, 151)¹.

El lenguaje, entendido como el conjunto de palabras de un idioma, en gran medida constituye la visión que se tiene del mundo. De acuerdo con lo que anota Michel Villey:

¹ Buscando explicitar el sentido ideológico del derecho, el profesor Óscar Correas propone como ejemplo el cuestionamiento del significado del término “salario”: (i) ¿Sería la contraprestación entregada por el trabajo, como pretende la economía vulgar?, o (ii) ¿sería el precio de la fuerza de trabajo? Para este autor, esta convicción filosófica acerca de la arbitrariedad del lenguaje no conduce a la negación del mundo exterior, bastando que se considere que la denotación constituye una *adjudicación de sentido* y no una aprehensión de esencias o “abstracción”.

(...) los lenguajes de los que nos valemos y de los que somos prisioneros (por lo menos el sistema de conceptos en términos más generales) constituyen por sí mismos los esfuerzos de conocimiento universal; de *estructuración del mundo*; esfuerzo de división del mundo y sus principales elementos. Tal vocabulario distinguirá en el hombre “el alma” del “cuerpo”; este no es el caso de todos (por ejemplo, el hebreo antiguo). Tal sintaxis opone fuertemente el ser y el deber ser, o lo que *es*, de hecho, y lo que se *debe* hacer, mientras que en otras esta distinción es menos marcada; nuestro léxico nos compromete filosóficamente. (1977, 31)²

Por su carácter abstracto y genérico, en verdad, las categorías son utilizadas por el llamado “conocimiento científico” para explicar racionalmente fenómenos diversos, dispares. Estas generalizaciones realizadas por la “ciencia” acaban homogeneizando sus objetos de análisis, lo que produce la pérdida de sus referentes concretos. Este panorama donde predomina lo “equivalente” es asociado por Horkheimer y Adorno a la sociedad burguesa, que “convierte lo heterogéneo en comparable, reduciéndolo a grandes abstracciones” (1985, 23). No sólo los fenómenos –objetos de explicación– sino también las propias categorías que los explican ocultan su identidad histórica, por lo que pueden ser considerados como algo dado, “existentes desde siempre”.

Cuando se analiza una categoría determinada se efectúa, como por arte de magia, la exclusión de su significación, históricamente delimitada. Este proceso se puede identificar fácilmente en las llamadas ciencias humanas, principalmente en la sociología, en la economía política y también en el derecho.

Como afirma Santos,

todos los conceptos con que representamos la realidad y a partir de los cuales constituimos las diferentes ciencias sociales y sus especializaciones (...) tienen una contextura espacial, física y simbólica, que se nos ha escapado debido al hecho de que nuestros Instrumentos analíticos están de espaldas a ella. Ahora vemos, sin embargo, que dicha contextura es la clave para la comprensión de las relaciones sociales que subyacen a cada uno de estos conceptos. (2000, 197)

Es justamente con la ayuda de categorías formales, cerradas y abstractas, reveladas a través de clasificaciones y conceptos jurídicos

² En el mismo sentido, el profesor Luiz Edson Fachin asegura que “el lenguaje designa y clasifica, valiéndose de conceptos y categorías. El discurso jurídico, de ese modo, excluye, incluye, explicita u oculta” (Fachin 2000, 165).

cos, que al derecho le resulta posible presentar la “realidad jurídica” ordenada según la forma de “sistema”³. El pensamiento sistemático, aunque fue objeto de disputas intelectuales en la Edad Media, tiene su absoluta consagración en la modernidad.

El aporte indiscutible de la jurisprudencia de los conceptos fue la elaboración de un sistema abstracto y conceptual, construido según el principio de la subordinación de conceptos siempre más especiales a otros de muy amplia extensión (ámbito de aplicación) pero de contenido siempre más reducido, permitiendo no sólo asignar a cada concepto su “lugar” dentro del sistema total, sino también subsumir otros conceptos bajo ellos, incluyendo hechos y consecuencias jurídicas concretas. Este sistema encontró su exponente en la ordenación externa de nuestra leyes y en numerosas divisiones conceptuales (como las del derecho público y privado, derechos “absolutos” y “relativos”, efectos *Inter partes* e *Inter omnes*, nulidad y mera anulabilidad de un negocio jurídico, y muchos otros). Por ello, todavía hoy sirve de orientación en amplia medida a los juristas –aun cuando en muchos aspectos ya no es “exacto”. (Larenz 1989, 195)

Al pretender ordenar sistemáticamente las relaciones sociales, el derecho busca ejecutar eficientemente su función de regulación. Bernard Edelman cita a Marx para demostrar que, al igual que las categorías económicas burguesas, también las categorías jurídicas “son formas del intelecto que tienen una verdad objetiva en cuanto reflejan relaciones sociales reales, pero estas relaciones no pertenecen sino a esta época histórica precisa en la que la producción mercantil es el modo de producción social” (Edelman 1976, 23)⁴.

³ El término “sistema” es de origen griego y quiere decir reunión, conjunto o todo. Su sentido común nos remite inicialmente a las nociones de: orden, coherencia, estabilidad, unidad, compatibilidad, totalidad, completud, regularidad y previsibilidad. En efecto, existen muchas nociones ligadas a ésta en el campo del derecho, tales como las ideas de ordenamiento jurídico, de codificación y de interpretación sistemática.

Según afirma Menezes Cordeiro, la idea de sistema es la base de cualquier discurso científico sobre el derecho (Cordeiro, en Canaris 1996, LXV). La palabra “sistema” fue introducida en el lenguaje jurídico solamente en el siglo XVI y fue incorporada, en un lenguaje con un sentido más próximo al actual, en el siglo XVII, por la Escuela Clásica del Derecho Natural (Gediel y Cury, s/r).

Se debe tener en cuenta, por otra parte, que en lo que atañe al derecho o, más específicamente, al ordenamiento jurídico estatal, este “es uno de aquellos términos que tiene muchos significados, que cada cual utiliza de acuerdo con sus propias conveniencias” (Bobbio 1995, 76).

⁴ En otro texto, el autor afirma que el concepto jurídico tiene una historia, citando el ejemplo del concepto de “persona”, que se constituye de la filosofía (el kantismo), de la economía (el liberalismo), de la política (el rousseauismo) para llegar a la noción jurídica compleja de

La regulación jurídica del conocimiento tradicional se logra a través de la definición de nuevos “bienes jurídicos” y, por consiguiente, del reconocimiento de “nuevos sujetos de derecho”. Esto exige una delimitación conceptual del tema de este libro y una revisión de las categorías y conceptos jurídicos clásicos. En su análisis de la patrimonialización jurídica del cuerpo humano, José Antônio Peres Gediel demuestra que el acceso y el uso de datos genéticos humanos exige “la revisión preliminar de los conceptos jurídicos clásicos, *persona, cosa y propiedad*, cuyo análisis está radicado en la formación del derecho moderno” (Gediel 1999, 60). De la misma forma, la regulación del acceso a los recursos fitogenéticos y al conocimiento de las comunidades tradicionales implica no sólo la construcción de nuevas categorías, sino también la identificación de estas con aquellos conceptos y clasificaciones establecidos por la racionalidad jurídica moderna. Resulta sintomático, por ejemplo, que la mayor parte de las legislaciones recientes que regulan el acceso a la biodiversidad y al conocimiento tradicional inicien sus textos con artículos o capítulos destinados a las definiciones terminológicas más recientes. En su estilo enciclopédico y conceptual, las nuevas leyes respetan el modelo nominalista⁵ que dominó la modernidad.

De esta forma, a la vieja problemática de inadecuación conceptual moderna se le añade un factor de complejidad, pues los “sujetos” –poseedores de este nuevo “bien” denominado conocimiento tradicional– están constituidos en colectividades (comunidades tradicionales) que ni siquiera existían para el sistema jurídico hasta entonces. El derecho occidental moderno sólo reconoce la existencia de una realidad determinada si ésta se cubre con el traje de una de sus formas jurídicas establecidas. Sólo de esta forma, los hechos de la vida comienzan a existir jurídicamente y producen efectos (Grzegorzcyk 1979, 271)⁶.

La designación de nuevas situaciones por medio de viejos conceptos jurídicos genera una serie de consecuencias que son el producto

“persona”, a la cual se ligan los conceptos de “capacidad”, de “voluntad libre”, para situarse sobre el mismo plano de los derechos humanos (Edelman 1999, 121). También vinculado a la herencia marxista, Lucien Sève entiende las categorías como “puntos nodales históricamente evolutivos, simultáneamente subjetivos y objetivos, de los saberes y de las prácticas” (Sève 1997, 10).

⁵ La influencia del nominalismo en la formación del sistema jurídico occidental será analizada de manera detallada más adelante.

⁶ De acuerdo con este autor, “la ontología de las cosas jurídicas, como la de todas las otras cosas sociales, está colgada del delicado hilo del reconocimiento”.

de aquellas construcciones formales, pero que resultan inadecuadas para regular esa realidad. Teniendo en cuenta el reconocimiento de esta falta de coordinación del derecho con las relaciones sociales que pretende regular, es necesario tomar como punto de partida el análisis de lo que se puede llamar la “racionalidad interna” de los conceptos jurídicos, caracterizada por su pretensión de atemporalidad, universalidad, neutralidad científica, generalidad y abstracción. Por lo tanto, es necesario comprender uno de los principales fundamentos filosóficos de esta racionalidad, vinculado al pensamiento nominalista de la Alta Edad Media.

