

PRIMERA PARTE

EL DERECHO MODERNO Y SUS FORMAS JURÍDICAS

¿Qué hay en un nombre? Lo que denominamos como rosa, con otro nombre, exhalaría el mismo perfume tan agradable.

WILLIAM SHAKESPEARE

No hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. La razón es muy simple: no sabemos qué es el universo.

JORGE LUIS BORGES

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 naecis* 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).

CAPÍTULO 2

Las clasificaciones jurídicas

Las llamadas ciencias naturales fueron construidas a lo largo del tiempo con base en técnicas de establecimiento de modelos, patrones y una rígida jerarquía de esquemas de categorías y clasificaciones. Los métodos de estas ciencias se fundan en el reconocimiento en la naturaleza de categorías relativamente determinadas, a las que se pueden aplicar los argumentos deductivos con certeza razonable. De este modo, existe un cierto consenso en la comunidad científica de que “en todos los ramos de las ciencias naturales, sean o no compatibles con el análisis matemático, el problema de la *clasificación* es fundamental y no puede ser resuelto por una convención arbitraria sin raíces en la realidad subyacente” (Ziman 1996, 214).

Algunos autores entienden que el acto de clasificar es inherente a la condición humana e imprescindible para la ciencia, porque constituye un requisito de todas las tentativas hechas para descubrir un orden en el universo¹. No obstante, la determinación de categorías significativas en las ciencias sociales no se resuelve a través de mé-

¹ El ensayista brasilero Franklin Cunha afirma con sátira que “todo comenzó con el Creador (o Clasificador) Supremo, pues al crear al hombre lo clasificó en dos: macho y hembra (...); en seguida, creó otras dos categorías: la del bien y la del mal. Ambas fueron simbolizadas por la figura de un árbol que, también sabemos, tiene muchas ramificaciones: grandes y pequeños retoños como los grandes y pequeños bienes y males (...) Descartes, en el fin de la Edad Media, llegó al paroxismo, pues en su obsesión clasificatoria, dividió al hombre en dos: la *Res extensa* y la *Res cogitans*. Lo partió en cuerpo y mente, en una división artificial e irreal cuyas consecuencias perjudiciales sufrimos hasta hoy y que Freud apenas logró atenuar. Las clasificaciones, dicen los clasificadores, son importantes para la ciencia porque son un prerrequisito de todas las tentativas realizadas para descubrir un orden en el universo. No fue sino Claude Lévi-Strauss quien descubrió que no podemos soportar la confusión: debemos, no sólo para vivir, sino antes para pensar, introducir diferencias y clasificar. Según él, los hombres son menos ávidos de creencias que de clasificaciones” (Cunha 1994, 53-54).

todos matemáticos o físicos. De acuerdo con John Ziman, “el desafío, para la investigación sociológica es *demostrar* que dichas categorías artificiales son, de hecho, bien definidas, estables, consensuales y significativas como elementos en un esquema conceptual. La nitidez de la clasificación inicial luego fue borrada con la prosecución de la investigación” (Ziman 1996, 217)².

Principalmente con la modernidad, también las ciencias humanas, o ciencias sociales, someterán cada vez más los fenómenos sociales y psicológicos a los métodos y técnicas propios de las ciencias naturales. Son incontables las categorías, clasificaciones y dicotomías creadas en el campo de la antropología, la sociología y la economía, al igual que en el del derecho. La labor de definición o conceptualización precede, lógica y cronológicamente, a la tarea de la clasificación y división dentro de la ciencia jurídica. No obstante, la misma artificialidad que es identificada en la construcción y aplicación de los conceptos jurídicos, también puede ser identificada en las incontables clasificaciones trazadas por la “ciencia del derecho”.

En el período medieval, los glosadores³, intentando demostrar forzosamente la compatibilidad entre textos contradictorios al interior de la tradición (Sagrada Escritura, Aristóteles, Pandectas), buscaban armonizar estos textos acudiendo a artificios lógicos, principalmente a través de *distinciones* o *subdistinciones*, así como a amplias generalizaciones de conceptos. Al igual que en la ciencia jurídica, muchas otras ciencias humanas están estructuradas con base en enormes clasificaciones, generalmente dicotómicas, sobre temas fundamentales. La antropología, por ejemplo, debatió por muchos años lo que

² En este sentido, el autor recuerda en otro apartado que “el comportamiento humano, bien sea el de los individuos o el de los grupos pequeños, es extraordinariamente complejo, y un ser humano no puede ser divorciado de sus circunstancias históricas y culturales con la misma facilidad con que se transplanta un espécimen botánico de su ambiente natural a un invernadero” (1996, 223).

³ Los juristas medievales tenían la convicción de que el *Corpus Iuris* constituía la razón convertida en palabra (*ratio scripta*). En este sentido, el texto aislado de un jurista constituye por sí solo una verdad, permitiendo a los intérpretes únicamente su interpretación en el sentido literal (la glosa). Con todo, de acuerdo con lo que apunta Wieacker, “desde muy pronto los glosadores no se limitaron a la exégesis corrida de pasajes aislados. La convicción del dominio de una *ratio* sobre todo el conjunto de la tradición condujo a desentrañar el sentido global de todo el texto y a presentarlo en cadenas silogísticas: si cada texto encierra la verdad de la autoridad absoluta, un texto no puede contradecir a otro igualmente verdadero”. Por lo tanto, se valen de numerosas divisiones y subdivisiones. Según escribe Placentino, famoso glosador, “*quanto magis res omnis distinguetur tanto melius operatur*”. La construcción conceptual, la búsqueda de la armonización, la exégesis, constituidas en un edificio doctrinal de principios armónicos, van a formar tal vez la “primera dogmática jurídica autónoma de la historia universal” (Wieacker 1993, 53).

puede ser considerado uno de sus mayores dilemas: la contraposición entre “nosotros” (los antropólogos) y “ellos” (las sociedades estudiadas). Esta dicotomía se convirtió en la “Gran División” o la “escisión” del saber antropológico⁴.

Aunque la mayoría de los antropólogos se oponga hoy a esta Gran División, no existe un acuerdo sobre las razones y las dimensiones de esta oposición, muchas veces siendo sustituidas por otras, que aparentemente parecen más adecuadas. Así, “con objetos relativamente menores, como lo oral y lo escrito, o incluso más específicos, como las nociones de tiempo lineal y tiempo cíclico, también se puede hacer una separación” (Lima y Goldman 1998, 40)⁵. En el derecho, las clasificaciones dicotómicas son internas y propias de un tipo de sociedad: la sociedad occidental moderna (por lo general capitalista), no admitiendo la inclusión (ni siquiera de forma jerárquica) de otras concepciones o de otros modelos regulatorios. Este es el signo de su autorreferencialidad.

