

KELSEN Y LAS DIFICULTADES DEL MARXISMO

Oscar Correas*

Introducción

Hace relativamente poco tiempo —digamos quince años— que algunos juristas latinoamericanos influenciados por el auge del marxismo de los '60, se han dado a la tarea de pensar el derecho a la luz de los aportes de Marx a las ciencias sociales. Pero hay que destacar dos cosas; primero, que este intento tiene buen retraso con relación a la economía y la sociología; segundo, que el retraso temporal se acompaña con un retraso cuantitativo: las investigaciones, revistas e instituciones dedicadas al estudio del derecho desde el punto de vista del marxismo, en América Latina, son ínfimas. Y esto no es atribuible exclusivamente, como quieren algunos, al retraso teórico y al conservadurismo de los juristas y las facultades de jurisprudencia, hecho indudable por lo demás, sino más bien a una política —o tal vez haya que decir a una no-política— de la izquierda latinoamericana, que se reparte entre quienes creen en los fusiles como única respuesta y único camino, y los que, a fuerza de ineficiencia, cedieron desde siempre la democracia a los partidos conservadores y liberales. Que los estudios acerca del derecho cuentan con tan pocos entusiastas, debe acreditarse a la cuenta de una izquierda que, por convicción antidemocrática, totalitaria, no se ha interesado, en verdad, por cómo los hombres viven, piensan, su cotidianidad. Si lo hubiera hecho se habría encontrado con que el derecho, el respeto a la legalidad, es uno de los puntos centrales en que se instala la dominación en el propio dominado.

Afortunadamente el panorama ha comenzado a cambiar en los últimos tiempos, lo cual no deja de ser un resultado del fracaso de la experiencia guerrillera tanto como de los tremendos golpes asestados por los estados

* Universidad Autónoma de Puebla.

socialistas contra las ilusiones de principios de siglo. La democracia luego de las espeluznantes experiencias sudamericanas, ha quedado situada en el centro de las preocupaciones de cualquiera que intente hacer política en América Latina. Y es allí donde entra la jurisprudencia.

A medida que la democracia —parlamentaria, no hay otra— comienza a ser tomada en serio por la izquierda, comienzan a aparecer juristas interesados en pensar el derecho desde el punto de vista del marxismo. Las presentes reflexiones se inscriben en este panorama, y tiene por objeto considerar principalmente las limitaciones con que se ha encontrado el marxismo tradicional una vez puesto a la tarea de pensar el derecho en América. Con esta intención principal, en segundo lugar estos apuntes tienen como objeto considerar la necesidad de incorporar amplios sectores del pensamiento kelsiano, para el caso de que se quiera llegar más allá de la vulgata del materialismo histórico.

I. Relaciones sociales y derecho en Marx

Lo esencial, a mi juicio, del pensamiento de Marx acerca de la sociedad y el derecho, está constituido por tres momentos que intento desarrollar: a- su actitud crítica, b- su idea de las relaciones sociales, c- su concepción de las ideologías.

1. La crítica social

Como bien dice Kelsen, “ciertos ‘marxistas’ desean creer seriamente que Marx y Engels sólo fueron esencialmente fríos científicos, que buscaban las causas y los efectos, y que no eran de hecho políticos que combatían los valores sociales falsos para mostrar los valores verdaderos”¹. Si algo es necesario tener presente al considerar el pensamiento de Marx, es su actitud crítica. Que si hay algo que se llame “marxismo”, no es otra cosa que una actitud ética de repulsa del mundo capitalista, la explotación de los obreros y la alienación general. Que por lo tanto, el objetivo de sus investigaciones es el cambio, la revolución. Esto encuadra el pensamiento de Marx. Tiene ese objetivo y ningún otro. Esto quiere decir que una reflexión sobre el derecho inspirada en su pensamiento, tiene también un objetivo claramente político: la transformación social. Sin que el hecho de que haya varias “transformaciones” posibles o pensables, mengüen en absoluto el aserto principal: el objetivo es político.

2. Las relaciones sociales

La principal obra de Marx, *El Capital*, tiene como piso teórico, la teoría del valor. Y con toda claridad, dice que el valor es una *relación social*. En esto, me parece, reside el nudo metodológico del marxismo: la sociedad moderna es un tejido de relaciones sociales. El derecho será, también, una *relación social*, intentaré decir en qué sentido.

¹ H. Kelsen, *Socialismo y estado*, Ed. Siglo XXI, Méx. 1982, p. 181.

¿Qué es una “relación social”? En primer lugar, algo que “no se ve”. Algo que está “oculto”, y que debe ser develado por la actividad teórica, por la *crítica*. Marx habla de “ciencia”:

“... con la *forma de manifestación* ‘valor y precio del trabajo’, o ‘salario’ —a diferencia de la *relación esencial* que *se manifiesta*, esto es, del valor y el precio de la fuerza de trabajo— ocurre lo mismo que con *todas las formas de manifestación* y su trasfondo oculto.

Las primeras se reproducen de manera directamente espontánea, como *formas comunes* y corrientes del pensar; el otro tiene que ser *descubierto* por la ciencia”².

O sea, la *relación social esencial* es el valor y precio de la fuerza de trabajo, que “se manifiesta” —*apariciencia*— como valor y precio del trabajo. Esta *apariciencia* se “reproduce” —*ideología*— de manera espontánea. Pero la *esencia* debe ser “descubierta por la ciencia”.

Desde luego, esta concepción tan griega que Marx tiene del conocimiento de los fenómenos sociales, choca frontalmente con las convicciones positivistas de la ciencia, que exigen trabajar sobre la empiria, sobre “lo que se ve”, lo que se toca, que es lo único que se puede controlar experimentalmente. Sobre la *apariciencia superficial*, según Marx. Son dos concepciones diversas del mundo social y de la ciencia.

Una relación social, entonces, es algo que se “apoya” en cierta *apariciencia*, en ciertos soportes empíricos, naturales. Podría decirse que “relación” social se refiere a cierta *posición* que mantienen recíprocamente las personas, los individuos.

El mejor ejemplo de una relación social es precisamente el carácter de mercancía que puede tener una cosa material, según se produzca en ciertas condiciones o no.

Simplificando atrozmente, una mercancía es una cosa material que es producida en una sociedad donde los artesanos-productores trabajan cada uno de manera autónoma, y sólo se conectan entre sí en el mercado adonde llevan su producto. Allí *intercambian*. Esto quiere decir que cada uno obtiene del trabajo global, del conjunto de la producción, una parte que es igual al valor de su mercancía. El *intercambio* no es otra cosa que una relación entre el productor independiente y el resto de sus colegas con motivo de lo que cada uno obtiene del fondo global de medios de subsistencia.

Pues bien, una cosa material sólo es mercancía si es producida en esa sociedad mercantil, *para* cambiar, para entrar en relación el productor con el fondo global de medios de subsistencia. En este sentido, la mercancía, aparte de ser una cosa material, es una *relación social*, es decir, se corporiza en ella la *posición* que los hombres han establecido entre sí, que en este caso consiste en que el grupo se ha escindido en productores autónomos, cada uno de los cuales hace por su cuenta unas “cosas” que le permitirán, el día del mercado, obtener una parte del conjunto de “cosas” que él necesita para volver a producir, y para comer y vestirse. Estas como “reglas

² K. Marx, *El capital*, Ed. Siglo XXI, Méx. 1975, T. 1, V. 2, p. 660.

de juego” son las posiciones que los hombres mismos han establecido entre sí, que se corporizan en esas cosas materiales —valores de uso— que son, además, mercancías, o sea valores de cambio, o simplemente corporizaciones de valor. En este sentido es que, creo hay que entender qué son relaciones sociales para Marx: las posiciones que los hombres adoptan para establecer contacto entre sí. Pero, y aquí está la cuestión, estas relaciones sociales se corporizan en cosas tanto como se “espiritualizan” en ideas.

Y además, estas relaciones sociales, al “corporizarse”, se esconden. Toman la “forma” de los cuerpos que llegan a poseer. Así es como el valor de las mercancías llega a parecer una propiedad de las cosas mismas, escondiendo el ser una relación entre los productores de esas cosas.

Y la enajenación consiste, precisamente, en que esos hombres, engañados por los propios productores de sus propias relaciones, llegan a perder el rastro de sí mismos en las cosas, para escindirse de ellas, mirarlas como extrañas, y, finalmente, sucumbir a su hechizo entregándoles su inteligencia bajo la forma de la conciencia invertida: el productor mercantil llega a creer que el valor de las cosas —que aparece como precio— proviene de las cosas mismas, sin advertir que es él quien se lo ha dado. Así el obrero llega a creer que el salario es el precio de su trabajo, y el capitalista que la ganancia proviene de su capital.³

Resumen: la “sociedad” es un conjunto de “relaciones sociales” que se “ocultan”, engañando a sus propios actores. Sólo la “ciencia” puede develar el misterio y exponer el movimiento esencial oculto tras la apariencia. La ciencia “burguesa” —dice Marx— se queda en la apariencia porque no le conviene develar la esencia. No es que se equivoque: es que se autolimita a la apariencia que también es⁴.

3. Lo social frente a lo natural

Es bien conocido el esfuerzo que ha hecho Kelsen para alcanzar su punto de vista acerca de la distancia entre sociedad y naturaleza. Volveremos sobre esto. Pero aquí vale la pena destacar el punto de vista de Marx con el objeto de cotejar ambos después.

Si todo lo dicho acerca de las relaciones sociales en Marx es interpretación de buena ley, es allí donde hay que encontrar la diferencia —filosófica, no hay duda— que hay para Marx entre lo natural y lo social.

