

Normatividad y transgresión Kelsen y Freud*

Teresa Martínez Terán**

“La pretensión de que lo racional es real es negada precisamente por una realidad irracional, que en todas partes es lo contrario de lo que afirma y afirma lo contrario de lo que es”.

C. Marx: Crítica de la filosofía del Estado
de Hegel

I. Valor ético y valor jurídico en Kelsen

El panorama de la investigación y de la enseñanza del derecho, ha estado dominado desde hace varias décadas, por un enfoque positivista que, pese a sus variantes a veces significativas, no deja de considerar lo jurídico como un campo aislado del resto de los fenómenos sociales, lo económico, lo político, lo psicológico, lo biológico, que sin embargo, se encuentran en estrecha relación con el derecho dándole contenido y orientación. La moral y la religión, concebidas como órdenes normativas, son elementos extraños a la ciencia jurídica desde el punto de vista de la teoría kelseniana del derecho, la que, no obstante, reconoce el vínculo existente entre el derecho y otras disciplinas.¹

La separación entre derecho y moral, a la que Kelsen se adhiere, es una separación histórica, tiene sus antecedentes más claros en la filosofía kantiana y recibe de Comte por la forma en que éste concibe la ciencia y la positividad del objeto de estudio, una fuerte base teórica; no hay que olvidar tampoco que Kelsen elabora sus primeros trabajos en el ambiente vienés de principios de siglo donde, junto a las figuras intelectuales del positivismo lógico, destacaban las de Wittgenstein y la de Freud;

es conocida la concepción que la corriente neopositivista de esa época (atomismo lógico, positivismo lógico, Círculo de Viena) tenía acerca de los valores como elementos subjetivos y metafísicos, y a las normas de conducta, ya fueran jurídicas, morales o religiosas, lo eran. Eran, si se resalta su aspecto abstracto en tanto que *deber ser*, en tanto que deseos de alguien (un hombre, un grupo social, el legislador, etc.) de que se produzca una conducta determinada, subjetividades sin referencia real a un objeto. Decir que un individuo debe ser privado de su libertad en ciertas condiciones, no es hablar de lo que es, sino de lo que debe ser, no tiene ningún significado concreto, es solamente la expresión de un deseo de que debiera suceder así, más no el suceso mismo.

El rechazo general a la metafísica, la negativa del neopositivismo de aplicar la lógica a lo deóntico por tener precisamente ese carácter metafísico, la preocupación por construir un conocimiento rigurosamente científico, el requerimiento teórico de un objeto de estudio positivo sobre el cual se puedan elaborar proposiciones significativas, hacen necesario la definitiva positivización del derecho, su separación en la esfera conceptual como conjunto de normas de carácter obligatorio y coercitivo. Si la teoría del derecho quiere ser considerada entre las ciencias, debe cumplir con los requisitos establecidos para el caso, tanto por lo que se refiere a su discurso como al método y al objeto sobre el cual se desarrollará éste.

Por eso, si la norma jurídica es de todas formas un valor ético en el sentido amplio del término,² si en ella

* Las ideas contenidas en este texto son las líneas básicas y provisionales que intento profundizar en un trabajo más amplio que actualmente estoy desarrollando (nota de la autora).

** Universidad Autónoma de Puebla.

¹ KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982, p. 15.

² *Ibid.* p. 78.

se formalizan los intereses económicos de la sociedad, si es pese a todo voluntad subjetiva o deseo de alguien,³ también es cierto que, por otro lado, es un valor objetivado desde el momento en que el deseo y la voluntad subjetivos se exteriorizan y se expresan en un cuerpo legislativo, desde el momento en que, de acuerdo con lo establecido por el derecho de cada país, entran en vigor, desde que quedan puestas e impuestas para la sociedad. Y si los aspectos morales e ideológicos contenidos en las normas no pueden ser el objeto de una verdadera ciencia jurídica, el otro aspecto sí, es decir, el aspecto formal sí puede serlo por ofrecer las particularidades del hecho empírico, toda vez que las normas son creadas por hechos suscitados en un tiempo y en un espacio.⁴

Kelsen encuentra la universalidad y la constancia de la norma jurídica en su carácter coercitivo, definiéndola como un supuesto enlazado a una consecuencia por medio de la conectiva *deber ser*. Esa consecuencia es la sanción cuya aplicación se apoya en el uso de la fuerza física; en ello radica la diferencia del derecho con respecto a la moral, y no en la idea de que el primero es externo y la segunda interna, pues —según Kelsen— ambos están interesados en estas dos manifestaciones de la conducta humana, y aclara apartándose de Kant: moral y derecho tampoco deben distinguirse “con respecto a *qué* sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en *cómo* ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana. El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido —como se mostró anteriormente— como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta a un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo. . .”⁵

Como Freud, Kelsen cuestiona el imperativo categórico, el primero porque busca sus orígenes y encuentra que es resultado del conflicto entre el ello y el yo, y el segundo porque ve que la fórmula está desprovista de toda significación. Ambos, derecho y moral, son técnicas de control social interesadas en producir las conductas

deseadas, ambos pueden regular las mismas conductas y atienden tanto a la intencionalidad interna del sujeto como a las consecuencias exteriores de sus actos; Kelsen incluso admite la relatividad de los valores morales: lo bueno y lo malo dependerían de diversos factores ideológicos, psicológicos, etc., pero se cuida muy bien de que estas consideraciones queden al margen de la ciencia jurídica, a la que sólo le incumbe el valor jurídico. Si se parte de la existencia de una moral relativa, entonces, “todo derecho es moral, todo derecho constituye un valor moral relativo. . . Puesto que justamente el derecho constituye un valor en cuanto es norma: constituye el valor jurídico que, de consuno, es un valor moral relativo; con lo cual no se dice otra cosa sino que el derecho es norma”.⁶

