

# KELSEN Y MARX; EL ESTADO, ¿IMPUTACIÓN O SUPERESTRUCTURA?

Oscar Correas

## I. EL ESTADO COMO SUPERESTRUCTURA EN MARX

Resultaría inapropiado repetir aquel célebre texto marciano donde lo jurídico -político aparece como "superestructura" que "se levanta" sobre la base socioeconómica.

Este célebre pasaje ha sido interpretado de muchas maneras, siempre en la búsqueda de superar el callejón sin salida que representa. En efecto, no se trata de algo más que una metáfora en la que el "estado" ocupa un "lugar" respecto de lo otro. Sin duda que, frente al hegelianismo, tal vez resultaba útil reafirmar la idea de que el mundo ideal es sólo una función de la manera como los hombres viven y se reproducen. Sin embargo, inmediatamente quedaba planteada la pregunta obvia: ¿acaso el pensamiento de los hombres no es parte de su vida? Porque dicho así, pareciera que la "vida social" que determina el pensamiento es una clase de vida en la que no se piensa; apareciendo así el pensamiento como "lo otro" de la vida. Siendo, por otra parte, que el lenguaje,

obvio vehículo del pensamiento, es algo tan humano como la "vida social", si es que no resulta precisamente o más humano y "social" que concebirse pueda. En suma, un verdadero problema, este que Marx dejó planteado, sin resolver, y que tampoco resolvieron las enmiendas que el viejo Engels trató de hacerle con aquello de la "última instancia": creyó dilucidar el asunto diciendo que lo socio-económico determina lo ideológico, sí, pero sólo "en última instancia". Lo cual convierte a la base en algo tan relativo, que pierde la aparente sencillez con que estuvo planteada la cuestión al principio.

Tengo para mí que hubiera sido más sencillo tomar la famosa frase como una indicación metodológica, o dejarla de lado totalmente. Pero no hemos hecho eso. Por el contrario, hemos intentado utilizarla como acceso al derecho, perdiendo así la oportunidad de utilizar otros sectores del pensamiento contemporáneo. Y estoy convencido de que en Kelsen se encuentran indicaciones interesantes para entender mejor la propuesta marxiana,

¿En qué sentido podríamos hablar del estado como



"superestructura"? No parece simple. Pienso que no hay escapatoria: toda *superestructura* no puede ser otra cosa que discurso; pero ¿cómo decir que el estado es un "discurso"? Me parece que únicamente siguiendo a Kelsen.

## 2. LA IDEOLOGÍA SEGÚN KELSEN

Kelsen señala que respecto del derecho -recuérdese que derecho y estado para él es lo mismo-, puede hablarse de ideología en dos sentidos. Por una parte, el derecho es ideología en cuanto *sentido* de hechos; por otra parte, si "ideología" es una descripción del derecho, es decir una ciencia, un metadiscurso sobre ese discurso, que lo confundiera con lo que no es, que para Kelsen sería confundirlo con algo, *natural*. He aquí los textos:

...sólo cuando por ideología se comprende todo aquello que no sea una realidad determinada por una ley causal, o una descripción de esa realidad, sólo entonces el derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de estos actos diferente de los actos reales causalmente determinados, es "ideología".

Hay que recordar la diferencia entre naturaleza y sociedad y entre imputación y causalidad, que Kelsen ha tratado justamente antes de estos textos. Según esto, sería ideología todo aquello que no sucede en el ámbito de la causalidad, que comprendería los fenómenos socioeconómicos, pero también los fenómenos del pensamiento en tanto que éstos podrían ser estudiados sociológicamente, es decir, como determinados causalmente, precisamente por los fenómenos naturales, económicos e históricos, como dice en algún lugar. Pero Kelsen hace un esfuerzo teórico para diferenciar la normatividad como *efecto* de la vida social, de su estudio en tanto que forma mental: el derecho, por ejemplo, puede ser estudiado sociológicamente, para determinar por qué las normas obligan a eso y no a otra cosa. Por cierto que a su vez, cabría distinguir el problema que presenta la pregunta acerca de *por qué existe el derecho entre los hombres*, que no es lo mismo que preguntar por qué el derecho prohíbe tales y no cuáles conductas. Esta última pregunta corresponde a la *Sociología Jurídica*, mientras que la anterior a la *Filosofía del Derecho*, disciplinas

que, a su vez, es muy difícil diferenciar. Kelsen ataca como *jusnaturalismo* la respuesta a la primera pregunta cuando esa respuesta intenta, de cualquier manera, decir que *tal* contenido concreto de un sistema jurídico o de algunas de las normas que lo componen, se corresponde con, o surge de la naturaleza. En cambio no ve como jusnaturalista la posición que ve en la naturaleza humana la explicación de la existencia de derecho entre los hombres. El mismo sostiene que el derecho existe porque así lo exige la naturaleza humana, y califica de utópica cualquier posición que sostenga, como la marxista, la posibilidad de que alguna vez desaparezca el estado (o el derecho).