En última instancia, esta diferencia se asienta en el valor. Es una especialísima propiedad que tiene el trabajo humano. En ciertas condiciones, por avatares históricos no siempre evidentes, de pronto, en algún lugar, el trabajo humano comienza a crear sus productos como mercancías. El trabajo humano comienza a crear valor. Esta propiedad humana —algo así

³ K. Marx, *Ibidem*, p. 87.

⁴ Sobre la utilización por Marx de las categorías de *esencia* y *aparición*, la mejor exposición en Oscar del Barco, *Esencia y aparición en El Capital*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, 1977, pp. 41 y ss. Sobre la apariencia como *ser* en el pensamiento occidental, Heidegger, *Introducción a la metafísica*, Ed. Nova, Bs. AS., 4o Ed. 1977, pp. 136 y ss.

como el “mal” oculto— es siempre potencia que se actualiza en ciertas condiciones solamente. No deja esto de recordar el Génesis, la agricultura de Rosseau, el fuego de Prometeo o la *adikía* de Solón.

Es en ese momento que el hombre se separa de la naturaleza, o, más bien, que *crea* productos que tiene algo más que lo simplemente natural: el valor, que es algo “supranatural”⁵. Hasta donde sé, esto no ha sido demasiado destacado. Veremos que Kelsen asienta esta diferencia en el lenguaje.

En suma, para Marx, si todo esto es válido, las relaciones “sociales” serían solamente aquellas que se establecen en sociedades mercantiles poseídas por el valor de cambio. Podría decirse que en otras sociedades se trataría de relaciones simplemente “humanas”, en el caso de que necesitáramos de la diferencia⁶

4. Las ideologías

Es también muy sabido que Marx usó la palabra “ideología” al menos en dos sentidos: como “falsa conciencia”, y como conjunto de “representaciones mentales” acerca del mundo. También es conocido que, como lo ha dicho Kelsen, eso puso en peligro la propia científicidad del pensamiento de Marx⁷. En efecto, si las relaciones sociales determinan la conciencia, entonces el propio Marx está determinado por ellas, en cuyo caso ¿cómo confiar en lo que dice? El problema es arduo. Está claro, nadie lo niega ya, que las condiciones sociales determinan el pensamiento de los individuos. Y desde Freud también las estructuras psíquicas profundas determinan a los individuos. Y también está claro que la razón humana es capaz de enfrentarse con las determinaciones exteriores —e interiores— colocándose como auto objeto de su reflexión. Lo que no tiene, creo, mucho sentido discutir, es si la razón tiene éxito o no en este proceso. En efecto ¿quién sería el encargado de establecer la “objetividad” de los enunciados? ¿Quién sería ese dios que, al margen del mundo, daría la aprobación de tal o cual pensamiento? En el fondo, toda ciencia es un acto de poder. Y no otra cosa es lo que el positivismo ha encontrado como prueba de la “objetividad”. En efecto, ¿qué si no un acto de dominio, es la comprobación empírica, el éxito material? Y ¿quién garantiza que el experimento es una comprobación “exacta”?

En suma, si Marx creía que sus escritos estaban libres de subjetividad política, si creía en La Verdad, no hay duda de que estaba equivocado, y que era heredero de la tradición griega.

⁵ Sobre lo “supranatural”, K. Marx, *El capital*, ed. cit., T. 1, V. 1 p. 70.

⁶ Esto no deja de plantear problemas de muy discutible solución. Por ejemplo que habría formas “naturales” —no mercantiles— de explotación. Pienso en las sociedades cuyo tipo ha sido llamado por el marxismo “modo de producción asiático”.

⁷ H. Kelsen, *Teoría comunista del derecho y el estado*, Emecé Ed. Bs. AS, 1957, p. 23: “Es evidente que Marx no puede mantener su postura fundamental, porque la propia afirmación de que la existencia social determina la conciencia del hombre, debe presentarse como una teoría verdadera, lo cual significa una objetiva teoría de la conciencia humana, no determinada por 7a existencia social de quien hace la afirmación. No puede dudarse de que Marx presenta su teoría social como una descripción no ideológica, correcta, de la realidad social; como una “ciencia”.

Esto quiere decir que, me parece, hay que aceptar que todas las formas mentales están contaminadas con el sucio barro social, y que hay que conformarse con las limitaciones humanas. Por lo tanto, la diferencia entre “falsa conciencia” y “conciencia” debe ser reducida hasta quedarnos con que los esfuerzos que hace la razón para aprisionar el mundo, son sólo eso: esfuerzos. Desde luego, Marx no lo veía así.

Está claro que la cotidianeidad material —la vida concreta de los hombres— tiene también forma mental. Los actos de producción y reproducción de la vida humana son, al mismo tiempo, captados de alguna manera por la conciencia. El conjunto de esos contenidos de conciencia, constituye la ideología.

Ahora bien; el aporte de Marx, a mi juicio, lo constituye su exposición de las relaciones sociales como *fundamento de la enajenación*; como origen de las fantasías ordinarias de los hombres; como *encubridoras* en el sentido explicado más arriba.

Según esto, habría unas relaciones sociales, la “esencia” de las formas productivas, que “aparecen” engañosamente. Hay un texto específico sobre este problema:

“... los trabajos privados (hablando del intercambio, O.C.) no alcanzan realidad como partes del trabajo social en su conjunto, sino por medio de las relaciones que el intercambio establece entre los productos del trabajo y, a través de los mismos, entre los productores. A éstos, por ende, las relaciones sociales entre sus trabajos se les *ponen de manifiesto*. . . (aquí, claramente hay una *manifestación*, un *aparecer determinado*, O.C.) como lo que son (aquí está la cuestión O.C.), vale decir, no como relaciones directamente sociales trabadas entre las personas mismas, en sus trabajos, sino por el contrario como *relaciones propias de cosas* entre las personas y *relaciones sociales* entre las cosas”⁸.

Es decir, en esencia son relaciones sociales trabadas entre las personas mismas, al trabajar. Pero se presentan *como lo que* (también *son*): relaciones invertidas. Las personas se relacionan como si fueran —se tomaran por— cosas, y las cosas parecen relacionarse entre sí —*valor*— siendo que “relaciones” sólo tienen entre sí los hombres. Pero lo que hay que destacar, sobre todo, es que Marx dice “como lo que son”, y “lo que son”, es la apariencia. La apariencia también es.

Las ideologías propias de estas relaciones sociales, son, entonces, ideologías que aprehenden la apariencia; lo “que son”: relaciones de cosas entre personas, y relaciones de cosas como si fueran personas. Toca a la crítica poner las cosas en su lugar. Pero ése es un esfuerzo teórico. Y cuando ese esfuerzo teórico recae sobre “ideas”, sobre discursos, es, en verdad, un metadiscurso. La teoría del derecho sería un metadiscurso.

Dentro de las ideologías Marx, sin duda, pensaba al derecho. El derecho sería en este orden de cosas, un lenguaje que “habla”, “dice”, relaciones sociales tal cual estas *aparecen*. Es de esperar que un lenguaje —no creo

⁸ K. Marx *El capital*, ed. cit., T. I, V.1 p. 89.

que haya textos marxianos que expresamente llamen “lenguaje” al derecho—hable, *inadvertidamente*, de las relaciones a las que se refiere —el intercambio, supongamos— que el derecho denomina “contrato” —tomando la apariencia por la esencia. De hecho Marx lo dijo en alguna parte⁹. La tarea de la crítica jurídica, que sería un metalenguaje, consistiría en mostrar, develar, cómo ese lenguaje repite, con su correspondiente especificidad —porque otro lenguaje puede repetirlo a su especial manera—, la apariencia ocultadora de las relaciones sociales.

Este lenguaje, en la medida que oculta, y en la medida en que la ocultación sirve para el dominio y la explotación, es un medio de dominio y explotación. Pero podría haber sectores de ese lenguaje que, aun siendo ocultadores, no estén necesariamente al servicio de la explotación. Incluso podría ser lo contrario: que sirvieran como freno a la explotación capitalista. Pienso en sectores del derecho laboral, o en la protección a menores y desvalidos, por ejemplo.

Creo difícil obtener, de Marx mismo, mucho más acerca del derecho. O mejor, acerca de pistas que permitan acercarse a las normas jurídicas con espíritu crítico. Si Marx pensó que era importante una crítica jurídica, de todos modos no la hizo. Su aporte termina aquí. Y no es del caso revisar textos, como aquel de la estructura y la superestructura, que no han hecho sino desviar la atención de otros textos que, a mi juicio, son más sugestivos, como los que hemos visto.

II. La vulgata marxista

Marx ha sido manipulado, y muy profusamente, en sus textos pretendidamente jurídico-políticos. Y la manipulación más grosera, corrió a cargo de la oficialización que el stalinismo hizo de lo que llamo indistintamente “materialismo histórico” o “marxismo-leninismo”. Desde luego, este marxismo-leninismo tiene su apoyo en textos del mismo Marx. Es un *interpretación* de su pensamiento, que se ha revelado como simplificadora, y como tal, impropia para explicar, entre otras cosas, el derecho. En este capítulo nos detendremos en la exposición y crítica de algunos sectores de la “teoría” jurídica de la vulgata marxista.

1. Ciencia marxista versus ideología burguesa

Esta versión del marxismo se autotitula única ciencia “verdadera” —en oposición a la simple “ideología” burguesa— que conduce a la única explicación “objetiva” de la sociedad. Pero no sólo de la sociedad, sino que, con su “materialismo dialéctico”, pretende explicar las leyes más generales

⁹ *Ibidem*, T. 1, V.2, p. 658: “En principio, el intercambio entre el capital y el trabajo se presenta a la observación exactamente de la misma manera que en el caso de la compra y venta de todas las demás mercancías. El comprador entrega cierta suma de dinero, el vendedor un artículo diferente del dinero. La conciencia jurídica reconoce aquí, cuando más, una diferencia material que se expresa en las fórmulas jurídicamente equivalentes: *do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias*”. Es decir, no capturando la esencia.

del movimiento en el universo y sus alrededores. Marx era más modesto y hacia el final de su vida escribió que su obra más importante constituía un análisis del movimiento histórico de algunos países de Europa occidental¹⁰.