Este modelo de organización de la realidad dentro de los límites estrechos del sistema jurídico encuentra su consagración en las grandes codificaciones burguesas. La estructuración del mundo tal y como es presentada en los códigos es lo que va a servir de “forma” para aprehender y comprender las nuevas situaciones jurídicas. De este modo, el operador jurídico es inmediatamente guiado a encuadrar lo “nuevo” dentro de las diversas clasificaciones jurídicas existentes. Edelman, citado por Laymert Garcia dos Santos, menciona el ejemplo de un biólogo que solicita autorización a un tribunal para utilizar “material humano”. Para ello, el juez tendría que clasificar este “material” como “cosa” o como “persona” y su clasificación en esta o en otra categoría produciría ciertos efectos. Las razones de estas clasificaciones sólo se refieren al propio derecho y no a ningún otro campo del conocimiento” (Santos, en Flórez 1998, 26).

Como bien lo demuestra Edelman, basta que el derecho proclame contra cualquier evidencia científica que una célula humana es una cosa, basta que contra cualquier evidencia proclame que un útero es un objeto de alquiler, para que la célula sea patentada y el útero sea sometido a un contrato de arrendamiento (Edelman, en Santos

⁴ La expresión “*great divide*” fue acuñada por Jack Goody (Lima y Goldman 1998, 39).

⁵ De acuerdo con los autores, “sociedad” e “individuo” también “son nociones y artificios metodológicamente contruidos para conferir cierta inteligibilidad a lo que investigamos” (Lima y Goldman 1998, 43).

1998, 26)⁶. Edelman afirma que las cosas en el derecho no son clasificadas al azar, sino que dichas clasificaciones tienen un sentido. En el ejemplo presentado por el autor, si un biólogo solicita a los tribunales la libertad de utilizar “material humano”, el juez, para responderle, deberá clasificar este “material” dentro de la categoría de las cosas o las personas. Y de acuerdo con la clasificación dada, seguirá una u otra regla. Es decir: el lugar que el derecho confiere a un acto, a un hecho o a una práctica produce efectos. En otras palabras, la clasificación jurídica no observa la verdad, no tiene nada que ver con lo verdadero o con lo falso y no pretende dar cuenta de una realidad objetiva. Implica un juicio de valor (Edelman 1999, 20).

Este mismo razonamiento puede ser utilizado para la apropiación del conocimiento de las comunidades tradicionales. En la medida en que decide (como si fuese algo natural o evidente) que el conocimiento tradicional es un bien y que, por lo tanto, puede ser valorado, el sistema jurídico impone un único modo de pensar la cuestión y determina también los límites estrechos de su regulación, bien sea por medio de la atribución de patentes, por recompensas o repartición de beneficios. Al actuar de este modo, el derecho no permite que se cuestione la naturaleza jurídica del conocimiento, sino únicamente las formas posibles de regular jurídicamente este “bien”, de acuerdo con el modelo propietario.

En este sentido, para el derecho, clasificar es trazar límites, según su propio punto de vista, instaurando fronteras entre lo lícito y lo ilícito, lo permitido y lo prohibido, entre lo posible y lo imposible (Santos 1998, 27). A pesar de que constituyen construcciones históricas que tienen la finalidad de “dominar intelectualmente lo real simultáneamente móvil y caótico” (Miaille 1994, 140), las clasificaciones son tratadas dentro del sistema jurídico como algo dado y natural. Esto ocurre, por ejemplo, con la distinción entre derecho público y derecho privado, entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Del mismo modo, lo anterior se observa en las clásicas divisiones entre personas y cosas, y en la clasificación de los bienes, pero también en las distinciones más recientes entre derechos morales y derechos intelectuales de autor, y entre el componente tangible e intangible de los recursos genéticos, como lo analizaremos más adelante. A pesar de su contingencia, las clasificaciones son tratadas

⁶ Según Edelman, la clasificación jurídica no busca la verdad, no tiene nada que ver con lo verdadero y lo falso, y ni siquiera pretende dar cuenta de una realidad objetiva.

como supuestas representaciones de un orden natural. De acuerdo con Miaille:

(...) en la mayoría de los casos, las clasificaciones son presentadas sin que se suministren grandes justificaciones, por una razón simple: son lógicas, emanan, al final, de una razón sana. En síntesis, pasan rápidamente por algo natural. En fin, si no resultan muy naturales, por lo menos son cómodas: este es el último argumento. Como es necesario arreglar bien las cosas y crear un nuevo orden, más vale retomar aquello que ha sido utilizado desde hace mucho tiempo: el viejo argumento de la autoridad nacida de la práctica, lo “cómodo” elevado a la categoría de teoría. (Miaille 1994, 140)

Con lo anterior no se quiere negar la utilidad de las clasificaciones como un instrumento accesorio y práctico para las sistematizaciones, tanpreciadas por el conocimiento científico. Tampoco se pretende afirmar que la división de los fenómenos de la vida en categorías es una característica exclusiva del pensamiento científico occidental. Muchas culturas no occidentales poseen clasificaciones propias, así como sistemas y modos específicos de concebir el mundo. En todo caso, el pensamiento científico moderno, principalmente en lo que se refiere a la ciencia del derecho, llegó a tomar estas clasificaciones, no como instrumentos explicativos sino como instituciones científicas.

La cuestión crucial reside en el estatuto de científicidad que la ciencia del derecho le confiere a las clasificaciones. De acuerdo con lo que señala Miaille, “si bien es indiscutible que [las clasificaciones] tienen una función práctico-social evidente en el juego social, es absolutamente inconveniente presentarlas como los elementos teóricos de una ciencia” (Miaille 1994, 141). En el ejemplo propuesto por Edelman –el que se refiere al juez que debe clasificar el “material humano” para decidir sobre la posibilidad o no de su utilización– es posible identificar claramente las repercusiones de esta escuela. En este sentido, si el juez considera el “material humano” como una cosa, tal calificación no tiene nada que ver con la definición científica, siendo ante todo el producto de un juicio sobre una composición de células para el que se atribuirá una posición en el orden jurídico. De acuerdo con Edelman, al considerar como cosa una célula humana, esta pasa a integrar la historia de la “cosa humana”, junto con el esclavo y el cuerpo de la cortesana, por ejemplo. Se trata de una posición relacionada con la propiedad, con el derecho de herencia, etc. (Santos 1998, 27).

El análisis crítico de Miaille nos recuerda que “estas clasificaciones no son sólo el fruto de la historia en el sentido de que resulta fácil mostrar la época en que emergen, son de naturaleza histórica porque corresponden a un estadio dado de la evolución de las formaciones sociales y porque desempeñan, en ese momento, una función precisa que será necesario evidenciar” (Miaille 1994, 141).

