
DERECHO Y VIOLENCIA. APUNTES METODOLÓGICOS DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA JURÍDICA DE TOTALIDAD

Daniel Sandoval Cervantes

Profesor-investigador, Universidad Autónoma Metropolitana, México

Resumen: El presente trabajo pretende iniciar una discusión sobre la relación entre violencia y derecho, desde una perspectiva de totalidad, a partir de la cual sea posible explicar sus transformaciones de una manera más adecuada; así como también permita comprender la situación paradójica en la cual vivimos: un discurso del derecho cada vez más humanista y menos violento, en sociedades cada vez más desiguales y, por tanto, también más violentas. El escrito consta de tres partes, la primera: una introducción metodológica que explica la manera en que la crítica jurídica define al derecho y los aportes que el concepto de totalidad puede tener para un análisis de la relación entre violencia y derecho. La segunda ofrece un análisis de las transformaciones que la relación violencia-derecho ha tenido en diversas teorías jurídicas, principalmente en el siglo XX. La tercera y última sección aborda el tema de la relación entre violencia y capitalismo, y violencia y derecho, desde la teoría crítica y la crítica jurídica, a partir de cuyo análisis sea posible visibilizar el papel de la violencia en la reproducción de nuestras sociedades y el papel del derecho en dicha reproducción.

Palabras clave: Derecho; Violencia; Dialéctica; Crítica Jurídica; Materialismo Histórico.

Cítese como: Sandoval, D. (2018) “Derecho y violencia. Apuntes metodológicos desde una perspectiva crítica jurídica de totalidad”, en *Derecho y Crítica Social* 4(2) 213-245. ISSN 0719-5680. Recibido el 30 de junio de 2017, aprobado para su publicación el 19 de febrero de 2018. Contacto del autor correspondiente: dscervantes@hotmail.com

LAW AND VIOLENCE. METODOLOGICAL NOTES FROM A TOTAL CRITICAL LEGAL PERSPECTIVE

Daniel Sandoval Cervantes

Profesor-investigador, Universidad Autónoma Metropolitana, México

Abstract: This paper initiates a discussion on the relationship between violence and law, from a perspective of totality, from which it is possible to explain law's transformations in a more adequate way; also, to understand the paradoxical situation in which we live: an increasingly humanistic and less violent discourse of law in increasingly unequal and therefore more violent societies. The essay consists of three parts, the first: a methodological introduction that explains the way in which legal criticism defines the law and the contributions that the concept of totality can have for an analysis of the relationship between violence and law. The second offers an analysis of the transformations that the violence-law relationship has had in various legal theories, mainly in the 20th century. The third and final section addresses the issue of the relationship between violence and capitalism, and violence and law, from a critical theory and legal criticism perspective, this analysis visualizes the role of violence in the reproduction of our societies and the role of the right in said reproduction.

Key-words: Law; Violence; Dialectic; Critique of Law; Historical Materialism.

Cite as follows: Sandoval, D. (2018) "Derecho y violencia. Apuntes metodológicos desde una perspectiva crítica jurídica de totalidad", en *Derecho y Crítica Social* 4(2) 213-245. ISSN 0719-5680. Received on June 30, 2017 and approved for its publication on August 19, 2018. Corresponding author contact: dscervantes@hotmail.com

I. DERECHO Y TOTALIDAD. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

El objetivo del presente trabajo es iniciar la construcción de las herramientas metodológicas necesarias para dar cuenta de la relación entre la violencia y el derecho, partiendo de la hipótesis que, entre ambos, existe una relación conceptual, es decir, que no es posible definir lo que es el derecho, sin una explicación del concepto de violencia. De la misma forma, no es posible comprender la manera en que la violencia se practica en la sociedad, los mecanismos que utilizan las sociedades para distinguir la violencia legítima (la que es aceptable y se convierte en algo “natural”) y aquella que no lo es (y por tanto, las prácticas y relaciones sociales que la sostienen deben ser reprimidas y eliminadas), sin comprender el concepto de derecho.

En este contexto, y dado que busca problematizar una cuestión que, el día de hoy, aparece como pacíficamente resuelta por la teoría del derecho dominante, quizá el mejor camino sea comenzar por establecer un concepto inicial de derecho. El cual, más que ser un producto de la investigación, debe ser considerado como un punto de partida de la discusión y para futuras investigaciones.

De esta manera, parto de una definición realizada, a grandes rasgos, por la Crítica Jurídica. Ésta comparte varias de sus características con conceptualizaciones realizadas por la teoría del derecho dominante¹ a lo largo del siglo XX, incluso, se podría decir, define el concepto de derecho señalando características que han servido a las teorías jurídicas dominantes para su construir sus definiciones.

¹ La noción de teoría dominante comprende no solamente a la teoría positivista de la primera mitad del siglo XX (cuyo principal expositor es Hans Kelsen), sino también a teorías positivas de la segunda mitad (como la de H.L.A. Hart y Joseph Raz), a la teoría garantista (de Ferrajoli), la cual comparte varios puntos clave con el positivismo, principalmente en la tesis de la separación entre moral y derecho, aunque con matices importantes, así como la teoría del discurso (cuyo principal expositor es Robert Alexy), la cual se adscribe a un paradigma no positivista, especialmente en cuanto a la relación entre derecho y moral.

En primer lugar, la definición destaca el carácter discursivo del derecho.² Esta característica se refiere a que el derecho (en particular las normas jurídicas, pero también los principios) no tiene una existencia material, al carecer de un referente material directo. Las normas jurídicas solamente existen como contenidos de conciencia formalizados a través de un lenguaje, a través de los cuales es posible calificar una conducta.³

En segundo lugar, el discurso del derecho es normativo. Lo que significa que se utiliza para prescribir conductas y no para describirlas; esta característica constituye la principal manera de distinguirlo del discurso científico, diferencia que es fundamental para distinguir entre el discurso del derecho (normas jurídicas, principios) y el discurso de la ciencia del derecho, este último mantiene pretensiones descriptivas más que normativas.⁴

Sin embargo, existen otros discursos que también son normativos, pero no son considerados como jurídicos, por ejemplo, la moral y los convencionalismos sociales. Es en este punto que el elemento de la violencia entra en acción en las principales definiciones del concepto de derecho, pues es la característica que distingue a éste de los otros discursos normativos. No se trata de cualquier forma de ejercicio de la violencia, pues, en diferentes grados, todos los discursos normativos la ejercen de una u otra manera. Así, el discurso del derecho se distingue por ser a partir del cual se puede ejercer una violencia con dos características: organizada de manera tendencialmente monopólica (ejercida por un colectivo de personas reconocidas autorizadas para hacerlo y por nadie más) y, relacionado con lo anterior, violencia entendida como socialmente legítima (el derecho es la principal fuente de distinción de la violencia legítima).⁵

2 Correas (2005: 21-38); Kelsen, (2007: 15-37).

3 Correas (2005: 41-51)

4 Correas (2005: 87-121); Kelsen (2007 44-67; 70-82); Tamayo (1998; 270-295; 1986: 126-162).

5 Correas (2005: 53-68); Kelsen (2007: 44-67); Tamayo (1998: 290; 1986: 126-128, 159 y 162).

Hasta aquí la definición dada por la Crítica Jurídica no es, esencialmente, distinta a la mayoría de las definiciones presentadas por el resto de la teoría jurídica. Las diferencias comienzan a la hora de identificar el sentido o el objetivo que se le da al uso del discurso del derecho en las sociedades modernas capitalistas. Estos antagonismos dan cuenta de las disputas para explicar el papel del derecho en la conformación y reproducción de las relaciones sociales, así como también, la influencia que tienen éstas en la producción e interpretación de las normas y principios jurídicos. En este sentido, problematizar la relación entre derecho y violencia, implica problematizar la relación entre derecho y sociedad, y esto, a su vez, necesariamente lleva a controvertir el concepto de derecho.

Para este trabajo, las diferencias entre la manera en que la Crítica Jurídica y las teorías del derecho dominantes conciben el papel de la violencia en la conformación y reproducción del derecho, así como su causalidad y sus efectos sociales, serán el punto de partida de la reflexión. Si bien, no es la única diferencia (y pueden existir otros enfoques que acentúen otras características), creemos que es una buena manera de dar cuenta de la especificidad de la Crítica Jurídica y, sobre todo, de sus posibles aportes en la explicación del derecho en las sociedades contemporáneas.