Esta ciencia garantiza el arribo a la verdad, a condición de seguir un “método”, llamado “dialéctico”, del que nunca termina de saberse exactamente en qué consiste. Sólo queda bien claro que los teóricos burgueses no lo usan y por eso están equivocados. La ciencia social marxista usa el “método” del “materialismo histórico”, que consiste en la descripción de ciertas categorías —estructura, relaciones de producción, fuerzas productivas, etc.— y un esquema bastante infantil acerca del desarrollo histórico de la humanidad a través de cinco modos de producción que se suceden “lógicamente”.

2. Estructura y superestructura

Por lo que nos interesa respecto al derecho, la vulgata marxista no ha hecho grandes esfuerzos por superar la lamentablemente siempre bien recordada metáfora del fundamento económico y la superestructura jurídico-política e ideológica. Según esta interpretación, la base económica es la realidad y las superestructuras un reflejo engañoso, una fantasmagoría. Se procede con esto a recuperar un dualismo lamentable, donde la economía es algo así como el cuerpo, y la superestructura algo así como el alma, sólo que, a diferencia del idealismo, el materialismo histórico postula que es el cuerpo el que gobierna el alma.

superestructura-engaño-determinado-ideología-alma
base económica-realidad-determinante-economía-cuerpo

La idea es que, a diferencia del “idealismo” hegeliano, el “materialismo” marxista pone las cosas “sobre sus pies” y lo jurídico político pasa a ser lo determinado.

3. El derecho como ideología-fantasmagoría

Si el derecho es un “producto” de las relaciones de producción, se obtienen algunas conclusiones.

- a) Es una “fantasmagoría”. Algo así como una engañifa con la que la clase dominante presenta sus intereses como “lo justo”, y lo apoya por la fuerza, legitimada precisamente por ser el derecho eso mismo “que debe ser”, lo justo.
- b) Es un “reflejo” de la base económica.
- c) Por lo tanto, cuando cambia la base económica, cambia el derecho.
- d) Y si la base económica es comunista, el derecho “se extingue”.
- e) Como la sociedad capitalista está dividida en clases antagónicas, el derecho es establecido por la “voluntad” de la “otra clase”, la dominante, como “instrumento” de explotación.

¹⁰ Véase “Karl Marx a Vera Zasúlich”, carta del 8-III-1881, en K. Marx y F. Engels, *Escritos sobre Rusia, II, El porvenir de la comuna rusa*, Pasado y Presente no. 90, Méx. 1980, p. 60.

- f) Si el derecho es un reflejo engañoso de la “realidad” —lo económico— entonces, de suyo, no es interesante para la reflexión teórica. En efecto, ¿qué conoceríamos de la “verdadera” realidad acercándonos a algo que es reflejo engañoso?
- g) Y por último, si el derecho cambia, al cambiar la base, ¿qué importancia política puede tener? Si de lo que se trata es de cambiar la sociedad, si eso es igual a cambio en lo económico, ¿acaso no hay que esperar a que eso suceda para que el derecho y los juristas se vean obligados a transformarse? Además, si de lo que se trata es de cambiar la base y no las ideologías, como el derecho, ¿qué importa lo que la gente piense?

III. Las dificultades del marxismo-leninismo

El largo lapso durante el cual esto fue repetido, el prestigio de sus creadores —vencedores de Octubre y la guerra—, el apoyo masivo en libros e institutos universitarios, nuestra propia falta de cultura y nuestra falencia por no leer a Marx mismo durante muchos años —me refiero a Latinoamérica—, el atractivo de su simpleza, también el innegable apoyo que encuentra la vulgata en textos bien escogidos de Marx y sobre todo de Engels, y, por último, una política de los comunistas y socialistas americanos que menospreció la lucha ideológica y la democracia, constituyen elementos a tener en cuenta a la hora de preguntar las razones que motivaron el largo reinado de la vulgata en el campo del derecho, e incluso la fuerza que aún conserva.

Lo cierto, por lo demás, es que las dificultades subsisten, y están como adheridas a ciertas ideas difíciles de superar. Veamos algunas.

1. El derecho como “reflejo” de lo “real”

Como el derecho es ideología, es algo distinto de lo “real” económico. Es algo así como un espejo que refleja o “expresa” las relaciones de producción. Sin embargo el derecho no refleja la explotación de que son objeto los trabajadores, por ejemplo. Si la “reflejara” aparecería paladinamente lo que debe quedar precisamente oculto a los ojos del dominado. En todo caso habría que decir que lo jurídico es expresión de la apariencia de las relaciones sociales.

No obstante, la idea del “reflejo” obliga a separar, como en dos tiempos, lo reflejado del reflejo. Habría primero las relaciones sociales y luego su posterior reflejo, el derecho. Se produce así un dualismo que permite crear, como hacen ingenuamente algunos juristas, que el contenido de las normas es generado por circunstancias históricas previas, que el derecho es algo que va adecuándose a la “realidad”, siempre *a posteriori*. Lo cual impide ver la *función activa* del derecho en la vida social. Esta concepción del “reflejo” termina siendo una apologética del derecho positivo: en efecto, si el derecho refleja lo real, ¿qué mejor prueba de que “es justo”, es decir, de que es lo que esa comunidad efectivamente necesita?

Finalmente, si es reflejo de “lo real”, ¿el derecho es “irreal”? Este dualismo es verdaderamente lamentable.

2. *El derecho cambia con la base material que le da origen*

Con esta afirmación no hay mayores problemas cuando nos mantenemos en un nivel muy alto de abstracción. Es más o menos entendible que en el mundo capitalista se desarrolle un derecho diferente al del mundo feudal por ejemplo. Es una afirmación ésta corrientemente aceptada por sociólogos e historiadores. El propio Kelsen dice, por ejemplo, que el derecho subjetivo es una técnica propia de la sociedad capitalista¹¹.

Pero los problemas comienzan cuando afinamos el análisis, bajamos el nivel de abstracción, y comenzamos a comprobar que hay contenidos jurídicos que no cambian. Por ejemplo, la represión del robo, la prohibición del incesto, del homicidio, etc. Y la perplejidad puede llegar al máximo cuando nos preguntamos cómo es que la teoría de los contratos del derecho romano es útil para el derecho civil moderno ¿No era que la sociedad esclavista genera un derecho propio, distinto que la sociedad capitalista?

Por otra parte, si el derecho cambia sólo cambiando la base económica, entonces o bien hay que esperar a que eso suceda o bien hay que “cambiar la base”. Pero eso ¿qué significa? ¿Acaso “cambiar la base” no es *transformar conductas*? ¿Y eso no implica precisamente otro orden normativo? Es decir: si “base” está constituida por actos humanos —relaciones de producción— cambiarla significa *ordenar la producción de unos otros actos distintos*. Y eso es precisamente el derecho: un orden coactivo. Ya se puede casi ver aparecer el fantasma de Kelsen, siempre constituyéndose en la conciencia crítica del marxismo. . . Si los sociólogos no quieren cederle la primacía a los juristas, cuando menos deben reconocer que no hay transformación económica *seguida* de transformación jurídica. Lo menos que hay que aceptar es que es *conjunta*. . .

Claro, otra cosa muy distinta sería sostener que basta la voluntad de dictar leyes para que todo cambie. Los latinoamericanos sabemos, en la piel de Salvador Allende, que hay que disponer del poder real. Claro. Pero es que nunca nadie ha negado que el derecho se apoya en la fuerza como *última ratio*. Creo que la idea de que primero es el cambio “real” —de la “base”— y después del jurídico, proviene: primero, de no entender que el derecho es un *orden de conductas*, y segundo, de la baladí comprobación de que el derecho es nada sin la coacción. De la comprobación de que “no bastan las normas” se obtiene la convicción de que el cambio es *primero* “económico”, como si “cambio” no significara disponer de la fuerza para ordenar con eficacia conductas distintas, o bien generar el consenso necesario para lograr, la internalización de nuevas normas.

Está claro, por otra parte, que puede decirse que los cambios no pueden producirse sino *sobre la base de lo que resulta posible lograr*, y que por

11 H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. UNAM, Méx. 1982, p. 148: “No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse del derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de una técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual”.

lo tanto *un orden coactivo nuevo no tendrá* efectividad en caso de que ordene conductas imposibles. Pero esto es algo baladí: es lo mismo que la comprobación de que el derecho sólo puede ordenar conductas humanamente —y económicamente si se quiere— posibles, y que no tiene sentido prohibir lo imposible.

La idea de que el derecho cambia después que cambia la base, debe ser desechada, de nuevo, por instaurar un dualismo insostenible.

3. *El derecho es “instrumento” de la clase dominante*

Que el derecho es una especie de engaño creado astutamente por la clase dominante, es una idea que impide explicar un enorme sector del mundo jurídico contemporáneo. Por ejemplo, ¿en qué le ayuda o le entorpece a la dominación de la burguesía el instituto de la legítima defensa? ¿Y la evicción? ¿Y la teoría de la imprevisión en los contratos? ¿Y el derecho de retención?

Por otra parte, la convicción de que el derecho es cosa propia de los dominadores, desde el punto de vista político es una verdadera estupidez: le deja en sus manos, a los dominadores, sin disputárselo, aquello que precisamente se califica de *instrumento de dominación*. Es un regalo insólito al enemigo esta renuncia a luchar por el instrumento. . .