Ahora bien, el estudio de que hablábamos, debe ser distinguido del estudio de las normas en cuanto *sentido* de actos de voluntad que dan *sentido* a las conductas humanas. En este caso la pregunta es acerca de la naturaleza de la normatividad, que no es lo mismo que la pregunta por la explicación acerca del contenido de las normas, ni que la pregunta acerca de por qué existe derecho entre los hombres. Podríamos decir que ésta es la pregunta específica de la *Teoría General del Derecho*, a diferencia de las preguntas de la *Sociología Jurídica* y la *Filosofía Política*. Es decir, el derecho es una ideología porque constituye un contenido de sentido; ahora bien, eso no quiere decir que no pueda explicarse, a partir de la base económica, por qué el sentido es ése y no otro, como sería el caso del tipo de explicación que intenta la *Sociología Jurídica*. Como se ve, todo lo contrario a una propuesta adversaria del marxismo. Lo cual él mismo dice en otra parte.<sup>(2)</sup> El otro texto, es el siguiente: Si por ideología...se comprende...una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto del conocimiento; y si se designa como "naturaleza" no

sólo la realidad natural como objeto de la ciencia natural, sino todo objeto del conocimiento, incluyendo, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho positivo... entonces también la exposición del derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra). Si se considera el derecho positivo como orden normativo en relación con la realidad del acontecer fáctico, que según la pretensión del derecho positivo, debe corresponder a aquél (aun cuando no



siempre le corresponda enteramente); cabe entonces calificarlo como "ideología" (en el primer sentido de palabra). Si se le considera en relación con un orden "superior" que esgrime la pretensión de ser el derecho "ideal", el derecho "justo", y que exige que el derecho positivo se le adecue...entonces el derecho positivo aparece como derecho "real", y, en consecuencia, la teoría del derecho positivo que lo confunda con un derecho natural ...deberá ser puesta de lado como ideológica (en el segundo sentido de la palabra). En este sentido, la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia anti ideológica. (TPD. p. 121).

Hay entonces dos sentidos de la palabra "ideología" en Kelsen, en estos textos:

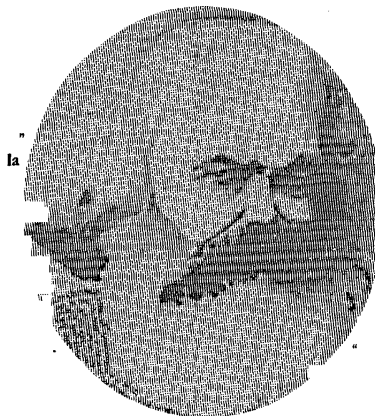
1) Ideología es lo otro respecto de "una realidad natural" o de "una descripción de ella". Es decir, un fenómeno económico no es "ideología"; pero tampoco es una descripción científica de él.<sup>3</sup> "Ideología" significaría entonces, en este primer sentido, todo discurso prescriptivo.

2) En el segundo sentido, "ideología" es un discurso no *objetivo* acerca de un objeto. Este objeto puede ser a) un fenómeno económico, b) un discurso sobre ese fenómeno (se puede constituir a la ciencia económica como "fenómeno" que sucede en el tiempo y el espacio), c) una norma o un conjunto de ellas, d) un discurso acerca de las normas, como lo es el caso de la ciencia del derecho. Este segundo significado del término "ideología" en Kelsen, a mi juicio coincide con el significado atribuido por Marx a esta palabra, cuando la usa como "falsa conciencia" que se opone, al discurso científico. La *ideología*, en Marx como en Kelsen "vela", *desfigura* -dice Kelsen los fenómenos a los que se refiere.

Lo que Kelsen defiende siempre, contra Marx o contra cualquiera, es que el derecho -"ideología" en el primer sentido puede ser objeto de una ciencia, puesto que puede describirse sin "desfigurarlo". En cambio Marx veía a la "ciencia" del derecho como ideología, porque ideología era lo que pasaba por "conocimiento" jurídico. En efecto, lo que el conocimiento acerca del derecho decía de éste era una simple repetición de los conceptos con que se construía el discurso jurídico. Si, por ejemplo, el discurso jurídico dice que una persona es un ente susceptible de adquirir derecho y contraer obligaciones, el jurista tomaba este enunciado como

uno descriptivo de la realidad, y decía que una persona era... y repetía como eco lo dicho en el discurso de la ley. (Desde luego, la situación actual, pese a Marx y pese a Kelsen, no parece haber variado mucho). Obviamente, Marx no podía pensar en "eso" como "ciencia". Pero tampoco lo ha pensado Kelsen, quien ha combatido, más que nadie quizás, este tipo de pseudoconceptos que la ciencia jurídica repite pretendiendo que "describen" el derecho. Ahora bien, Marx veía claramente el efecto "educador" del discurso jurídico y de su eco pseudocientífico, el efecto ideológico precisamente, consistente en forjar la conciencia -"falsa"—de que lo que es además *debe ser* y por eso pensaba tan mal del derecho y los juristas. ¡Pero Kelsen también! Sólo que Kelsen llama a este develar, a esta desmitificación, *ciencia* del derecho mientras que Marx pensaba en la *crítica* de la sociedad capitalista. Pero esto que Kelsen llama ciencia jurídica fundada en su *Teoría Pura del Derecho* —que desde mi punto de vista es una crítica de lo que hacen realmente los juristas apologetas del estado difiere sólo en el nombre de la crítica marxiana del derecho, si atendemos a los pocos textos en que, en *El Capital* o los *Grundrisse*, 4 Marx habla expresamente de conceptos jurídicos. De allí que me parezca similar la concepción kelseniana de la concepción marxiana de "ideología" como falsa conciencia, Pero la cuestión va más allá aún. También me parece que el primer sentido kelseniano de "ideología" es compatible con el marxismo. En efecto, no otra cosa que un cierto acto mental, o discurso, como quiere Kelsen que sea la normatividad, puede ser la "superestructura" que Marx coloca como edificio visible fundado en la base económica. Una cosa es que el *contenido* de ese discurso sea mentiroso, y otra cosa es que *sea discurso*. Sobre la primera cuestión, Kelsen ha defendido que el derecho no "informa" nada acerca del mundo; no dice nada acerca del ser, sino sólo del deber. Es en tal sentido que no acepta que el deber pueda ser "mentira", que las normas no son ni falsas ni verdaderas.<sup>5</sup> En cambio Marx, preocupado principalísimamente por el efecto ideológico del discurso de la ley, no tiene ningún prurito proveniente de la lógica para decir que el derecho es "mentiroso". A mi juicio se trata de una diferencia perfectamente eliminable que permita aprovechar ambos pensamientos.