LA HERENCIA DEL NOMINALISMO Y LA BÚSQUEDA DE LA PERFECCIÓN FORMAL

La configuración formal del sistema jurídico occidental, fundado en conceptos y clasificaciones autorreferenciales, es esencial para el buen funcionamiento de su función regulatoria. Aun así, por lo general, dicha configuración no da cuenta de su función explicativa. El derecho funciona entonces como un espejo invertido. Cuando pretende captar la imagen de las relaciones sociales, las distorsiona para recrearlas en un plano puramente lógico-normativo. Para el establecimiento y el perfecto funcionamiento de este sistema jurídico formal hay que suponer que los conceptos jurídicos son atemporales, universales, neutrales, generales y abstractos.

En la búsqueda de perennidad e inmutabilidad, el momento histórico en que surgen las categorías jurídicas es suprimido, ocultado. Principalmente en la modernidad, las categorías jurídicas son abordadas desde el punto de vista de la *atemporalidad*. A pesar de que fueron construidas en un momento histórico dado, las nociones teóricas modernas, una vez elaboradas, adquieren un movimiento retroactivo que llega a abarcar todo el pasado, lo que hace difícil no pensar que han existido desde siempre⁷.

Directamente relacionada con el carácter atemporal se encuentra la pretensión de *universalidad* de los conceptos jurídicos, concepción concomitante con la idea etnocentrista de que los productos de

⁷ Esta interesante cuestión de la temporalidad regresiva e indefinida de las nociones fue analizada por Lacan, que señala cómo aquello que “aparece como novedad da siempre la impresión de extenderse por la perpetuidad, indefinidamente, más allá de sí mismo” (Lacan, en Marques Neto, s/d, 81).

la filosofía occidental son válidos *urbi et orbi*⁸. Esta característica, junto con la atemporalidad, puede ser identificada con lo que Mialle denomina universalismo ahistórico, que consiste en el

efecto por medio del cual las “ideas”, al convertirse en explicación de todo, se alejan poco a poco del contexto geográfico e histórico donde fueron efectivamente producidas y dan forma a un conjunto de nociones universalmente válidas (universalismo), sin intervención de una historia verdadera (no historia). El pensamiento idealista se convierte en un fenómeno que se alimenta de su propia producción. Los términos se hacen “abstractos”, hasta el punto de dejar de pertenecer a la sociedad que los produjo pero que supuestamente expresarán la razón pura, la racionalidad universal. (Mialle 1994, 53)

En la modernidad, el referente conceptual que va a ser universalizado es el derecho occidental de raíz eurocéntrica. Esta concepción geográfica e históricamente localizada llegará a ser dominante y constituirá el modelo, el referente para juzgar y definir, definitivamente, lo que es o no jurídico. A partir de este derecho particular, pero considerado como algo universal, todas las demás concepciones jurídicas se convierten en caricaturas o formas primitivas. Según Mialle, “es a partir del derecho moderno y occidental que son apreciadas las instituciones jurídicas de otros sistemas” (1994, 54). En otro momento, este mismo autor demuestra los efectos nefastos de este universalismo, cuando analiza la implementación de la categoría “sujeto de derecho” por el modo de producción capitalista, y cómo esto, necesariamente, significó la destrucción del modo de producción feudal. En este sentido, afirma que el mismo proceso se produce en las colonizaciones europeas de los países del Tercer Mundo. En las palabras de Michel Mialle:

(...) los colonizadores europeos encontraron en los territorios en que se instalaban formas de organización social que ignoraban la noción universalizante y abstracta de sujeto

⁸ Según Arnaud, la idea de *universalismo* está directamente ligada a la noción de *subjetivismo*, que considera al sujeto en el centro del mundo y, por tanto, del derecho. De acuerdo con lo que será analizado, aunque preliminarmente, en este trabajo el concepto de “sujeto de derecho” resulta central para la comprensión y para la constitución de todo el sistema político y jurídico (Arnaud 1999, 43 y 204). Directamente unido con esta pretensión de universalidad, se puede definir el etnocentrismo como la “actitud de los miembros de una sociedad que reducen todos los fenómenos sociales a aquellos que conocen, o que piensan que su cultura es mejor que las otras y preferible a cualquiera de ellas (...). La mayoría de las ciencias occidentales son etnocéntricas y la propia etnología raramente escapa a esta actitud” (Panoff y Perrin 1974, 67).

de derecho. Las relaciones personales de dependencia eran muy fuertes, en un universo de solidaridad social representado por grupos que iban de la familia a la tribu. Para permitir la introducción y después el desarrollo del capitalismo, fue preciso destruir esta organización social y transformar a los individuos en sujetos de derecho, capaces de vender su fuerza de trabajo. (1994, 120)⁹

Los conceptos jurídicos también postulan la *neutralidad científica*. Por lo tanto, quienes los formulan intentan ocultar todas las influencias “extrajurídicas” que inevitablemente los constituyen. Siendo así, las situaciones que deberían ser reguladas jurídicamente, no obstante, serán moldeadas por la influencia de fundamentos religiosos, filosóficos, económicos y sociales, y en el momento de elaboración de la “síntesis conceptual”, todos esos elementos heterorreferenciales que las conforman serán expulsados. Se podría decir, por lo tanto, que los conceptos jurídicos, además de renegar de su lugar y fecha de origen, ocultan a sus progenitores.

Para que lo anterior sea factible, el sistema jurídico occidental impone ciertas “formas de raciocinio” que no pueden ser comprendidas sino mediante ciertas restricciones teóricas, ideológicas (Edelman 1976, 22). Así se constituye aquello que Edelman ha llamado “cordón sanitario” (1976, 23). El derecho, a través de sus categorías puras, despolitiza los “problemas políticos”, destierra el carácter económico de los “problemas económicos”, autodefiniéndose por medio de las fronteras que él mismo hace brotar. De acuerdo con este barniz científico y neutral, la causa del derecho no es la realidad social en sí, sino las ficciones creadas por el propio discurso jurídico. Lo anterior, en gran medida, es posible gracias a un lenguaje autorreferencial, construido en estos términos.

De esta manera, el derecho va a tratar la circulación mercantil “como un lenguaje que distorsiona”, pues “en el discurso del derecho no aparecen las palabras ‘mercancía’ e ‘intercambio’, sino mejor ‘bienes’ o ‘cosas’ en lugar de la primera, y ‘contrato’ en lugar de la segunda” (Correas 1995, 161)¹⁰. Además de la atemporalidad, la

⁹ También Arnaud argumenta que la idea de *universalismo* está directamente ligada a la noción de *subjetivismo*, que considera al sujeto como el centro del mundo y, por lo tanto, del derecho. De acuerdo con lo que será analizado, el concepto de “sujeto de derecho” llegará a ser central para la comprensión y para la constitución de todo el sistema político y jurídico (Arnaud 1999, 205).

¹⁰ De acuerdo con Óscar Correas, “el derecho civil modaliza deónticamente conductas que, siendo mercantiles, denomina de otro modo. Donde existe *intercambio*, el derecho dice

universalidad y la neutralidad científica, una de las principales características de los conceptos jurídicos es su abstracción y generalidad. André-Jean Arnaud demuestra cómo la *abstracción*, desarrollada en la Alta Edad Media, principalmente en los medios universitarios, “condujo al desarrollo de conceptos clave, permitió lograr un nivel de generalización raramente alcanzado hasta entonces y facilitó las clasificaciones, haciendo posible una ciencia racional sistemática del derecho basada en una construcción axiomática de un cuerpo de preceptos de derecho” (1999, 205).

En este sentido se puede decir que cuanto más sube el nivel de abstracción, mayor es el grado de aplicabilidad del concepto que, no obstante, estará más alejado de la realidad concreta, del objeto de percepción. De esta manera la abstracción, en su límite extremo, supone la supresión total de la representación concreta (Reis 1994, 32). Este sistema parte de la selección previa de determinados “hechos-tipo” que serán los objetos de la regulación jurídica y de los cuales se separan y generalizan elementos determinados. A partir de estos elementos se forman “conceptos género” que, a través del aumento o de la sustracción de las características específicas particulares, pueden alcanzar diversos grados de abstracción¹¹. Los conceptos abstractos son formados, por lo tanto, a partir de la valorización de las notas distintivas (que son desvinculadas de los objetos en los que aparecen) y de la eliminación de las notas particulares.

que hay ‘voluntad’, donde existe ‘mercancía’, el derecho dice que hay ‘cosas’ y ‘bienes’, donde hay ‘portadores de mercancías’, el derecho dice que hay ‘personas’. Bellos nombres para relaciones oscuras y lamentables. Pero esta oscuridad, favorecida por la ficción, no impide la eficacia del derecho civil en relación con la reproducción de la sociedad mercantil, que parece no surgir en ninguna parte” (1995, 237).