La primera cuestión que llama la atención es la diferencia en la concepción de la intencionalidad del derecho. Para buena parte de la teoría jurídica dominante, el derecho tiene como finalidad la justicia (de manera que la discusión se traslada no al análisis del derecho propiamente dicho, sino a las concepciones, distintas e incluso antagónicas de lo que es la justicia).⁶ De esta manera, el discurso del derecho es colocado por encima de los intereses antagónicos de las distintas clases y sectores de la sociedad y los conflictos entre ellos. Así, el derecho es, de alguna manera, despolitizado, colocado fuera

6 Hervada (2005: 12-18). Con la excepción del positivismo jurídico, sobre todo de la primera mitad del siglo XX, por ejemplo, el de Kelsen; y con matices importantes en el garantismo de Ferrajoli; la relación entre derecho y justicia se constituye como una de las características definitorias de la intencionalidad del derecho; por ejemplo, en la teoría del discurso de Alexy (2005: 161-173) con la pretensión de corrección.

de las causas que lo producen e interpretado como si su aplicación no tuviera efectos en las relaciones de fuerza entre las distintas clases y sectores.⁷

Aquí, la Crítica Jurídica tiene otra concepción del derecho. En primer lugar, el derecho no puede ser explicado sin conocer y explicar su relación con una sociedad determinada; la crítica jurídica rechaza las generalizaciones y conceptualizaciones formuladas desde una abstracción que tiende a mistificar y presentar de manera distorsionada la realidad social.⁸ En segundo lugar, concibe al estado y el derecho como un producto de las relaciones de fuerza entre las distintas clases sociales, de manera que el concepto de justicia detrás del derecho, nunca es imparcial, sino que se encuentra cruzado por los intereses, antagonismos y conflictos de clase.⁹

No se trata acá de separar a la justicia del derecho, sino de problematizar su relación, complejizarla, simplemente señalando que las diferentes clases y sectores sociales, incluso las distintas facciones dentro de una clase, tienen diferentes concepciones de justicia, las cuales dependen, no tanto de un ser interno y apartado de los conflictos sociales, sino de una conciencia producto, precisamente de la forma en que cada persona y cada grupo concibe su lugar y su papel en el mundo.¹⁰ Esta conciencia, cabe volver a repetir, es producida a partir de las relaciones materiales de reproducción de la vida, que implican siempre un cierto concepto de justicia (sea explícito o no en la conducta de las personas) y será la matriz a partir de la cual se otorgue el sentido al derecho.

En este contexto, una característica fundamental para comprender cómo se produce, interpreta y aplica el derecho, consiste en notar que éste no solamente tiene un sentido, sino que sus diferentes sentidos se producen desde las relaciones sociales y, por tanto, están cruzados por sus conflictos y los intereses subyacentes. De esta manera, existe una disputa social por cuáles

7 En este papel del derecho coinciden tanto las posturas cercanas al positivismo (por ejemplo, la teoría garantista de Ferrajoli (2000) como las abiertamente no positivistas, como la teoría del discurso de Alexy (2004).

8 Marx & Engels (1974: 71-82); Sandoval (2013: 45-95).

9 Correas (2007).

10 Marx & Engels (1974: 55-75).

serán los sentidos y el concepto de derecho que dominará en la sociedad y a partir del cual se calificarán como legítimas algunas prácticas sociales, las cuales tendrán el apoyo de la violencia institucional frente a otras prácticas consideradas como ilegítimas y, de esta forma, destinadas a ser reprimidas para que dejen de existir.¹¹

En esta disputa por los sentidos del derecho, hay que tener en cuenta una de las distinciones fundamentales para la crítica jurídica, aquella entre el sentido deóntico y el sentido ideológico del discurso del derecho. Así, el sentido deóntico es aquel a través del cual el discurso del derecho modaliza deónticamente las conductas (produce obligaciones, permisos, prohibiciones), este sentido ha sido observado por la teoría del derecho desde hace varios años. Sin embargo, la crítica jurídica argumenta que el discurso del derecho contiene otro sentido, el ideológico, el cual, en primer término, no es un sentido deóntico (no impone obligaciones de la forma jurídica canónica), sino que es definido como aquel sentido que tiene como eficacia la naturalización del sentido deóntico del derecho, que torna al derecho de algo obligatorio (y que en última instancia puede ser ejecutado de manera violenta) a algo debido (algo que no solamente modela deónticamente la conducta, sino que además debe hacer, o es bueno que lo haga).¹²

Este sentido ideológico del discurso, sin duda, debe ser interpretado teniendo en cuenta una teoría social crítica más amplia, pues se relaciona con la ideología en su forma negativa de representación tergiversada de la realidad a partir de intereses de clase concretos.¹³ De manera que el discurso del derecho tiende a naturalizar las relaciones sociales dominantes, al presentar su regulación jurídica –el derecho tiende a tener una lógica conservadora, a través de la cual intenta posibilitar la permanencia de las relaciones sociales dominantes, evitando (a través del recurso a la violencia jurídica) la expansión

11 Correas (2007: 217-245); Bourdieu (2000: 169-190, 200-204, 212-214.).

12 Correas (2005: 115-121)

13 Cárcova (2006: 128-143); Pashukanis (1973).

de aquellas prácticas sociales que tienden a limitar dichas relaciones dominantes.¹⁴

De esta manera, a diferencia de las teorías del derecho dominantes, la crítica jurídica concibe al derecho tanto como un espacio de lucha —la producción e interpretación del derecho están inherentemente vinculadas a los conflictos e intereses de clase—, pero también como un instrumento de clase —puesto que el discurso del derecho tiene un poder de nominación, que lo hace esencial para la existencia legítima de las prácticas sociales— que los diferentes sectores utilizan para defender sus intereses de clase, evidentemente con interpretaciones desde subjetividades políticas distintas y antagónicas.¹⁵ Así el derecho es un campo de lucha tanto por las interpretaciones concretas de las normas y principios jurídicos como por lo que se entiende en general por derecho.

En este sentido, se propone recurrir al concepto de totalidad —desde una perspectiva materialista y dialéctica— para estar en condiciones de construir explicaciones adecuadas de la relación entre derecho, sociedad y violencia. Por totalidad se entiende la unidad compleja de la diversidad; unidad articulada jerárquicamente a través de principios de inteligibilidad que ordenan la comprensión del universo. En este sentido, totalidad no significa conocimiento preciso de toda la realidad del universo, sino un concepto que permite construir una metodología adecuada para comprender la manera en que el universo en su conjunto se compone de realidades concretas y complejas.¹⁶

En el caso del derecho, el concepto de totalidad permitiría analizar la relación interna entre violencia y derecho, más allá de la manera en cómo dicha relación se presente al nivel de las apariencias (por ejemplo, como es presentada por la teoría del derecho dominante, o por el sentido común

14 Bourdieu (2000: 211-212); Poulantzas (1973: 27-36).

15 Bourdieu (2000: 169, 186-187, 191-192); Sandoval (2013: 45-95).

16 Lefebvre (2011: 106-123); Gortari (1979: 32); Osorio (2005: 29-34).

general), sino por la manera en que se relacionan en la realidad concreta.¹⁷ De esta manera, la realidad concreta del derecho, su papel efectivo en la conformación y reproducción de las relaciones sociales, y no el papel ideal que el derecho tiene en nuestras mentes se torna fundamental.

Por otro lado, el concepto de totalidad permite relacionar conocimientos producidos desde distintos campos del saber humano para explicar lo jurídico de las relaciones sociales y de la conformación de nuestro mundo, reconociendo que la realidad no se presenta nunca de manera fragmentaria (primero como fenómeno social, luego como político, después como jurídico o económico), y que esta fragmentación, si bien es una necesidad analítica, tiene como finalidad comprender todos el complejo de relaciones distintas que son necesarias comprender para dar cuenta de la realidad concreta.¹⁸ En este sentido, el concepto de totalidad es importante para abrir al fenómeno jurídico a análisis tendencialmente interdisciplinarios.

II. LA VIOLENCIA EN LA TEORÍA DEL DERECHO

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario analizar la relación entre derecho y violencia desde una perspectiva crítica que tenga presente las condiciones sociopolíticas de dicha relación; en este caso, también es importante apuntar que parto de que la relación entre ambos solamente puede ser comprendida considerándola como un fenómeno de larga duración, de acuerdo con el uso que Fernand Braudel hace la categoría¹⁹ y desde una perspectiva de totalidad a partir de una comprensión dialéctica.²⁰

En primer término, como se había apuntado, esta perspectiva de la Crítica Jurídica parte del carácter mutuamente constitutivo entre ciertas formas de violencia física (específicamente la violencia organizada y con pretensiones de legitimidad) y el derecho moderno capitalista. De tal manera, en este punto,

¹⁷ Osorio (2005: 34-35); Correas (2007: 203-245).