Pero es en esta consideración kelseniana de que la norma tiene valor jurídico precisamente por ser norma, en donde se centra toda la cuestión: se ha producido una abstracción lógica que desvincula la norma de derecho de la valoración ética de quien la dicta, el deber ser jurídico no tendrá más ni un mínimo de moral, no tendrá nada que ver con la justicia a la que el jusnaturalismo concibe como el fin mismo del derecho, y los juicios valorativos sobre las normas no sólo son extraños sino nocivos para la construcción de una verdadera ciencia jurídica. El derecho acaba de positivizarse, y con él el concepto de *valor* que para los juristas y dentro del campo científico y práctico de su profesión, de ahí en adelante va a significar *le ley*; todo lo que esté en la ley, vale; es decir, es válido. Decir que una norma es válida quiere decir que se encuentra en la legislación positiva porque ha cumplido con todos los requisitos establecidos para ello y éste es el único juicio de valor permitido en la ciencia del derecho, que por otro lado y como lo escribe Kelsen, no es realmente un juicio de valor sino un juicio de hecho.

Se ha definido un discurso, un método, un objeto, que si bien es cierto que contribuyen al conocimiento del derecho positivo y a la práctica del litigio, no ayudan a la interpretación del fenómeno jurídico en toda su integridad, lo jurídico empieza y termina en donde lo quiere la Teoría Pura del Derecho y todo un trasfondo de valores queda oculto. Trás este discurso se desvanece la red de relaciones de dominación que constituye la normatividad social y se marginan del estudio —por lo menos en las escuelas de derecho— los mecanismos por los cuales la moral de un grupo deviene derecho y cómo, esa misma juridicidad (moral de un grupo), se apropia de la conciencia de los individuos convirtiéndose en moral hegemónica: los “valores jurídicos” se vuelven

3 *Ibid.* pp. 22 y 23.

4 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, 1979, p. 60: “Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva, tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales una norma ha sido creada. En realidad no se trata de verdaderos juicios de valor, sino juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. . . dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia”.

5 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982, p. 75 y el texto del mismo título publicado por EUDEBA en 1979, p. 70.

6 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982, p. 78.

éticos al ser introyectados en la conciencia moral individual perteneciente a la instancia psíquica del superyo freudiano.⁷

Fuera de los períodos de transgresión generalizada que vive una sociedad, cuyo ejemplo más clásico es la revolución armada, el resto, o lo que se denomina estado de derecho, resulta propicio para la asimilación de la normatividad vigente por parte de los ciudadanos; son muchos los factores que entran en juego para que este fenómeno se produzca, pero es evidente que la aceptación o validación social del derecho es condición de la eficacia del sistema jurídico en su totalidad.

La distinción entre validez formal del derecho y validez social de las normas jurídicas, permite captar con más claridad el lugar de la ubicación de otros conceptos de la teoría del derecho como el de la eficacia, aceptación, aplicación y efectividad de las normas jurídicas, y hacen necesaria la concurrencia de enfoques teóricos que las revelen en otros niveles de significación que no pueden ser aportados por el esquema formal de la *Teoría pura del derecho*. El psicoanálisis, como concepción y método de interpretación, es uno de los instrumentos que pueden contribuir a explicar las relaciones jurídicas que se establecen en la práctica y que aparecen al margen o aun en contra del derecho positivo; si bien es cierto, como advierte Freud en *El malestar en la cultura*, que la

analogía de sus conceptos no debe realizarse sin atender al suelo en el cual se originaron.

Un orden jurídico es eficaz o efectivo⁸ cuando sus normas son aplicadas en cierto grado, pero muy especialmente —a pesar de las transgresiones realizadas contra él mismo en todos los niveles y con mucha frecuencia por los propios funcionarios públicos— cuando alcanza sus objetivos y logra dar viabilidad al desarrollo económico; pero la eficacia de todo orden se advierte en la medida en que éste es aceptado socialmente. De ahí la necesidad de un discurso jurídico-político que tome en cuenta las aspiraciones populares (que por otra parte ya han sido moldeadas) para que sea capaz de convertirse en el *ideal del yo* de cada uno de los individuos miembros del estado. Preguntar por las motivaciones de la conducta humana es hacer una pregunta psicológica pero también política si atendemos a las observaciones de Marcuse en *Eros y Civilización*, según las cuales las categorías psicológicas han llegado a ser categorías políticas porque en la actualidad y más que nunca la psiquis individual está afectada por el poder público;⁹ preguntarse por los motivos de la conducta es preguntar por el poder y por la forma en que los sujetos¹⁰ actúan, viven y reproducen la sociedad normativa, es acaso buscar el significado social de la transgresión, volver el problema jurídico al punto en donde se genera y encontrar al sujeto oscurecido por el positivismo kelseniano.¹¹