Es decir, hace del derecho algo exterior a la política en un acto de increíble incompreensión de lo que es el estado moderno y de cómo las gasta para lograr el consenso que permite la dominación. Esta concepción ignora la radical *naturaleza política* del derecho, o sea la de ser un *espacio* de lucha política.

El derecho, puede aceptarse, es un instrumento —una técnica de control social, dice Kelsen; pero debe ser la primera vez que una teoría que se autodefine como política revolucionaria, renuncie a la lucha por la posesión de un instrumento, o cuando menos por reducir la eficacia de éste en manos del adversario.

4. *El derecho es producido por la voluntad de la clase dominante*

Esta idea, pareja de la anterior, también impide ver el carácter político del derecho, en tanto hace de éste, en bloque, un producto que es unívocamente favorable a la clase dominante. Lo cual es una lamentable equivocación política. Le será muy difícil probarlo a quien lo intente, que el derecho laboral fue impuesto por la voluntad de la burguesía y no por la lucha de los obreros.

En todo caso, si el derecho es favorable en conjunto a la dominación, es precisamente por el *prestigio* que posee “lo justo” en la conciencia de los dominados. Pero ese prestigio se asienta, no es posible negarlo, en ciertas y no pocas bondades que los dominados encuentran en él. Precisamente eso es lo que permite presentar el derecho como un todo unívocamente “justo”. De manera que lo inteligente sería precisamente luchar —ideológicamente, se entiende— por mostrar la no univocidad del conjunto normativo, apoyar lo favorable y separarlo de lo desfavorable. Es decir, lo que en

buen romance se llama *lucha política*. De lo que muchos marxistas latinoamericanos parecen estar tan lejos, o al menos sin hallar sus caminos. . .

5. *La simplificación voluntad de la clase dominante-producción de normas*

Esta simplificación según la cual el derecho es producto, a veces de las relaciones de producción, a veces de la "voluntad" de la clase, postula la necesidad de hallar siempre mediaciones. ¿Cómo es que esa voluntad se convierte en normas? La respuesta es casi siempre una simplificación que recurre a la corrupción de los legisladores, a la fuerza, a la extracción de clase del funcionario o gobernante, etc.

Y, paradójicamente, esta simplificación ignora, a su vez, el papel de los individuos. Ignora el rol que, en la producción de normas y en la ideología acerca de ellas, cumplen los juristas individuales, las jefaturas de los institutos de las facultades de jurisprudencia, las revistas y libros, que son siempre individuales. Ignora totalmente la existencia de la lucha ideológica, del movimiento de ideas que se produce en el tráfico intelectual; en suma, nuevamente, ignora la política.

6. *El derecho se extinguirá al extinguirse la propiedad, la explotación y la lucha de clases*

Esta tesis es bien conocida y no es necesario reproducirla aquí. El razonamiento de éste: al aparecer la propiedad privada, sucede la división de la sociedad en clases, de manera que los propietarios explotan a los despojados. Aquellos utilizan el derecho entre otros instrumentos de dominación. Por lo tanto, si desaparece la propiedad, desaparecerán las clases y no será necesario el instrumento. El razonamiento no es malo si de causalidad se trata. Pero es tautológico, simplificador, constituye una utopía y oculta ciertas cosas.

En primer lugar es tautológico. Porque hace al derecho producto de la propiedad privada, como si la "propiedad privada" no fuera un conjunto de normas jurídicas.

En segundo lugar, es simplificador por lo ya dicho: el derecho resulta un instrumento en manos de una clase.

En tercer lugar, constituye una utopía, no en el sentido de que sea "ilusorio", sino en el sentido de ser adivinación acerca del futuro, por más que se autopostule como originado en el estudio de las contradicciones objetivas de la sociedad actual. La idea de que el derecho se extinguirá, en Marx y Engels, proviene, irrefutablemente, de una filosofía de la historia, en la que Engels, más que Marx, creyó hasta su muerte. Y no deja de ser una idea religiosa. En descargo de Marx hay que decir que existen textos de la última época de su vida, en los que mostraba cierto pesimismo acerca de la ineluctabilidad de la historia universal¹².

En cuarto lugar oculta ciertas cosas. Por ejemplo, oculta la naturaleza ética del hombre, y el *dominio* que algunos hombres ejercen sobre otros en toda sociedad de la que se tenga noticia.

¹² Por ejemplo los escritos citados en la nota 10.

Acerca de lo primero, la naturaleza ética del hombre, aunque sea aceptar una “naturaleza humana”, hay que reconocer que no se han descubierto sociedades que hayan prescindido de la significación de los actos humanos a través de la normatividad. A toda conducta que se capta como integrada a la reproducción social, se le asigna un significado: debida-buena, indebida-repudiable. Puede sí, pensarse una conducta, ocurrida fácticamente o formulada como modelo abstracto, con prescindencia de su significado ético. Pero eso no quiere decir que, más allá de la mente del sociólogo, la sociedad no tenga para ella un significado. E incluso puede haber varios significados según los grupos. Pero seguramente uno de ellos está en condiciones de imponer *su* significado. Si aceptar todo esto significa aceptar una “naturaleza humana”, habrá que enfrentarlo estoicamente.

Acerca de lo segundo, el fenómeno de la dominación en general, la idea de que el derecho desaparecerá contribuye a ocultar formas de dominio que no están necesariamente fincadas en la disposición de medios materiales. Contribuye a ocultar la *voluntad de dominio* que parece otra constante humana que también puede conducirnos a aceptar una “naturaleza” del hombre en general. Desde luego, puede decirse que es posible dominio sin derecho, o que esas normas ya no son derecho, o que “derecho” es sólo el ordenamiento propio de la época de la burguesía, etc. Ninguno de esos argumentos alcanzan para desmentir que la idea de que el derecho desaparecerá *contribuye* a ocultar el fenómeno general de la dominación. Esta afirmación, prudente, es para el caso de que se llegue a mostrar que las diferencias entre las normas que se aceptan en una comunidad natural, son esencialmente diversas de las que impone el estado burgués.

IV. Nuevos rumbos

Frente a las dificultades teóricas del marxismo, algunas de las cuales hemos señalado, y frente a la necesaria desmitificación del propio Marx —con la que Marx hubiera estado de acuerdo si fue sincero cuando dijo que él no era marxista—, es válido inventar, buscar. En todo caso, y esa es mi opinión, si se desea conservar las sugerencias de Marx, hay que limitarse, en punto al derecho, a las indicaciones metodológicas relacionadas en el capítulo I de estos apuntes, y no dar por “marxistas” nada más allá de eso. Y, en segundo término, es también mi opinión, no puede prescindirse del pensamiento de Kelsen, que es lo que pretendo sugerir en lo que sigue y en el capítulo V.

1. *El derecho como forma de apropiación del mundo*

No parece sensato negar la diferencia entre la conciencia de los hombres y el mundo material, exterior, o como quiera llamárselo. Tampoco parece muy sensato negar que la vida de los hombres depende de la producción de medios para prolongarla y reproducirlas. Sí, en cambio, hay que aventar todo rastro de la idea de que primero hay producción y después conciencia: al menos no se conocen hombres que trabajen sin tener al mismo tiempo algún contenido de conciencia acerca de eso que están haciendo. El trabajo y la conciencia con coetáneos, con lo cual no es necesario tirar por la borda

esta otra idea: la conciencia tiene sus raíces en las relaciones humanas que constituyen el habitat de todo ser humano que nace en una comunidad preexistente. Lo que hay que destacar es la idea de que se forja la conciencia a medida que se trabaja —se “produce” diría la tradición marxista—, como si no fuera posible pensar que precisamente se trabaja, y de *esa* manera, porque así está establecido en la conciencia preexistente y aprendida por los individuos al momento de “socializarse” —educación—, lo cual sucede en el lenguaje, y precisamente en el lenguaje normativo. Dicho de otra manera, la idea de que el derecho “proviene”, está “después” de las relaciones de producción, es una idea obsoleta.

Al reproducirse, los hombres realizan ciertos movimientos corporales, y de éstos y del mundo en que se producen, ellos se *apropian* de diferentes maneras, a través de la actividad psíquica, inteligente.

El juego, la lucha, son formas de apropiación del mundo. Incluso se fabrican “cosas”, para jugar. El arte es otra forma, como lo son el conocimiento y la técnica.

De la dimensión normativa cabe decir lo mismo: es una dimensión humana, *una forma de apropiación del mundo*. Es que, como dice Kelsen, la “distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia”¹³. Es decir, este modo de apropiarse el mundo, que es el modo del “deber” forma parte del hombre mismo. Es inmediato en su conciencia. Y si se quiere encontrar aquí una “naturalidad” humana, habrá que aceptarlo.

Esta forma de apropiación del mundo consiste en *adjudicar significaciones* a conductas humanas, lo cual sucede en el lenguaje, a través de la categoría del “deber”, que se despliega en lo debido, lo prohibido y lo permitido, todo lo cual se corporiza, en definitiva, en una sanción o en la falta de ella. Esto es, es un acto de algún miembro de la comunidad que es receptado como daño psíquico o físico.

Estas conductas humanas sobre las cuales recae la significación, son esos movimientos que necesariamente han de producirse para el caso de que la comunidad haya de reproducirse en condiciones similares. Las conductas que no comprometen la reproducción, o no son sancionadas —están permitidas— o bien son sancionadas con menor rigor.