¹¹ El sistema de conceptos generales abstractos, que Larenz denomina “externo” (en otro sentido a aquel dado por Philippe Heck), constituye la base de la sistemática del BGB, codificación que influyó fuertemente el Código Civil brasileño. Con todo, de la misma forma que sucede con el BGB, nuestro código no se identifica en toda su extensión con el sistema conceptual, sino que para regular algunos temas también utiliza la llamada “diferenciación de los sectores de la vida regulados”. De esta forma, de acuerdo con Larenz, en el derecho privado alemán se basaban en el sistema conceptual la distinción entre derechos obligacionales y reales, el derecho de propiedad y sobre todo la parte general, en cuanto están orientados a determinados sectores de la vida, el derecho de familia, el derecho del trabajo y el derecho de las sociedades (Larenz 1989, 532). De forma similar –guardadas las debidas proporciones y considerando la influencia no menos importante de la codificación francesa– se puede decir que el derecho privado brasileño no está integralmente fundado en el sistema conceptual. Sin embargo, las categorías que serán objeto de análisis de este trabajo (como sujeto de derecho, bienes, titularidad y propiedad) integran, sin duda, el sistema de conceptos generales abstractos, que continúa ejerciendo una gran fascinación en los legisladores contemporáneos por su pretensión de plenitud y unidad lógica.

De este modo, detrás de la capa de neutralidad que se pretende dar al proceso de abstracción se esconde la arbitrariedad del “científico jurista” en la elección de las notas distintivas que serán valorizadas (sirviendo de característica homogeneizadora) y de las notas particulares que serán eliminadas, de acuerdo con la finalidad que se quiera dar al concepto. De conformidad con Larenz, “la selección de las notas distintivas que se han de recoger al formar un concepto abstracto en su definición, estará esencialmente determinada por el fin que la ciencia respectiva persigue con su formación del concepto” (1989, 535)¹². Todo el modo de pensamiento que el sistema jurídico occidental y sus categorías formales asumen en la modernidad fue fuertemente influenciado por el pensamiento filosófico nominalista.

Aunque existan muchos indicios nominalistas en la Antigüedad y que en el siglo XI ya puedan ser identificados sus precursores¹³, esta forma de pensamiento fue desarrollada cabalmente a partir del siglo XIV. Los teólogos franciscanos Duns Scotto (1266-1308) y Guillermo de Ockham (1290-1349) son considerados los fundadores de la llamada *vía moderna*, estimada como la última escuela que sobresale en la escolástica medieval. La *vía moderna* consistió en un modo de pensamiento “moderno” –opuesto a la llamada *vía antigua* de los tomistas, herencia de la Antigüedad– que consideraba que los dogmas de la religión (e inclusive la existencia de Dios) no pueden ser conocidos por la razón, sino que solamente pueden ser probados por la propia teología, con el concurso de la fe (Villey 1977, 111; Skinner 1996, 305).

Como se sabe, hasta entonces, la estructura occidental se encontraba arraigada en una perspectiva teocéntrica del mundo. Según

¹² El derecho no se preocupa de hacer coincidir el concepto jurídico con el correspondiente en otra ciencia, ni con el uso lingüístico del término. Así, al jurista no le interesa la clasificación zoológica de los animales. “Él distingue, más bien, entre animales domésticos, animales salvajes y animales domesticables. Esta distinción, que no interesa al zoólogo, es tomada de la relación del animal con el hombre. El jurista, que piensa con los conceptos del sistema externo, tampoco subsume el concepto de ‘animal’ al de ‘viviente’, sino al de cosa mueble. La razón de ello es que la ley contiene numerosos preceptos sobre cosas muebles, por ejemplo, sobre la adquisición y pérdida de su propiedad. En virtud de aquella subsunción pueden aplicarse a los animales todos estos preceptos” (1989, 535).

¹³ Bertrand Russell considera a Roscelino, clérigo francés que fue maestro de Abelardo y Anselmo, como padre de la escolástica. Según Russell, Abelardo superó a Roscelino, al defender que “los universales surgen de la semejanza entre las cosas, no obstante una semejanza no es una cosa, como el realismo erróneamente supone” (Russell 2001, 213). “En la *Lógica para principiantes*, Abelardo enfrenta las cuestiones que marcarán el debate medieval, a saber, si los hombres (términos) universales se refieren a cosas realmente existentes (como dirían los realistas) o eran apenas palabras (como dirían los nominalistas). Se trata de una disputa en que lógica y la metafísica se mezclan” (Lopes 2000, 143).

los fundamentos platónicos de la ciencia, los “conceptos” se configuraban como expresión de la realidad divina. En este sentido, lo real se identificaba con la esencia (elemento divino), la cual era concebida como anterior a la existencia. La esencia era comprendida como lo estable, lo inmutable. La existencia representaba lo contingente, lo móvil, lo mutable, o incluso “la particularidad del individuo destituido de la conciencia de lo universal”. Para los pensadores medievales tomistas, “el individuo era tan sólo un accidente, *accidens*” (Bornheim 1998, 31). De ese modo, en virtud de su constitución transitoria, el individuo no podía servir como fundamento para el principio de la ciencia.

Los nominalistas cuestionan la anterior concepción y ponen en jaque la división del mundo entre hombres y dioses, dicotomía que justificaba la célebre cuestión de los universalistas¹⁴. En este sentido, el pensamiento moderno surge del conflicto entre la fe y la razón. Los fundamentos teológicos de los universalistas son cuestionados en un debate entre el realismo, legatario de la tradición platónica, y el nominalismo que se desarrollaba desde el fin de la Edad Media (Bornheim 1998, 21). El realismo se origina en la teoría de las ideas, tal y como es expuesta por el Sócrates platónico, y sostiene que los términos universales son cosas y que vienen antes que los particulares.

Por otro lado, el nominalismo afirma que los universales son simples nombres y que los particulares anteceden a los universales. El pensamiento nominalista construyó la crítica de los fundamentos platónicos de la ciencia y, además, produjo una verdadera inversión en la relación esencia *versus* existencia, divinidad *versus* individuo:

Es la existencia la que precede a la esencia; mientras las esencias pasan a ser consideradas como conceptos vacíos de cualquier contenido, simples palabras, justamente aquello que se lee en los diccionarios. Los diccionarios y las enciclopedias son esencialmente nominalistas. La existencia, por el contrario, es lo que trae consigo todo o parte de la realidad.

¹⁴ La cuestión de los universales proviene de una controversia lingüística, a partir de la distinción entre términos (o seres) singulares y universales. El problema reside en saber cómo estas palabras pueden significar la realidad. Tomemos el clásico ejemplo de la sentencia “Sócrates es ciudadano de Atenas”. Para los “realistas”, “cada uno de esos términos corresponde en principio a una realidad”, siendo que “Sócrates” configura una “sustancia primera” y los términos “ciudadano” y “Atenas” constituyen “substancias segundas”, denominadas universales. Para los nominalistas, mientras tanto, el universo sólo comprende seres singulares, como Sócrates, Pablo, Pedro. Las substancias segundas (ciudadano de Atenas) constituyen términos universales, pero que no corresponden a un objeto real (Villey 1977, 111-112).

El individuo, cerrado, situado en el espacio y en el tiempo, es el que va a asumir todo el peso de lo real, dosificado en una especie de ciudadanía ontológica. (Bornheim 1998, 32)

Dentro de la perspectiva nominalista, sólo el individuo es real. Las “sustancias secundarias”, a su vez, constituyen “*instrumentos lingüísticos* que nos sirven para ‘connotar’ (que significa notar conjuntamente, simultáneamente, de una sola vez) una pluralidad de objetos, existiendo entre ellos cualquier semejanza” (Villey 1977, 112). Estos instrumentos lingüísticos no tienen la pretensión de ser la realidad, sino que tan sólo sirven para designar las cosas. Se trata de una economía del lenguaje.

Todo lenguaje está constituido por abstracciones que buscan representar la realidad. Sin embargo, en el nominalismo no existe ningún compromiso con que esa representación se aproxime a lo que se entiende por “real”, justamente porque para esa corriente el individuo apenas es real. Mediante el proceso de la economía del lenguaje los universalismos concretos pasan a ser destituidos y substituidos por signos referenciales. Por encima de todo eso, de todas las referencias, se impone el hombre burgués: el individuo (Bornheim 1994, 252).

Con base en los estudios de Villey se puede afirmar que, sobre todo, el individualismo proviene de la escuela nominalista, principal característica de la doctrina jurídica moderna (Villey 1975, 158). El individualismo, entendido aquí como la afirmación del individuo en cuanto principio y valor (Renaut, 1998, 5-6), recibió gran influencia del pensamiento nominalista y tiene, conjuntamente con este, una responsabilidad especial en la formación moderna del derecho, no sólo en lo que concierne a la construcción de las nociones de “sujeto de derecho” y de “propiedad”, sino también en la representación monolítica de la titularidad de los bienes. Hespanha aclara que la genealogía más directa del paradigma individualista de la sociedad y del poder debe ser buscada en la escolástica franciscana del siglo IV de Duns Scotto y Guillermo de Ockham: “es con ella –y con una célebre querrela filosófica, la cuestión ‘de los universales’– con la cual se pone en duda si no es legítimo, para la comprensión de la sociedad, partir del individuo y no de los grupos” (Hespanha 1997, 63).