Ahora bien, entre Marx y Kelsen siempre existe la diferencia crucial consistente en que para Kelsen



"ideología -en el primer sentido es el mundo ideal que él identifica con el deber, con el discurso prescriptivo; por tanto para Kelsen la ciencia, el discurso *descriptivo*, que él cree que puede ser "objetivo", "apolítico", no es ideología. En cambio para un marxismo moderno no cabe creer en la objetividad ni en la apoliticidad, de modo que la ciencia puede ser "ideología" o superestructura en el sentido de ser un acto mental, un discurso. Esta diferencia debe ser tomada en cuenta al aceptar, desde el punto de vista marxista, la posición de Kelsen según la cual el derecho es "ideología" -primer sentido o *discurso*, como creo que es preferible decir hoy, En definitiva, lo que Kelsen aporta a la concepción marxista, o que pueden aprovechar los marxistas, es la claridad con que en Kelsen aparece el derecho -y el estado, por cierto como acto mental, como *discurso*, cosa que no sucede en la metáfora marxiana de la base y la superestructura, donde el derecho resulta sólo visto como "mentira" pero muy difusamente como *discurso* especial.

En el momento en que el derecho aparece como *discurso*, camino abierto por Kelsen, a mi juicio desaparecen los problemas de la relación entre base y superestructura que hacían difícil explicar cómo algo que está determinado por la primera puede al mismo tiempo ser "mentiroso"; o los problemas relacionados con la diferencia entre relaciones de producción y relaciones de propiedad "que no es más que su forma jurídica" como dijo Marx. Se trata simplemente de la relación entre el discurso y su referente. Y lo que el discurso diga de su referente puede ser todo lo apropiado o inapropiado que el análisis del discurso permita establecer.

### 3. AUTORIZACIÓN Y EJERCICIO DEL PODER

Lo que el estado es, en Kelsen, no puede ser cabalmente comprendido sin una exploración exhaustiva de su concepto de *imputación*, que luego cambió por *atribución* e incluso por *imputación atributiva*. Asimismo hay que tener en cuenta el *objetivo* perseguido por Kelsen en este punto crucial de su teoría: persigue la dilución de la idea del estado como una "cosa" que exista como existen los elementos del mundo que él domina *de la naturaleza*. Esta idea se le aparece como el supremo fetichismo, comparable al fetichismo de la mercancía en Marx. Lo que hay que combatir es esta creación humana que luego se vuelve contra el hombre; como los fetiches. Lo que hay que destruir es este temor reverencial frente a este poder que, como en el caso del aprendiz de mago, luego de que ha sido creado por el mismo hombre, se revierte, pero multiplicado, contra su propio creador

para capturar todas sus posibilidades de libertad. Y para ello, es necesario mostrar el procedimiento en virtud del cual el hombre crea este poder que luego se coloca enfrente suyo. Y este es un procedimiento *mental*; y por eso el estado es *ideología*; precisamente como quería Marx, aunque éste sólo llegó a mostrar el mecanismo mental en virtud del cual las mercancías "se ponen de cabeza y rompen a bailar".<sup>6</sup>

Ahora bien, el acceso al concepto de *imputación* se produce por la vía del tratamiento del derecho subjetivo y la capacidad jurídica. ¿Cómo sucede que el estado aparece frente a su creador para dominarlo? ¿Cuál es el mecanismo mental de este proceso? La respuesta es: la atribución que los hombres hacen de ciertos actos que ellos mismos cumplen, a un ente ficticio llamado "estado". Veamos esto.

A pesar de haber tratado este asunto en todas sus obras dedicadas al estado, como *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado* (en adelante PCTJE), *Teoría General del Derecho y el Estado*, (TGEE), y *Teoría General del Estado* (en adelante TGE), su desarrollo más acabado se encuentra en la *Teoría Pura del Derecho* de 1960. Sólo que, como la exposición tiene el orden necesario para destacar la normatividad, lo que puede considerarse teoría del estado debe ser entresacado con cierto cuidado y, desde luego, con intención de encontrarlo, no de pasarlo por alto como hacen muchos pseudokelsenistas.

La primera vez que la cuestión aparece en TPD, es en el tratamiento del derecho subjetivo (pp. 138 y ss). La posición de Kelsen al respecto es conocida: el derecho subjetivo no es más que la cara inocente de la norma; es una técnica propia del derecho de la época del capitalismo, que oculta bajo la idea del *sujeto* que "hace", el hecho de que los hombres, de esta manera, no "hacen" sino que cumplen roles predeterminados. Cuando el hombre, devenido "persona" o "sujeto" por virtud de las normas, realiza "libremente" un contrato, lo que sucede es que se ha inscrito en un juego de roles que, por virtud de las normas, estaba ya determinado. Y, desde un punto de vista marxista, lo que sucede es que ese hombre se instala con ello en el circuito mercantil del que no puede evadirse: desde el punto de vista económico, las relaciones sociales están predeterminadas por las pautas del modo de producción, que el derecho consagra en forma normativa. Desde el punto de vista jurídico, la *persona* ejerce el "derecho" de cumplir lo establecido por las normas que dicen cómo debe ser el intercambio.

El derecho subjetivo queda así desmitificado. El mito roto es aquí el del hombre que es "sujeto" que "hace". Lo mítico es aquí la idea del hombre que "libremente" contrata. No hay tal.