La *Teoría pura del derecho* de Kelsen podría parecer desmitificadora por el cuestionamiento que hace del sujeto jurídico tal como lo concibe la teoría tradicional del derecho que lo equipara con la persona y lo liga con la idea de los derechos subjetivos, en ella el sujeto aparece como el ente libre, autónomo, capaz de autodeterminarse voluntariamente. Lo que Kelsen critica es esta definición de la subjetividad jurídica que piensa al sujeto como categoría trascendente frente al derecho objetivo y como poseedor de derechos independientemente de que se los otorgue el derecho positivo; y se opone a dicha consideración argumentando que el derecho es ante todo coerción, además de ser heterónimo y obligatorio, pues incluso en el área del derecho privado que es donde se presume una mayor autonomía, "sólo encontramos una autonomía en un sentido muy limitado e impropio", nadie se hace a sí mismo sus derechos. En esto la idea de Kelsen coincide con la concepción freudiana de la normatividad como impuesta por la autoridad y que impide la libre satisfacción de los deseos, con la diferencia de que Kelsen resuelve el problema formalmente cuando define: "la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes" (p. 184). Así se niega al sujeto, se le reduce a unidad de normas y no interesa al hombre sino las conductas de ese hombre que son contenido de normas. Lo que Kelsen hace es reproducir con una gran exactitud lo que el hombre es para el derecho moderno, aun cuando no todos los gobiernos de los estados se atreven a reconocerlo; de cualquier modo, esta "aclaración" deja en la sombra

7 Los valores jurídicos establecidos por el derecho positivo son aceptados en virtud de mecanismos externos (la economía, las instituciones, los medios masivos de comunicación, etc.), e internos, entre los que se encuentran los procesos psíquicos que favorecen la internalización de la norma jurídica: los sentimientos de culpa frente a la autoridad, la necesidad de castigo por faltas que se cometieron o que se cree haber cometido y que propician el sometimiento, las conductas sublimadas que ven en el cumplimiento del deber la realización de los ideales más elevados del hombre, etc. Independientemente de que más adelante nos referiremos a estas cuestiones, lo que interesa señalar es que el derecho es alojado en el aparato mental de la mayor parte de los individuos que conforman una sociedad volviéndose en ellos moral positiva. El valor jurídico deviene moral social dominante.

8 Para mayor información en cuanto a la polémica que se da en torno a la eficacia de las normas, puede consultarse el trabajo de A. Jeamm aud en este mismo número de *Crítica Jurídica*.

9 MÄRCUSE, H. *Eros y civilización*, prólogo a la primera edición, Ed. Joaquín Mortiz, México, 1981.

10 En este contexto el término sujeto debe entenderse no como agente libre, ni como el yo consciente, sino como el hombre inserto en las estructuras y sujeto por ellas; en este sentido, decir que el sujeto actúa significa considerar la actuación de los otros elementos a través de él.

11 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982: "Pero ha de recordarse que no es el hombre en cuanto tal, abarcado por una norma quien se encuentra sujeto a la norma, sino siempre sólo una conducta determinada de ese hombre" (p. 27). Otras referencias al mismo problema se encuentran en las páginas 179 y sucesivas de la obra citada.

dando paso a una estructura de relaciones productivas y unificadoras de carácter duradero.

La represión es, de los conceptos psicoanalíticos, uno de los que presentan una vinculación más clara con el derecho. El derecho es, de los factores sociales, el que muestra de una manera más evidente su naturaleza represiva desde el momento en que su función es fijar límites, prescribir (ordenar, prohibir, permitir) conductas, erigirse en dique (Diké, ese concepto griego de justicia), controlar por el empleo de la fuerza física; esa represión externa pone en juego los mecanismos de defensa del individuo que por no enfrentarse al displacer y a la frustración, opta por la autorepresión, la violencia de la autoridad represiva exterior se extiende al interior del aparato psíquico para bloquear la región del inconsciente y mantener allí las demandas pulsionales. Es la forma interna de las prohibiciones y mandatos exteriores, la barrera entre lo inconsciente y lo consciente, entre el *ello* y el *yo* actuando ante la amenaza de rechazo y de dolor. "Todo el esfuerzo de Freud consiste en mantener el proceso secundario dentro del marco de la regulación por el displacer;¹⁹ para ello vuelve a concebir la represión conforme al modelo de la huida provocada por un peligro exterior y regulada por la anticipada representación del dolor. La represión sería una especie de 'evitación (Abwendung) del recuerdo, evitación que consiste en repetir la huida inicial ante la percepción', he aquí el primer modelo y ejemplo de represión psíquica".²⁰ Se trata de un mecanismo de defensa que mantiene alejados de la conciencia todos aquellos recuerdos, imágenes y deseos que provocarían conflictos y angustias mayores.

La descripción del aparato mental a través de estos conceptos corresponde a una descripción espacial o tópica a la que Freud procedió para comprender mejor todos los mecanismos, funciones y conflictos que se operan en la psiquis, pero es importante aclarar que son diferentes aspectos de un mismo yo; el *ello* sería la parte más primitiva del yo, y por su contacto con la realidad exterior se va desarrollando en éste otra instancia perceptiva y racional, que es el yo consciente, a su vez, de su contacto con la civilización y con la cultura —términos usados por Freud en igual sentido—, el yo desarrolla la conciencia moral, que no es más que la interiorización de la autoridad paterna primero y de las autoridades subsecuentes después.

Está por demás insistir en la dificultad de reseñar en unas cuantas líneas todas las implicaciones de las teorías

19 Por proceso secundario se entiende toda la elaboración de la percepción interna y externa que se realiza en el plano de la conciencia, mientras que el proceso primario se opera en el inconsciente.

20 RICOEUR, *Ob. Cit.*

de Freud, así como las vicisitudes por las que atravesó su búsqueda científica de los instintos, lo expuesto es sólo el intento por facilitar el acceso a las consideraciones que siguen.