En verdad, llegó a entenderse que aquellos atributos o cualidades (“universales”) que se predicaban de los individuos (ser *pater familias*, ser académico, ser pueblo) y que describen las relaciones sociales en que aquellos están integrados no son cualidades incorporadas en su esencia, no son “cosas”

sin cuya consideración no pudiese ser aprehendida integralmente su naturaleza, como querían los “realistas”. Son más bien simples “nombres”, externos a la esencia, que por lo tanto pueden ser dejados de lado en su consideración. Si así lo hacemos, obtenemos una serie de individuos “desnudos”, sin características, intercambiables, abstractos, “generales”, iguales. Verdaderos átomos de una sociedad que, al olvidar tales “cualidades” de las que ahora se puede prescindir, podía también ser olvidada por la teoría social y política. Una vez se olvida la sociedad, esto es, el conjunto de vínculos interpersonales, lo que quedaba era el individuo, suelto, aislado, desposeído de sus atributos sociales. (Hespanha 1997, 63)¹⁵

En ese contexto también surgen las influencias que orientarán aquello que se entiende como “derecho subjetivo”. Aunque el término sólo había aparecido en el siglo XIX, la idea de un derecho concebido como atributo de un sujeto (*subjectum juris*) se remonta al siglo XIV. Según Villey, la noción de derecho subjetivo fue claramente distinguida por primera vez por Guillermo de Ockham: “se nota en seguida su extensión en la escolástica de la Baja Edad Media y del Renacimiento español; en fin, sobre todo a partir del siglo XVII, en las teorías de los juristas. Ella orienta el sistema de Hobbes. Es una señal del triunfo del sistema individualista” (Villey 1977, 120)¹⁶.

El nominalismo invierte la relación entre la esencia y la existencia, en la medida en que sobrepone el individuo a todas las cosas. En esta inversión, aniquiladora de la fundamentación divina de las cosas, se encuentra el origen de lo que se acordó denominar como la “muerte de Dios”. El nominalismo, al mismo tiempo que limita el alcance de la razón para explicar la existencia de Dios, va a liberar a

¹⁵ Hespanha continúa: “Había sido casi creado, por esta discusión aparentemente abstracta, un modelo intelectual que presidiría toda la reflexión social, durante, por lo menos, los dos últimos siglos –el individuo, abstracto e igual–. Al mismo tiempo, desaparecían de la escena las personas concretas, ligadas esencialmente unas con otras por vínculos naturales; y, con ellas, desaparecían los grupos y la sociedad” (Hespanha 1997, 63).

¹⁶ A partir de la segunda mitad del siglo XVI, los propios tomistas (que originariamente se oponían al nominalismo) adoptan la concepción “subjetiva” de los derechos que se originó con Ockham, admitiendo que *ius* debe ser comprendido no sólo como “lo que es cierto”, sino también como “una cierta capacidad moral que todos poseen”. Las divergencias entre los tomistas y los nominalistas se mantuvieron en lo que se refiere a los poderes papales y temporales. Así, mientras “Ockham y sus discípulos tendían a considerar que al negar al Papa el poder directo para intervenir en los asuntos temporales, justificaban el derecho de todo gobernante secular a considerarse prácticamente autónomo dentro de su propia esfera”, los tomistas, por su parte, “seguirían insistiendo en la tesis cuasihierocrática de que, aunque el Papa no pueda disponer de un poder directo para controlar los asuntos temporales, aun así se le deben reconocer poderes indirectos bastante extensos” (Skinner 1996, 452 y 455).

la lógica de los obstáculos metafísicos y teológicos. Por otro lado, la teología, que se ocupa de lo que puede ser dicho sobre Dios, tampoco necesitará, a partir de entonces, apoyarse en un discurso racional, quedando libre a toda suerte de extravagancias (Russell 2001, 229).

De acuerdo con Bornheim, “lo universal ya no ostenta sus ropajes teológicos, y los conceptos no pasan de ser señales, símbolos de una realidad que, ella sí, ofrece la consistencia de lo real” (Bornheim 1996, 21). De esta forma, para los nominalistas, el universo sólo comprende seres singulares. Los términos universales no corresponden a un objeto real. Son términos lingüísticos que sólo poseen existencia mental e instrumental:

La corriente nominalista, en un resumen muy sintético, se opone a los realistas en la cuestión de los universales. Para el nominalismo, los universales (los *términos universales*, aquello que la gramática normativa designaba como sustantivos comunes y en algunos casos abstractos) son conceptos, pero no tienen una existencia real. Poseen una existencia nominal, como instrumentos del pensamiento. Por ser apenas los nombres o las palabras el objeto de la investigación filosófica primera, los adeptos a esta especie de pensamiento son llamados nominalistas. (Lopes 2000, 165)

Para los nominalistas, “los conceptos o los términos utilizados en el discurso son por completo un producto de la mente. En la medida en que no son verbalizados, reciben el nombre de signos universales naturales, en contraste con las palabras propiamente dichas, que son signos convencionales” (Russell 2001, 228). Según Villey, forjamos libremente estos “universales”, sin pedirles que sean verdaderos, es decir, adecuados a lo real, sino apenas “que nos ayuden a razonar, a permitir operaciones sobre los fenómenos singulares; solamente que sean ‘operativos’, como dicen los sabios de hoy” (Villey 1977, 112).

Con la máxima popular según la cual “es inútil hacer con mucho lo que puede ser hecho con menos” (conocida como la “navaja de Ockham”), el teólogo franciscano buscó expurgar lo que tenían de metafísico las explicaciones sobre las formas y substancias. Esta fórmula fue aplicada por pensadores de siglos posteriores en lo que se refiere al método científico, convirtiéndola en un corolario del principio general de la economía del lenguaje. Así, “si una explicación simple basta, es inútil buscar otra compleja” (Russell 2001, 227). Este proceso de máxima abstracción va a tener repercusiones directas en la noción de sujeto de derecho y de propiedad. Estos conceptos son

considerados universales (instrumentos lingüísticos), sin tener, dado su origen nominalista, compromiso alguno con la verdad o con constituir representaciones fieles de la realidad.

Estas reflexiones conducen a consecuencias serias en el ámbito del derecho. Teniendo en cuenta que los “universales” no tienen ningún compromiso con la realidad y ni siquiera con ser fieles a ella, los conceptos pueden ser utilizados despreocupadamente para designar seres y cosas muy distintas entre sí. De esta forma, de acuerdo con los presupuestos nominalistas, se evita el crecimiento superfluo de conceptos científicos inútiles pero, por otro lado, se regulan de forma lineal y homogénea situaciones complejas y distintas. Celso Lafer, basándose en Michael Villey, destaca que “al hacer del derecho individual la célula elemental de lo jurídico, Occam provocó un giro copernicano en la historia del pensamiento jurídico, con un fuerte impacto en el contenido liberal del derecho occidental” (Lafer 1980, 20).

El nominalismo considera el mundo como la sumatoria de individuos. Se inaugura así la filosofía individualista. De este modo, “mientras el tomismo es una filosofía del orden, en la que todo cumple un papel preponderante, el nominalismo es una filosofía del individuo, que tiene muy en cuenta la libertad” (Lopes 2000, 168). Todo conocimiento organizado sobre las “formas” de la ciencia occidental de nuestro tiempo se funda en el nominalismo, cuyos presupuestos son responsables del desdoblamiento del concepto de cientificidad en dos ramas distintas: las ciencias de la naturaleza (en las que el racionalismo constituye la base de la conceptualización científica, fundamento de toda la revolución industrial) y las ciencias históricas (donde todo lo que es concreto se refugia en el individuo)¹⁷.