Ahora bien, ¿cuáles son las conductas que necesariamente han de repetirse para que suceda la reproducción? Es necesario hacer lugar aquí a la ideología. Es posible que bailar de cierta manera para propiciar el éxito de la cacería, o bien obligar al concubino a no abandonar a su compañera de años sin protección económica, sean actos que pueden pensarse como no directamente relacionados con la producción. Pero es que no se trata del análisis que un extraño haga de las conductas necesarias o superfluas para la reproducción. Se trata, el derecho, de una apropiación de su mundo que hace la comunidad que establece las normas. El derecho debe ser explicado a partir de las apropiaciones ideológicas que la propia comunidad hace de sí misma, de las conductas que ellos ven como debidas. Precisamente se

¹³ H. Kelsen *Teoría pura del Derecho*, ed. cit., p. 19 (Véase también la nota 1 en esa página).

trata de entender que el derecho es un fenómeno de la conciencia distinto que el conocimiento científico (aunque a su vez pueda haber ciencia de esas normas).

De tal manera que el derecho se origina en las conductas necesarias para la reproducción, pero en esas conductas que la comunidad ve como tales.

Esto de ninguna manera quita que ciertos miembros de la comunidad puedan tener opiniones contrarias a las normas instauradas. O que sectores de la comunidad no las obedezcan o estimen necesario cambiarlas.

Esta visión simplificada, apropiada para una sociedad natural, puede complicarse tanto como se quiera, incluso hasta pensar en nuestra complejísima sociedad. De cualquier manera el derecho se constituye primeramente con normas —significados de conducta— apoyadas en la fuerza organizada, instauradas conforme a la captación que la sociedad hace de su propia existencia, o de la particular captación que realiza de la reproducción un grupo dominante. Aunque en nuestro mundo los significados que en definitiva se imponen como derecho vigente sean un conjunto heterogéneo que responden a diferentes captaciones que hacen diferentes sectores sociales, conforme pueden o no imponer sus puntos de vista.

Hay que reconocer aquí el punto de contacto entre ser y deber ser, que a veces Kelsen parece querer negar a fuerza de afirmar la diferencia. La significación de debido o prohibido no puede ser extraída de la nada, sino que proviene, de alguna manera, de la producción y reproducción social. Una cosa es que la norma sea distinta del acto de voluntad que la impone¹⁴, y otra cosa es sostener que el contenido de la norma no se explique a partir de ese acto de voluntad. Kelsen se limita a señalar la diferencia entre ambos, pero no niega que el deber provenga del ser, sino más bien que este último problema corresponde a la sociología jurídica y no a la ciencia jurídica propiamente dicha.

La apropiación del mundo transcurre como derecho, no sucede ni antes ni después de la producción de la vida social. Establecer prioridades tiene que ser la tarea del análisis en concreto de cada norma o sector normativo dentro de un orden mayor. Cierta análisis puede arrojar, por ejemplo, la conclusión de que sin crear su derecho, la burguesía no hubiera instaurado el capitalismo¹⁵. Y otro análisis puede arrojar como resultado que la técnica del derecho subjetivo, a la que el mismo Kelsen ve como específica del capitalismo, está directamente ligada a la aparición del intercambio en Europa. Un análisis puede arrojar como resultado, por ejemplo, que la ley de precios máximos en un país tiene como origen una política tendiente a mantener el precio de la fuerza de trabajo en cierto nivel, pero en otro país puede tener origen en la voluntad de cambiar la estructura productiva dirigiendo los capitales a la especulación, por ejemplo. En un caso la ley es “producida” por la “necesidad económica” y en otro caso “creará” un fenómeno económico nuevo.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Véase Michael E. Tigar y otra, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Ed. Siglo XXI, Méx. 1978, un estudio que muestra palmariamente el rol activo del derecho en la formación del modo de producción capitalista en Europa Occidental.

La relación entre producción y reproducción de la vida social con la normatividad, de ninguna manera impide entender figuras jurídicas aparente o realmente independientes de “lo económico”. La apropiación del mundo que transcurre normativamente no tiene por qué reducirse a los actos de producción de bienes de subsistencia o de valores de cambio si se trata de una sociedad mercantil. Por ejemplo, el delito de estupro es pensado con mayor severidad que el de violación a una mujer mayor. Difícilmente se encontrará en ello una explicación ligada a la producción, aunque sí una explicación que tiene que ver con la forma como la sociedad estima la libertad sexual.

Que el derecho es una forma de apropiación del mundo significa que es un fenómeno ideológico; pero no que le falte “realidad”. Kelsen ha bregado por hacer entender que deberse una conducta no es lo mismo que producirla en la realidad. Y en eso tiene razón. Pero no hay que confundir esta diferenciación kelsiana, con la que formulaba el marxismo leninismo entre realidad e ideología y que ya comentamos. Para el materialismo histórico de la vulgata, son las relaciones de producción las que “determinan” las normas que son “fantasmagoría”. Aquí lo que se trata de entender, como Kelsen y Freud, es que, al revés, son las normas —lo “debido” introyectado en el sujeto— las que llevan a los hombres a realizar los actos “económicos” de producción. El derecho, visto así, pierde carácter de “irrealidad”...

Que el derecho es una forma de apropiación del mundo, me ha parecido siempre sugerir de este texto de Marx:

“El todo, tal como aparece en la mente como todo el pensamiento, es un producto de la mente que piensa y que se apropia del mundo del único modo posible, modo que difiere de la apropiación de ese mundo en el arte, la religión, el espíritu práctico”¹⁶.

Esta idea me parece perfectamente compatible, por su parte, con la convicción de Kelsen de que el derecho es *significado* o *sentido* de actos humanos. La “apropiación como sentido” transcurre en el lenguaje.

2. El derecho y la dominación

El otorgamiento de sentido es siempre un acto de dominio. Quien da el sentido, en este caso quien está en condiciones de formular la norma, y más aún si está en condiciones de reprimir conductas contrarias, ejerce dominación sobre otros. Y si el derecho es una de las formas de apropiación del mundo, siempre ha existido y existirá la norma dadora de sentido. Esto quiere decir, y aunque signifique reconocer una “naturaleza humana”, una “esencia”, que el derecho siempre existirá.

En consecuencia el derecho típico de la época de la burguesía como clase dominante, es una forma históricamente determinada del derecho en

¹⁶ K. Marx, *Introducción General a la Crítica de la Economía Política*, Pasado y Presente, no. 1, 14a. edición, Méx. 1980 p. 59.

general. Y es desacertado decir que no interesa saber qué es el derecho en general, y que lo interesante es únicamente conocer la especificidad del derecho moderno. Porque si sólo indagamos acerca de esto último, dejaremos oculto el fenómeno de la dominación en toda sociedad.

También resulta que en cualquier sociedad futura, y con mejor razón a medida que sea más compleja, sucederá la producción de normas dadoras de sentido. Eso, desde luego, no excluye la posibilidad de que no exista explotación de plusvalía, lo cual, por su parte, no hará que ese conjunto de normas no sea estrictamente *derecho*.

Por otra parte, sostener la necesidad de la producción de normas dadoras de sentido, implica el reconocimiento de la necesidad del sentido y también la necesidad de apoyarlo con la coacción. Esto es, que el hombre —de nuevo la “naturaleza humana”— transcurre como la tensión entre instintos egoístas y agresivos, y la necesidad de reprimirlos para subsistir¹⁷.

3. El derecho como forma normativa de las relaciones sociales

A pesar de su cotidianeidad, la palabra “forma” obtiene su sentido de la filosofía; de la más metafísica de las filosofías (si es que hay alguna que no lo sea). En Aristóteles, “forma” es, en definitiva, una porción determinada —concreta— de materia. Se sabe que Aristóteles propuso que en cada cosa era distinguible la materia de la forma. Sin embargo sólo en la desnaturalización del aristotelismo cumplida en el pensamiento cristiano, la forma es ontológicamente distinta que la materia. El pensamiento peripatético es monista, y esa separación es inaceptable como para cualquier sucesor de Parménides. “Forma”, indica la particular disposición o determinación de una porción de materia con relación a todo lo demás; pero la materia no tiene ser sin la forma. Simplemente no existe; sería no-ser, lo cual es interdicto desde el principio de la filosofía. En Hegel, la forma es la “totalidad de las determinaciones” de la materia; la materia y la forma son la “cosa” que debe “aparecer” como “fenómeno”. El fenómeno es la “existencia”, esto es, el ser existente en concreto; el fenómeno es sólo un momento de la forma misma¹⁸. Se trata de un pensamiento en todo similar al de Aristóteles.

Es en este mismo sentido que es posible pensar el derecho como *forma de las relaciones sociales*, es decir, como el *aparecer concreto* de la *esencia*, que son esas posiciones que entre sí establecen los hombres con motivo de la reproducción de la vida material. Pero estas *relaciones sociales*, escondidas, son como la materia de Aristóteles: una *realidad* a la que se tiene acceso únicamente a través del esfuerzo teórico. Porque “lo que se ve”, lo que está presente en el aparecer es algo muy distinto. En el mundo humano, lo que aparece es el conjunto de representaciones —ideología— con que los

17 María Teresa Martínez Terán, *Notas para una crítica de la normatividad contemporánea*, tesis, Colegio de Filosofía, Universidad Autónoma de Puebla, 1985, que constituye una reflexión en el interior de los pensamientos de Kelsen y de Freud acerca de este problema. Inédito.

18 Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, par. 128, 129, 131, 132, Ed. Juan Pablos, Méx. 1974, pp. 103 y 105.

hombres se apropian de esas relaciones entre sí, que en el pensamiento cotidiano les permanecen ocultas o transfiguradas. Para decirlo con un ejemplo, lo que existe en concreto es el contrato, no el intercambio. Sólo con un esfuerzo teórico se llega al fenómeno “económico”, a la relación social esencial “intercambio”. Pero en la cotidianeidad permanece como *contrato*. El contrato es la forma del intercambio. La forma *normativa* en que aparece la relación social. El derecho es, entonces, la forma normativa de las relaciones sociales. Y es una relación social, en el sentido de que ésta existe en forma de norma. Esto me parece totalmente compatible con la reiterada convicción de Kelsen de que el derecho es *sentido* de actos humanos.