LAS PERSONAS Y LAS COSAS Y EL PARADIGMA DEL SUJETO

La separación entre pensamiento y ser, sujeto y objeto es un presupuesto fundamental del proyecto moderno de dominio y control de la naturaleza, un fuerte movimiento estratégico que inaugura la época de la modernidad (Barcellona 1996, 33). Descartes separa radicalmente dos mundos de “sustancias”: de un lado el espíritu, la sustancia pensante; de otro lado, el mundo de los cuerpos, de la materia, el universo de las cosas. Esa relación de poder y dominación del hombre sobre la naturaleza se infiltrará en la teoría general del derecho. De ese modo, se inicia con Descartes, pero se completa con Kant, una verdadera revuelta que separa al “legislador de su mundo” de aquello que podemos conocer y querer (Villey 1979, 4)⁷. Para hacer plausible la escisión sujeto/objeto, la modernidad echó mano a la distinción entre el sujeto epistémico y el sujeto empírico:

esa duplicidad está gráficamente representada en el epígrafe a la *Crítica de la razón pura* de Kant: *de nobis sibi silemus*. En otras palabras, en el más elocuente tratado sobre la subjetividad producido por la modernidad occidental nada se dirá sobre nosotros mismos en cuanto seres humanos vivos, empíricos y concretos. Un conocimiento objetivo y riguroso no puede tolerar la interferencia de particularidades humanas y de percepciones axiológicas. Fue sobre esta base que se construyó la distinción dicotómica sujeto/objeto. (Santos 2000, 82)⁸

⁷ En el mismo sentido, Sève demuestra que “A partir de esta promoción capital se desarrolla, gracias a la contribución de las ciencias humanas, la concepción moderna de la subjetividad. En lugar de lo biológico, la referencia pertinente pasa a ser, ahí, lo simbólico (...)” (Sève 1997).

⁸ Sobre la subjetividad, vale la pena destacar el interesante estudio de Yves Charles Zarka. Para este autor, no hay una, sino dos vías de la subjetividad en el siglo XVII, pues la teoría moderna de la subjetividad no debe ser concebida como procedente unívocamente de las posiciones de Descartes. Zarka analiza la problemática de la subjetividad y del sujeto en el campo del derecho natural moderno, partiendo de la noción del derecho como cualidad moral (Zarka 2000).

La oposición hombre *versus* naturaleza es reforzada por la idea del contrato social originario, como fundamento de la sociedad civil, del Estado y del derecho moderno. Según Gediél, “para que fuese posible alcanzar las condiciones para el establecimiento del pacto político fundante, el pensamiento filosófico concibió la posibilidad de disociación entre el hombre y la naturaleza” (Gediél 1999, 61)⁹. Se produce una escisión entre el cuerpo y la mente, mediante la supervalorización de esta última y a través de la idea del sometimiento de todo lo que sea externo a la racionalidad humana. De este modo, para Gediél:

(...) en la construcción jurídica de la modernidad, el hombre aparece, primero, separado de la naturaleza y ligado a Dios; después, individualizado, ligado a los demás seres humanos por un vínculo contractual; en seguida, dotado de cualidades jurídicas, para constituir el núcleo de imputación individual de derechos y deberes jurídicos, en oposición a los demás y con poderes jurídicos sobre los bienes de la naturaleza; finalmente, apartado de su propio cuerpo, pues el ejercicio de la cualidad de persona exige la capacidad jurídica. (Gediél 1999, 63)

El concepto de “sujeto de derecho” es el presupuesto para la construcción de una distancia y, al mismo tiempo, para afirmar la manipulación sobre todas las cosas. Esto sólo resulta posible al ser disociado el hombre de la naturaleza. De esta manera la idea de subjetividad abstracta va a garantizar la distancia entre el pensamiento y el ser, y consecuentemente la disponibilidad del objeto y de la naturaleza (Barcellona 1996, 43-45). La escisión entre el hombre y la naturaleza va a mostrar la distinción entre mente y cuerpo, personas y cosas, sujeto y objeto. Tales divisiones están tan interiorizadas en la conciencia colectiva de las sociedades occidentales modernas y de sus teóricos que son consideradas como algo natural, como provenientes de una simple constatación del mundo y no como una construcción histórica y cultural que es impuesta como verdadera.

⁹ Para Gediél, “según lo pregonaba el jusracionalismo cristiano, al final de la Edad Media, el hombre, por su descendencia divina, gozaba de autonomía terrenal y respondía individualmente frente al Creador, no siendo confundido, de este modo, con el mundo de la *physis*, el cual podría incluso ingresar en la esfera del poder humano bajo la forma de propiedad. La filosofía racionalista moderna, al abandonar el argumento teológico, buscó en la racionalidad humana la justificación para profundizar el abismo que se abrirá entre los hombres, y entre éstos y los demás seres. Dentro de esa perspectiva, todo lo que se presentase externamente al hombre sólo entraba en su campo de conocimiento o intereses, sólo es susceptible de ser percibido por la razón, en calidad de objeto de análisis filosófico o científico, o de objeto de apropiación jurídica”.

Para Edelman, la distinción entre personas y cosas designaba la posición eminente del hombre viviente dentro del universo de las cosas. El hombre no podía confundirse con las cosas y su destino era dominarlas, transformándolas en bienes. De lo anterior surge una intensa clasificación de las cosas en diferentes bienes, fundada en la correlación de la naturaleza (las cosas) como algo que pertenece al hombre (Edelman 1999, 308)¹⁰. Estas correlaciones están intrínsecamente vinculadas con la idea de que no existe cosa sin titular. Dicha concepción, que permea todo el derecho moderno, se hace visible cuando se analiza el ingreso de las cosas en la titularidad de una persona y, principalmente, la pérdida de esa misma titularidad.

La propiedad, en última instancia, sigue siendo un pilar de la sociedad actual. Esto puede ser comprobado, de acuerdo con Miaille, al observar cómo la legislación capitalista se horroriza ante la visión, frente a la posibilidad de que existan bienes no apropiados. Este temor es identificado por la máxima según la cual todas las cosas son objeto de un derecho de propiedad, es decir, tienen un propietario. La propiedad, pues, no sería un atributo del hombre, sino una exigencia, una necesidad (Miaille 1994, 169). De acuerdo con lo que enseña Fachin, “en el derecho, tanto la pérdida como la ausencia de titularidad están en un estado transitorio, en un intervalo en la definición de quién es su respectivo titular” (Fachin 2000, 164)¹¹.