En el mismo sentido, Villey afirma la existencia de un vínculo estrecho entre el advenimiento del nominalismo, el surgimiento de la ciencia y el progreso de la lógica formal:

De manera diferente a la ciencia clásica aristotélica, que pretendía principalmente aprehender *cualidades* universales (el calor, el frío, lo húmedo, lo seco, lo melancólico, lo coléri-

¹⁷ Aunque ahora gran parte del estudio del nominalismo haya quedado circunscrito a la filosofía, se puede comprobar su innegable influencia sobre los más variados campos de la ciencia, así como en la política y en el arte. Es posible identificar presupuestos nominalistas en la filosofía kantiana, en la formalización de la ética y sus desdoblamientos jurídicos, en el nacimiento de la democracia (principalmente a través del voto democrático) y en el arte, con el tránsito del barroco al rococó y también con la valorización de la naturaleza muerta y del retrato (Bornheim 1998, 36-9). Quentin Skinner menciona que el germen de la teoría moderna de la soberanía popular y del constitucionalismo radical puede ser identificado en Ockham (Skinner 1996, 403).

co, lo bueno, lo político, lo justo), se puede decir que la ciencia moderna se constituye sobre la experiencia de cosas y de hechos *singulares*. (...) Pero estas “teorías” científicas no tienen la ambición de mostrarnos la estructura *real* del mundo; no pretenden ser sino un medio de cálculo de hechos aislados. (Villey 1977, 113)

El conocimiento científico busca transmitir sus observaciones como *teorías*. Principalmente en la modernidad, esto se va a lograr a través de modelos, patrones, representaciones, mapas. La metáfora del mapa es muy utilizada para explicar la naturaleza de las teorías científicas. Esta metáfora se funda en la idea de que

un mapa, por ejemplo, necesita ser diseñado de modo que se adapte a los datos de los bloques de anotaciones del topógrafo –información siempre incompleta y sujeta a errores–. En muchos de sus detalles, por lo tanto, el mapa puede no ser más confiable que un palpito sagaz o una interpolación aproximada. Del mismo modo, una teoría científica es un intento de adaptar indicios experimentales incompletos y contienen necesariamente muchos elementos inciertos o conjeturas. (Ziman 1996, 112)

Además, según Ziman,

la metáfora del mapa en la ciencia nos libra de una falacia vulgar –la tendencia a confundir el conocimiento científico con la realidad material que pretende describir–. Nadie supondría que un mapa es idéntico al país que representa. Tal y como lo entendemos en la práctica (aunque pueda resultar difícil definirlo formalmente), un mapa es forzosamente una representación *abstracta*, cuyas características son esquemáticas y bien diferentes de los objetos de los que se deriva, con excepción, por ejemplo, de sus relaciones topológicas mutuas. (1996, 116)

En síntesis, se puede decir que con la ayuda de las categorías, la modernidad va a representar la realidad por medio de teorías. Entretanto, la palabra “teoría” no designa una visión o representación del universo, como en la Antigüedad. La teoría será un producto mental, con una estructura específica, no necesariamente calcada sobre lo real y su *status* va a “desligarse de la experiencia que fue su punto de partida, formando un edificio distinto (como será en el positivismo, ‘el sistema de las normas jurídicas’)” (Villey 1977, 114).

No se puede olvidar que, al igual que los mapas, también las teorías –diseñadas mediante formas y categorías, conceptos y clasificaciones– son funcionales. Por medio de la conceptualización y

clasificación de los fenómenos de la vida a partir de algunas notas características determinadas, el sistema jurídico busca vincular los fenómenos “idénticos” con idénticas consecuencias jurídicas. De esta manera, “no sólo son caracterizables mediante conceptos abstractos los hechos regulables, sino también las consecuencias jurídicas y contenidos regulativos enlazados a esos hechos” (Larenz 1989, 536).

Como se muestra más adelante, cuando se vinculan culturas distintas o, si se prefiere, el “conocimiento tradicional” con el concepto abstracto de “bien”, automáticamente se le otorga a aquellos fenómenos de la vida una serie de caracterizaciones jurídicas propias que son consecuencia de la noción jurídica de “bien” (titularidad) o también de “cosa” (disponibilidad, posibilidad de apropiación). Junto a los conceptos jurídicos y sus respectivas características, también se producen las consecuencias de su aplicación y los posibles regímenes jurídicos de su regulación (sistemas de propiedad intelectual, derechos de autor, régimen *sui generis*). Lo mismo sucede con las nociones de biodiversidad y de recursos fitogenéticos.

Por otro lado, y siguiendo la misma lógica propietaria, la imposición de nuevos bienes jurídicos exigirá una reformulación del propio derecho para que pueda “reconocer” nuevos sujetos. De este modo la propiedad literaria y artística va a determinar el surgimiento de los derechos de autor, y la propiedad industrial constituirá al inventor. Los órganos humanos y los genes, en el momento en que son designados como bienes jurídicos, hacen aparecer al sujeto donador. Con la atribución de la condición de “bienes” a la biodiversidad y, principalmente, al conocimiento tradicional asociado, se producirá una valorización jurídica de las comunidades tradicionales, como nuevos “sujetos de derecho”. El otorgamiento del estatus de sujetos de derecho a las comunidades tradicionales trae consigo la posibilidad de que estas comunidades entren en relaciones jurídicas como titulares (propietarias), pudiendo por lo tanto disponer de bienes: sus saberes ancestrales.

Antes de adentrarnos en el análisis de la relación de reciprocidad y dependencia entre personas y cosas, expresada en el ámbito de este trabajo por la relación entre las “comunidades tradicionales” y el “conocimiento tradicional asociado con la biodiversidad”, es necesario buscar los fundamentos de las nociones de “sujeto de derecho” y de “propiedad”. Algunos aspectos del origen de esas categorías serán analizados a continuación.

SOBRE EL SUJETO DE DERECHO

La categoría jurídica “sujeto de derecho” es una de las principales reducciones conceptuales del derecho moderno. A través de esta noción operan las relaciones jurídicas, principalmente las relaciones jurídicas de intercambio. En palabras de Bernard Edelman, esta categoría es la más desarrollada y más abstracta de las formas jurídicas (Edelman 1976, 144). Siendo así, al lado del fetichismo de la mercancía, descrito por Marx, encontramos, en los mismos moldes, lo que se podría denominar como fetichismo del sujeto de derecho. En otras palabras, la consideración de la categoría “sujeto de derecho” como unidad de medida de las relaciones jurídicas.

Miaille, sin embargo, demuestra que los fenómenos que operan en la economía y en el derecho pueden ser contrapuestos. En efecto, mientras que el fetichismo de la mercancía busca ocultar que la producción y circulación de bienes son fruto de las relaciones sociales entre los individuos (“todo se transmite en un mundo totalmente cosificado”), el fetichismo de la norma y de la persona oculta que la circulación y el intercambio y las relaciones entre personas son en realidad relaciones entre cosas, entre objetos. En el mundo del derecho parece que todo sucede entre personas, como objeto de sus decisiones, de su voluntad, de la razón (Miaille 1994, 94).

Al examinar la determinación histórica del sujeto de derecho, Miaille demuestra que “la categoría jurídica de sujeto de derecho no es una categoría racional en sí: surge en un momento relativamente preciso de la historia y se desarrolla como una de las condiciones de la hegemonía de un nuevo modo de producción” (1994, 119). En el mismo sentido, afirma Edelman:

La interpelación ideológica –toda persona es un sujeto de derecho– se convierte en una categoría eterna –el sujeto de derecho es cualquier persona– que sumerge a la doctrina en un terrible problema. Porque, si bien la Forma sujeto es la forma necesaria del hombre que participa en los intercambios y en la producción, es además de eso la Forma en la cual se debe también realizar la libertad y la igualdad. Y, para “ellos”, el dilema es el siguiente: el sujeto de derecho realiza su libertad por medio de la venta de lo propio. Estos profesores no comprenden que la categoría de sujeto de derecho es un producto de la historia, y que la evolución del proceso capitalista realiza allí todas las determinaciones: el sujeto de derecho se convierte en su último producto: objeto de derecho. (1976, 105)

No obstante, como se pretende demostrar en este trabajo, la determinación de quién integra la categoría de sujeto de derecho se produce de manera paralela a la designación de los bienes jurídicos. Se puede decir que hay un movimiento sincrónico entre la cosificación de todo lo que no es sujeto y la personificación de todos aquellos que tienen la posibilidad de adquirir. Pietro Barcellona profundiza en este análisis y llama a este fenómeno la “vocación nihilista del sujeto moderno”, que se convierte en una categoría general de interpretación del mundo (Barcellona 1996, 37). En este sentido, todas las cosas se reducen al valor de intercambio.

De acuerdo con Renaut,

en este aspecto, lo que define intrínsecamente a la modernidad es, sin duda, la manera como el ser humano es concebido y afirmado como fuente de sus representaciones y de sus actos, su fundamento (*subjectum*, sujeto) o, también, su autor: el hombre del humanismo es aquel que no acepta recibir normas y leyes ni de la naturaleza de las cosas, ni de Dios, sino que pretende fundarlas, él mismo, a partir de su razón y de su voluntad. (Renaut 1998, 10)

La voluntad es el elemento fundamental para la constitución del sujeto de derecho. Se puede decir, incluso, que los dos conceptos (voluntad y sujeto de derecho) están recíprocamente determinados. No obstante, antes de configurarse como noción jurídica –indispensable para las relaciones de intercambio, por ejemplo–, la voluntad ya era objeto de preocupación de varios filósofos desde la Antigüedad.

La noción de voluntad está directamente relacionada con la idea de acción. Y la idea de acción supone la existencia de un sujeto. Se puede decir, entonces, que

al principio interior que hace que actuemos por cuenta propia se le da el nombre de voluntad. La voluntad no es, en principio, un concepto de la psicología descriptiva, no designa una cosa o un hecho, sino que se constituye como un postulado necesario para que ciertos actos nuestros sean efectivamente nuestros. Es la condición de posibilidad problemática para que el hombre pueda ser el sujeto de sus propias acciones. (Desoche 1999, 11-13)¹⁸

¹⁸ Afirma el autor que “en sentido estricto, un hombre no actúa sino cuando lo hace voluntariamente. La voluntad debe, así, ser comprendida como lo que nos hace capaces de actuar. Por tanto, es del concepto de acción de donde se debe partir para caracterizar la idea de voluntad, o más bien el problema que presenta esta noción”. (Desoche 1999, 11).