...contratar es una técnica de constitución válida de subgrupos con pautas internas propias de comportamiento de sus miembros. El control de las mismas —esto es: el desempeño de los roles que las partes se distribuyan y, por ende, de la redistribución de bienes y privilegios que las partes acuerden, así como las modalidades de reproducción, del grupo— quedan, en principio, en manos de los miembros del grupo mismo...; pero a la postre, siempre es el grupo global incluyente el que mantiene el control de sus subgrupos...

El derecho subjetivo es un discurso político que produce un efecto de sentido especial: la creencia, en quien que está sujeto a las pautas preestablecidas, de que es "libre", "sujeto hacedor" de actos que el estado respeta (aquí, el efecto de sentido creado por la ilusión de la diferencia entre estado y derecho: el estado produce las normas que otorgan el derecho subjetivo, y luego el mismo estado se sujeta a esas normas, respetando el derecho subjetivo, que no es más que "reconocimiento" de la personalidad natural del hombre). Notoriamente: el sujeto a las normas —en el sentido de sujeción-atadura se percibe a sí mismo como sujeto, ahora en el sentido de "hacedor", "autorizado". La "obligación", la *amenaza* que se cierne sobre él, por virtud del discurso del derecho moderno, por ese particular efecto de sentido, se le aparece al individuo como "autorización"; con ese sugestivo y democrático nombre de *derecho subjetivo*.

Estamos en la parte IV del libro. El tema específico del estado aparece recién en la parte VI. Pero para entonces, los elementos necesarios ya han venido siendo dados por Kelsen. Inmediatamente después del tratamiento del derecho subjetivo, trata una cuestión aparentemente de interés exclusivo de los juristas: la capacidad. Bajo este rubro los estudiantes de derecho aprendemos, para que jamás se nos olvide, que *capacidad* es, junto con el nombre, el domicilio y algo tan personal como el estar o no casado, un *atributo de la personalidad*. Este es otro mito que ha de caer antes de hacer aparecer el estado como fenómeno mental. Kelsen dice que

La capacidad es, básicamente, capacidad para efectuar negocios jurídicos. Pero también suele abarcar la capacidad de influir, mediante demandas y recursos, en los procedimientos judiciales (capacidad procesal). (TPDp. 158).

Esto parece muy "jurídico", en el sentido que "jurídico" tiene para los sociopolitólogos: algo que no tiene mucho que ver con el estado y el ejercicio del poder: un tema inexistente en una teoría del estado producida en sede politológica. Sin embargo cumplir negocios "jurídicos", es decir conforme con las normas, y luego participar en el control de ellos a través de la participación en los procesos judiciales que controlan que todo marche

"como debe ser", es precisamente como se reproduce el poder del grupo o clase en el poder: es la *forma específica* como se ejerce el poder. Los sociopolitólogos pasan impávidos al lado de esta cuestión sin siquiera advertirla.

Kelsen, por el contrario muestra que este facultamiento denominado "capacidad", en su dimensión procesal, es

...un poder conferido por el orden jurídico para participar en la producción de la norma jurídica individual establecida en la sentencia judicial. (*Idem*) Pero ahora adviértase que este "poder", "acordado" por el estado,

...es esencialmente del mismo tipo que la función de un órgano legislativo facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas, y que las funciones de los órganos judiciales y administrativos, facultados por el orden jurídico para producir, en aplicación de normas generales, normas jurídicas individuales. (TPD, p. 160).

No hay diferencia esencial entre el poder adjudicado a los individuos que pasan así por "privados" y el poder adjudicado a los funcionarios. Siempre se trata de adjudicación de legitimación para actuar a *ciertos individuos*. Lo diferente, puede ser la *amplitud* del efecto de su actuación: para los funcionarios el efecto de su actuación legitimada por las normas puede abarcar al conjunto de la comunidad, mientras que el efecto de la actuación permitida al individuo "privado" esta restringido al propio sujeto o, en el mejor de los casos, al *subgrupo* constituido por la actuación autorizada de los participantes en el contrato. Aunque a veces puede suceder que sólo en apariencia la acción de los ciudadanos reduce sus efectos a quienes han participado en ella, como en un contrato; porque bien podría decirse que los contratos, involucran a toda la comunidad, por ejemplo en el sentido de que todos están obligados a respetar lo convenido por las partes. Hay aquí otro mito que debe caer: la distinción entre lo público y lo privado.

Ahora bien; si no hay diferencia esencial entre la capacidad de un individuo privado y un funcionario, si en ambos casos se trata de "capacidad", ¿por qué la doctrina tradicional formula esta diferencia entre ciudadano común y funcionario? Esta diferencia, dice Kelsen, "no puede provenir del contenido de sus funciones. Puesto que el contenido de la función es, en ambos casos, el mismo, a saber: producción de normas jurídicas" (TPD, p. 160). Tiene que provenir de otra parte:

...sólo puede provenir de que en el concepto de órgano que aquí se utiliza, es decisivo otra cosa que el contenido de la función. (TPD, p. 161).

Es decir, esta diferencia proviene de que se oculta la

"función" desarrollada por el funcionario o el ciudadano, de manera que aparece otro mito: la personificación del estado. Lo que la doctrina tradicional -como gusta decir Kelsen oculta, utilizando un concepto de órgano que no hace referencia a la *función*, sino a alguna otra cosa, es que lo que constituye a un individuo como órgano es la *función* que cumple, y que ésta está establecida en una norma, es decir, en un discurso legitimador; y que por lo tanto no tiene ninguna realidad y que su legitimidad depende de la aceptación generalizada de la *grundnorm* que funda el sistema jurídico que lo inviste como funcionario. Veamos cómo sucede esto.

## EL ÓRGANO O FUNCIONARIO ESTATAL

Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida* a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano. Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejerce la función. (TPD, p. 161).