¹⁸ Thompson (2001: 445-452); Gortari (1979: 32,44-45); Braudel (1999: 107-128).

¹⁹ Braudel (1999: 107-128).

²⁰ Gortari (1979: 254-156)

resulta oportuno considerar que la relación entre derecho y violencia dentro de las sociedades capitalistas, remite a condiciones sociales históricamente determinadas. En primer término, hay que argumentar una relación específica entre violencia y capitalismo, para después relacionar esas formas de violencias con el derecho que se produce, interpreta y aplica en dichas sociedades.

Sin duda, el paso hacia el capitalismo implicó una transformación radical de las sociedades; dentro del materialismo histórico, una de las características más sobresalientes se encuentra en la especificidad de la organización social del trabajo, la cual se caracteriza, en las sociedades capitalistas, por el dominio del trabajo asalariado, marcado por la concurrencia en el mercado de dos tipos básicos de agentes: los trabajadores doblemente libres, que venden su fuerza de trabajo, y los capitalistas, que la compran.²¹

Esa transformación en las condiciones de la reproducción material de la vida, implicaron también modificaciones profundas en la manera en que las personas se han representado su papel en la reproducción social, es decir, en la manera en que se construyen sus contenidos de conciencia acerca de su vida, en otros términos, en la ideología dominante de dichas sociedades. En este contexto, esos cambios han sido consustanciales con la aparición de formas de dominación específicas de la modernidad capitalista, principalmente, la aparición del estado moderno.²² En este sentido, las transformaciones en la producción marcan la transformación radical de la sociedad:

El fundamento de la modernidad parece estar en un fenómeno de la historia profunda y de muy larga duración, cuyos indicios la antropología histórica distingue ya con nitidez, por lo menos en el continente europeo, alrededor del siglo XII: el revolucionamiento “posneolítico” de las fuerzas productivas. Se trata de una transformación epocal porque implica el advenimiento de un tipo de escasez nuevo, desconocido hasta entonces por el ser humano, el de la “escasez relativa” o, visto al revés, el apareamiento de un tipo inédito de “abundancia”, la abundancia general realmente posible. El grado de probabilidad de que la actividad humana resulte productiva en su trabajo sobre un territorio y en un periodo determinados, sin depender de sus recursos mágicos, pasaba claramente de las cifras “en rojo”

²¹ Marx (2014: 205).

²² Marx y Engels (1974: 55-83)

a las cifras “en negro”. En virtud de este hecho decisivo, la asimetría insalvable entre lo humano y lo extrahumano, entre la precariedad de lo uno y la fuerza arrolladora de lo otro, que prevaleció “desde el principio” en el escenario de sus relaciones prácticas, vendría a ser sustituido por una simetría posible, por un equilibrio inestable o un empate relativa entre los dos. La escasez dejaría de medirse hacia abajo, respecto de la muerte posible, de la negación y la disminución de la vida, y comenzaría a medirse hacia arriba, convertida ya en “abundancia”, respecto de la vida posible, de su afirmación y enriquecimiento. Es un giro histórico que revierte radicalmente la situación real de la condición humana. La posibilidad de una abundancia real de la condición humana. La posibilidad de una abundancia relativa generalizada trae consigo una “promesa” de emancipación: pone en entredicho la necesidad de repetir el uso de la violencia contra las pulsiones —el sacrificio— como *conditio sine qua non* tanto del carácter humana de la vida como del mantenimiento de sus formas civilizadas. Libera a la sociedad de la necesidad de sellar su organización con una identidad en la que se cristaliza un pacto con lo Otro, y quita así el piso a la necesidad de “construir” al otro, interno o externo, como enemigo.²³

Sin embargo, al ir disminuyendo su capacidad de inclusión y al agudizarse los conflictos entre clases con intereses antagónicos irreductibles, esa violencia transformadora y constituyente de nuevas condiciones de socialidad, se convierte en violencia destructiva, en violencia cuyo fin principal es la conservación de esa misma violencia y las condiciones sociales en que es posible y necesaria. En palabras del mismo Echeverría:

Tal vez lo característico —lo trágicamente característico— de la modernidad, cuya crisis vivimos en este fin de siglo, está en que ella ha sido a la vez la realización y la negación de ese revolucionamiento de las fuerzas productivas que comenzó a perfilarse hace ya tantos siglos. La modernidad debió entregarse al comportamiento capitalista de mercado —que consiste en sacar un plusvalor comprando barato para vender caro— como método y dispositivo capaz de introducir en la vida económica el progresismo y el universalismo indispensables para el despliegue efectivo de dicho revolucionamiento. La subordinación del enriquecimiento cualitativo del mundo de la vida a las directivas provenientes de la voracidad del capital en su autovalorización; la instauración del productivismo abstracto e ilimitado como horizonte de la actividad humana, debieron, paradójicamente, anular justo aquello que debían promover, su propio fundamento: la escasez relativa, la abundancia posible.²⁴

La violencia fundamental en la época de la modernidad capitalista —aquella en la que se apoyan todas las otras, heredadas, reactivadas o inventadas— es la que resuelve día a día la contradicción que hay entre la coherencia “natural” del mundo de la vida: la “lógica” del valor de uso, y la coherencia capitalista del mismo: la “lógica” de la valorización del valor. La violencia somete o subordina sistemáticamente la primera de estas dos coherencias o

²³ Echeverría (1998: 377)

²⁴ Echeverría (1998: 378)

“lógicas” a la segunda. Es la violencia represiva elemental que no permite que lo que en los objetos del mundo hay de creación, por un lado, y de promesa de disfrute, por otro, se realice efectivamente, sino es como soporte o pretexto de la valorización del valor. Es la violencia que encuentra al comportamiento humano escindido y desdoblado en dos actitudes divergentes, contradictorias entre sí: la una atraída por la “forma natural” del mundo y la otra subyugada por su forma mercantil-capitalista, una forma ésta que castiga y sacrifica siempre a la primera en bien y provecho de la segunda.²⁵

El capitalismo, ciertamente, no ha inventado ni la dominación del ser humano sobre el ser humano, ni la legitimación ideológica de las distintas formas de dominación, pero sí ha construido las condiciones para su transformación profunda. El estado-nación moderno implica un cambio en las tecnologías de dominación, condicionado por la estructura de las relaciones sociales de producción dominantes. Así, por un lado, la división en clases sociales con intereses antagónicos, necesita de una forma organizada y centralizada de la violencia social (la policía y el ejército); mientras que, por el otro, el dominio de las relaciones de trabajo asalariado, que necesitan de la concurrencia libre de los trabajadores al mercado para vender su fuerza de trabajo. De manera que requiere que esa violencia sea mediada por un ente aparentemente colocado por encima de los conflictos derivados por la división clasista irreductible de dichas sociedades.

En estas condiciones, el estado aparece tanto como el encargado de monopolizar y ejercer la violencia socialmente organizada y con pretensiones de legitimidad, como también el ente que debe presentar su ejercicio no como el recurso a la violencia directa de las clases dominantes, sino como el uso de un bien social común, realizado en interés de la colectividad en general.²⁶ Es decir, la especificidad del estado moderno es que no solamente tiene la pretensión de ejercer el dominio de un sector social sobre otros, en el sentido de que, normalmente, no es una violencia ejercida directamente por la clase dominante; sino que tiene la pretensión de que dicha dominación es, además, la mejor forma de organización para todas las clases sociales. Así, por ejemplo, destaca Adolfo Sánchez Vázquez, que, si bien el objetivo de la violencia clasista en el capital recae sobre los cuerpos, lo hace indirectamente sobre la

²⁵ *Ibíd* (379).