La búsqueda de una regulación jurídica en los modelos clásicos con el fin de tratar la temática del conocimiento tradicional sólo reforzará esta tendencia del sistema jurídico occidental a identificar titularidades, siempre según una perspectiva individualista y buscando la circulación de bienes, imponiendo este modelo incluso a otras realidades culturales. De este modo, cada vez que se habla de derechos, es necesario buscar, para la lógica del sistema, un titular, una persona, un sujeto de derecho, individual aunque ficticio. Por otra parte es necesario que se tenga un bien, una cosa, un objeto que integre este patrimonio individual.

Todo lo que fuese colectivo y no pudiese ser entendido como estatal no tendría relevancia jurídica. Todo lo que no pudie-

¹⁰ “Esta división cosa/persona designaba, entonces, la posición eminente del hombre vivo dentro del universo de cosas. Aquel no podía ser confundido con éstas, y su destino técnico era dominarlas –esto es, a través del derecho, convertirlas en ‘bienes’ ” (Edelman 1999, 308).

¹¹ Para Fachin, “esa unión amalgamada entre la persona y la cosa, o entre la persona y el comportamiento, se refleja bien en el establecimiento de la pérdida de la cosa con la ausencia de titularidad, medida de la creencia de que no existe una cosa sin titular”.

se ser materializado en patrimonio y no pudiese tener un valor aunque fuera simbólico, también estaría por fuera del derecho. El titular del derecho tendría que ser siempre una persona individual que incluso pudiese ser responsabilizada por sus actos. En esta relación el titular del derecho ha de tener, también, deberes; por eso la persona, para el derecho contemporáneo, ha de ser una e identificable. Por otro lado, el objeto ha de ser conocido y valorable económicamente. En esta valoración reside su juridicidad, hasta tal punto que el derecho resuelve todas las peticiones, en última instancia, en términos de pérdidas y daños. Esta regla también se aplica para bienes patrimoniales intangibles, como el llamado daño moral, la propiedad intelectual y los derechos de autor. La vida de cada uno pasa a ser valorada patrimonialmente, lo inmaterial se materializa en el valor de cambio, aunque no se desee el intercambio. (Souza 1998, 168).

Sucede que no todos los bienes están (por lo menos todavía) sometidos a la propiedad individual de un sujeto de derecho. El sistema jurídico, entonces, resuelve esta aparente contradicción de manera simple: “o las cosas pertenecen a una colectividad, o son susceptibles de una apropiación privada” (Miaille 1994, 170). Frente a este escenario, Miaille afirma que “el mundo que nos rodea es un vasto lugar cerrado que se divide entre propietarios”, resaltando que “la noción de propiedad parece atravesar absolutamente todo nuestro universo para manifestar abstractamente el ‘poder del hombre sobre las cosas’. Una lectura más atenta de lo real nos muestra que se trata, en estructuras determinadas, del poder de ciertos grupos de hombres sobre las cosas” (Miaille 1994, 171).

La idea de la división del mundo en personas y cosas, unida a la noción de que para todo bien debe haber un titular, dan forma a la concepción que rige la relación entre el hombre y la naturaleza en el mundo occidental. El instrumento mediador entre sujeto y objeto, entre personas y cosas estará constituido por la categoría del derecho subjetivo, principalmente por la noción de derecho subjetivo de propiedad, concebido como el poder absoluto de disposición sobre las cosas.

LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES Y SU ARTIFICIALIDAD

La modernidad occidental insta una lógica en la que la naturaleza es considerada como un orden social que se somete a las leyes del hombre y como un dispositivo para saciar todas sus necesidades

(Edelman 1999, 57). Para ello se elabora una división de la naturaleza con base en la posibilidad y la forma de apropiación de las cosas. Esta escisión entre hombre y naturaleza será traducida en el campo jurídico por la distinción entre sujeto de derecho y objeto de derecho, siendo este último tomado como “todo lo que puede ser sometido al poder de los sujetos de derecho, como instrumento de realización de sus finalidades jurídicas” (Amaral 2000, 300).

Según el sistema jurídico, la totalidad del mundo ya está repartida en bienes, sean bienes actuales o bienes posibles, dependiendo de si están o no en manos de un propietario (Vullierme 1979, 46-47). De acuerdo con Pietro Barcellona, el concepto de propiedad privada, como forma general de disponibilidad de las cosas, se convierte en norma de funcionamiento de toda la sociedad y de las relaciones humanas. Esto se produce principalmente en virtud de la configuración de la naturaleza como *res* disponible, apropiable y transformable (Barcellona 1996, 20). También en lo que se refiere a la clasificación de las cosas, los manuales jurídicos buscan sus fundamentos en el derecho romano. Aunque es verdad que el sistema de las Institutas consagra una parte sobre las cosas (*res*), como en el Código Civil, se debe resaltar que en aquel el término *res* posee otro alcance que el de *cosa* en el Código Civil (Villey 1979, 3)¹².

El ingreso de las cosas (entendidas en su sentido común y amplio) y de los seres en el trajín de las relaciones jurídicas, como objetos, tiene como presupuesto el hecho de que tales “cosas”, directa o indirectamente, pueden ser susceptibles de valoración pecuniaria. En el Código Civil, la idea de cosa está ligada a la posibilidad de que sea transformada en dinero. En líneas generales, la doctrina define *cosa* como una realidad exterior e independiente al hombre que se caracteriza por la utilidad, individualidad y apropiabilidad (Ascensão 1997, 316)¹³. Con todo, de acuerdo con Fachin, “esa ‘lógica’ de la conversión en dinero plantea ciertas dudas cuando determinados derechos, que integran la esfera jurídica y que no son objeto de derecho, son violados, y su violación permite la reparación pecuniaria, sin inte-

¹² Según Villey, “es verdad que las categorías de la ciencia jurídica romana son muy mal conocidas y controvertidas, porque hoy el derecho romano se nos presenta bajo la forma que le dieron los romanistas de la época moderna. Ese derecho, así, fue reformulado y transformado por el lenguaje moderno”.

¹³ La principal característica de la individualidad es también denominada autonomía. Algunos autores discuten esta característica, teniendo en mente la posibilidad de relaciones jurídicas sobre partes de cosas.

grar el patrimonio ni pudiendo ser objeto de derecho” (Fachin 2000, 162). Este es el caso, por ejemplo, de las expresiones de la intelectualidad y de la creatividad humana.