Convendría repasar algunas categorías utilizados aquí, además de las de materia y forma.

- a) **Ideología:** el derecho es ideología, entendiendo por esto simplemente el conjunto de representaciones mentales de los hombres con respecto al ser (desde luego, ya estaba claro para los griegos, no hay representaciones del no-ser), o sea al mundo en general, humano y no humano (si es que de éste tiene sentido decir que existe, esto es, que hay algo “no humano”). Ideología no es aquí lo contrario de ciencia o algo parecido. Más bien lo contrario, a pesar de las pretensiones positivistas, no hay ciencias “no ideológicas” como que fueran realizadas por extraterrestres no contaminados con el mundo humano¹⁹.
- b) **Esencia-apariencia:** el derecho es aparecer concreto de las relaciones sociales. No hay dualidad entre estructura y superestructura, términos polares que obligan a pensar en el reflejo, en prioridades, en determinaciones y en relaciones históricas, en suma, en *exterioridad* de uno en relación a las otras. Ello no quiere decir, en cambio, que la explicación del derecho no haya que buscarla en las relaciones sociales, que la exposición de la presencia no haya de formularse a partir de la esencia²⁰.
- c) **Abstracto-concreto:** el derecho es una forma concreta de existencia de las relaciones sociales. Lo que existe es la apariencia. O mejor, lo existente en una cierta forma, que es su estar en la presencia. Eso es lo concreto. Lo abstracto es tal porque se tiene acceso a ello sólo con un esfuerzo teórico. El viaje “de retroceso” de lo concreto a lo abstracto, es un proceso teórico cuyo objetivo no es otro que reproducir, re-construir, en un discurso inteligible —es una “apropiación”— la *relación social* en su aparecer. Tiene por objeto apropiarse de la esencia y exponerla inteligiblemente, con lo cual queda explicada la apariencia²¹.
- d) **Realidad:** el derecho es real de la misma manera que lo son las relaciones sociales. La ideología —no veo por qué no— es tan “real”

¹⁹ Sobre el tema, Gabriel Vargas L., “Los sentidos de la ideología de Marx”, en *Marx y su crítica de la filosofía*, Ed. UAM-Iztapalapa, Méx. 1984, pp. 73 y ss.

²⁰ Sobre el tema, ya citado, Oscar del Barco, *Esencia y apariencia en El capital*.

²¹ K. Marx, *Introducción general* ..., cit.

como lo “material” (¿Cómo es posible que quienes sostienen que todo es materia, a la vez sostengan que el derecho es “idealidad”?) La apariencia es tan “real” como la esencia; la forma existe tanto como la materia. Lo que existe es el compuesto, diría Aristóteles.

Todo esto implica algunas conclusiones:

- a) No hay dualidad, exterioridad, entre relaciones sociales y derecho, sin que por eso ése deje de ser orden coactivo.
- b) No hay prioridades históricas u ontológicas; no son unas primeras o principales que el otro.
- c) Hay distinción metodológica, no “mediaciones”. La palabra “mediación” implica la idea de dos entes entremedio de los cuales hay un tercero que los “aproxima”. La objeción según el cual la postura marxista no puede explicar cómo lo “económico se hace jurídico” es correcta. Y vale para cualquier intento dualista, porque la pluralidad y la unidad son irreductibles la una a la otra a menos que se piensen como “forma” o como “esencia” y “apariciencia”.
- d) No hay que recurrir a la tautología de la “influencia recíproca” que no hace más que replantear eternamente el problema del huevo y la gallina.
- e) El conocimiento de lo social “realmente existente” implica el conocimiento de lo jurídico, sin lo cual la sociedad no resulta inteligible. Cosa de poco gusto para economistas y sociólogos. . .
- f) No hay exterioridad entre relaciones sociales, lucha de clases, derecho, política. El derecho es sólo otro espacio abierto a la política, esto es, a las tensiones por la dominación. Lo contrario sucede cuando el derecho es pensado como “instrumento” de la clase hegemónica, que lo “ejerce” para dominar. Por el contrario, pensemos en el laboral, el derecho es la forma normativa de la correlación de fuerzas actualmente existente entre trabajadores y patrones.
- g) El derecho no es el “resultado final” de la lucha de clases. Es su forma normativa “actual”. Existe una fuerte tendencia de los marxistas a ver las normas como el *resultado* de la contienda: el que gana impone la norma, *su* norma. Como si en el mundo moderno alguien ganara sin condiciones, o como si el poder le fuera advenido al “ganador” con el carácter de investidura divina, como si no fuera necesario luchar para conservarlo. Esto no significa, desde luego, aceptar que los cambios sociales, las “revoluciones”, consisten en edición de normas. La objeción no tiene seriedad. Una cosa es decir que el derecho es un espacio político y otra cosa es aceptar que las revoluciones se consuman en los parlamentos o en las asambleas constituyentes.
- h) El derecho entendido como forma normativa de existencia de las relaciones sociales, permite advertir que hay amplios sectores normativos que, como las relaciones sociales cuyas formas constituyen, no son conflictivos. Nadie acertará a explicar cómo la

evicción es un instrumento con que la burguesía explota al proletariado. Ni nadie conseguirá mostrar cómo el matrimonio tiene que ver con las relaciones capitalistas más que con otras. Lo cual no implica que no sea, por su parte, forma normativa de relaciones sociales a través de las cuales se ejerce el poder de los hombres sobre las mujeres, por ejemplo.

1. Que el derecho es la forma normativa de existir las relaciones sociales, implica preguntar por la génesis de esa forma. Y en la medida en que la forma normativa es forma ideológica de apropiación del mundo, trae inmediatamente al centro de la cuestión el papel de los intelectuales que “producen” las normas en concreto, y las representaciones acerca de ellas. El estudio en concreto de las instituciones implica a los juristas que las construyen; esto es, implica la historia de las ideas jurídicas como elemento central de la explicación del aparecer normativo concreto de las relaciones sociales. La teoría del reflejo, en cambio promovía la idea de la escasa importancia de los juristas que eran algo así como “objetos” del sucederse de las relaciones sociales.

Estos apuntes constituyen sólo eso: apuntes del estado de la cuestión en torno al marxismo y el derecho. De lo dicho hasta aquí difícilmente puede decirse algo mejor que esto: se trata de algo muy discutible. Pero es que, a mi juicio, el marxismo está empantanado en este lodo que le ha resultado lo jurídico. Y sólo recurriendo al aporte de otras fuentes culturales es posible avanzar más allá del tema “estructura-superestructura”. Y esas fuentes culturales no marxistas son, entre otros, a mi juicio, pensamientos como el de Freud y el de Kelsen. En lo que sigue trataré de acercarme a éste último.

V. Kelsen, la ciencia jurídica contemporánea y el marxismo

“La confrontación de la teoría pura del derecho con la sociología marxista del derecho no ha de despertar esperanzas infundadas. No se trata de compensar las unilateralidades externas de la teoría pura del derecho con una sociología del derecho de cuño marxista, puesto que esto significaría aceptar la teoría pura del derecho en principio y dejarla en vigencia después de aplicarle algunas reformas y ampliaciones. Una sociología del derecho fundada en el materialismo dialéctico e histórico sólo puede tener por objeto explicar esa ideología jurídica como expresión de hechos sociales. . . La sociología marxista del derecho se interesa, pues, por la teoría pura desde el punto de vista de la crítica de las ideologías”²².

Como puede verse, parece que una aproximación de Kelsen desde el marxismo no tiene otra alternativa que resultar completamente heterodoxa. . . sin embargo a mi juicio el marxismo tiene que aceptar los resultados

²² Johan Hagel, “Teoría pura del derecho y sociología marxista del derecho” En *Varios, Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Ed. Temis, Bogotá, 1984, pp. 117 y 118.

de las ciencias jurídicas contemporáneas, las cuales tienen a Kelsen como referente. Y más aún: en su conjunto, es mi opinión, la teoría pura del derecho es perfectamente compatible con el marxismo. Y todavía más: el marxismo *necesita* incorporar el pensamiento de Kelsen a la crítica jurídica. En este capítulo tocaremos sólo algunos temas kelsianos para confrontarlos con las ideas en los capítulos I y IV de estos apuntes.

1. *Sociedad y naturaleza*

Kelsen ha hecho grandes esfuerzos para explicar su punto de vista acerca de la distancia entre Naturaleza y Sociedad, y entre ciencias naturales —en la que incluye a la sociología, al del derecho inclusive—, y ciencias sociales, que para él son las normativas. A medida que más se reflexiona acerca de esta posición kelsiana, resulta más absurdo y simplificador dejar la cuestión con el pretexto de que eso proviene del neokantismo de Kelsen. Y a medida que más se reflexiona sobre este punto, menos lejano aparece Kelsen de Marx.

Kelsen ha planteado este tema —la diferencia Naturaleza-Sociedad— como una cuestión epistemológica.