He aquí la cuestión: el estado es una ficción por virtud de la cual fingimos que hay una persona -es el estado, precisamente que "actúa" a través de la conducta de un individuo al que le decimos "funcionario". Pero es por virtud de un acto mental, de un discurso, de un efecto de sentido, que lo que hace cierto hombre es acción del estado. Dicho de otra manera, el estado no existe fuera de estos hombres cuya acción "vemos" como del estado. Se trata de conductas humanas como las conductas de cualesquiera otros hombres; pero a esas conductas les *atribuimos*, por un acto mental, ser *distintas* que todas las demás conductas de todos los demás hombres; pero no son distintas en ningún sentido; es sólo por virtud del discurso jurídico que las constituimos en distintas: hemos *creado* el estado; hemos constituido una *ficción*. Y además, le hemos otorgado poder sobre nosotros. Aquí hay que agregar toda la teoría kelseniana de la ficción de la *grundnorm*, para que quede completo el gran cuadro del gran fetiche; a través de un acto mental de *imputación* o *atribución*, hemos puesto a ciertas conductas de ciertos hombres aparte de las nuestras, y le hemos adjudicado poder sobre nosotros "al reconocer" -fingir, en esto consiste la *grundnorm* en ellos a la "autoridad" a la que, si bien hemos creado nosotros mismos, ahora le entregamos poder sobre nosotros. Es así como el estado es ideología, Y es por eso que

veo en Kelsen la teoría del estado paralela de la teoría marxiana del fetichismo de la mercancía. Veámoslo más de cerca, dentro de esta presentación keeseniana, que, repito, está pensada como exposición de la normatividad más que con la intención de exponerlo como una teoría del estado.

... es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, el "portador" de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material, involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como portador de la función, el elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Solo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema. (TPD., 162).

Como se ve, de lo que se trata es de no caer en la trampa del lenguaje ordinario que, tras la palabra "órgano", hace aparecer al *portador* de la función, al individuo. Es necesario evitar el lenguaje "sustancialista", mitificador. La palabra "órgano" hace aparecer al individuo que porta la función, como si esa función lo constituyera como individuo; como si la función fuera de él, haciendo olvidar que sólo le es *atribuida* por el lenguaje.

Se trata a mi juicio del mismo problema denunciado por Marx como fetichismo de la mercancía. El lenguaje hace aparecer al sujeto como "comerciante", como intercambiador; cuando en realidad es tal porque porta *mercancías*, no al revés; no es que la cosa sea mercancía



porque es vendida; es que, *porque es mercancía*, el portador está obligado a actuar como sujeto mercantil. Lo que pasa, dice Marx, es que las mercancías no pueden ir solas al mercado, y necesitan de un "portador".

De la misma manera la comunidad necesita reprimir las conductas antisociales, y es por ello que necesitase un giro lingüístico que permita pensar la acción de un miembro de la comunidad como no siendo de él, sino perteneciendo su acción a esta ficción llamada "estado". Pero no es que la acción sea del estado porque la cumple el funcionario; sino que éste es tal porque produce la acción que el derecho le ha impuesto.

Ahora bien, el efecto de sentido producido por este giro lingüístico consigue algo más: hacer aparecer al estado como algo *fuera* de los hombres y *puesto por encima* de ellos, como quien posee *por sí*, en su calidad de hombre, por alguna particularidad especial, como haber sido elegido para ello, por ejemplo, : la capacidad de ! gobernarnos.

Pero en realidad no es así: su capacidad de gobernarnos y por tanto de ser "órgano" no le "pertenece" como epíteto, sino en calidad de "atribución imputativa", como calidad adquirida por efecto del discurso jurídico. La capacidad para gobernarnos de quien ha sido elegido para ello no proviene de la elección, como si la elección le hubiera adjudicado una virtud mágica que antes no tenía; lo que lo constituye como tal es que cumple la función establecida en la ley. Y, dicho sea de paso, lo que hace a un diputado no es que haya sido elegido, sino que cumpla las promesas prefectorales.

La desfetichización se produce cuando evitamos el lenguaje "sustancialista" -como dice Kelsen-, o bien cuando usamos la palabra "órgano" con la clara conciencia de lo que en realidad designa, y lo utilizamos como "un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema".

Se comprende así fácilmente por qué el firme rechazo de Kelsen a cualquier forma de organismo respecto de la teoría del estado: todas las concepciones del estado como órgano viviente, y por ello mismo, como "nación", como un ente "nacional" con vida propia -en América Latina el

populismo y los fascistas, siempre tan buenos amigos, gustan de hablar del proceso de "creación del ser nacional" -conducen el fetichismo del estado hasta sus más ardientes desvaríos; al mismo lugar donde arribo el nazismo, el fascismo y otras lacras contemporáneas donde los hombres siempre terminan siendo simple ocasión para grandilocuentes palabras como "nación", "clase", "partido", "interés nacional", "supremos intereses del país", "pueblo" y otros vocablos detrás de los cuales suele esconderse la siniestra cara de los dictadores.

## 5. EL FUNCIONARIO Y EL COMÚN

Si, finalmente, resulta funcionario todo miembro de la comunidad que cumple una acción establecida por el estado, es decir, por el derecho, resulta entonces que todos somos "órganos"; incluso cuando se cometen delitos. Este "panorganicismo" kelseniano resulta de la mayor importancia, y constituye un desafío a la distinción gramsciana entre sociedad civil y sociedad política.

Resulta que cada vez que un miembro de la comunidad produce una conducta con la cual contribuye a la reproducción de ésta, acción que siempre el derecho propone como debida puesto que precisamente *reproduce* el orden establecido, está realizando una "función". Sin embargo en el lenguaje común tal función no es *atribuida* al estado a menos que éste haya investido al sujeto como "funcionario". De allí la distinción entre ciudadano común y funcionario estatal. Sin embargo, dice Kelsen, hasta el individuo que cumple con su obligación jurídica, que ejerce un derecho reflejo o utiliza una permisión positiva, puede ser considerado órgano jurídico. (TPD, p. 164).