Conforme con lo que señala Gediel,

la inadecuación de las concepciones jurídicas del siglo XVIII va a resultar evidente no sólo en relación con el cuerpo humano. También en el siglo XIX la titularidad jurídica de las manifestaciones intelectuales del sujeto exigirá respuestas que servirían como base para el desarrollo de la tutela jurídica integral de la persona, por medio de una nueva especie de derechos subjetivos, los *derechos de la personalidad*. (Gediel 2000a, 33)

Analizando este aspecto en lo que se refiere a los derechos de autor, Gediel asegura que, dentro de la visión patrimonialista dada por el derecho subjetivo, “el derecho de propiedad del autor sobre la cosa siguió el modelo aplicado para la apropiación de cosas, cuya justificación político-ideológica provenía principalmente de la idea de que la invención envolvía trabajos y riesgos que justificaban su adquisición por el autor” (Gediel 2000a, 34). De este modo, “si el cuerpo no podía, todavía, ser repartido y transferido entre sujetos, no se podía decir lo mismo de las creaciones intelectuales y artísticas que, al materializarse, reforzaban la idea de que, en sentido jurídico propio, eran cosas aptas para cambiar de titular y asumir, en virtud de este cambio, un valor económico” (Gediel 1999, 65).

En los derechos de autor se distingue el producto artístico o invento (de carácter patrimonial y cuya titularidad puede ser transferida), de la idea inicial, la cual permanece vinculada al sujeto creador o inventor.

Ese vínculo indisoluble entre la idea creadora y el sujeto ayudó a profundizar la investigación sobre una nueva categoría de derechos, los derechos personalísimos, lo que más tarde serviría para explicar los derechos subjetivos que se refieren a las muchas manifestaciones de la personalidad humana. La peculiaridad del origen del producto intelectual hizo posible perfeccionar la noción de bien jurídico. Esta comprende la totalidad de las cosas corpóreas o incorpóreas, vinculadas a la esfera jurídica del sujeto, independientemente de que tengan o no expresión monetaria. Más tarde, la doctrina elaboró la noción de bienes de la personalidad, superando la identificación entre el objeto de la relación jurídica y la cosa, en el sentido puramente material y patrimonial. (Gediel 2000a, 37)¹⁴

¹⁴ En otro texto, Gediel demuestra que para responder al problema jurídico suscitado por los

Se entiende, por lo tanto, que el propio sistema jurídico adapta la definición jurídica de *cosa*, que, al corresponder sólo a la noción de cosa material, es considerada como una especie del género *bien*. A partir de esta nueva clasificación, la creatividad humana “fue definida como un *bien de carácter extrapatrimonial*, reservándose para el invento u obra de arte la noción de *cosa material y patrimonial*” (Gediel 1999, 66-67).

La diferenciación entre cosa y bien es uno de los asuntos más polémicos y controvertidos de la denominada “teoría general del objeto de la relación jurídica”. Dentro de las varias configuraciones establecidas por la doctrina hay por lo menos dos orientaciones principales sobre esta distinción. Algunos autores consideran el *bien* como una noción más genérica, partiendo de que la *cosa* es una modalidad del bien. Según esta perspectiva, adoptada por ejemplo por Manuel de Andrade, José de Oliveira Ascensão (1997, 313) y por el Código Civil alemán, se restringe la designación *cosa* para los bienes de existencia corporal. Otros autores, por el contrario, atribuyen a la *cosa* un sentido amplio (en general, por la influencia del derecho romano), abarcando toda la realidad que de este modo se convierte en objeto de derecho. Esta es la posición adoptada por Pontes de Miranda, Miguel Maria de Serpa Lopes y, en parte, por el Código Civil portugués. El Código Civil brasileiro utiliza el término *cosa* para valores materiales e inmateriales y, muchas veces, como sinónimo de bien. Con todo, dado que en su Libro II de la Parte General escoge la expresión “de los bienes”, algunos autores entienden que la legislación consideró la noción de bien como algo más amplio que la de cosa (Amaral 2000, 302).

La opinión mayoritaria considera que la noción jurídica de bien incluye las cosas propiamente dichas, susceptibles de apreciación pecuniaria, y también las que no admiten esa valorización pecuniaria. De este modo, el término “bien” se entiende como género y la “cosa” como especie, como una modalidad de la primera. De acuerdo con la perspectiva más común, *bien* es la noción más amplia y abarca objetos de derecho de todo tipo. En este sentido, el bien es un género, del cual la cosa (que siempre tiene valor pecuniario) es una especie. José

derechos de autor, “se propone la distinción entre *derechos morales de autor*, de carácter inalienable, porque están ligados íntimamente a él, y *derechos de autor* de naturaleza económica materializados en el invento u obra de arte, que son independientes del sujeto, luego transferibles y susceptibles de valoración económica y mercantil” (Gediel 1999, 66).

de Oliveira Ascensão considera el *bien* como una realidad prelegal, que no necesita coincidir con “cualquier realidad que sea susceptible de constituir objeto de situaciones jurídicas” (Ascensão 1997, 314)¹⁵.

El significado común de “cosa” comprende aquello que es corpóreo, que posee una existencia material. Con todo, el criterio de determinación de qué es una cosa es producido históricamente. Por su parte, la figura de las cosas fuera del comercio, o de la *res communes*, indica que no hay una delimitación nítida entre lo que caracteriza un “bien jurídico” y lo que constituye una “cosa jurídica”. Para Carbonnier, por ejemplo, en principio, los bienes serían un calco de las cosas, pero no todas las cosas son bienes, así como no todos los bienes son cosas (Carbonnier, en Vullierme 1979, 32)¹⁶. Lo anterior porque los bienes serían las cosas vistas desde el punto de vista del derecho, y el universo de los juristas no proviene de la noción de cosas del mundo natural.

Los objetos materiales no tienen una vocación propia e inherente por naturaleza en virtud de la cual deban ser tratados como “cosas”, como *res*. En opinión de Miaille, “es el sistema social el que los define y no la naturaleza de las cosas la que se impone por su propia lógica” (Miaille 1994, 161). En el ejemplo planteado en dicha obra, con mucha pertinencia para este trabajo, Miaille demuestra que en algunas sociedades tradicionales, “los objetos más materiales no son tratados como cosas, sino como intermediarios sociales que un cierto número de ritos o de prácticas permite hacer circular” (1994, 161).

La observación de las clasificaciones jurídicas occidentales modernas en comparación con la forma de regulación jurídica y económica de sociedades no occidentales muestra la imposibilidad de analizar todas las prácticas sociales del mundo por medio del mismo modelo. Aún más: la contraposición de modelos regulatorios de sociedades distintas pone en evidencia la artificialidad y la historicidad de las categorías y de las clasificaciones jurídicas construidas por el sistema jurídico occidental moderno. En este sentido, se puede decir que el concepto de cosa (y también el de bien), “lejos de ser evidente, su-

¹⁵ Por otro lado, continúa el autor, “el criterio de determinación de las cosas es un criterio social. No es un criterio material: basta pensar que existen cosas inmateriales. Tampoco es un criterio naturalístico: existen cosas incorpóreas. La realidad que presuponemos es la realidad social, o económico-social, porque es esa la que el derecho valora”.

¹⁶ J.-L. Vullierme adopta el vocablo “*la chose* (el bien)” para caracterizar el hecho de que bienes y cosas estarían situados en el mismo plano.

pone de antemano una organización social particular” (Miaille 1994, 161)¹⁷.