“Si se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad, como distinción entre los diferentes objetos de esas ciencias. . .”²³

Este texto se encuentra en la primera página de su obra más conocida, con lo cual se muestra la importancia que tiene en su sistema científico. En el texto se advierte que su preocupación es *ubicar* a la ciencia jurídica en un esquema de clasificación de las ciencias. Pero tal clasificación se funda, para Kelsen, en una distinción entre los objetos de la ciencia. Ahora bien; entre Naturaleza y Sociedad, ¿existe una distancia ontológica? En otra parte dice:

“Pero Adler se cierra a esta comprensión por el hecho de que interpreta mal la oposición entre *ser* y *deber* —que es una oposición en el interior del conocimiento, y que significa dos diversas posiciones *problemáticas*, dos diversas direcciones cognoscitivas. . .”²⁴

En este texto la distancia entre Naturaleza y Sociedad aparece como epistemológica más que como “real”. Que la diferencia es sólo a nivel del conocimiento, parece apoyado por este otro texto:

“La sociedad y la naturaleza, concebidas como dos diferentes sistemas de elementos, son los resultados de dos métodos diferentes de pensar y sólo en cuanto tales dos objetos diferentes. Los mismos elementos puestos en conexión conforme al principio de causalidad,

²³ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Ed. UNAM, Méx. 1982, p. 15

²⁴ H. Kelsen, *Socialismo y estado*, ed. cit., p. 182, nota 2.

constituyen la naturaleza, conforme a otro, a saber, un principio normativo, constituyen la sociedad”²⁵.

Sin embargo en otro texto dice:

“Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos con la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el mundo jurídico ha sido establecido por la autoridad pública, es decir por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intención semejante”²⁶.

En este texto la diferencia entre ciencias en general y ciencias sociales-normativas, se asienta en un particularidad del objeto, no en un “punto de vista”. Esta particularidad consiste en que las normas —objeto de la ciencia social-normativa—, es un objeto *creado* por el hombre, por “un acto de voluntad” dice, mientras que el objeto de las otras ciencias “es independiente de toda intervención de esa naturaleza”.

Como se ve, no aparece claro si se trata de una cuestión epistemológica o de una diferencia ontológica.

Este tema, por otra parte, no es otra cosa que una manera de exponer la diferencia entre ser y deber: una cosa son los hechos naturales, incluidos los humanos, y otra cosa el sentido que esos mismos hechos tienen conforme a una norma que se refiere a ellos. La distancia entre ser y deber aparece entonces como una distancia entre ser y pensar, entre hechos e ideas.

¿Qué diría Marx? O mejor, ¿qué textos marxianos pueden confrontarse con éste? Por ejemplo, el siguiente muy conocido:

“Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales, y las formas jurídicas. . .”²⁷

El texto no podría ser más similar a uno escrito por Kelsen, si bien es difícil creer que Marx estaba aquí pensando en confrontar dos tipos distintos de ciencia. Pero lo más notable sería advertir que también para Marx lo social es producido por el hombre. Sin duda hubiera tenido que aceptar que, a diferencia de los fenómenos naturales, las normas son creadas por un acto de voluntad humana. Claro, frente a ese texto Marx hubiera dicho, posiblemente, que lo importante no es tanto advertir que las normas son una creación humana, sino preguntarse el porqué de ciertas normas en ciertos periodos históricos. Y además hubiera dicho que también las relaciones sociales como el valor, son resultado de la historia y no fenómenos

²⁵ H. Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, Ed. Depalma, Bs. As. 1945, p. 2.

²⁶ H. Kelsen, *Teoría pura*. . ., ed. cit., p. 91.

²⁷ K. Marx, “Prólogo” a *Contribución a la crítica de la economía política*, citado conforme a *Introducción General*. . ., ed. cit., p. 77

“naturales”. Ya vimos eso. En suma, para Marx, “lo social” es producto del hombre, pero no se reduce a las normas. Además, creía que “lo social” podía estudiarse “con la exactitud propia de las ciencias naturales”, cosa en la que también piensa Kelsen. Y ya vimos que, conforme a los cánones de la ciencia positivista, que exige el trabajo con la empiria controlable experimentalmente, la de Marx no sería una “ciencia” habida cuenta de su idea acerca de lo que permanece oculto (la esencia). Y de hecho, el neopositivismo rechaza al marxismo como no científico. El propio Kelsen dijo innumerables veces que era un “jusnaturalismo”²⁸.

Visto así, el punto de vista de Kelsen y el de Marx no son coincidentes.

Pero la cosa cambia cuando la distancia entre naturaleza y sociedad —“sociedad, como objeto de una ciencia social normativa”²⁹— se instala en el lenguaje. Cuando lo que Kelsen denomina “lo social”, que son las normas, aparecen como esquemas de interpretación que otorgan *sentido* a los actos humanos. Y entonces la postura de Kelsen no puede sino ser aceptada por cualquier jurista que entienda pensar el derecho desde el marxismo.

Esta convicción también la tenía el propio Kelsen, al menos en 1923, cuando publicó *Socialismo y Estado*. En una larga nota, la No. 6³⁰, dice que, con relación a la concepción marxista del derecho y el estado como superestructura, “estoy de acuerdo con el llamado materialismo histórico”. Como para Kelsen el estado y el derecho coinciden puesto que ambos son órdenes de la conducta humana, es decir ambos son *normatividad*, quedan separados, no sólo de la economía, sino de la naturaleza en general. Y recuérdese el texto marxiano donde lo económico puede ser estudiado “con la exactitud propia de las ciencias naturales” a diferencia del derecho. Kelsen dice, en esta nota, que la asunción de la identidad estado-derecho “me parece sugerirla precisamente el punto de vista de la concepción materialista de la historia”, según la cual es necesario diferenciar entre estructura-superestructura. Como se ve entonces, de la dupla estructura-superestructura a la dupla naturaleza-sociedad, según Kelsen, no hay ni siquiera un paso. Y si se acepta que el derecho es la forma normativa de las relaciones, sociales, un modo de apropiación del mundo, un conjunto de normas que otorga *sentido* a las conductas, mucho menos.

No se me escapan las objeciones que pueden hacerse a esta aproximación entre Marx y Kelsen. Pero me parece que tales objeciones no demostrarán sino las limitaciones del marxismo para estudiar el derecho a partir de la dupla estructura-superestructura.

2. Ciencia y crítica jurídica

Kelsen sostuvo hasta la muerte, que su teoría pura fundaba una ciencia del derecho libre de toda ideología, que se acerca, “en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud”³¹.

²⁸ H. Kelsen, *Teoría comunista*. . . , ed. cit. p. 42 y ss.

²⁹ H. Kelsen, *Teoría pura*. . . , ed. cit., p. 100.

³⁰ H. Kelsen, *Socialismo y estado*, ed. cit., p. 187.

³¹ Véase el “Prólogo” a la primera edición de *Teoría pura*. . . , ed. cit. p. 9.

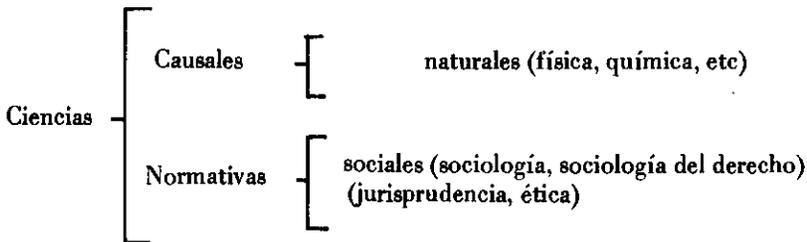
Esta teoría pretende “exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar una respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea”³², pero no cómo debe ser, ni *tampoco por qué es así*. Es obvio, en cambio, que para un pensamiento que, como el marxista, se autopostula como ético-político, lo importante es, precisamente, lo que Kelsen quiere dejar fuera de la ciencia fundada en su teoría.

Las razones que Kelsen tenía para sostener este prurito contra viento y marea, no se fundan, al menos no exclusivamente, en su “amor a la ciencia positiva”, como a veces se ha dicho. Kelsen atacaba fervorosamente al derecho natural y el marxismo *por totalitarios*. Comprendía perfectamente que todos aquellos que se autopostulan como depositarios de una verdad ética superior, son el fundamento ideológico de toda clase de totalitarismos. Y Kelsen era un demócrata.

Muy otra es, en cambio, la actitud de los kelsenianos. Para ellos, al menos para gran parte de ellos, se trata, la objetividad de la ciencia, de un recurso para expulsar de los institutos universitarios que logran controlar, cualquier intento de crítica jurídica, con mayor razón si es de cuño marxista. Estos discípulos del gran demócrata, no son sino apologetas del estado y el derecho “tal cual es y no tal cual debería ser”. Debe, pues, separarse cuidadosamente al maestro de tantos de sus discípulos.

Kelsen nunca sostuvo que, además de la ciencia jurídica, que es ciencia normativa, no pudieran existir legítimamente otras ciencias, como la *Sociológica Jurídica*, que puede preguntarse si los ciudadanos se comportan o no según el derecho, o por qué lo hacen, o finalmente, por qué tales o cuales normas ordenan ciertas conductas y no otras en determinado tiempo o lugar. Incluso será legítima una “Sociología de la Idea de Justicia” que se pregunta acerca de los fundamentos sociales de la idea que los hombres se hacen acerca de cómo el derecho debe ser³³. Todas éstas serán disciplinas científicas perfectamente legítimas, aunque distintas que la ciencia jurídica normativa. Kelsen nunca lo ha negado, aunque sus discípulos parecen juramentados para impedir el arribo de la crítica jurídica marxista a las cátedras e institutos que hegemonizan.

Un cuadro de la ciencias, según Kelsen, resultaría así:



La diferencia entre las ciencias causales y las normativas consiste en que las primeras “aspiran a un conocimiento por leyes causales de los

³² *Ibidem*, p. 15.

³³ Al respecto, Renato Treves, “Sociología del diritto e sociologia dell’idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen”, en *Sociologia del diritto*, No. 3, 1981.

acontecimientos fácticos”³⁴, mientras que “en la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de *imputación* “atribución”³⁵. Al utilizar este principio, el “enunciado jurídico no dice, como la ley causal, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quisás B no se produzca en la realidad”³⁶.