A primera vista pareciera un esfuerzo teórico para probar que todo es estado, para enjaularnos en el derecho. Sin embargo se trata de otra cosa: se trata de mostrar, mucho antes que Foucault apareciera en el horizonte, que el poder está por todas partes en su discurso específico: la norma. Se trata de la constante denuncia kelseniana de todo poder y por tanto de todo derecho. Es un llamado de atención sobre la trampa del lenguaje común que nos hace creer que como ciudadanos somos libres y que nos diferenciamos del funcionario constreñido a cumplir la ley. Pero ¿es esto cierto? ¿Está el derecho por todas partes? ¿Significa que "todo es derecho"? En realidad no debería producir esto ningún escozor: efectivamente el discurso prescriptivo está en todas partes. Y en toda sociedad conocida algunas conductas son investidas por ese discurso normativo, como pertenecientes, no a quien las produce, sino a toda la comunidad.



Cuando en un orden normativo ciertas funciones determinadas no pueden ser desempeñadas, conforme al orden, por cualquier individuo sujeto al mismo, sino solamente por ciertos determinados individuos calificados, tenemos una división funcional del trabajo... Las comunidades que cuentan con 'órganos' son denominadas comunidades 'organizadas' ...Toda comunidad necesita tener órganos, aunque no funcionen con división del trabajo... Cuando un orden normativo determina que ciertas funciones por él previstas pueden ser desempeñadas, bajo determinadas condiciones, por cualquiera de los individuos sometidos a ese orden, todo individuo puede ser visto, al ejercer la función para que se le faculta, como órgano... Pero en el uso lingüístico dominante, los individuos que desempeñan funciones sin división del trabajo, no son denominados 'órganos',,, {TPD, p. 164).

Es decir, lo que caracteriza el estadio llamado "estado" es la aparición de funcionarios que actúan en virtud de una división del trabajo *monopolizando* la represión y detentando los bienes de la comunidad.

Sin embargo, el hecho de la aparición de estos personajes no es más que un cambio "técnico" para Kelsen. Se trata de una técnica social, instalada en la región de la ideología, que es el discurso jurídico, que no altera esencialmente la situación de toda comunidad, en la medida en que en toda comunidad existe un orden que atribuye legitimidad a ciertas conductas. La aparición de funcionarios separados de la comunidad, con todo lo que puede significar para la sociedad, de todos modos no es, en esencia, otra cosa que un cambio técnico; es una nueva técnica de control social: ahora ya no cualquier miembro de la comunidad podrá producir esas conductas, sino sólo algunos de ellos.

Dicho de otra manera, en la sociedad moderna existe una utilización del lenguaje según la cual algunos miembros son "funcionarios" mientras otros son "ciudadanos", sin que, esencialmente, haya diferencias entre las funciones que unos y otros cumplen. Ambos, digamos nosotros, cumplen la tarea de reproducir la sociedad tal cual es.

Esta concepción, que puede llamarse "ampliada" del estado, no solo es extraña al marxismo, sino que es uno de los aportes gramscianos más sugestivos. Permítaseme estas citas:

...en realidad, todo elemento social homogéneo es 'estado' representa al estado, en la medida en que concuerda con su programa; si no se ve eso, se confunde el estado con la burocracia estatal. Todo

ciudadano es 'funcionario' si es activo en la vida social según la orientación trazada por el estado-gobierno, y es tanto más 'funcionario' cuanto más coincide con el programa estatal y lo elabora íntegramente. (Antol. p.314).

Adviértase: no hay que confundir "estado" con el grupo de funcionarios u "órganos". Todo ciudadano es funcionario si participa en la vida social según la orientación trazada por el estado-gobierno ¿No es eso lo mismo que decir que todos somos funcionarios cuando cumplimos las normas?

*Estatolatría.* Actitud de todo grupo social respecto de su estado. El análisis no sería exacto si no se tuviera en cuenta la duplicidad de formas en la cual se presenta el estado en el lenguaje y la cultura de las épocas determinadas, o sea, como sociedad civil y como sociedad política, como 'autogobierno' y como 'gobierno de los funcionarios'. Se da el nombre de 'estatolatría' a una determinada actitud respecto del 'gobierno de los funcionarios' o sociedad política, que, en el lenguaje común, es la forma de vida estatal a la que se da el nombre de estado y que vulgarmente se entiende como la totalidad del estado. (Antol. p. 315).

Es totalmente "kelsenista" la concepción de la sociedad civil como "autogobierno" y del estado como "gobierno de los funcionarios". Lo que Gramsci llama *aquí sociedad civil* constituye aquello a lo que Kelsen, como hemos venido viendo, se refiere cuando dice que "hasta el individuo que cumple con su obligación jurídica... puede ser considerado órgano jurídico". Y lo que Gramsci llama en este texto "gobierno de los funcionarios" no es otra cosa que la división funcional del trabajo a la que se refiere Kelsen.

## 6. ESTADO COMO FENOMENO IDEOLOGICO DE IMPUTACION

La palabra "imputación", que aparece en distintos textos kelsenianos, designa un hecho en virtud del cual se asigna una idea a una cosa; con la particularidad de que esa "cosa" existe precisamente por virtud de este acto mental. La "imputación" es un fenómeno ideológico "creador", y existente, desde luego, en el lenguaje. Produce un efecto de sentido específico: crea una "relación". En tres contextos encuentro que, cuando menos, se utiliza este término en Kelsen:

- .a Por oposición a *causalidad*.
- .b En el derecho penal.
- .c En la atribución a la comunidad, de conductas de individuos.