Independientemente de la noción que se utilice, a partir del modelo jurídico occidental moderno, existirá siempre una relación estrecha de titularidad entre el sujeto y el objeto, pudiendo este último ser o no ser de contenido patrimonial, una cosa o un bien (Fachin 2000, 156-157). Los bienes (o las cosas, dependiendo de la concepción que se adopte) son determinados jurídicamente a partir de distintas clasificaciones dicotómicas. De esta forma se dividen en materiales o inmateriales, corpóreos o incorpóreos, del comercio o fuera del comercio, muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles, divisibles o indivisibles, simples o conexos, principales o accesorios.

La importancia de la clasificación jurídica de los bienes radica esencialmente en los efectos que produce. A partir de esta distribución, con base en determinados criterios, serán definidos los regímenes jurídicos que regularán cada grupo particular. De ese modo, de acuerdo con la doctrina, “la finalidad de cualquier clasificación es separar en grupos y especies a los que se aplican las mismas reglas jurídicas, admitiendo la posibilidad de que cada especie tenga su propia disciplina legal” (Amaral 2000, 303)¹⁸.

Aunque la mayor parte de la doctrina insiste en la existencia de una lógica racional y científica que orienta el establecimiento de estos criterios, se puede comprobar que, en general, la determinación de las clasificaciones –y principalmente el régimen legal que de allí se deriva– es en realidad una exigencia de tipo económico. Tal es el caso, por ejemplo, de la clasificación de bienes muebles e inmuebles, que, en virtud de su sentido práctico, es considerada la mayor y más importante división de los bienes. En la época de las grandes codificaciones, a inicios del siglo XX, la tierra era considerada como un importante factor de producción y fuente de riqueza. Los bienes muebles, en cambio no tenían gran valor.

¹⁷ En otro momento, el autor afirma que el carácter de “cosa”, lejos de ser intrínseco, está, al contrario, directamente ligado con una relación social. De esta forma, “a partir del momento en que una relación social productora de intercambios generalizada se manifiesta, muchos objetos entrarán en la categoría ‘mercancía’, en el mismo momento en que los juristas van a conservar un vocabulario y formas de raciocinio que esconderán esa hegemonía de la forma mercancía” (Miaille 1994, 163).

¹⁸ “Los bienes no se disciplinan jurídicamente por unidades, sino en conjuntos, de acuerdo con sus características, formándose de este modo distintas categorías jurídicas a las que corresponden diversos regímenes”.

En la estructura del Código Civil brasileiro se puede comprobar la valorización, en el período de su promulgación, de la propiedad de los bienes materiales e inmuebles. Por esa razón, de acuerdo con las normas de la época, para la adquisición de los bienes inmuebles, la ley exigía mayor solemnidad y publicidad, siendo necesario el registro del título adquisitivo para la entrega del objeto, mientras que para la transferencia de los bienes muebles no se requerían mayores formalidades¹⁹.

Bienes corporales e incorporeales

De las distintas subcategorías jurídicas que se forman a partir de las clasificaciones dicotómicas se desprenden diferentes regímenes jurídicos. Para los límites de este trabajo importa hacer algunas consideraciones sobre la distinción entre bienes corporales e incorporeales. Los romanos no conocieron la noción de “bienes jurídicos”, sino solamente la de cosas, las que podían ser corporales (*quae tangi possunt*) o incorporeales (*quae jure consistunt*). Los autores divergen, cuando interpretan las Institutas, respecto de la determinación de la *summa divisio rerum*. Para algunos, Gaius habría partido de la distinción entre *res corporales* y *res incorporeales*. Así, el análisis de esta distinción, proveniente de la filosofía y de la retórica, nos otorgaría la “piedra de toque” de todo el sistema de las Institutas y el hilo conductor para la comprensión histórica de las categorías fundamentales del ordenamiento jurídico romano (Meireles 1990, 95).

Para caracterizar la distinción entre bienes corporales e incorporeales, la romanística va a abandonar el criterio originario de la visibilidad, utilizado por Cicerón, para sólo utilizar la tangibilidad como criterio jurídico de distinción. De acuerdo con Seixas Meireles, “esa metaforización de lo real, asentada en el criterio de la tangibilidad –tangibilidad que exprime también la metonímica del sujeto–, ahora se convirtió en el signo de un sujeto, actor de la escena jurídica (*qui tangit*), opuesto a la *res*, objeto real de la definición *res corpora-*

¹⁹ En Brasil, para que se perfeccione la adquisición, la regulación jurídica de los bienes inmuebles exige el registro del título adquisitivo en el registro público. El estado de la persona (si está casada o no) va a influir en la alienación de los bienes inmuebles. Esto porque la persona casada necesita la donación del cónyuge. Para ser adquiridos por usucapión, los bienes inmuebles requieren un plazo mayor (10, 15 o 20 años). Dado que los bienes inmuebles exigen el registro, los bienes muebles, a su vez, apenas requieren la tradición (entrega) de la cosa para que sea oponible. El estado de la persona no influye en la alienación de los bienes muebles y para que sean adquiridos por usucapión, necesitan un plazo menor (3 o 5 años)

les hae sunt quae tangit possunt" (Meireles 1990, 111). De este modo lo real es aquello que existe (*quod est*) para el derecho, para el *ius civile*, en oposición a un sujeto "determinado" (*qui tangit*). Los esclavos eran considerados cosas corporales, lo que demuestra que esta división se fundaba no en elementos dados por la naturaleza, sino en los roles determinados por el campo político. Existían hombres que desempeñaban el papel de hombres libres (persona) y hombres que desempeñaban el papel de cosas corporales (Meireles 1990, 115).

La distinción entre bienes corporales e incorporeales no está contemplada en el Código Civil brasileiro. El Libro II de la parte general del Código Civil, en su título único, denominado "De las diferentes clases de bienes", presenta las clasificaciones de los bienes considerados en sí mismos (bienes inmuebles y muebles, cosas fungibles y consumibles, divisibles e indivisibles, singulares y colectivas), de los bienes recíprocamente considerados, de los bienes públicos y privados, de las cosas que están fuera del comercio y del patrimonio familiar. La construcción teórica sobre la división de los bienes en corporales e incorporeales es una ficción de la doctrina.