El sujeto es alguien que actúa. Este atributo creativo hace que el hombre se aleje de la naturaleza y la subyugue. Se puede decir que este atributo es la voluntad, intrínsecamente ligada a la libertad¹⁹.

El orden social en la modernidad es establecido y obedecido, ya no en nombre de un orden impuesto de forma externa, ni tampoco en virtud de una jerarquía férrea, sino en nombre de la obediencia de cada sujeto a dicho orden. En este panorama se afirma la voluntad jurídica como una relación del individuo consigo mismo y como expresión en cada individuo de la totalidad jurídica. La voluntad permite que cada uno acepte libremente ocupar su lugar dentro del cuerpo social (Edelman 1999, 66). De esta manera, a través de la noción de voluntad jurídica, se resuelve el enigma de la obediencia al orden.

El derecho civil se funda en el sistema significativo de la “teoría de la autonomía de la voluntad”. Este sistema se organiza en torno a la noción de libertad. El sujeto de derecho no es el miembro de la *polis* o *civitas*, sino que es un individuo con el “poder” para reivindicar o renunciar a “su” derecho. El sujeto del derecho moderno detenta el poder de usar o vender la cosa. La voluntad remite al sujeto y viceversa. Se puede afirmar, por lo tanto, que el sujeto es voluntad, pero una voluntad que aprehende un mundo reificado. En este sentido, la voluntad de un sujeto –definido por sus atributos– se constituye en la voluntad de vender o no vender (Edelman 1999, 121). Esto sólo es posible dentro de un modo de producción que se apoya en la figura de la mercancía.

No obstante, el capitalismo y la modernidad constituyen procesos históricos diferentes y autónomos²⁰. El modo de producción capitalista encontró en la sociedad moderna occidental un campo fértil para su propagación, quedando, principalmente a partir de la revolución industrial, casi umbilicalmente ligados. De acuerdo con lo que señala Edelman,

¹⁹ “En la ideología griega solamente es posible una *colaboración* del hombre con la naturaleza, pero no una acción sobre ella. Incluso el idioma griego, antes del siglo I, no tenía una palabra para designar la voluntad y mucho menos *libre*” (Correas 1995, 181).

²⁰ “El paradigma sociocultural de la modernidad surgió entre el siglo XVI y el final del siglo XVII, antes de que el capitalismo industrial llegara a ser dominante en los actuales países centrales. A partir de ese momento, los dos procesos convergirán y se entrecruzarán, pero, a pesar de eso, las condiciones y la dinámica del desarrollo de cada uno se mantuvieron separadas y relativamente autónomas” (Santos 2000, 49).

la marcha de las fuerzas productivas capitalistas se realiza concretamente en este lugar, el del sujeto de derecho. Y esta realización adopta la propia forma del sujeto: toda la producción es producción de un sujeto. Un sujeto, mejor dicho, esa categoría en la que el trabajo cualifica cualquier producción del hombre como producción de propiedad privada. (Edelman 1976, 66)

El modo de producción capitalista exige, para su constitución y como garantía de su conservación, que los intercambios comerciales y la venta de la fuerza de trabajo sean realizados de forma individual y aislada. Anteriormente se mencionó que la idea de la equivalencia entre el individuo y el sujeto de derecho no es evidente, sino que es construida de acuerdo con las necesidades del modo de producción capitalista. De conformidad con Miaille, “no es ‘natural’ que todos los hombres sean sujetos de derecho. Esto es el efecto de una estructura social determinada: la sociedad capitalista. Pero, entonces, ¿por qué eso resulta necesario en esta sociedad? Precisamente para permitir la realización de los intercambios mercantiles generalizados” (1994, 117).

Para el éxito de la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía resulta indispensable que sus “propietarios” estén aislados, es decir, que entre ellos no exista ningún vínculo o sentimiento de pertenencia. De esa forma, los así considerados “individuos” –ya desposeídos de los medios de producción– se ven obligados a vender su fuerza de trabajo por necesidad económica, aunque jurídicamente dichos “sujetos de derecho” sean libres. Según Miaille, “el sujeto de derecho es un sujeto de derechos virtuales, perfectamente abstractos: animado apenas por su voluntad, tiene la posibilidad, la libertad de obligarse, a vender su fuerza de trabajo a otro sujeto de derecho” (1994, 118).

El funcionamiento del modo de producción capitalista depende, por lo tanto, de la noción de sujeto de derecho y de la atribución de personalidad jurídica a todos los individuos.

El intercambio de mercancías, que expresa en realidad una relación social –la relación del propietario del capital con los propietarios de la fuerza de trabajo–, será ocultado por “relaciones libres e iguales”, que en apariencia provienen únicamente de la “voluntad de individuos independientes”. Como condición para su funcionamiento, el modo de producción capitalista supone la “atomización”, es decir, la representación ideológica de la sociedad como un conjunto de

individuos separados y libres. En el plano jurídico, esta representación adopta la forma de una institución: la del sujeto de derecho. (Miaille 1994, 118)²¹.

Tratando específicamente el concepto de sujeto de derecho, Ana Prata afirma que

la implantación del modo de producción capitalista acarreo la necesidad de universalización de estos conceptos: todos se convierten necesariamente en propietarios, o de bienes que les permitan subsistir, o de la fuerza de trabajo que venden. Por eso todos se convierten en sujetos jurídicos, todos adquieren capacidad de negociación. (Prata 1982)

De la noción restrictiva de que *sólo aquello* que posee bienes puede realizar intercambios, se pasa, sutilmente, a la amplia concepción de que *todos aquellos* que poseen bienes pueden realizar intercambios.

Barcellona demuestra que, en la época moderna, el sujeto se presenta en la calidad de propietario. En otras palabras, el sujeto de derecho moderno es el sujeto de la propiedad moderna (Barcellona 1996, 90). De esta manera, al contrario de la noción de *jus* del derecho romano, que estaba ligada a la idea de “relación”, el derecho subjetivo apenas tiene un vínculo con su sujeto, individualmente. En este sentido es especialmente importante el análisis de Kelsen acerca de la función ideológica de esta conceptualización del sujeto de derecho como portador (soporte) del derecho subjetivo. Para Kelsen,

la noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera persistente en el individuo o en ciertas colectividades. (Kelsen 1984, 238)

Según este autor, la función ideológica de esta conceptualización del sujeto de derecho como portador del derecho subjetivo “trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una ins-

²¹ En otro pasaje, Miaille destaca que “por la categoría de sujeto de derecho se muestra [el sistema jurídico] como parte del sistema social global que triunfa en ese momento: el capitalismo. Es preciso, pues, rebatir todo el punto de vista idealista que tendería a confundir esta categoría con aquello que supuestamente debe representar (la libertad real de los individuos). Es preciso tomarla por lo que es: una noción histórica” (1994, 121).

titución que le impone límites infranqueables” (1984, 240). Kelsen continúa afirmando que no resulta difícil comprender por qué la ideología de la subjetividad jurídica se vincula con el valor ético de la libertad individual, de la personalidad autónoma, cuando en esta libertad también está incluida siempre la propiedad.

EL SUJETO Y SU ESFERA ECONÓMICA

Una vez analizada la conexión que existe entre el sujeto de derecho y el sujeto propietario, vale la pena esbozar la formación paralela de la noción jurídica de propiedad en la modernidad²². Al igual que el “sujeto de derecho”, también la “propiedad” será considerada por el sistema jurídico occidental moderno como atemporal, universal, científica, general y abstracta. Incluso hoy es posible identificar cómo los juristas contemporáneos usualmente utilizan el argumento romanista para forjar la perennidad de una categoría que se pretende explicar. En este sentido se percibe cómo la justificación histórica puede tener la función ideológica de proveer la idea de universalidad.

Los juristas buscan con frecuencia en el derecho romano los orígenes de concepciones modernas²³. Incluso, no resulta extraño que la influencia del derecho romano en las instituciones jurídicas modernas sea entendida erróneamente por los estudiosos del derecho. Para Edelman, la burguesía capitalista utilizaba el derecho romano, y los filósofos buscaban los fundamentos para esa utilización, afirmando que la propiedad privada, el contrato y el sujeto de derecho siempre existirán durante toda la eternidad civilizada. Por esa razón, “la reposición de las categorías del derecho romano justificaba teóricamente la categoría del sujeto, que aparecía así como *categoría eterna*” (Edelman 1976, 146).

El derecho romano se convierte en la justificación teórica de la perennidad de las categorías jurídicas, principalmente la perennidad del sujeto de derecho y la propiedad privada. Es sabido que en el siglo XIX, la Escuela Pandectista fue responsable de una cierta

²² Para este sucinto análisis histórico de la formación del concepto de propiedad se toma como base principalmente el pensamiento de Henrique da Silva Seixas Meireles, Michel Villey y Pietro Barcellona, no obstante las demás referencias.

²³ Dentro de las razones para explicar esta tentativa de transplantar concepciones modernas al mundo clásico, pueden destacarse “el alto grado de elaboración de la *iuris prudentia*, sobre todo la clásica, la preservación de una parte de las obras jurídicas romanas a través de la compilación de Justiniano, el gran prestigio disfrutado por el derecho de Roma, la fascinación ejercida por su Imperio, entre otras razones complejas” (Reis 1994, 29).