6.1 a— *Causalidad e imputación*. Este es un tema al que Kelsen le ha dado vueltas de todas las maneras posibles. La última formulación es la que aparece en *Teoría General de las Normas*:

Causalidad e imputación... son dos diferentes modos de un nexo funcional, dos diferentes modos en los cuales dos cuestiones de hecho son ligadas una con otra como condición y consecuencia. La diferencia entre ambos consiste en la circunstancia de que la imputación (esto es: la relación entre una conducta determinada como condición y la sanción como consecuencia descrita en una ley moral o jurídica) es producida por un acto de voluntad, cuyo sentido es una norma, mientras que la causalidad (esto es: la relación entre causa y efecto descrita en una ley de la naturaleza) es independiente de toda y cualquier intervención. (*TON.*, p. 32, cap. 7. II).<sup>(10)</sup>

En *TPD* aparece también como una cuestión ideológica. Quiero decir, como una forma de hablar acerca del mundo; no como si se tratara de dos órdenes de la realidad, como podría leerse en trabajos anteriores, cuando la cuestión aparece como la diferencia entre naturaleza y sociedad, o entre ser y deber ser. Si en algún momento hubo confusión, los últimos textos kelsenianos no dejan lugar a dudas: se trata de una diferencia que da cuenta del modo como nos dirigimos a la realidad. Podemos hacerlo conectando hechos de manera que pensamos que en esa conexión no existe intervención humana, y podemos hacerlo con la clara conciencia de que esa conexión es creada por el pensamiento. Cuando conectamos un efecto a una causa no pensamos que el hombre tiene algo que ver en esa conexión. Cuando conectamos una sanción a una conducta, sabemos que esa sanción puede no existir si una norma no la establece.<sup>(11)</sup>

6.2 b-*La imputación en el derecho penal*. Kelsen es expreso en esta diferencia que quiere hacer:

Podemos designar el enlace específico de hecho y consecuencia con el nombre de 'imputación', distinguiéndolo así con toda pulcritud, incluso desde el punto de vista terminológico, de la 'causalidad', que es el enlace de elementos dentro del sistema de la naturaleza. Este concepto de imputación, propio de la teoría jurídica, no es en modo alguno idéntico con el principio de la imputación formulada por la Política del Derecho, de tan fecunda aplicación en el Derecho Penal. (*TGE*, p.64).

Sin embargo, no me parece clara esta diferencia que quiere establecer Kelsen en este caso. De todos modos, la idea que nos interesa aquí es la que sigue.

6.3 c-*El estado como "imputación"*. Lo que llamamos estado no es más que la personificación del orden jurídico,

dice Kelsen. Simplemente, le atribuimos -"imputamos" a un ente ficticio, al que le damos el nombre de estado, ser el sujeto de ciertas acciones que producen unos hombres concretos, a quienes, precisamente por realizar esas acciones, les llamamos "funcionarios". El estado, por tanto es el resultado de un acto mental de imputación. Nos detendremos en este uso del concepto.

El mejor acceso a esta idea es a través de la pregunta ¿cómo reconocemos una acción estatal? Más quede la pregunta ¿qué es el estado?

La pregunta de si determinada conducta, en especial, un acto determinado, una determinada función es conducta estatal, un acto estatal o una función estatal, es decir, si es el estado el que realiza un acto... no es una pregunta dirigida a verificar la existencia de un hecho, como si se tratara de la pregunta de si determinado hombre ha realizado determinada acción. Si la pregunta tuviera ese sentido, jamás podría recibir respuesta afirmativa. Puesto que de hecho, nunca es el estado, sino sólo siempre un hombre determinado, el que actúa... Sólo cuando el estado... es representado como una realidad diferente del hombre, como una suerte de superhombre, es decir, cuando la construcción auxiliar de la personificación ha sido hipostasia da, puede la pregunta por la existencia de un acto estatal... tener el sentido de una pregunta dirigida a averiguar la existencia de un hecho... Pero como el estado, como persona activa, no es una realidad, sino una construcción auxiliar del pensamiento jurídico, la pregunta de si una función es una función estatal, no está dirigida a verificar la existencia de un hecho. Si se le formula y responde con ese sentido, estará equivocadamente planteada y erróneamente formulada si se pregunta si y bajo qué condiciones la función desempeñada por determinado hombre puede ser atribuida al estado. (*TPD*, p.295).

Es decir, la pregunta acerca de si el estado mexicano, por ejemplo, destina o no cierta suma a la educación pública, está mal planteada desde el punto de vista de la ciencia que estudia el estado. Esa sería una pregunta por un *hecho*, sociológica por tanto, que se contestaría con una investigación acerca de ciertos movimientos producidos por un individuo respecto de ciertos fondos depositados en el banco nacional. Pero, si luego de comprobar que efectivamente cierta persona hizo tales movimientos bancarios, decimos que el estado invirtió esa suma en educación, lo hacemos solamente porque hemos dado por supuesto, en un acto mental previo, no aparente, que lo que ese individuo hace es hecho por el estado. Y de ese modo hemos hablado del estado como un superhombre, como algo más que ese individuo que cumplió el acto económico.

Ahora bien, si, a pesar de todo, decimos que ése fue un acto del estado, es porque utilizamos el concepto "estado" como una construcción auxiliar que nos permite interpretar lo que ese individuo hizo, como aquella acción "estatal". Por lo tanto, la pregunta por el estado es la pregunta acerca de cómo sabemos que lo que cierto individuo hace es acción del estado. Dicho de otra manera, no hay que preguntar qué es el estado, sino cómo lo reconocemos. Entonces el problema de la esencia del estado es un problema de "reconocimiento". Por eso es que el estado es "superestructura", esto es, fenómeno de la región de las ideologías.