De acuerdo con el pensamiento de la doctrina, los bienes corporales son aquellos que tienen existencia concreta, perceptible por medio de los sentidos. Dichos bienes incluyen los objetos materiales y los inmateriales, incluso las formas de energía (electricidad, gas, vapor) (Amaral 2000, 304)²⁰. Para que estas cosas corporales sean objeto de relaciones jurídicas, deben poseer existencia autónoma (individualidad), deben resultar idóneas para satisfacer intereses humanos (utilidad) y contener la posibilidad de sujeción jurídica al poder exclusivo de uno o algunos hombres (apropiabilidad) (Pinto 1996, 335)²¹. Los bienes incorporeales son los que tienen existencia abstracta, intelectual. Su realidad es meramente social, producto de una valoración humana, como los derechos, las obras del espíritu, los bienes de la personalidad (Ascensão 1997, 324; Amaral 2000, 304)²². Para Mota Pinto, los bienes incorporeales provienen del ingenio, de la inteligencia o de la sensibilidad humana y tienen un valor patrimonial autónomo, pues pueden ser explotados económicamente (Pinto 1996,

²⁰ En todo caso, de acuerdo Orlando Gomes, la energía eléctrica, la térmica, son bienes incorporeales (Ascensão 1997, 323).

²¹ En el mismo sentido, José de Oliveira Ascensão considera que para que las cosas sean jurídicas deben estar revestidas de las características de utilidad, individualidad y apropiabilidad. (Ascensão 1997, 316).

²² De acuerdo con Amaral, los bienes incorporeales son creaciones de la mente, construccio-

335). Con todo, los derechos que se desprenden de estos bienes poseen un régimen especial.

Como se señaló anteriormente, la valorización de entes incorporeales –que, aunque no tienen una existencia material y corporal, pueden constituirse en objetos de relaciones jurídicas– fue lo que determinó el surgimiento de la categoría de los bienes jurídicos, como distinta de las cosas. Esta innovación en el campo jurídico proviene de las transformaciones implícitas en el tránsito de la economía agrícola a la economía industrial y después posindustrial, hecho que fue acompañado por un crecimiento del papel de los bienes en la vida de los individuos y por el surgimiento de nuevos bienes (Terré 1979, 18)²³. Existe una ampliación considerable de la gama de objetos susceptibles de apropiación en función del desarrollo económico y de los cambios socioculturales, especialmente a partir de la revolución industrial, en donde se incluyen cosas intangibles, pero con lucro económico (Del Nero 1998, 35). En las palabras de Carlos Frederico Marés de Souza, junto al aumento de la importancia de los bienes incorporeales, se destaca la disminución de la relevancia de los patrimonios físicos reales:

Los bienes jurídicos, y no sólo los derechos sobre ellos, son cada vez más intangibles. El patrimonio de una gran empresa ya no está conformado por el número de establecimientos que tenga, porque no le pertenecen, ni los locales, ni los muebles que la adornan, porque todo es franquizado, es de una tercera persona. El patrimonio se mide, y vale, por la marca que ostenta o el saber que descubrió, o la forma de embalaje que contiene. El patrimonio se desordena en apariencia, pero no pierde valor ni poder, al contrario, se potencializa. (Souza 1998, 174)

Los principales bienes incorporeales modernos surgirán casi siempre como consecuencia de la presión ejercida por las necesidades del comercio. Los juristas hasta ahora no han hecho otra cosa que responder a esta presión (Nicholas 1979, 65). Algunas expresiones del

nes jurídicas, derechos, por lo que su existencia es tan sólo intelectual y jurídica. Según Mota Pinto, estos bienes tienen valor patrimonial autónomo, por lo que pueden ser explotados económicamente. Además de su valor patrimonial, las obras artísticas, literarias, científicas e intelectuales están ligadas íntimamente a la personalidad del autor: “se comprende así que el derecho reconozca esos bienes y tutele los aspectos patrimoniales y personales señalados” (Pinto 1996, 335).

²³ Para Terré, esta evolución explica la ampliación dada a la categoría de los bienes muebles, prevista en el Código Civil francés, que engloba bienes corporales e incorporeales y también justifica el principio según el cual todo lo que no es inmueble, es mueble.

conocimiento científico (occidental o tradicional), por ejemplo, se convierten en bienes en el momento mismo en que son consideradas como “una serie de informaciones limitadas y reproducibles dotadas de un valor de mercado en función de los beneficios que pueden generar” (Descola 1999, 180).

Como se señaló anteriormente, el origen y la justificación de la valorización económica y, por lo tanto, jurídica de dichos bienes son ocultados, o tratados de forma superficial. Robert Sherwood, por ejemplo, para demostrar que los “productos de la mente” son artículos de comercio, concluye de manera tautológica que estos se caracterizan por el hecho de que alguien está dispuesto a pagar por ellos. En las palabras del autor: “las personas están dispuestas a pagar por el conocimiento, por las invenciones y expresiones de creatividad originadas en otros países. Los productos de la mente son, de hecho, artículos vulgares de comercio” (Sherwood 1992, 25). No obstante, el momento en que el conocimiento se convierte en mercancía está bien delimitado históricamente, como bien lo señala Philippe Descola:

Quando Adam Smith y Karl Marx definieron el sistema económico de la era moderna como aquel en el cual la tierra y el trabajo eran mercancías susceptibles de intercambio en un mercado abierto, dejaron de lado el conocimiento como factor de producción o fuerza productiva. Fue solamente con el crecimiento de la mecanización y el desarrollo de áreas como la química aplicada, que la cuestión de patentar el conocimiento y el *know-how* técnico incorporado en objetos resultó crucial para la competencia industrial. En ese sentido, éste se transformó en mercancía –como la tierra y el trabajo– cuando su valor de cambio se independizó de su contexto social. El conocimiento como mercancía no es sólo el conocimiento poseído o apropiado por una persona o por un grupo de personas, su valor de mercado depende de su capacidad para ser separado radicalmente de las relaciones en las que estaba preso. (Descola 1999, 180)

Lo anterior se debe a que la definición de algo como “bien” no proviene, como vimos, de su naturaleza o de alguna característica intrínseca que le confiera automáticamente este carácter, sino más bien de su función técnica y económica dentro del sistema de intercambios de la sociedad capitalista occidental.

LA FUNCIONALIDAD DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

Los bienes jurídicos en sí mismos no poseen una conceptualización propia, por lo que son considerados un pseudoconcepto, imposible de ser definido. En un primer momento, la hipótesis de que la noción de bienes es pura y simplemente indefinible podría resultar extraña. Con todo existen varios sublenguajes, sobre todo aquellos que son completa o parcialmente formales, que contienen algunas nociones indefinibles. Tal es caso, por ejemplo, de la “recta” o del “punto” en geometría, o del “nombre” en la lógica (Grzegorzcyk 1979, 267). Estas nociones son denominadas “términos primitivos” del sistema y aparecen por regla general en sus axiomas, que no pueden ser definidos sin incurrir en un círculo vicioso. Esto es lo que ocurre con el término “bienes jurídicos” en el ámbito del lenguaje del derecho, dado que dicho término se utiliza, no en el sentido común y natural de las cosas, sino según los significados que el propio derecho le atribuye.