²⁶ Bourdieu (2000: 212-218); Marx y Engels (1974: 71-75).

conciencia, pues tiene como objetivo eliminar ciertas formas de reproducir la vida:

Cuando nos instalamos en el terreno de la praxis social, la acción se ejerce sobre hombres concretos o relaciones humanas que constituyen, de este modo, su objeto o materia. Estos hombres son seres dotados de cuerpo, hombres de “carne y hueso”, como diría Unamuno. Pero las acciones humanas que se ejercen sobre ellos no apuntan tanto a lo que tienen de seres corpóreos, físicos, sino a su ser social; o sea, a su condición de sujetos de determinadas relaciones económicas, sociales, políticas que se encarnan y cristalizan en determinadas instituciones; instituciones y relaciones que no existen, por tanto, al margen de los individuos concretos. La praxis social tiende a la destrucción o alteración de una determinada estructura social, constituida por ciertas relaciones e instituciones sociales. Pero esa praxis social sólo pueden llevarla a cabo los hombres actuando como seres sociales, y se ejerce, a su vez, sobre otros hombres que sólo existen en relación con los demás, y como miembros de una comunidad, pero, a su vez, como individuos dotados de una conciencia y de un cuerpo propios.²⁷

El cambio en el fundamento de legitimidad del estado moderno es esencial para comprender la manera en que se ejerce la violencia social organizada en las sociedades capitalistas. En otras palabras, el estado no es un órgano meramente aplicador de la violencia, basado simplemente en la coerción, sino un espacio de mediación política que genera, en condiciones violentas y desiguales, consensos; que genera dirección (aceptación activa o pasiva), que construye hegemonía.²⁸

Así, dentro de este conjunto de cambios en la forma y la legitimación del ejercicio de la violencia socialmente organizada y con pretensiones de legitimidad, hay que analizar el papel del derecho y su relación con la violencia. En primer término, el derecho moderno-capitalista surge de manera paralela y es consustancial a la aparición del estado moderno, a tal grado que uno no puede existir sin el otro;²⁹ de manera que la forma de organización de la violencia específicamente capitalista es una condición necesaria para la constitución del derecho moderno; por otro lado, éste es, a su vez, necesario

²⁷ Sánchez Vázquez (2013: 451).

²⁸ Pereyra (2010: 34-44).

²⁹ Kelsen (2008: 215-245).

para el ejercicio de dicha violencia, de manera que son mutuamente constituyentes, algo que notó desde principios del siglo XX Walter Benjamin:

La viabilidad de un derecho de guerra se basa en exactamente las mismas condiciones prácticas de estado de derecho que en la encontrada en el derecho de huelga. Es decir, resulta de la aprobación, por parte de sujetos de derecho, de una violencia cuyos fines siguen siendo para ellos naturales, y que por lo tanto, en casos graves, son susceptibles de entrar en conflicto con sus propios fines de derecho o naturales. En principio, la violencia bélica acomete sus fines, inmediatamente en forma de violencia pirata. Sin embargo, llama poderosamente la atención que aun entre los primitivos —es más, particularmente entre ellos—, donde apenas si hay indicios de relaciones dignas de estados de derecho, y aun en esos casos en que el vencedor se ha apropiado de una posición virtualmente irrecuperable, se impone la ceremonia de paz. La palabra “paz”, como correlativa de la palabra “guerra”, incluye en su significado (distinto al de la “paz eterna” política y literal de Kant) un necesario sancionamiento a priori de cada victoria, independientemente de todas las relaciones de derecho. Y esta sanción consiste en que las nuevas circunstancias son reconocidas como nuevo “derecho”, se requiera o no garantías de facto para su perpetuación. Si se admite la violencia bélica como origen y modelo de toda violencia que persigue fines naturales, entonces todas estas formas de violencia fundan derecho. Más adelante se volverá a hablar sobre el alcance de lo dicho. Lo anterior explica por qué el derecho moderno tiende, como se ha visto, a no admitir que, por lo menos personas privadas en calidad de sujetos de derecho, practiquen una violencia aunque sólo dirigida a satisfacer fines naturales. Esta violencia se hace manifiesta para el sujeto de derecho en la figura del gran criminal, con la consiguiente amenaza de fundar un nuevo derecho, cosa que para el pueblo, y a pesar de su indefensión en muchas circunstancias cruciales, aun hoy como en épocas inmemoriales, es una eventualidad estremecedora. El estado teme esta violencia, decididamente por ser fundadora de derecho, por tener que reconocerla como tal, cuando potencias exteriores lo fuerzan a concederles el derecho de hacer la guerra, o cuando las clases sociales lo fuerzan a conceder el derecho a la huelga.³⁰

Sin embargo, no solamente ha sido Benjamin quien ha notado esa relación mutuamente constitutiva de la violencia y el derecho en las sociedades capitalistas, sino que, por un lado, ha sido un elemento característico de la sociología de dicha época, en palabras de uno de sus principales exponentes, como Max Weber, quien ha descrito la íntima relación entre la aparición del capitalismo, la monopolización de la violencia, la emergencia del estado y la constitución del derecho específicamente moderno (con su efecto de racionalización de la legitimación de la dominación).³¹ Inclusive, la teoría jurídica dominante, específicamente el positivismo jurídico de Hans Kelsen,

³⁰ Benjamin (2001: 28-29).

³¹ Weber (2002: 1055-1060).

ha dejado constancia de esta relación, al pensar al derecho como una forma de organizar la violencia, y a ésta como elemento definitorio del derecho, como un elemento interno a su definición, no como una simple garantía de su capacidad como instrumento de control social.³²

Ahora bien, todas estas elaboraciones teóricas deben ser comprendidas dentro del contexto socio-histórico en el cual son pensadas, al menos en términos generales. En términos generales, durante el paso del siglo XIX al XX, el capitalismo era todavía una forma civilizatoria que estaba construyendo su hegemonía; por un lado, en varias regiones, la formación de los estados-nación no era un hecho consumado, además, la idea misma del estado como ente político mediador de los conflictos de clase era todavía una idea en construcción (por ejemplo, en el caso de América Latina, y específicamente de México); por el otro, los conflictos entre las diferentes clases sociales, especialmente entre trabajadores y capitalistas eran agudos y las formas de mediación estatal (derecho laboral, procesos jurisdiccionales para resolver conflictos derivados de las relaciones de trabajo) no estaban plenamente consolidados. En pocas palabras, las relaciones sociales capitalistas de producción, a pesar de comenzar a ser dominantes, no eran aun hegemónicas. De manera que el recurso a la violencia física organizada era a la vez más visible y tenía un carácter de clase más notable. Así, la teoría jurídica y sociológica liberal y dominante se encontraba atravesada por esos conflictos y daba cuenta de ellos.³³

Ahora bien, la entrada de la segunda mitad del siglo marcó una transformación importante en la manera en que el estado y el derecho ejercen y justifican la violencia social organizada, lo cual, sin duda, ha tenido un impacto en la manera en que la relación entre derecho y violencia es pensada por las distintas teorías jurídicas dominantes; pero, principalmente, en la forma en que el derecho participa tanto como instrumento de mediación política como instrumento de organización de la violencia estatal.

³² Kelsen (2007: 46-50).

³³ Sandoval (2013: 82-95; 211-258)

De acuerdo con lo anterior, el derecho, visto por distintos acercamientos a la teoría jurídica —que detallaremos en los siguientes párrafos—, no deja de tener una vinculación importante con la coacción estatalmente organizada, la cual sigue siendo parte de sus características, tanto en las teorías herederas del positivismo (como la teoría garantista de Ferrajoli), como las teorías que, con distintos matices, pretenden antagonizar con el positivismo del siglo XX (como la teoría del discurso de Alexy). Lo que sí se transforma son, al menos, dos cuestiones: el desplazamiento de la importancia de la violencia física organizada en la existencia y validez del derecho; y la calidad o los fundamentos de su ejercicio a través del recurso a la interpretación y aplicación de normas jurídicas. Ambas transformaciones marcan una preocupación común en torno al papel que tiene el derecho como mecanismo racional o razonable (en contraposición al ejercicio de la violencia arbitraria)³⁴ en la resolución de conflictos sociales; condición que, a pesar de sus diferentes perspectivas, nos permite, aún en la época actual marcada por una creciente complejidad, hablar de una teoría jurídica dominante.

En primer término, análisis la postura teórica más parecida con el positivismo jurídico del siglo XIX y XX, la teoría garantista de Luigi Ferrajoli. Si bien, Ferrajoli comparte buena parte de los fundamentos epistémicos del positivismo (principalmente la tesis de la separación entre derecho y moral, con las implicaciones que tiene en la caracterización del derecho),³⁵ plantea una diferencia conceptual fundamental con el positivismo: la dimensión sustancial como determinante de la validez de las normas jurídicas, lo que implica la disociación del concepto de existencia y de validez. Lo anterior deriva en la apuesta de estar ante la presencia de un nuevo paradigma de la ciencia jurídica: el estado constitucional de derecho.³⁶

Precisamente, es dentro del contexto de este cambio paradigmático que es necesario conceptualizar la transformación del papel de la violencia en su relación con el derecho. En este sentido, la inclusión de una dimensión

³⁴ Sobre lo razonable y lo jurídico: Atienza (1987 :189-200)

³⁵ Ferrajoli (2006: 12-14; 23-24)

³⁶ Ferrajoli (2006: 26-28; 2002: 191-193).