A mi juicio, esta posición de Kelsen es perfectamente compatible con el marxismo. No encuentro ninguna razón que le impida a éste aceptar una ciencia como la que postula Kelsen, en la misma medida que Kelsen no niega que exista la *sociología jurídica* o la *política del derecho*. Por el contrario, Kelsen brinda aquí un aporte inestimable para la crítica jurídica marxista, al que quiero referirme con detenimiento.

Kelsen sostiene que existe una diferencia entre *normas* y *enunciados científicos que describen esas normas*³⁷. Estos últimos son el tipo de enunciados que formula la ciencia jurídica. Pero las normas mismas son *ideología*: “el derecho, en cuanto norma, es decir en cuanto sentido de esos actos diferentes de los actos reales causalmente determinados, es ideología”³⁸. Esto es, una cosa es el *sentido* de los actos humanos, y otra cosa la *descripción* de un sentido, o, más bien, la descripción de las normas que adjudican ese sentido. Pero, y he aquí lo que quiero destacar, otra cosa a su vez distinta, sería ese conjunto de ideas acerca de las normas que son la *ideología jurídica*, cuyo estudio es el objeto propio, específico, de la crítica jurídica inspirada en el marxismo. En suma, la ciencia jurídica tiene por objetivo la descripción de las normas, y la crítica jurídica las ideas acerca de las normas. En cambio nada tiene que hacer la crítica marxista con respecto a la ciencia jurídica en la medida en que, si realmente se limita a lo postulado por Kelsen, y si realmente utiliza sus principios metodológicos, es una ciencia *objetiva*, que describe las normas con la precisión de las ciencias naturales, como diría Marx. De la misma manera que el marxismo nada tiene que decir acerca de la física o la química.

En cambio sí es objeto de la crítica marxista el discurso de los juristas. En realidad el combate teórico-político no es contra “el derecho” —contra las normas— puesto que éstas no van a cambiarse por el hecho de que se las ataque; de lo que se trata no es, para la teoría, de producir un acto de voluntad política que abrogue una ley; de lo que se trata es de una lucha política, ideológica, en contra de la internalización que los ciudadanos hacen de la ideología formulada por los juristas. La abrogación o edición de una ley sería el *resultado* de cierta lucha política, uno de cuyos campos de combate es el ideológico-jurídico. No es tarea, desde luego, de la crítica jurídica, producir actos políticos. Un ejemplo servirá: las normas de derecho del trabajo ordenan ciertas conductas. Según la ideología al uso, esas

³⁴ H. Kelsen, *Teoría pura*. . . , ed. cit. p. 89.

³⁵ *Ibidem.*, p. 90.

³⁶ *Ibidem.*, p. 91.

³⁷ *Ibidem.*, p. 84.

³⁸ *Ibidem.*, p. 120.

normas protegen al trabajador. La tarea de la crítica jurídica es demostrar que, en realidad, lo que se protege es la relación social de compraventa de fuerza de trabajo y explotación de plusvalía, sin que por ello sea falso que los obreros son protegidos en su salario por las normas.

Esto plantea un amplio campo de colaboración entre kelsenianos y marxistas, que, no dudo, será ampliamente rechazado por ambos, sobre todo por los primeros. Lo importante será que los marxistas lo comprendan. Los kelsenianos, habida cuenta de su actitud apologética del estado y el derecho tal cual es, y de su anticomunismo militante, se negarán hasta siempre. Pero seguirán trabajando, publicando sus resultados, que generalmente habrá que aceptar y aprovechar. No podrán evitar esa colaboración.

El marxismo debe reconocer y aceptar esta vital tarea de poner las cosas en su lugar, que se debe a Hans Kelsen.

3. Ideología jurídica y lenguaje

Otro inestable aporte de Kelsen, imprescindible para la crítica jurídica marxista, es el perspicaz señalamiento de la diferencia entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. Un acto humano —dice— puede indicar algo acerca de sí mismo:

“Esta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales, y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí mismo una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido. . .”³⁹

Se trata de lo mismo por lo cual el derecho no es “posterior” a las relaciones sociales: no hay relaciones humanas “mudas” sin el pensamiento acerca de ellas, una de cuyas formas es la normatividad. Lo que Kelsen está diciendo, en lo que nos interesa aquí, es que la norma, además de ordenar una conducta, dice “algo” acerca de cómo el legislador, o la sociedad, vé la conducta ordenada, además, claro, de verla como “debida”.

Es decir, el cientista jurídico se encuentra con una norma —orden de conducta— formulada en un lenguaje que, además “dice” otras cosas. La tarea de ese cientista jurídico, si de la ciencia jurídica fundada por Kelsen se trata, es describir la norma separándola de la formulación lingüística que posea. Esto es lo que ha dado lugar a las lógicas deónticas.

Pero queda a la crítica jurídica la tarea de desmenuzar el discurso de la norma, y denunciar su mensaje oculto. Dicho de otra manera, la *ideología jurídica* existe no sólo bajo la forma de los libros de derecho, los apuntes de clase, las sentencias de los jueces, sino también en el *lenguaje de la norma* misma. Puesto que las normas son escritas por juristas que tienen cierta ideología acerca de lo mismo que están escribiendo. Y cuando la

³⁹ H. Kelsen, *Teoría del Derecho*, EUDEBA, Bs. As, 1974, p. 37.

redacción de las normas no está a cargo de juristas, de todos modos los “le-gos” las formulan en un contexto juridizado.

De tal manera que el “conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumple el conocimiento jurídico”⁴⁰. Aquí Kelsen se refiere sólo a la autoatribución de carácter jurídico que un material puede tener. Por ejemplo, los “hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han declarado una ley”⁴¹. Pero más allá de eso, el discurso de la ley informa acerca de algo más: el mensaje justificador, que oculta la relación social de la que es forma normativa. Esto permite explicar por qué el derecho es eficaz aunque sea “mentiroso”: porque conlleva dos elementos, el objetivo, la norma propiamente dicha, la conducta debida, y el subjetivo, el mensaje mistificador.

La tarea de describir la norma desprovista de ideología, corresponde a la ciencia jurídica. La tarea de develar la mistificación es el objetivo de la crítica jurídica marxista. Un ejemplo servirá. Según el código civil, persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Ya Kelsen dijo que no hay tal “ente”, sino que se trata sólo de una ficción construida por el derecho; que ese concepto no es más que “la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”⁴². Y como esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas. . . , el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la “unidad de un conjunto de normas”⁴³. O, como dice otro autor, “puedo describir entonces mi personalidad jurídica. . . enumerando las normas en que comportamientos míos, o clases de comportamientos que puedo asumir si ocupo ciertas posiciones, tiene deónticamente determinado su carácter y el de sus consecuencias”⁴⁴.

Esto significa, ni más ni menos, la tarea científica de extraer del código civil, y describirlas, las conductas ordenadas. O sea, decantar el material deóntico, desechando la ideología implícita en el discurso de la norma. Pero la tarea de la crítica jurídica es precisamente analizar la ideología portadora del mensaje mistificador, exponerla, explicarla y denunciarla. En el caso concreto de las personas, la tarea de la crítica marxista es exponer el carácter de mercancía que tiene los “derechos” que se “poseen”, y las “obligaciones” que se “deben”. De lo que se trata, para la crítica jurídica, es de señalar las relaciones sociales mercantiles ocultas detrás de la ideología implícita en las normas.

Aquí hay otro fecundo campo de colaboración entre ciencia y crítica jurídica. La crítica jurídica de cuño marxista requiere de la ciencia jurídica de cuño kelseniano, que es la que ofrece el material ya listo para el análisis de la crítica. En los hechos, el retraso del pensamiento marxista hace que

⁴⁰ K. Kelsen, *Teoría pura*. . . , ed. UNAM, cit., p. 17.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibidem*, p. 183. A esta altura del libro, ya Kelsen ha desmitificado la idea de “obligación” y “derecho subjetivo”.

⁴³ *Ibidem*., p. 184.

⁴⁴ Roberto J. Vernengo, *Curso de Teoría general del Derecho*, Bs. As., 1976, p. 270.

sean muy pocos los ámbitos jurídicos donde la ciencia positivista no ha cumplido ya alguna tarea. Por eso, si no se trata de repetir los trabajos ya realizados, los marxistas deben conocer lo mejor posible los estudios positivistas.

4. *El derecho como sentido*

Para Kelsen, el derecho —y la moral— es un *sistema social* esto es, un “orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres”⁴⁵, cuya función es “obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden”⁴⁶. Se trata, además, de un orden *coactivo*, en el que la coacción está *socialmente organizada*. Este punto de vista es bien conocido. Pero se ha destacado menos esta otra idea de Kelsen: el derecho es un discurso que *otorga sentido* a los actos humanos. Esto le abrió camino a la lingüística dentro del estudio del derecho, incorporando otro cuerpo teórico distinto con métodos propios, y cuyo resultado la crítica marxista debe aceptar y utilizar. Sobre todo cuando se tiene en cuenta que desde hace tiempo los positivistas realizan este tipo de estudios respecto al derecho, sin que los marxistas parezcan haberse dado por enterados.

Si estos apuntes, cuyo carácter de primer ensayo exploratorio no se alcanza a ocultar, tienen la virtud de desfeticchizar las posibilidades del marxismo en el campo jurídico, a la vez que señalar puntos de aproximación con la ciencia jurídica contemporánea, y si además encuentran lectores interesados, sin la pretensión de haber dicho nada demasiado nuevo, han cumplido su objetivo.

⁴⁵ H. Kelsen, *Teoría pura...*, ed. UNAM, cit. p. 38.

⁴⁶ *Idem.*