En consecuencia, al designar una cosa natural específica por un nombre jurídico que corresponde a una “cosa jurídica” (o bien jurídico) dada, se permite que dicha “cosa natural” ingrese en el sistema de relaciones jurídicas definidas por el propio derecho (Grzegorzcyk 1979, 268). En este sentido, por ejemplo, al designar las pólizas de deuda pública garantizadas con la cláusula de inalienabilidad como bienes inmuebles (art. 44, III, del Código Civil brasileiro), el derecho las hace entrar en el sistema de las relaciones jurídicas que se aplican a los bienes inmuebles, atribuyéndoles el estatus jurídico de “inmueble”. Toda la preocupación sobre la titularidad de los derechos patrimoniales provenientes del acceso a los recursos filogenéticos surge a partir del momento en que “el medio ambiente dejó de ser simplemente el entorno pasivo e inerte y llegó a integrar el conjunto de bienes jurídicos de cada nación, así como de toda la humanidad” (Arcanjo 1997, 297). En efecto, denominar un bien (o a una persona) con un nombre jurídico supone otorgar a este nombre una amplia serie de consecuencias jurídicas que no tendrían lugar si el nombre no hubiese sido atribuido. Esto es lo que constituye la esencia de lo que se denomina como “calificación jurídica” (Grzegorzcyk 1979, 268).

Además de los “bienes jurídicos”, las nociones de “persona” y de “derecho subjetivo/propiedad” también pueden ser considerados “tér-

minos primitivos” (y por lo tanto indefinibles, a no ser tautológicamente). Este triángulo es partidario de una visión filosófica del mundo específica, donde existe un sujeto (activo y autónomo, de conocimiento y de acción) y un objeto (autónomo en su existencia, pero pasivo) y, también, una relación típicamente jurídica impuesta por uno sobre otro (Grzegorzcyk 1979, 269). Marés de Souza analiza la preocupación extrema y cuidadosa de los legisladores para definir los derechos individuales centrados en la propiedad, destacando que, a pesar de que el Código Civil brasileiro dedica un capítulo a la propiedad, en ningún momento la define (Souza 1998, 167). Con esa conformación, el derecho, al designar las realidades del mundo natural por medio de nociones jurídicas, transforma estas realidades en fenómenos propios del derecho, atribuyéndoles un significado jurídico que antes no poseían. Es decir, a partir de los objetos del mundo real, el derecho crea las cosas, las personas o las relaciones jurídicas. Vale la pena resaltar que este acto de designación no es neutral, ni se limita a una función descriptiva (Grzegorzcyk 1979, 269). Además, es necesario recordar que estas creaciones no necesitan tener un substrato material.

En el juego del ajedrez, por ejemplo, decir que determinada pieza es una “reina” significa atribuir a la figura un estatus propio dentro de la lógica del juego. Este estatus está constituido por una serie de movimientos que pueden ser efectuados con la ayuda de dicha pieza. De la misma forma, denominar un objeto como “bien jurídico” determinará que a ese bien se le aplique el Libro II del Código Civil. Después, calificarlo como bien mueble o inmueble puede hacerlo ingresar en dos redes diferentes de relaciones jurídicas. Como en el juego del ajedrez, la definición jurídica puede ser concebida como una serie de acciones posibles, en la que participa el objeto definido (Grzegorzcyk 1979, 272).

Toda regulación jurídica es pensada a partir de la ampliación de los bienes apropiables. La ampliación de la gama de sujetos de derecho es, a su vez, concomitante (y no la causa) de la ampliación del conjunto de mercancías disponibles. Este ensanchamiento de la esfera de apropiabilidad –forjado por el mercado– considerará como mercancía al trabajo, a las expresiones de la personalidad y, más recientemente, a la cultura de los pueblos, denominándolos entonces como bienes jurídicos. En otras palabras, para que esta apropiación sea posible, se hace necesario encuadrar los nuevos objetos que serán apropiados dentro del sistema de los bienes.

Para comprender la relación de interdependencia entre el “sur-gimiento” de nuevos bienes y la constitución de nuevos sujetos es necesario explorar los presupuestos de este vínculo. En este sentido, un punto de vista estrictamente jurídico –que no utiliza sino la terminología, los conceptos y la racionalidad que yacen en el interior del sistema sobre el que se erige (Stoyanovitch 1979, 211)– es incapaz de proporcionar las razones de fondo de la clasificación de los bienes en el Código Civil, por ejemplo. Es necesario analizar otros campos. De acuerdo con Luiz Edson Fachin, el análisis de las categorías de bienes requiere conocer y analizar la concepción política y económica que permea una sociedad dada. De este modo, “la división básica de los bienes no es jurídica, es económica. Lo jurídico sólo comparece para proteger los bienes de producción, de uso y de consumo, de acuerdo con la concepción política, y para establecer el régimen de los mismos” (Fachin 2000, 166). En este juicioso análisis, el autor agrega:

La división de los bienes de producción, de uso y de consumo es, en verdad, la gran división que está en la base de la configuración clásica de los bienes. Cuando esa división no es discutida, se crea la impresión de que ella naciese de sí misma. Es necesario revelar la duda anterior a esa clasificación, que es hecha para no ser cuestionada, pero que debe pasar por el cedazo del análisis que desnuda la supuesta neutralidad de los conceptos jurídicos. Existe una carga axiológica en la concepción, en la clasificación y en la calificación del objeto que conforma la definición de los bienes. (2000, 167)

El origen del derecho moderno se caracteriza por la decisión (fundacional y atributiva) de conferir tal carácter a algunos bienes. Paralelamente a esta decisión se encuentra la atribución de titularidad a los portadores de estos bienes: los sujetos de derecho. Sin embargo, la “ciencia del derecho” tiende a suprimir este momento atributivo, fundacional. Así, aunque la revolución francesa aparezca como la atribución de la propiedad privada a los burgueses, dicho momento es suprimido (Barcellona 1996, 153). El derecho moderno oculta este *momento atributivo* y se presenta como un derecho de la circulación, de la igualdad, de sujetos atomizados. Este derecho impide que la sociedad se reapropie de su poder fundacional, en el sentido de tomar otras decisiones sobre lo que es común y lo que es divisible (Barcellona 1996, 154).

Al delimitar previamente cuál es la forma (o las formas) posible(s) de regulación del conocimiento de las comunidades tradicionales, una

vez más le quita a la sociedad el poder asignador de atribuir a dicho “bien” el carácter de común, colectivo, divisible o indivisible, público o privado. Pero más que eso, le retira toda posibilidad de regular este conocimiento de otra manera, que no sea una de las formas clásicas de regulación de los bienes jurídicos.