III. Norma y civilización

En la interpretación de Freud, en la interpretación de sus interpretaciones culturales, cincuenta años después de *El Malestar en la cultura*, el discurso psicoanalítico aparece renovado, vuelto a decir a veces, difuso tras el comentario, ahí donde se pretende explicar el lenguaje, la conducta, el arte, la ética, el poder. Retorno de Freud y malestar que persiste adquieren juntos otra significación. Los signos actuales posibilitan nuevos sentidos en la lectura de sus textos, a la vez que éstos contribuyen en el intento de leer la actualidad. Pero es tal vez la tensión entre la vida y la muerte, como vivencia personal y quizás por ello generalizada, la que lleva a su reencuentro. Debaticido desde muchos y diversos ángulos, por denunciar la ilusión que subyace en la religiosidad, por mostrar las fuentes de la conciencia moral, por declarar que no todos los males del hombre se curan con la abolición de la propiedad privada, por sostener que existe una sexualidad infantil, Freud fue y es acusado de subjetivista por unos y de positivista por otros, de apartarse de la ciencia²¹ y de cientifista, de revolucionario y de reaccionario; "Parece que el destino de sus opiniones fuera el de provocar el escándalo".²²

Y es que independientemente de lo que dice Reik acerca de que a Freud no le importaba ser "rojo" o "negro", sino ser hombre en el mejor de los sentidos, la teoría psicoanalítica sigue siendo un campo desde el cual se piensa el acontecer del hombre. Desde la energética de Freud, construida bajo la influencia del principio de constancia de la física, hasta su filosofía antropológica que culmina con la exposición de los símbolos de Eros y Tanatos, se le puede ver como la bifurcación de una línea en dos preocupaciones fundamentales: la del médico y la del filósofo. De 1930 (año en que se publica por primera vez el *Malestar en la cultura*) a la fecha, muchos signos, y tinta para descifrarlos, han aparecido sobre el malestar freudiano, muchas frases se han agregado, interpretando, aquella última que Freud incorporó al final del texto en 1931 ante la amenaza del nazismo.²³

21 REIK, T. *A medio siglo del malestar en la cultura de Sigmund Freud*, Varios autores, Siglo XXI, México, 1981, p. 127.

22 *Ibid.*, p. 128.

23 Se trata de la muy conocida frase que Freud agregó en 1931 al *Malestar en la cultura* antes de su segunda edición: ¿Pero quién puede prever el desenlace?, frase que deja abierta la reflexión en torno a la lucha de las pulsiones de vida y de muerte.

Si el mundo cambia, si en algo las estructuras sociales se han modificado, si en medio de la tecnología, de la guerra, de la explotación económica, las tensiones se han agudizado y el hombre se ve cada vez más lejos de la realización de sus deseos mientras más se culturaliza, si mientras más se renuncia al deseo, mayor es el número de normas que se formulan para reprimirlo, de diques, de *Diké* como potencia organizadora de la vida social según escribe Braunstein siguiendo a Heidegger,²⁴ y si esta organización abraza el deseo del hombre para adaptarlo a las nuevas exigencias, a lo socialmente deseable, y las normas prescriben nuevos roles para los personajes, ¿qué sentido puede tener para nuestra década el retorno de Freud? Por principio y para hacerle en algo justicia, Freud critica demoledoramente la ilusión, hace ver que es una construcción subjetiva apoyada por los deseos, y nos previene de lo ilusorio que podría ser buscar la solución al malestar de la cultura en el psicoanálisis, ¿quién podrá prever el desenlace de la lucha entre Eros y Tánatos?,²⁵ en esto es pesimista, pero su teoría es un método de interpretación que nos ayuda a comprender el malestar ineludible de la cultura.

El tema del poder, como fenómeno social que implica el psiquismo en tanto que es actuado por sujetos, es el lugar en donde confluye la lingüística, el materialismo histórico y el psicoanálisis, en la medida en que conciben al sujeto como precedido por las estructuras e inserto en ellas; lo subjetivo aparece entonces como resultado de las determinaciones lingüísticas, como criatura de las relaciones sociales,²⁶ como adquiriendo significado mediante el deseo del Otro. Enfoques que con sus definiciones teóricas y todo, mantienen una constante: la de la dominación.

Ricoeur nos recuerda que el psicoanálisis es método de interpretación y técnica terapéutica, posibilidad que se fundamenta en la intersubjetividad de las situaciones psíquicas, el deseo no es algo que se produce aisladamente, está en relación con lo *Otro*, frente a lo cual se reprime o se desliza hacia otros objetos, es este rechazo el origen de la represión y de la culturización del yo, es también esta frustración de la no realización del deseo lo que a nivel del inconsciente produce displacer y orienta al sujeto a normativizarse, es decir, a erigirse un superyo que se autocensura. Dice Ricoeur: "Dicho de otro modo, el deseo no está solo, tiene su otro que es la autoridad. Más aún, siempre ha tenido su otro en lo represor, un represor

que está dentro de él. . . El hombre de la moral es ante todo un hombre enajenado, que sufre la ley de un amo extraño como soporta la ley del deseo y como soporta la ley de la realidad".²⁷

Pero no sólo en el deseo y en sus consecuencias morales se manifiesta el intercambio afectivo del hombre, también se descubre en el sentido de los sueños, ya que los símbolos oníricos no se producen en la fantasía individual, sino que son extraídos del mundo exterior, concretamente del folklore, de los refranes, de los mitos, y de otras formas culturales de la humanidad, y el hombre los recoge en su inconsciente para realizar en el sueño los deseos más arcaicos y primitivos. En general todos los productos de la cultura: la religión, el arte, la moral una de cuyas formas es el derecho, etc. . ., pueden ser analizados desde esta óptica e insertos en la vertiente de las dos grandes pulsiones que rigen la vida de los hombres: la pulsión de vida, *Eros*, elemento unificador, socializante, constructivo, impulsor de la energía hacia conductas normales y positivas, y la pulsión de muerte, *Tánatos*, destructiva y autodestructiva, energía que toma en ocasiones la forma de sado-masochismo, la anticultura por excelencia, el odio por la contraposición al amor que es Eros.