sustancial para la determinación de la validez, la cual se incluye primordialmente en los textos constitucionales. Dicha dimensión resulta fundamental para la evaluación de la validez de las normas infraconstitucionales. Además de lo anterior, el espacio de interpretación de la concordancia entre el contenido de las normas contenidas en el bloque constitucional (que incluye normas establecidas en tratados internacionales, principalmente aquellas relativas a los derechos fundamentales), se construye tanto a partir de ciertas prácticas jurídicas interpretativas altamente especializadas (como el control de constitucionalidad) con la colaboración crítica de la ciencia jurídica.³⁷

Dentro de este contexto es que se construye una visión más optimista de las capacidades del derecho para controlar y limitar la violencia arbitraria e irracional:

Finalmente, como ha observado Susanna Pozzolo, mi pesimismo no se refiere en absoluto al derecho y las instituciones sino únicamente al poder, y camina de la mano de la idea de que solamente el artificio jurídico es capaz de limitar sus abusos (pp. 413 y 419); hasta el punto de que he recibido la incluso la acusación contraria de excesivo “optimismo normativo”. Como ha destacado Perfecto Andrés Ibáñez, he establecido la contraposición entre derechos y poderes, describiendo los primeros como los límites impuestos a los segundos (pp. 63 y 71). En particular, no he afirmado nunca y no pienso en absoluto, como escribe García Figueroa, que “el derecho sea en sí malo” o, peor aún, que sea “intrínsecamente inmoral” (pp. 275-277 y 282), sino al contrario afirmo que lo que es en sí mismo un mal es el poder, en la medida en que sea poder sin reglas, esto es, poder que carece de los límites y los vínculos que el derecho, precisamente, le impone; y que en esa misma medida —siempre desbordante respecto al derecho, destinado inevitablemente a tener un cierto grado de ineffectividad— son el poder y su ejercicio, por extra-jurídicos o anti-jurídicos, los que “presentan un ‘grado irreductible de ilegitimidad’” (p. 277), que no concurre en sus límites jurídicos.³⁸

En el mismo sentido, el mismo Ferrajoli, en relación con los derechos fundamentales, los plantea como contrapoderes:

La radical diferencia de estructura de los derechos fundamentales respecto a todas las situaciones jurídica de poder y deber hace más bien de los primeros el campo del no poder, donde toman forma y desarrollo las identidades, las necesidades y los valores —personales y sociales— que por medio de su cauce exigen idéntica tutela y satisfacción. Pero, como se verá, hace también de ellos el campo de los contrapoderes, o sea, de los instrumentos

³⁷ Ferrajoli (2004: 134-139; 2002: 192).

³⁸ Ferrajoli (2006: 37-38)

de tutela, de autonomía y conflicto –individual y colectivo— atribuidos a los sujetos más débiles y carentes de poder frente al juego, de otro modo libre y desenfrenado, de los poderes públicos y privados y de las desigualdades que le son inherentes. En todos los casos este campo constituye el fundamento axiológico externo del derecho, fundamento jurídico, puesto que viene positivamente consagrado y, sin embargo, lugar de expresión de la autonomía y de la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o externo.³⁹

Lo cual, si bien no implica la eliminación de la relación entre violencia y derecho, si implica una correlación planteada en términos distintos: en lugar de plantear al derecho como un instrumento de control social vinculado a la actuación de seres humanos a través de sus condiciones objetivas de clases y con un acceso desigual de los miembros de las distintas clases; el derecho se presenta como un mecanismo que recurre a la coacción precisamente para limitar el poder y la violencia irracional o arbitraria. Es decir, detrás de la idea de que los contenidos del discursos del derecho se definen en cada sociedad partiendo de sus condiciones históricas (que implican ya una desigualdad estructural no solamente económica, sino política y de acceso a los medios de producción del derecho), permea la idea de que el control jurídico, el derecho, permite establecer en un momento dado una definición del bien común aceptable para todos los sectores y clases sociales; se invisibiliza el acceso desigual a los mecanismos autorizados para interpretar oficial y válidamente el derecho existente. Se oscurece el papel de la violencia estructural en la conformación y reproducción del derecho, lo cual favorece la aceptación (y desconocimiento de la desigualdad jurídica) e implica, así, el ejercicio de un poder y una violencia simbólica.⁴⁰

³⁹ Ferrajoli (2000: 911-912).

⁴⁰ Así el poder y la violencia simbólicos tienen como objeto el reconocimiento de una construcción social del mundo y unas categorías de percepción que se desconocen como arbitrarias; este reconocimiento-desconocimiento eufemiza y oscurece la violencia detrás de esta construcción, la violencia estructural de clase (Bourdieu, 2000: 90-95). Concepto de violencia simbólica. El mismo Bourdieu tiene un trabajo en el cual se puede consultar el papel del mundo de lo jurídico y su lógica de reproducción en el desarrollo de la eufemización de la violencia y el poder y la violencia simbólica en las sociedades capitalistas (Bourdieu, 2000: 186-201).

Ahora bien, en la teoría del discurso del Alexy tampoco se elimina formalmente el recurso a cierto tipo de violencia (coacción física organizada y ejercida formalmente a través de la autorización normativa) como elemento de definición del derecho. Sin embargo, ocurre también un proceso tanto de oscurecimiento del papel de la violencia (especialmente la estructural) en los procesos de producción jurídica, así como un desplazamiento de los elementos centrales de la definición del concepto, los cuales se colocan sobre la pretensión de corrección, como elemento central de la definición de derecho de Alexy:

Aquí se defenderá la tesis de que el derecho comprende necesariamente una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica. Esta tesis puede denominarse como la tesis de la naturaleza dual. Un elemento central de la dimensión real del derecho es la coerción o fuerza. Un elemento central de su dimensión ideal es una pretensión de corrección, que incluye una pretensión de corrección moral y que, si se viola, implica que el derecho adquiera un carácter defectuoso, en casos normales, y la invalidez jurídica en casos extremos.⁴¹

Incluir la coerción dentro del concepto de derecho es adecuado a su objeto, el derecho, porque refleja una necesidad práctica conectada esencialmente con el derecho. La coerción es necesaria si el derecho pretende ser una práctica social que satisface sus propósitos formales básicos definidos por los valores de la certeza jurídica y la eficacia. Esta necesidad práctica es la razón por la cual la necesidad conceptual implícita en el uso del lenguaje no se basa meramente en una convención sino también en la naturaleza de la cosa a la que se refiere el concepto. Esta necesidad es, en este sentido, una necesidad absoluta.⁴²

En este sentido, si bien la coacción ejercida a través del derecho forma parte de la dimensión material del derecho; sin embargo, la centralidad de la dimensión ¿sustancial? en la definición de la naturaleza del derecho implica un desplazamiento de la coacción jurídica hacia un papel meramente instrumental, hacia su conversión a un simple mecanismo de garantía que distingue al derecho de otras formas normativas.

Lo anterior, aparece con mayor claridad si analizamos la manera en que la pretensión de corrección se muestra como elemento central de la definición del derecho en Alexy. Conforme a sus palabras siguientes:

⁴¹ Alexy (2008: 87).

⁴² Alexy (2008: 90).

Con este paso se ha cruzado la línea. Sin duda, el sistema es muy injusto. Pero ya no es conceptualmente imposible llamarlo “sistema jurídico”. Así, se puede preguntar qué hace la diferencia entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos-bandidos. La diferencia no es la introducción de ciertas reglas generales, porque éstas ya aparecen en el sistema de bandidos. La diferencia tampoco puede ser el hecho de que el sistema de reglas otorga cierta ventaja para todos mediante la protección de la vida, la libertad y la propiedad, pues robar y matar sigue siendo posible en cualquier momento. El punto decisivo es que una pretensión de corrección está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. La conexión entre derecho y moral se establece mediante ella.⁴³

En primer término, habría que tomar en consideración la adopción de la tesis de no separación, como elemento fundamental para la metodología de la teoría del discurso. Lo anterior, implica la posibilidad de argumentar racionalmente no sobre las diferentes formas de moralidad históricamente existentes, sino sobre La Moral humana, como única forma válida de moralidad.⁴⁴ En este sentido, hay una remisión a posturas iusnaturalistas que implican, en el fondo, la creencia en una naturaleza humana más allá de las formas civilizatorias presentes en el mundo concreto.

En ese contexto, el discurso práctico, y dentro de ellos el discurso del derecho como una forma especial de este, se plantea el horizonte de descubrir la moralidad que sería parte de la naturaleza humana –si bien Alexy reconoce las limitaciones materiales que se pueden presentar en el trayecto, no abandona esta finalidad última, el cual implica que la fundamentación de los derechos humanos es una tarea “explicativa” de algo preexistente y no parte de la disputa entre clases y sectores sociales por la definición de lo jurídico, como un concepto históricamente determinado:

[...] si hay algo que pueda establecer la universalidad de los derechos humanos, es el razonamiento que los sustenta [...] [por tanto] puede contribuir a la fundamentación de los derechos humanos. La aproximación teórico-discursiva puede catalogarse como “explicativa”, ya que trata de fundamentar los derechos humanos haciendo explícito lo que está necesariamente implícito en la práctica humana. Explicar lo que necesariamente está implícito en una práctica supone seguir la línea de la filosofía trascendental de Kant.⁴⁵

⁴³ Alexy (2006: 60-61).