“revitalización” de Roma, sin mucho rigor científico. Con el rescate de la cultura romanista buscaba una fundamentación y cierta legitimidad para sus construcciones conceptuales. A pesar del cientificismo y el historicismo que caracterizaban a esta escuela, los pandectistas frecuentemente “acomodaban” las expresiones romanas para que resultaran acordes con sus elaboraciones teóricas. La utilización del derecho romano, muchas veces, sirvió sólo como un argumento de autoridad, pues el Imperio Romano podía ser considerado como un modelo próximo al “Estado/poder” unificado –situación que anhelaban los alemanes en el siglo XIX–. Muchas categorías del derecho romano sufrieron daños y despojos en su sentido para servir al propósito que los pandectistas les deseaban imponer.

En Roma, por ejemplo, no se vislumbraba la distinción moderna entre Historia y Derecho. De este modo,

no existía una separación entre el derecho y la realidad social porque no existía una “autonomía” radical de la instancia jurídica en relación con lo real histórico. El derecho romano no constituía una categoría aparte. Las categorías jurídicas más importantes, que estaban en la base de la elaboración “científica” de la jurisprudencia romana (...) no eran categorías *universales* sino formas jurídicas *descriptivas*. (Meireles 1990, 31)

Cuando se utilizan instituciones jurídicas es necesario estar atentos para no acoger fácilmente una justificación histórica ficticia, infundada y muchas veces ideológica. Sin embargo, no es posible desconocer la influencia real de Roma en la ciencia del derecho, por lo menos en lo que se refiere a los textos romanos que llegaron ante los glosadores en el período prerrenacentista de las escuelas italianas y su posterior lectura por los romanistas alemanes. Villey resalta la importancia del estudio del derecho romano, recordando que el derecho europeo proviene en gran medida del *Corpus Juris Civilis*. Villey destaca, por su parte, que el cientificismo del método histórico en el siglo XIX llevó a que los romanistas intentasen analizar todos los “períodos” del derecho romano de forma neutral e indiferente²⁴. Para Villey, lo que sigue siendo actual en el derecho romano no son las soluciones para casos particulares (*quid juris*), de lo que se ocu-

²⁴ Según Villey, “para un jurista, historiador del derecho, lo que merecería más atención sería la eclosión del derecho romano y su apogeo, su crecimiento máximo, en la época llamada clásica. El mérito del Bajo Imperio, sobre todo de los compiladores del Digesto, es para nosotros el de haber *conservado* esta obra de los juristas clásicos, cuanto fue posible, alterándola” (1977, 74).

pan de forma muy especializada algunos romanistas, sino aquello que podría denominarse como “universal” en el derecho romano (*quid jus*).

No obstante, en lugar de profundizar en el estudio de los principios del derecho romano, muchos romanistas de la modernidad pasaron a exponer las “soluciones” del derecho romano, “transponiéndolas a este nuevo sistema de pensamiento en las categorías modernas de propiedad, de contrato, de derecho, de ley, de justicia etc.” (Villey 1977, 75)²⁵. Gran parte de la romanística interpreta las Institutas de Gayo a partir de la oposición moderna *res/persona*. Además, relaciona la noción de *res* con la idea de objeto de un derecho subjetivo, que también es una categoría moderna. Vale la pena destacar que, en la definición de Gayo, *res* aparece determinada en función de un sujeto, que desempeña determinado papel reconocido por el derecho. Se trata, con todo, en un último análisis, no del sujeto en general, ni de cualquier individuo, sino del “grupo de hombres que, en el teatro jurídico y en ámbito de la *civitas*, desempeñan el papel de ser los titulares de dominio” (Meireles 1990, 112).

Las Institutas de Gayo establecen la *divisio iuris* entre *persona* y *res*. Sin embargo, esta división nada tiene que ver con la oposición moderna entre *personas* y *cosas*, que será analizada más adelante. La *persona* tiene un significado político, representando el *status* de determinado individuo.

La *persona* es la máscara que los *capita* usan cuando desempeñan ciertos papeles, ciertas formas de actividad, en el ámbito de la *civitas*. En este sentido la *persona* representa la capacidad que el hombre tiene de actuar en la escena jurídica. Pero para actuar el hombre tiene que ser *persona*, en el sentido de tener “personalidad” (*personam habere*), tiene que poseer un determinado *status* que legitime su actividad (*agere*) frente al *ius civile*. En último término, la *persona* tiene un significado político. La *persona* representa el *status* de un determinado individuo (*caput*), es decir, el *quantum iuris* que ese individuo posee y utiliza en las diversas actividades que desarrolla en la escena jurídica (Meireles 1990, 116-7)

El *status* en el derecho romano es dado por la condición política de libertad del individuo. Sólo es la persona quien tiene libertad,

²⁵ El autor destaca la dificultad que se tiene hoy en redescubrir el lenguaje jurídico, el método y la estructura del pensamiento romano, teniendo en cuenta la desaparición de las obras de los juristas romanos. El acceso a éstas se realiza por intermediaciones, sobre todo con el Digesto de Justiniano, “que las deforma, conservando apenas una parte mínima”.

quien no está sometida a la soberanía de un *dominus*. Además del *status libertatis*, la capacidad para actuar es dada por el *status civitatis* y por el *status familiae*. Únicamente los *pater familias*, que de ninguna forma, estaban sometidos a un poder (*dominica potestas, patria potestas* o *potestas maritalis*), eran quienes detentaban el *mancipium*. El *mancipium* era una forma jurídica que expresaba el poder sobre la esfera económica del *pater familias* y también la fórmula que sintetizaba, bajo la forma abstracta, las relaciones de producción que se establecían entre los ciudadanos propietarios de los medios de producción y de los esclavos (Meireles 1990, 142). El *pater familias* no es sólo el representante de la familia, sino el único sujeto de las relaciones patrimoniales (Meireles 1990, 119). Posteriormente, el propio sistema de intercambios romano exigirá algunas concesiones, admitiéndose entonces que el *filius familias* o el mismo siervo dispongan de algún patrimonio (el llamado *peculium*). Con todo, para que puedan disponer de este *peculium*, necesitan la autorización del *pater familias*. Es el *pater familias* la persona que detenta el *jus vitae ac necis* sobre los individuos sometidos a su *patria potestas* y que posee un poder absoluto de goce y disposición sobre todas las cosas que constituyen su patrimonio, bien sea *fundus* o esclavos (Meireles 1990, 120).

Por lo tanto, solamente durante el fin del período republicano –con el declive de la vieja estructura señorial, en virtud de la expansión militar, del aumento de los intercambios y con el surgimiento de nuevas relaciones económicas– el derecho romano produjo nuevas formas jurídicas, apareciendo nuevas formas de propiedad (Meireles 1990, 131-2). En ese momento se altera la fisonomía de la economía romana (que pasa de la economía de subsistencia a una relativa economía de intercambio).

Este aumento relativo de la importancia de la circulación, en el contexto del mundo antiguo, y la aparición histórica de la mercancía producirán, a través de un proceso de mediación complejo, a nivel dogmático-jurídico, el surgimiento de la propiedad bonitaria²⁶ que *moviliza* y *abstrae*, definitivamente, la propiedad *ex iure quiritium* y traduce, en cuanto forma jurídica, el resultado de la “fusión” de la propiedad

²⁶ En Roma, la propiedad bonitaria era aquella cuyo titular no era un ciudadano romano. En este sentido, se distinguía de la propiedad quiritaria, cuyos titulares eran ciudadanos romanos. Por ser una institución del derecho de gentes y no del derecho civil romano, no daba lugar a los derechos plenos de la propiedad civil y, por tanto, los derechos derivados de él se asemejaban a los de la posesión. [Nota del editor]

quiritaria como una nueva concepción “abstracta”, patrimonialista y pertenencial de la propiedad. (Meireles 1990, 134)

De este modo, es importante destacar que en un primer momento de la economía romana los intercambios incipientes se realizaban entre familias. Más tarde, pero todavía en el período romano, se van a permitir los intercambios entre individuos (*capita*), en tanto representantes (*personae*) de una familia. Con todo, es sólo después del siglo III a. C. que la expansión geográfica del proceso de intercambios impone relaciones comerciales entre individuos definidos cada vez más abstracta y despolitizadamente. Aunque la responsabilidad patrimonial se mantuviese en las manos del *pater familias*, la función de agente de intercambios podría ser ejercida por el *filius* o por el *servus* (Meireles 1990, 134).

En este sentido se puede decir que

la *persona* se convierte en una máscara, un papel que los hombres, agentes de intercambios, asumen en la “escena jurídica” (que “calca” la esfera de la circulación) claramente dominada por el capital comercial. Pero no sólo la *persona* se convierte en un concepto inmaterial, abstracto, que se aleja definitivamente del ritual hereditario. También la *res* se transforma conceptualmente. (Meireles 1990, 134)

De este modo, además de afirmar que los romanos, en estricto sentido, no eran dados a la utilización de abstracciones, de conceptos generales –como el de relación jurídica, derecho subjetivo–, o que no se preocupaban por establecer teorías o formulaciones sistemáticas²⁷, es preciso enfatizar que la economía romana durante mucho tiempo no se fundó en el sistema de intercambios. Por esta razón, no tenía hasta entonces la necesidad de categorías abstractas.