Un primer acercamiento podría tentarnos a esbozar la hipótesis de una gran disyuntiva en el terreno de la ética: por una parte la normatividad impuesta al individuo y a la especie por la cultura, impulso que lleva a crear y a comportarse de acuerdo con los intereses de la civilización reprimiendo todas aquellas conductas que la deterioran, calificándolas de anormales, y por la otra las actitudes consideradas como anticulturales que se salen de los márgenes impuestos por esa normatividad oponiéndosele y negándola en la propia negación de sí mismas, el nihilismo como actitud vital, la muerte como manifestación de vida; *Eros* como cultura y norma y *Tánatos* como instinto y destrucción. Pero claramente se advierte que no es así, que en la civilización hay también destructividad, y que en las manifestaciones instintuales y antinormativas hay libido, que *Eros* y *Tánatos* están mezclados.

En *Nada que sea más siniestro que el hombre*, Néstor Braunstein aborda esta cuestión, no coloca —como hacen otros estudiosos de Freud— la pulsión de vida opuesta a la de muerte, no se trata de que lo creativo, lo vital, lo optimista se oponga a lo destructivo, lo agónico, lo pesimista, sino que ambas cosas se mezclan en lo que llamamos cultura, ahí se manifiesta también la pulsión de muerte en forma de autoconservación. La cultura también es aniquilante, también destruye a la naturaleza y al hombre, porque no hay explotación de la naturaleza si no es en base al trabajo humano, y este trabajo también

24 BRAUNSTEIN, N. en su artículo "Nada más siniestro que el hombre" publicado en *A medio siglo del malestar*. . ., pp. 216-217.

25 FREUD, S. *El malestar en la cultura*, Ob. Cit., T. III, p. 3067.

26 Este tema es abordado por Braunstein en *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis (hacia Lacan)*, Ed. Siglo XXI, México, 1982.

27 RICOEUR, P. Ob. Cit., pp. 153 y 392.

es aniquilado. Según Braunstein en esto consiste lo siniestro del hombre, un siniestro que significa salirse de lo familiar, ruptura de límites, para pasar a ser violencia y transgresión; muestra lo anterior recurriendo a la mitología freudiana: el héroe trágico, transgresor absoluto, es condenado por la comunidad a la culpa y al castigo por haber transgredido las normas. De ahí que el hombre esté impregnado de ley. "El poder de la naturaleza rodea al hombre, el poder de la palabra y de la ley lo impregna".²⁸

Para darle inteligibilidad a su teoría, Freud construye una hipótesis científica que desde el punto de vista filogenético²⁹ intenta darle coherencia a estos conceptos psíquicos que de otro modo podrían parecer inconexos: en la organización social más antigua de la humanidad existían las prohibiciones del incesto y del parricidio; la horda original era dominada por el padre que imponía esas restricciones a los hijos, y de esta manera les estaban impedidas las relaciones sexuales con las mujeres miembros de la misma tribu; estas interdicciones hicieron que al sentimiento de amor que experimentaban por el padre, se sumara el de hostilidad, hasta que los hijos se unieron y le dieron muerte; la horda fraterna viene entonces a sustituir a la horda paterna, pero el remordimiento por el crimen cometido hace que incorporen como normas fundamentales de su organización las mismas prohibiciones instauradas por el padre: la del incesto y la del parricidio. Tales son las normas comunes a los pueblos totémicos; más tarde, "A la prohibición de matar al totem, que es de naturaleza religiosa, se añade ahora otra de carácter social, la del fratricidio, y transcurrirá mucho tiempo antes de que esta prohibición llegue a constituir, sobrepasando los límites del clan, el breve y preciso mandamiento de 'no matarás'".³⁰

Freud está de acuerdo con Frazer en que la ley no prohíbe sino aquello que los hombres serían capaces de realizar bajo el impulso de alguno de sus instintos. Lo que la naturaleza castiga no tiene necesidad de castigarlo la ley: así, lo que se encuentra prohibido por la ley es lo que muchos hombres realizarían fácilmente por inclinación natural. De la instauración de estas normas arranca la cultura, la civilización. "La sociedad reposa entonces sobre la responsabilidad común del crimen colectivo, la religión sobre la conciencia de la culpabilidad y el remordimiento, y la moral sobre las necesidades de la nueva sociedad y por la expiación exigida por la conciencia de la culpabilidad".³¹

28 BRAUNSTEIN, N., artículo: "Nada más siniestro que el hombre", en *A medio siglo del malestar*. . . , p. 201.

29 Para la mejor comprensión de los conceptos de filogenético y ontogenético, se puede recurrir a la clara definición que da Herber Marcuse en *Eros y civilización*, Ed. Joaquín Mortiz, México, 1981, p. 35.

30 FREUD, S. *Totem y tabú*, Ob. Cit., T. II, 1841.

31 *Ibid.*

Esta hipótesis que Freud mismo califica de apariencia tan monstruosa, encuentra sin embargo coincidencias con lo que ontogenéticamente el psicoanálisis ha descubierto en la infancia del hombre, es decir, con las características del complejo de Edipo, con la diferencia de que el niño no realiza el crimen del padre sino que tan sólo lo ha deseado en su inconsciente, dando paso al sentimiento de culpabilidad y a la formación de conductas ambivalentes. La hipótesis coincide también con la organización totémica; en las sociedades primitivas, el totem, que por lo general adopta la forma y el nombre de un animal, representa al padre, y existe en el clan la prohibición de consumirlo. Sin embargo se celebran ceremonias en su honor, y una de ellas es la comida totémica, día de fiesta en el que se levanta esta restricción y toda la tribu puede devorar al totem.