⁴⁴ Alexy (2006: 22-24; 2006: 47-70).

⁴⁵ Alexy (2004: 57).

[...] el grado de la discursividad depende de las decisiones relativas a la aceptación de nuestra naturaleza discursiva [...] la aceptación de nosotros mismos.⁴⁶

Dentro de esta estructura teórica, se plantea la pretensión de corrección como objetivo central del derecho, lo cual implica que éste, más que ser pensado como un mecanismo de control social y de modalización de las conductas humanas conforme a las relaciones sociales dominantes presentes al momento de su producción y aplicación, constituiría un mecanismo de acercamiento progresivo al descubrimiento una moralidad humana preexistente y abstraída de los conflictos sociales realmente existentes.

En estas condiciones, es que interviene el elemento coactivo del derecho, como elemento que permite a éste complementar al discurso de la razón práctica, y permitir su desarrollo en las sociedades concretas al establecer límites temporales y materiales vinculantes para su ejecución.

El discurso ideal tiene, en la teoría discursiva de la justicia el rol de una idea reguladora [...] es evidente que la teoría del discurso puede proporcionar una teoría de la justicia realmente utilizable solo si está en grado de resolver los problemas derivados de la ausencia de límites que caracteriza al discurso ideal. [...] Se ha sostenido a menudo que el carácter ideal de la teoría del discurso implica la necesidad del derecho [...] discusión ilimitada [...] hace necesario el recurso al procedimiento jurídico.⁴⁷

En el mismo sentido, encontramos la postura de Atienza y Ruiz:

El discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime [...] precisamente por estas características [...] es necesariamente deficitario como método de resolución de conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico —en el sentido de “regimentado”— es condición necesaria para la superación de los déficits operativos del discurso moral [...] si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficacia de su ‘maquinaria’ es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, pudiera parecer razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficacia de su maquinaria [...] aun si tales cuidados implican exigencias que traen consigo una tensión con las exigencias sustantivas que el propio derecho contiene.⁴⁸

⁴⁶ *Íbid* (59).

⁴⁷ Alexy (2003:166-167)

⁴⁸ Atienza y Ruiz (2001: 129-130).

En este sentido, el elemento coactivo está limitado y subordinado racionalmente a la pretensión de corrección. Otras formas de violencia presentes en las sociedades concretas pueden ser contrarias al derecho, pero resultan irrelevantes para la definición de su naturaleza.

De nueva cuenta, esta manera de aproximarse al derecho implica la emergencia de formas concretas de interpretación del derecho, especialmente las asociadas al control de la constitucionalidad ejercido a través de tribunales específicamente diseñados para ello. La racionalidad del control jurídico de la violencia no jurídica es fundamental para comprender la invisibilización, el desconocimiento, de la violencia constitutiva del derecho (lógicamente violencia no controlada por el derecho, puesto que lo constituye) y el reconocimiento de formas de violencia constituidas por el derecho como coacción jurídica disociada de la violencia estructural constitutiva de las sociedades capitalistas. Es decir, implica también el ejercicio del poder y la violencia simbólica, y la construcción de consensos a partir del desconocimiento

III. LA VIOLENCIA Y EL DERECHO EN EL CAPITALISMO, UNA PERSPECTIVA DESDE LA CRÍTICA JURÍDICA

En estas condiciones parece relevante contrastar estas formas en que las teorías jurídicas dominantes presentan la relación entre violencia y derecho con una perspectiva crítica tanto de la sociedad como del derecho capitalistas. El análisis se realizará en dos subapartados: en el primero se abordará la relación de la violencia en la constitución de las sociedades capitalistas; en el segundo, la relación entre el derecho y la invisibilización de esa violencia constitutiva.

La ida fundamental detrás de la relación entre violencia y capitalismo, desde la perspectiva del materialismo histórico, se centra en las condiciones de posibilidad de sociedades divididas en clases, a partir de su acceso a los medios de producción y su papel en las relaciones de producción. Para la emergencia de estas condiciones de posibilidad fueron necesarios dos factores: el primero, la despojo y la desposesión a los trabajadores y campesinos de los medios de producción (incluida la tierra), proceso que se conoce como ‘acumulación

originaria',⁴⁹ en la actualidad, para acentuar su carácter continuado, también se conoce como 'acumulación por desposesión';⁵⁰ proceso que requirió el ejercicio de formas de violencia física organizada, hasta ese momento ilegales pero legalizadas. En este sentido, la violencia física necesaria para la aparición del capitalismo es una violencia de clase, basada en las condiciones en que diferentes sectores concurren al proceso productivo (como propietarios de medios de producción o como vendedores de fuerza de trabajo), como fundamento de la organización de la violencia en las sociedades capitalistas.⁵¹

Así, la violencia organizada en las sociedades capitalistas tiene su causa en factores objetivos, principalmente en la concentración de los medios de producción y su desposesión a los trabajadores; es decir en la división en clases de la sociedad. Así lo interpreta, por ejemplo Adolfo Sánchez Vázquez:

La idea sartreana de la violencia descansa, pues, sobre el concepto de escasez, ya que ésta es para él el fundamento mismo de la división y oposición entre los hombres. Hay relaciones violentas porque la escasez hace ver al otro como un peligro. En el campo social la actitud que guardo hacia el otro, se halla determinada por la conciencia de su peligrosidad, habida cuenta de la escasez. Los hombres se enfrentan no como piensa el marxismo, es decir, en virtud de que objetivamente se hallan en situaciones opuestas por lo que toda a la propiedad de los medios de producción. Para un marxista [...] lo que opone a los hombres, que forman objetivamente una clase, y los lleva a la violencia, no es la toma de conciencia de una situación de escasez, sino su situación objetiva no con respecto a los productos, sino fundamentalmente con respecto a los medios de producción de ellos. Es la apropiación o desposesión de estos medios de producción —y no de los bienes o productos en general— lo que divide y opone entre sí. [...] la toma de conciencia de esta situación viene a dar —como hemos visto en capítulos anteriores— un carácter más consciente y organizado a sus acciones, pero en última instancia su violencia se halla determinada económica y socialmente, es decir, objetivamente.⁵²

La violencia existe objetivamente, en cuanto que los hombres luchan entre sí en virtud de sus intereses de clase, y ello incluso sin tener conciencia de la situación objetiva que, por medio de este choque de intereses, los empuja a la violencia.⁵³

⁴⁹ Marx (2006: 607-649).

⁵⁰ Harvey (2005: 111-124).

⁵¹ Sánchez Vázquez (2013: 449-477); Pereyra (2010: 27-29).

⁵² Sánchez Vázquez (2013: 463-464).

⁵³ *Ibid* (465).

La segunda condición, vinculada a la anterior pero distinguible de ella, es la emergencia de una forma distinta de ejercer el poder: la emergencia del estado y el derecho moderno. Como espacios de mediación política que, aunque son útiles para organizar la violencia de manera centralizada, tienen como característica específica un papel legitimador de la misma. Dicho papel solamente es posible si ambos entes se presentan como colocados por encima de los intereses particulares de los distintos sectores y clases sociales, es decir, si su funcionamiento es imputable no al interés particular de alguien, sino a la construcción y consecución del interés general. Así, por ejemplo, tenemos que:

Nunca es suficiente la propiedad sobre los medios de producción y, con base en ella, la apropiación de la plusvalía, para acceder inmediatamente al poder político. En definitiva, este poder no es ejercido directamente como si la clase dominante se impusiera ella misma en cuanto tal sobre las clases dominadas. Aun cuando la función del estado efectivamente es la de mantener y reproducir las relaciones de dominación, el poder no se presenta bajo la forma de una relación de clases. En efecto, la dominación se hace real por el funcionamiento específico del aparato del estado, pero este funcionamiento enmascara la relación subyacente de clases. De esta manera, se eleva como una autoridad por encima de toda la sociedad; mejor aún, aparece como una autoridad libremente elegida por los ciudadanos. Sus acciones violentas, por tanto, se presentan legitimadas por la confianza expresamente depositada en ella. Sus crímenes no pueden ser tales porque el estado actúa en nombre de la sociedad, como su representante universal. Sólo en el caso de los regímenes de facto, no legitimados por el conjunto de las instituciones republicanas, la violencia aparece nítidamente como el ejercicio arbitrario y brutal de la dictadura. Esto sucede así porque en estas circunstancias el estado puede prescindir por algún tiempo de un requerimiento inherente a su función: la búsqueda de legitimidad. Una dictadura gobierna con la menor base social de apoyo imaginable, sostenida sólo por las armas pero, como es sabido, esta situación no puede durar indefinidamente.⁵⁴