En la Edad Media, a partir de los trabajos de los glosadores y comentaristas, se produce una transformación de la noción de *dominium*, que llega a ser concebido como la relación de la persona (*persona*) con la cosa (*res*). Dios es considerado como el señor de todas las cosas. Como su semejante y su criatura, el hombre se va a transformar en persona y, por tanto, *dominus* sobre sí mismo y sobre

²⁷ Comúnmente la doctrina sugiere un modo de raciocinio diferenciado e inherente al pueblo romano, sin analizar las causas materiales de estas especificidades. Así, por ejemplo, se dice que “en el ámbito del derecho, en dos épocas los romanos se mostraban más favorables a la abstracción: al final del período republicano y en el posclásico, bizantino. Pero, de modo general, la mentalidad de los juristas no sería diferente, permaneciendo adversos a las definiciones y a la deducción lógica de los conceptos, hostiles a la abstracción y a las teorías generales” (Reis 1994, 34).

las cosas del mundo. Por medio de esta relación (*res/persona*), producida por la teología a partir de la hipostatación de la idea romana clásica de *propiedad*, Guillermo de Ockham construyó la figura del derecho subjetivo²⁸, como ya se señaló. Así, la idea de *proprietas* representa no sólo la relación de pertenencia absoluta entre la cosa y la persona, sino también la relación jurídica de señorío (poder) del sujeto sobre la cosa.

Esta ruptura producida en la idea de *dominium*, en el plano subjetivo y objetivo, fue fundamental para la producción teológica de la *persona*, y para la posterior concepción del sujeto, a partir del siglo XVIII (Meireles 1990, 184)²⁹. Con todo, Eroulths Cortiano Junior demuestra que

el carácter estamental del orden feudal, así como sus vínculos cuasiorgánicos entre señores, vasallos y siervos, y también la composición del mundo en comunidades sin individualidades autónomas, disminuía la presencia de agentes económicos que pudiesen hacer parte de la cadena de circulación de bienes, debido a la total ausencia de autonomía en sus acciones, que estaban vinculadas a la tierra y a los señores feudales. (Cortiano 2001, 23)

La modernidad trae consigo la exigencia de desvincular la noción de propiedad de los lazos familiares, o de dependencia en la relación siervo-señor. Barcellona muestra que en este momento histórico

es necesario abolir la propiedad-relación que define la forma de dependencia entre el señor y el siervo. Hay que hacer de la propiedad un objeto de derecho, mercancía para el mercado, *res* que pueda ser libremente puesta en circulación y enajenada. Es necesario que la propiedad se vuelva un dominio individual abstracto y solitario, confin espacial del dominio que el individuo tiene esencialmente sobre sí. (Barcellona 1996, 47)

La primera gran institución de la juridicidad moderna es el derecho de propiedad. De ese modo,

mientras que en la estructura económica feudal la propiedad agraria asume un carácter fragmentario (instrumento

²⁸ Según Seixas Meireles, entre los siglos XII-XIII y XIV-XV surge en Europa una nueva realidad normativa – *ius commune*– y se desarrolla internamente en el sistema de la ciencia jurídica, a partir de principios (*principia*) obtenidos por la actividad científica de los comentaristas (Meireles 1990, 176-182).

²⁹ Con mención implícita al nominalismo, Arnaud afirma que “fue preciso esperar la Segunda Escolástica y su desarrollo rumbo al franciscanismo anglosajón, para que apareciese específicamente la noción de derecho subjetivo” (Arnaud 1994, 44).

de servilismo), pues la misma porción de tierra se divide entre varios propietarios, (...), en el orden socioeconómico capitalista el régimen adquiere un aspecto unitario y exclusivo, principalmente en los grandes textos burgueses-individualistas, como el Código Civil francés. (Wolkmer 1999, 29)³⁰

Errouths Cortiano Júnior muestra cómo la noción de propiedad moderna, a diferencia de la feudal, “es construida a partir del prisma del sujeto y no de la cosa apropiada”. En este sentido, “por ser abstracta, la propiedad es simple: un único modelo, el arquetipo del Código Napoleónico” (2001, 7). Sólo entonces se establece la noción de propiedad libre, como propiedad que se separa. De esta forma,

el concepto de propiedad libre no es sólo una separación de los vínculos feudales, sino también de la persona, o mejor, de su carácter inherente a la persona. (...) La tierra se convierte en *res* y, como tal, se hace disponible no sólo para el poder del propietario, sino también para el poder del sistema que la transforma, primero en objeto de intercambio, en valor de cambio y luego en “principio” introducido en la producción ilimitada de mercancías, característica de la época moderna. (Barcellona 1996, 140)

El concepto de sujeto de derecho y la noción de propiedad ligada a él se vuelven perennes a través de la justificación histórica elaborada por los romanistas. Además, estas categorías pasaron a ser consideradas como universales, abstractas y genéricas. La propiedad consagró el triunfo de la mercancía absoluta, que se funda en la separación absoluta entre el valor de cambio y el valor de uso de las cosas. De esta forma, la configuración del equivalente general como una medida abstracta y cuasitrascendente del valor de las cosas –el dominio de la abstracción del dinero– nace indudablemente de la negación de la realidad de las cosas, de los individuos, de los valores concretos (Barcellona 1996, 93).

Santos analiza el cambio en la concepción del derecho de propiedad durante la transición del feudalismo al capitalismo. Según este autor,

³⁰ No se puede ignorar la influencia emblemática de los jusnaturalistas modernos en la formulación del concepto de propiedad. Reconocido como el padre del *individualismo posesivo* (expresión acuñada por MacPherson), John Locke considera que la propiedad es un derecho natural, deriva directamente del trabajo humano, pero establece límites para su apropiación natural (ésta sólo puede valer en cuanto haya abundancia). De esta forma, “en el estado de naturaleza hay una propiedad natural, pero en el estado civil hay otra propiedad, la propiedad civil y convencional” (Lopes 2000, 194).

mientras anteriormente los derechos de propiedad apenas concedían al propietario un control sobre las cosas, con el surgimiento del capitalismo y con la apropiación privada de los medios de producción, el control sobre las cosas se transformó subrepticamente, por decirlo así, en un control sobre las personas, es decir, sobre los trabajadores que utilizaban los medios de producción de acuerdo con el contrato de trabajo. (2000, 321)

Mediante el principio de la absoluta disponibilidad de todas las cosas y a través de la abstracción del concepto de propiedad, se consideró que todo puede ser apropiado por todos. Este pretendido carácter “igualitario” y “democrático” de la propiedad fue consagrado en las declaraciones de derechos humanos y en los textos constitucionales de los Estados liberales. El derecho a la propiedad se separó así del vínculo con estamentos y de las relaciones de dependencia entre señor y siervo. Los bienes pasaron a ser una noción abstracta y genérica, que en teoría puede ser apropiada por cualquiera, individualmente. De acuerdo con Marés de Souza

Todo el derecho del Estado contemporáneo está basado en el concepto de los derechos individuales. Estos derechos eran nada más y nada menos que la posibilidad de que cada hombre libre adquiriera derechos. Es decir, la organización estatal estaba creada para garantizar, individualmente, el ejercicio de los derechos. (...) El derecho se construye sobre la idea de propiedad privada capaz de ser patrimonio, esto es, de ser un bien, una cosa que pudiese ser usada, disfrutada, gozada. Por lo tanto, esta propiedad es material, concreta. Esto significa que el derecho individual es, también, físico y concreto. (Souza 1998, 166)

En síntesis, del análisis de la formación y de la función de los conceptos jurídicos de “sujeto de derecho” y de “propiedad privada” se puede decir, siguiendo a Edelman, que “las categorías jurídicas se convierten en una *parte sustentadora* del proceso del capital, ya que el capital se realiza también a través de ellas” (Edelman 1976, 74). Sin embargo, aunque se funden en una supuesta estabilidad, las categorías jurídicas de la modernidad no serán incólumes a las innumerables transformaciones políticas, sociales y económicas que han ocurrido a lo largo de los últimos siglos.

Las modificaciones de las condiciones materiales del mundo occidental pusieron en evidencia la falibilidad y la insuficiencia de dichos conceptos jurídicos abstractos, configurándose desde entonces

una crisis endémica del derecho. La “crisis” del derecho³¹ es en gran parte la crisis de las categorías jurídicas, principalmente del operador jurídico, que niega reiteradamente la explícita insuficiencia e inadecuación de los viejos conceptos y clasificaciones jurídicas para regular situaciones complejas –como la de apropiación del conocimiento de comunidades tradicionales– que, no obstante, a pesar de existir desde siempre, ahora entran en escena en virtud de su expresión económica.

³¹ Sobre la noción de crisis que se instauró como concepto que transita actualmente por casi todas las esferas de lo real, *ver* Bornheim, en Novaes (1996).