El hecho se ilustra además, con la referencia a la tragedia griega contenida en *Totem y Tabú*, en la que se compara al padre primitivo con el héroe trágico quien debe pagar la culpa por haberse revelado contra una autoridad divina o humana, mientras el coro de la tragedia proyecta sobre las espaldas del héroe el sentimiento de su propia culpa, de la cual se descarga cuando es castigado.

IV. El derecho en la civilización actual

Ejercicio del poder y norma, Estado y derecho en el mundo moderno, estado de derecho, son dos caras de una misma pieza funcionando como organizadores sociales, como control jurídico y represión de la agresividad mediante el monopolio de la fuerza. Para esto se auxilian de otras instancias ideologizadoras, muy fundamentalmente de la familia, ese núcleo al que le corresponde integrar a los nuevos miembros de la sociedad al sistema de interrelaciones y que es básico para la formación del superyo, pero que también dota de un nombre el individuo y de los modelos ideales conforme a los cuales habrá de desarrollarse su conducta. La familia crea al sujeto y lo organiza conforme a las necesidades de la sociedad, socializa el deseo reprimiéndolo, desliza su energía hacia actividades útiles o simplemente inofensivas para la civilización.

Sólo mediante un gran trabajo de abstracción y deslinde es posible ver a la *norma jurídica* como algo puramente empírico y ajeno a la subjetividad, por más que Kelsen trate de opacar la voluntad subjetiva de normar con el argumento de que tomar este factor en cuenta sería caer en el psicologismo. Ciertamente que él no niega que la norma contiene un elemento subjetivo: el acto de voluntad de que es expresión, el *deseo* manifiesto de que las conductas de otros se produzcan en tal o cual sentido, pero en su concepción la norma no es la voluntad misma,

sino ese sentido de esa volición presente en la validez formal del ordenamiento jurídico positivo. El argumento no es falso pero deja en la oscuridad que el sentido de volición que se objetiva en norma, es el deseo de la autoridad que se impone por la fuerza y que se convierte en moral en virtud de su aceptación por el psiquismo individual.

Por otro lado Kelsen toma la voluntad en su sentido individual, cuando dice que la validez de la norma perdura por encima de la voluntad de quien la creó, trátase del legislador (porque haya muerto) o de quien sea; en cambio, desde la perspectiva freudiana se habla de la voluntad de la cultura, de la voluntad de la autoridad social. Desde las primeras etapas del niño el deseo es ya un deseo moldeado por la sociedad. La ley prohibitiva que se introyecta traduce una voluntad social, su carácter es cultural y sobre este signo se interpretan las subsecuentes restricciones. Se trata de los límites impuestos por la comunidad que expresan los deseos y los intereses de la autoridad y que se oponen al deseo originario, auténtico del hombre. Podemos decir que la norma es deseo del otro opuesto al deseo del *Ello*. Sólo un señalamiento: las voluntades normativas están condicionadas por las necesidades de cada etapa del desarrollo social.

Kelsen también niega al sujeto, pero esta negación no significa la desaparición de la subjetividad, sino más bien, que "la subjetividad se ha convertido también en una institución".³²

El derecho sirve a la autoridad en su propósito de constituir un sujeto productivo que acate las normas en beneficio de la comunidad, al mismo tiempo que estimula la afirmación de la individualidad y se exalta el status personal. Este triunfo personal vendría a ser la sanción positiva con que la sociedad reconoce a los que han alcanzado los elevados fines que corresponden al *ideal del yo* dominante, es decir, a los que se han ajustado a las normas por lo menos aparentemente. Esto último requiere de una explicación. El derecho que no fuera obedecido no se sostendría, pero sin su transgresión parcial, tampoco tendría sentido. Entonces, a manera de presupuesto, diremos que el derecho encierra los límites de tolerancia de su propia violación, y que en ocasiones, es a través de ésta como se solidifica y fortalece, su inobservancia, como en el caso de la corriente generalizada, no sólo se tolera sino que se quiere, porque lejos de afectar su función de "técnica de control social", contribuye a revitalizarla. Es aquí donde el derecho aun en el caso de ser violado, genera *ilusión*, entendiendo esta en el sentido freudiano de creencia animada por un deseo.

Se trata de la ilusión de la individualidad correlativa del concepto jurídico-político de igualdad, la ilusión de

que todos pueden participar del sistema y de sus beneficios recurriendo al soborno, al "influentismo", al "amiguismo", resquicios que ofrece el sistema jurídico para satisfacer por lo menos en parte, los anhelos individuales de afirmación por el poder, sustitución de los deseos de originarios y prohibidos por los deseos moldeados por el sistema y ocultamente permitidos. Es la transgresión eficaz velada tras el discurso jurídico oficial, la tolerancia de conductas que no subvierten el orden porque van en su mismo sentido y porque desfogon la energía inhibida por la represión en otras esferas de la vida cotidiana, y todo esto es, de tanto permitirse "secretamente", la existencia de un "derecho" marginal no legislado pero que opera prácticamente con la única condición de que no se haga público en ningún momento; por el contrario, las declaraciones políticas del grupo dominante, el discurso normativo, la teoría del derecho, lo niegan constantemente como medida de legitimación, y si resulta necesario, como en el caso de México, se levantan consignas (la "renovación moral" agitada por el presidente actual), tendientes a alimentar la otra ilusión, que podríamos llamar ilusión consciente, de que efectivamente, por el respeto de las normas, se logran los objetivos y beneficios comunitarios.