Estas dos condiciones se encuentran vinculadas puesto que el estado y el derecho moderno no podían haber surgido sin el monopolio de la violencia física organizada con pretensiones de legitimidad; por otro lado, esa violencia física, necesaria para reproducir y profundizar el desarrollo del capitalismo y, por tanto, la división en clases con intereses antagónicos debidos al carácter con el que concurren a la producción, no podían haber subsistido en la larga duración histórica sin el papel legitimador (invisibilizador) del estado y el

⁵⁴ Pereyra (2010: 36).

derecho modernos. En este sentido, resulta pertinente anotar la intersección entre violencia, derecho/estado y hegemonía (a través del ejercicio del poder y la violencia simbólica).⁵⁵

Así, el derecho/estado capitalistas implican una violencia constituyente de formas civilizatorias, en una primera etapa histórica, revolucionarias, en el sentido de que implicaron la constitución de relaciones de producción radicalmente distintas a las existentes antes de su emergencia.⁵⁶ Sin embargo, también implicó la aparición y consolidación de formas de violencia constituidas, las cuales significaron formas dominantes de violencia que negaban la posibilidad de existencia socialmente legítima no solamente de otras formas de violencia, sino, principalmente, de otras formas civilizatorias (no capitalistas) e inclusive de las clases sociales dominadas.⁵⁷

La anterior relación entre violencia y derecho constituye un fenómeno de larga duración, lo cual significa que, si bien sufre modificaciones a través del tiempo (no es un fenómeno abstraído de los cambios en las correlaciones de fuerza), dichos cambios tienden a no afectar los elementos que definen su relación: el ejercicio de la violencia física organizada de carácter clasista; así como la necesidad de invisibilizar dicho carácter a través del papel legitimador del derecho.

Las transformaciones apuntadas por las distintas teorías jurídicas dominantes analizadas en la sección anterior señalan reconfiguraciones de los elementos de relación entre derecho y violencia en el capitalismo, no indican transformaciones radicales en su estructuración, tampoco señalan, por tanto, la aparición de formas de ejercer la violencia a través del derecho que no estén fundadas en desigualdades estructurales y arbitrarias, como es presentada la relación entre derecho y violencia en dichas teorías dominantes.

Dichas reconfiguraciones apuntan a la construcción de nuevas formas de legitimar la violencia ejercida a través del derecho y el estado, que implican

⁵⁵ Bourdieu (2007: 94-129).

⁵⁶ Echeverría (1998: 377-381); Benjamin (28-33; 44-45).

⁵⁷ Bourdieu (2000: 200-217); Echeverría (1998: 371-380).

nuevos mecanismos de invisibilización de su carácter de clase constitutivo. Lo anterior implica la consolidación de nuevas tecnologías del poder y la violencia simbólicos, lo cual no señala una desaparición de la violencia clasista arbitraria sino a formas de invisibilización que la naturalizan y la tornan aceptable, a partir del desconocimiento de su arbitrariedad, a una forma distintivamente moderna de construir la realidad jurídica y su relación con otros campos sociales.⁵⁸

Así, la aparición de teorías jurídicas con aspiraciones a construir nuevos paradigmas para la teoría del derecho —como el garantismo y su hipótesis del estado de derecho social que implica la transformación de los requisitos de validez de las normas jurídicas; así como también la centralidad de la pretensión de corrección como criterio distintivo de la naturaleza del derecho—, no representan transformaciones radicales en la dicha relación, sino la aparición de diferentes mecanismos en que ésta puede existir en las sociedades contemporáneas.

En este punto resulta necesario traer a colación un par de ejemplos de la manera en que la racionalización de la violencia física a través del control jurídico (como mecanismo distinguible de otros métodos de control) ejerce el poder y la violencia simbólica, como forma de invisibilización del ejercicio de la violencia clasista.

Un ejemplo ampliamente retomado por algunos autores de la teoría jurídica crítica (Jeammaud y Correas),⁵⁹ tiene que ver con el poder simbólico de las normas jurídicas relativas a la regulación de las relaciones de trabajo. Así, toman los casos del salario y la huelga. En cuanto al salario, el poder simbólico se encuentra en la idea que la definición del salario (como intercambio equivalente entre fuerza de trabajo y dinero) implica la invisibilización de las relaciones arbitrariamente desiguales: la extracción de plusvalía por parte del patrón basada en la valorización de la fuerza de trabajo no a partir del valor que ésta produce, sino del valor del consumo necesario para la reproducción

⁵⁸ Bourdieu (2000: 88-99).

⁵⁹ Jeammaud (1984: 5-15) y Correas (2004: 127-194).

de la fuerza del trabajo, lo que implica que una parte, cada vez mayor, de la jornada de trabajo no es remunerada a través del salario.

Lo anterior lo hace a través de la construcción de categorías que construyen la percepción del salario como un intercambio entre equivalentes, invisibilizando el hecho de que, detrás del concepto de salario, se encuentran las relaciones de explotación por medio de las cuales los capitalistas extraen plusvalor al trabajador sin una retribución.⁶⁰ Estas relaciones de explotación, como relaciones dominantes dentro de las sociedades capitalistas, están relacionadas con la violencia física organizada necesaria para la reproducción del capitalismo: a la división en clases con intereses antagónicos irreductibles como punto de partida de la violencia física organizada necesaria para la emergencia y consolidación del capitalismo.

En el mismo sentido, la huelga como derecho y, por tanto, como condición que limita el ejercicio del poder arrancada por la lucha organizada de los trabajadores, también funciona para invisibilizar la causa profunda de los conflictos y para presentar su resolución en un espacio de mediación política que naturaliza sus causas, que promueve el reconocimiento de la desigualdad irreductible a través del desconocimiento de su arbitrariedad. Por un lado, la huelga, al menos en México, surge gracias a organizaciones de trabajadores que agudizaron los conflictos de la lucha de clases, al grado de una revuelta armada con clases sociales armadas y organizadas (batallones rojos de obreros; Ejército Libertador del Sur (campesino-indígena); entre otros).⁶¹

En este contexto, la correlación de fuerzas y la agudización de los conflictos hicieron emerger la necesidad de nuevos mecanismos de mediación política, ante el peligro de una transformación estructural radical de la sociedad. El derecho de huelga y su institucionalización en México no pueden ser analizados sin recurrir a la emergencia del coporativismo como mecanismo de ejercicio del poder y la violencia a través de un estado concebido como

⁶⁰ Cfr. Marx (2014: 215-240).

⁶¹ Sandoval (2013: 211-262).

ente de mediación política aparentemente colocado por encima de las clases sociales.⁶²

El derecho de huelga, a la vez que imponía condiciones materiales (suspensión de pago de salarios a los trabajadores en huelga) como jurídicas (necesidad de autorización por parte del estado para su existencia) y políticas (violencia legal e ilegal selectiva en contra de organizaciones de trabajadores autónomas) que dificultaban su ejercicio por los trabajadores y promovían la aparición de organizaciones subordinadas al estado; despojaba, a través de su ilegalización y persecución penal, a los trabajadores de otras formas de lucha como la acción directa (paros no autorizados por el estado, sabotaje, etc.). Así, la institucionalización del derecho de huelga invisibiliza tanto la violencia estatal en contra de organizaciones de trabajadores no subordinadas como también el despojo de otras formas de lucha.⁶³

De esta manera, el derecho de huelga resulta relevante para la reproducción de las relaciones sociales capitalistas no por su efectividad material, sino por su eficacia simbólica: el desconocimiento de los trabajadores de la desposesión de otros mecanismos de lucha, así como de la violencia inherente a los procesos productivos en los que participan; y el reconocimiento de la vía jurídica como la única socialmente legítima para el reclamo de sus exigencias, aun cuando el acceso a dicha vía es virtualmente imposible. En este contexto, al menos en México, por mucho tiempo la ausencia generalizada de huelgas ha sido presentado como una característica de la paz social y el consenso de los trabajadores con las políticas estatal y con las relaciones de producción dominantes, cuando, en realidad, la causa de su inexistencia se encuentra en los procesos de invisibilización de la violencia necesaria para mantener dichas relaciones.