Cuando en realidad el alto status personal, el prestigio social, la impresión de que se ha alcanzado el *ideal del yo-ideal social*, es el resultado de las diferencias creadas por estas prácticas y operadas lo más clandestinamente posible, si no en todos los casos, si en muchos de sus más claros ejemplos. Si bien es cierto que subsiste, como parte de la ilusión, la creencia de que todo aquel que lo quiera y que se lo proponga, podrá aspirar y lograr el mismo status y hacerse merecedor del reconocimiento social, en ello estriba la igualdad. Lo que esta óptica pone de manifiesto, son las relaciones de dominación que se tienden en los ambientes judiciales en cuanto a la transgresión del derecho: las ilusiones que se crean en torno a la participación de los ciudadanos en el poder en virtud de su posibilidad de influir en las decisiones por medio del soborno, etc.; la forma en que estas ilusiones y por ende su transgresión, contribuyen a la eficacia del sistema jurídico de las sanciones toda vez que en las relaciones de dominación como en el litigio, existe un vencedor y un vencido, y que esta desigualdad, producto de las diferencias sociales, redundando en nuevas diferencias.

La negación que la *Teoría pura del derecho* de Kelsen hace del sujeto cuando dice: "Pero ha de advertirse que no es el hombre en cuanto tal, abarcado por una norma, quien se encuentra sujeto a la norma, sino siempre sólo una conducta determinada de ese hombre",³³ o cuando más adelante escribe: "En el conocimiento dirigido a las

32 ROZITCHNER, L. en *Freud y los límites del individualismo burgués*, Siglo XXI, México, 1979, pp. 20.

33 Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982, pp. 27 y 179.

normas jurídicas no interesan —lo que debe subrayarse permanentemente— los individuos en cuanto tales, sino sólo determinadas acciones y omisiones de los mismos, determinadas por normas jurídicas, configurando el contenido de las mismas”,³⁴ oculta la red de relaciones intersubjetivas que se teje en las normas y traduce el espíritu del estado capitalista que además, pone en juego muchos otros recursos posibles para hacer más efectivo el control social y la productividad. Juego que los elementos psicoanalíticos ayudan a interpretar puesto que tiene que ver con lo que no aparece dicho en los discursos normativos ni en los de la ciencia jurídica.

La fetichización del derecho tiene lugar en la psíquica. El fetiche, que para Freud era la sustitución de un objeto que se ha perdido por otro al cual se le atribuyen las cualidades de aquel,³⁵ es tomado en el caso de la crítica del derecho en el sentido de mito; fetichizar al derecho es convertirlo en un mito, tomarlo por lo que no es en realidad, ya que se está empleando el término mito no en su significado positivo de revelación de algo sagrado sino como distorsión, como elemento negativo que oculta intencionalmente el verdadero sentido de las cosas. Habría que decir que en el caso del derecho ambas interpretaciones del mito no se contraponen; en la medida en que el derecho no manifiesta todas sus funciones sino sólo una parte de ellas (la de regular las relaciones y la conducta externa de los individuos para proteger el interés común y las libertades individuales), es “vivido” o “visto” por la conciencia jurídica espontánea como tabú,³⁶ como algo sagrado, peligroso, prohibido.

Esta afirmación no se contradice con la otra expuesta anteriormente de que el derecho es violado en todos sus niveles; siendo el orden jurídico la prolongación de la autoridad hasta el superyo, hace emerger sentimientos ambivalentes de hostilidad y de sometimiento y aviva la tentación de participar de su “misterio” transgrediendo. Respecto a esto son interesantes las consideraciones que Freud hace en *Totem y tabú* acerca del tabú de los soberanos.

Los conceptos de *igualdad*, *libertad* y *voluntad* que se manejan en la teoría del derecho y en la normatividad jurídica, no son, como ya ha sido escrito,³⁷ falsos, responden a la igualdad económica que en el capitalismo es intercambio equivalente de mercancías llevadas “voluntariamente” al mercado, pero la desfetichización del de-

recho no se logra si partimos de él para arribar al fetichismo económico del dinero y de la mercancía, pues estas relaciones de intercambio, tal como Marx la explica,³⁸ son efectivamente igualitarias y voluntarias desde el momento en que el sistema burgués de cambio de valores cancela las diferencias tanto de los individuos que se enfrentan para cambiar, como del valor de uso de las mercancías que se intercambian; pero, si en la relación de intercambio no se muestran las diferencias, ello no quiere decir que desaparezcan; por el contrario, son su presupuesto, pues por esas diferencias es posible el cambio voluntario de los individuos en condiciones de igualdad: “Igualdad y libertad son por lo tanto, no solamente respetados en el cambio que se basa sobre valores de cambio, sino que el cambio de valores de cambio es la base productiva, real, de toda *igualdad* y *libertad*. Como ideas puras son meras expresiones idealizadas del mismo; en cuanto desarrolladas en relaciones jurídicas, políticas y sociales, son solamente esta base en otra potencia”.³⁹

Esta irrupción de Marx, que podría dar la impresión de romper con la temática del trabajo, es necesaria para mostrar cómo el descubrir la relación de la economía con el derecho no resuelve por sí mismo el problema del fetichismo dado que las relaciones económicas están mitificadas también y que la “igualdad”, “libertad” y “voluntad” económicas están plagadas de contradicciones. No es que esa línea de investigación que busca la esencia de lo jurídico en lo económico sea inútil, sino tan sólo que la respuesta al problema del fetichismo jurídico y de todos los fetichismos quizá, habría que buscarla en el aparato psíquico afectado por la realidad material y la estrategia del poder. La pregunta seguiría en pie: ¿Cómo actúan las normas en el interior psíquico para apropiarse de la subjetividad y convertirse en un fetiche en la conciencia? El carácter de tabú, de lo sagrado del derecho se evidencia en que es vivido como algo poderoso y extraño, peligroso y ajeno, y eso hace que se pierda de vista su historicidad, la posibilidad de su transformación.

En el punto de la transformación del derecho es donde cabría el análisis del significado de la transgresión. La inobservancia de la ley le va imprimiendo movilidad y orienta los cambios en algún sentido, a veces muy lentamente, en ella se capta el espíritu de la época y su transmutación, la propuesta de nuevos valores y por lo tanto de nuevas normas proviene por lo general de grupos minoritarios y su futuro dependerá de su capacidad para convertirse en el ideal del yo de cada uno de los miembros de la masa, y a la vez de que puedan competir con un “principio de realidad” dado por el sistema y arraiga-

34 *Ibid.*

35 FREUD, S. *El Fetichismo*, Ob. Cit., T. III, p. 2993.

36 “El tabú para nosotros significa lo sagrado o consagrado, y lo inquietante, peligroso, prohibido e impuro”. Características del significado del término dadas por Freud en *Totem y Tabú*, Ob. Cit., T. II, p. 1758-60.

37 CORREAS, O. Capítulo sobre el Fetichismo jurídico en *Ciencia Jurídica*, Universidad de Sinaloa, México.

38 MARX C. *Grundrisse*, Ed. Grijalbo, Obras Completas, V. 21, pp. 185 y relativas.

39 *Ibid.*, p. 186.

do fuertemente en el modo de vida de la comunidad. Hay que señalar que no toda transgresión implica cambio de valores y menos aun que se realice con conciencia del proceso que sigue la normativización; un beneficio personal, "la anomia del loco" que satisface sus instintos porque sencillamente carece de conciencia moral o no acepta la dominante, la transgresión del héroe o delincuente político como la llamó Freud que consiste en un acto público porque busca subvertir el orden y crear conciencia a pesar de que ella misma no es necesariamente conciente, y la transgresión colectiva cuyos protagonistas pueden ser grupos o masas y en la que se observan los fenómenos del contagio y de la identificación.

La concepción freudiana del aparato mental y de que la conciencia ocupa sólo una parte a veces muy pequeña del *yo*, debiera ser analizada con relación al bosquejo anterior de la transgresión, muy especialmente tratando de desarrollarlo considerando a la revolución social entre las formas de la transgresión colectiva y tomando, entre los puntos centrales del análisis, los siguientes elementos de tal concepción: a) la de que la conciencia (*superyo*) nos hace cobardes, valga para la explicación de esta afirmación lo expuesto anteriormente acerca de esta instancia representante de la autoridad, y principalmente las investigaciones de Freud en el *Yo y el Ello* donde muestra que la conciencia va de la percepción de la realidad a la instancia moral; b) la idea de que la "conciencia transgresora" de las masas es transitoria; de que se produce bajo la influencia del contagio y en un estado similar a la hipnosis provocado por el líder. "Pero hallamos aún otro caso más singular. En nuestro análisis averiguamos que hay personas en las cuales la autocritica y la conciencia moral —o sea, funciones anímicas—, a las que se concede un elevado valor, son inconscientes y producen, como tales, importantísimos efectos";⁴⁰ c) por último habría que reflexionar sobre la idea de que toda moral es heterónoma, que se produce en el grupo social o es dictada

por la autoridad estatal o por grupos más reducidos que introyectan valores y formas de conducta, y que es el deseo del Otro cultural y siempre será restrictiva de las pulsiones.

Por otra parte, la significación filosófica que tienen las teorías freudianas acerca de la conciencia y del aparato psíquico en general, es incuestionable si pensamos en la autonomía de la conciencia de Kant y en las explícitas referencias que Freud hace del imperativo categórico kantiano, o en la mención crítica que cuestiona los conceptos del espacio y del tiempo como formas a priori del pensamiento, dado que el inconsciente está fuera del tiempo y no conoce de contradicciones. Por otro lado están sus relaciones sui géneris con el positivismo al que sigue pero del que en ocasiones se separa de manera escandalosa para seguir sus curiosidades intelectuales hasta sus últimas consecuencias. Su escepticismo acerca de un futuro paradisiaco en el que coincidan la necesidad y la libertad, es decir, un futuro en el que se resolviera la eterna lucha de los instintos con la cultura, de la destrucción con la unificación creadora, de la vida con la muerte.

Si el derecho es moral relativa de un grupo que se vuelve ley por la fuerza, también es cierto que es moral oficializada que se legitima mediante recursos internos y externos. Así aparecen en la conciencia como ley autónoma a pesar de ser la ley del Otro. Se vuelve mito mientras que por otra parte se le transgrede, porque este mito, como los tabús de los primitivos, también es sacralizado y los "días de fiesta" del totem sagrado del derecho indican que todos, por lo menos una vez en su vida pueden violar el tabú y participar de la comida totémica. Por supuesto que existen los Otros para los que no hay tabús, los "sacerdotes", los jefes, los poderosos poseedores del *mana*, de esa "fuerza mágica" que les permite estar en contacto con el totem jurídico sin ser afectados por el castigo, los que son capaces de crearlo, violarlo y devorarlo siempre que les convenga.

40 FREUD, S. *El "yo" y el "ello"*, T. III, p. 2709. *Ob. Cit.*

JEAN-JACQUES GLEIZAL

Professeur à l'Université des Sciences sociales de Grenoble

Le droit
politique
de l'Etat

Essai sur la production historique
du droit administratif



Presses Universitaires de France