Estos dos ejemplos apuntan a una contradicción más general entre efectividad y eficacia, la cual es útil para comprender cómo se ejerce el poder y la violencia simbólica a través del recurso al discurso del derecho. Si bien, aunque controversial aun, generalmente se puede entender la efectividad como el

⁶² Cfr. León y Marván (1985: 255-280) y Córdova (2003: 88-150; 2010: 102:165).

⁶³ Sandoval (2013: 187-260)

cumplimiento efectivo, por cualquier medio, de las conductas debidas de acuerdo con las normas jurídicas;⁶⁴ el concepto de eficacia es menos aceptado y utilizado, para un sector de teoría crítica del derecho, la eficacia daría cuenta del aporte del reconocimiento del derecho en la reproducción de un sistema político.⁶⁵

Así, el concepto de eficacia no se encuentra siempre en una relación directamente proporcional con la efectividad de las normas jurídicas, sino que descubre ciertas funciones no declaradas del derecho que no dependen de ella y que, en algunas ocasiones, se sustentan más bien en la ineffectividad estructural de normas de ciertas áreas del sistema jurídico. De manera que la eficacia se relaciona con los efectos que la representación del derecho produce en la percepción de las personas sobre las relaciones sociales existentes; la eficacia del derecho para la reproducción de un conjunto de relaciones sociales dominantes se vincula con el ejercicio del poder y la violencia simbólica a través del derecho: con el reconocimiento de ciertas relaciones como naturales o debidas a través del desconocimiento de las violencias sobre las que se sustentan y las que producen.⁶⁶

En cuanto a los ejemplos señalados con anterioridad, estos apuntan a una eficacia política del derecho, en general del sector que reconocemos como derechos sociales, la cual no solamente está dissociada de su efectividad estructural, sino que presupone su ineffectividad estructural como elemento de su eficacia política. Así, derechos como un “salario digno y suficiente” o el derecho de huelga son eficaces políticamente para la reproducción de las relaciones sociales dominantes en las sociedades capitalistas, porque son disposiciones jurídicas que construyen categorías de percepción a través de las cuales las relaciones sociales dominantes se presentan como no son (relaciones entre partes desiguales, pero que tienden a la igualdad mediante técnicas de discriminación positiva establecidas en normas jurídicas), reconociendo la legitimidad de dichas relaciones (sobre todo a partir de la

⁶⁴ Kelsen (1982: 219-225), Raz (2002: 15-36).

⁶⁵ Cfr. Además de los textos de Correas y Jemmaud, García Villegas (1993: 80-92)

⁶⁶ *Ibidem*.

mediación jurídica y estatal) al desconocer tanto el origen de dichas relaciones como de dicha mediación jurídica y estatal, el cual se encuentra en el ejercicio de la violencia de clase (que es perceptible en políticas de criminalización selectiva de las organizaciones de trabajadores y en la centralidad de proyectos de inversión que antagonizan con la mejoría de las condiciones de trabajadores) y en la dominación de una clase sobre otra, presentada como interés general.⁶⁷

La eficacia política de los derechos sociales en general consiste en que invisibiliza la forma en que se ejerce la violencia estatal (oscurece su carácter clasista) y permite presentar como interés general relaciones de dominación que son antagónicas con la mejoría de las condiciones de los trabajadores, desconociendo que estas relaciones han necesitado de la violencia organizada para poder emerger y consolidarse.

Por último, parece oportuno mencionar que la contradicción entre efectividad y eficacia política del discurso del derecho, y el ejercicio del poder y la violencia simbólicos, no pueden ser observada partiendo solamente de la teoría jurídica (sea dominante o crítica), sino que requiere el recurso a una teoría social que permita comprender al fenómeno jurídico como parte de una realidad concreta compleja y que contienen múltiples determinaciones; es decir, requiere un enfoque dialéctico con perspectiva de totalidad. Lo anterior, implica que, si la crítica jurídica es una crítica estructural y radical del derecho capitalista, entonces es también una crítica de la sociedad capitalista, por tanto, no solamente se construye a través de un análisis monodisciplinar del derecho, sino desde una perspectiva tendencialmente interdisciplinaria en la cual es imprescindible la presencia de una teoría social más amplia.

IV. CONCLUSIONES

La relación entre derecho y violencia es mucho más compleja de lo que la hace aparecer la teoría jurídica dominante, también resulta de mayor importancia para comprender nuestras sociedades de lo que comúnmente

⁶⁷ Cfr. Jeammaud (1984); Correas (2004).

pensamos. El concepto de totalidad puede ayudar a construir explicaciones más satisfactorias, que nos permitan visibilizar las violencias que el discurso del derecho y el discurso jurídico naturalizan y legitiman; esto es una tarea de gran importancia para la crítica jurídica, postura académico-política comprometida con la transformación radical y estructural de nuestras sociedades injustas. El presente trabajo es un primer intento por construir las categorías y conceptos necesarios para esta tarea.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2006). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Valdés Garzón 2004*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2003). Justicia como corrección. *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, 26.
- Atienza, M. (1987). Por una razonable definición de “razonable”. *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, 4.
- Benjamin, W. (2001). *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Trad. Robert J. Blatt Weinstein. Madrid: Taurus.
- Bourdieu, P. (2007). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Trad. Thomas Kauf. Barcelona: Anagrama.
- Bourdieu, P. (2000). *Poder, derecho y clases sociales*. Trads. María José Bernuz Beneitez, Andrés García Inda, María José González Ordovás, Daniel Oliver Lalana. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Braudel, F. (1999). *La historia y las ciencias sociales*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cárcova, C.M. (2006). *La opacidad del derecho*. 2ª ed. Madrid: Trotta.
- Córdova, A. (2010). *La política de masas del cardenismo*. México: ERA.
- Correas, O. (2004). *Teoría del derecho*. México: Coyoacán.
- Correas, O. (2005). *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades/Coyoacán.
- Correas, O. (2007). *Introducción a la sociología jurídica*. México: Fontamara.

- Echeverría, Bolívar (1998). "Violencia y modernidad". Vázquez Sánchez, A. (ed.). *El mundo de la violencia*. México: UNAM-FCE.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2002). Pasado y futuro del estado de derecho. Carbonell, M., Orozco, W. y Vázquez, R. (coord.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: ITAM-Siglo XXI, 187-204.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Editorial Uniandes.
- Gortari, Elí de. (1979). *Introducción a la lógica dialéctica*. México: Grijalbo.
- Harvey, D. (2005). El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión. *Social Register*. Buenos Aires: CLACSO.
- Hervada, J. (2005) *¿Qué es el derecho?* Bogotá: Temis.
- Jeammaud, A. (1984). En torno al problema de la efectividad del derecho. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 1, 5-15.
- Kelsen, H. (2007). *Teoría pura del derecho*. 15ª ed. Trad. Roberto Vernengo. México: Porrúa.
- Lefebvre, H. (2011). La noción de totalidad en las ciencias sociales. *Telos*. (13) 1, 105-124.
- León, S. & Marván, I. (1985). *La clase obrera en la historia de México 10. En el cardenismo (1934-1940)*. México: UNAM-Siglo XXI.
- Marx, K. & Engels, F. (1974). *La ideología alemana*. Trad. Wenceslao Roces. México: Ediciones de Cultura Popular.
- Osorio, J. (2005). *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*. México: Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Xochimilco/Fondo de Cultura Económica.
- Pashukanis, E.B. (1976). *La teoría general del derecho y el marxismo*. México: Grijalbo.
- Pereyra, C. (2010). *Filosofía, historia y política. Ensayos filosóficos (1974-1988)*. México: UNAM-FCE.
- Poulantzas, N. (1973). *Hegemonía y dominación en el estado moderno*. 2ª ed. Trad. María T. Poyrazián. Córdoba, Argentina: Pasado y Presente.

- Raz, Joseph (2002). El estado de derecho y su virtud. Carbonell, M., Orozco, W., Vázquez, R. *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM-ITAM-siglo XXI: 15-36.
- Sánchez Vázquez, A. (2013). *Filosofía de la praxis*. México: Siglo XXI.
- Sandoval Cervantes, D. (2013). *Apuntes para una crítica de la epistemología del derecho contemporáneo*. Tesis de doctorado. México: Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tamayo y Salmorán, R. (1998). *Elementos para una teoría general del Derecho: introducción de la ciencia jurídica*. 2ª ed. México: Themis.
- Tamayo y Salmorán, R. (1986). *El derecho y la ciencia del derecho. Una introducción a la ciencia jurídica*. México: UNAM.
- Thompson, E.P. (2001). *The essential E.P. Thompson*. Nueva York: The New Press.