Una vez que sepamos cómo se reconoce el acto estatal, sabremos qué es el estado. Y la propuesta de Kelsen es que sabemos que la acción de ese individuo es atribuible al estado, porque ese individuo estaba obligado a realizar ese acto en virtud de una norma jurídica. Y es por virtud de esta respuesta, que el estado puede ser, finalmente, definido como un orden coactivo; y es por eso que estado y derecho son lo mismo. Como se ve, se arriba al concepto de estado a través de la pregunta acerca de cómo se reconoce que cierta acción humana es "estatal".

Este "reconocimiento" de la acción humana como acción del estado, es lo que Kelsen llama *imputación atributiva*. Lo que ha sucedido es que, por un procedimiento mental, denominado *imputación*, hemos atribuido a la acción de aquél individuo, el carácter de acción del estado. La hemos visto, interpretado, como acción del estado, como si fuese una acción de ente ficticio, precisamente por virtud de este acto mental.

Esto conduce entonces a multitud de preguntas, porque a pesar de la contundencia del argumento -sólo una norma permite reconocer una acción humana como siendo "del estado"—, sentimos una profunda resistencia a aceptar las consecuencias; que la teoría del estado es una teoría jurídica-, que la *Ciencia Política* sin la consideración del derecho no es una ciencia independiente de la *Sociología*; que estado y derecho son lo mismo; que un politólogo no puede definir el estado sin recurrir al derecho; que un politólogo que ignore el derecho no tiene cómo reconocer el objeto de lo que dice estudiar. Pero, principalmente, nos resistimos a aceptar que el estado es el orden jurídico; que el estado mexicano es el conjunto de normas que el gobierno consigue hacer aceptar -o imponer, es lo mismo en un cierto territorio que, además, se define como mexicano precisamente porque es la porción del planeta donde consigue hacer obedecer ese derecho.

Algunas de estas preguntas, dudas, o desafíos al pensamiento de Kelsen, son: ¿Acaso el estado, por ser el resultado de un acto de imputación es un fenómeno

subjetivo, puesto que, en el mismo orden de ideas, sólo los individuos pueden realizar el acto de atribución? Entonces podría decirse que ciertos actos de ciertos individuos son actos del estado para aquellos que así lo consideren, pero podrían no serlo para otros individuos. En efecto así es. Tanto como no existe sino la psicología individual, también resulta que el estado es el resultado de una multitud de actos individuales de reconocimiento o de imputación. Y efectivamente es posible que lo que para unos es acto del estado, porque reconocen como tales a las normas que asilo indican, para otros no sean actos del estado porque no reconocen como normas las que los otros sí. Es un frecuente fenómeno de doble poder. Otra; si la acción de un individuo sólo puede ser reconocida como del estado por la comparación con una norma, pero si el acto de ese individuo resulta ser una orden, esto es, una norma, ¿no estamos frente a una petición de principios en la que las normas que permiten reconocer las conductas de algunos individuos como mandadas por esas normas, son normas producidas por esas mismas personas que luego son "estado" por virtud de ellas? En efecto, eso es lo que Kelsen nos muestra: que las normas que permiten reconocer los actos de los funcionarios como actos del estado, son normas dictadas por ellos mismos, por los mismos que, invocando esas normas que ellos dictan, se presentan como "estado" legitimando así sus actos a través de las normas que nos imponen. Precisamente eso es lo que denuncia Kelsen: que las normas son el escudo de quienes las dictan, que el derecho esconde la voluntad de dominio, que es mentira que hay algo, que sería el estado, que dicta normas a las que luego se sujeta. Bien mirado, si todo esto es lo implicado en la teoría kelseniana, no resulta difícil entender por qué es tan poco aceptada ¿A quién le convendría? No resulta inexplicable que los juristas apologetas del estado tomen al Kelsen "puro" o "apolítico"; no resulta extraño que Kelsen ingrese a las escuelas de jurisprudencia como "metodólogo" del derecho, y que en esas mismas facultades no se enseñe en las cátedras de "*Teoría*" del Estado.

Pero si todo esto es difícil de aceptar, lo es mucho más ver el estado como un acto de en *el lenguaje*.



## 7. EL ESTADO COMO ACTO DE LENGUAJE

En relación con el problema de los órganos comunitarios en general, y de los órganos estatales en particular, debe recalcarse una vez más que se trata, con ello, en buena parte, de un problema referente a los usos del lenguaje, y que éstos no son consistentes. (TPD., p. 168)

Se trata de un problema de uso del lenguaje, porque, en definitiva, la imputación, que es un acto del pensamiento, existe en algún lenguaje. Pero además, estos usos lingüísticos no son consistentes porque no siempre señalan a las funciones comunitarias como pertenecientes a la comunidad. Por ejemplo, dice Kelsen, no se dice que un diputado es un funcionario, ni se dice que es el estado el que cometió el delito cuando un funcionario omite producir la conducta obligatoria. Es que los usos lingüísticos son mitificadores. En el primer caso, porque se supone que los diputados crean leyes a las cuales deben sujetarse los funcionarios. Da la impresión así de que es distinto producir leyes que aplicarlas, de que los funcionarios hacen "lo que deben", obedecen la ley dictada por otro, que serían los representantes del pueblo. En el segundo caso, porque el estado, que "quiere" lo bueno y lo justo no puede "querer" el delito cometido por su "empleado". El lenguaje hace surgir así un ente, el estado, que "hace" leyes, cuando en realidad

las leyes son el estado. Hace surgir la idea de un ser que existe más allá de los propios funcionarios, y por lo tanto los castiga, cuando en realidad no hay estado más allá de las funciones jurídicas.

El uso del lenguaje es también lo que constituye la diferencia entre lo público y lo privado puesto que de él depende que una función sea vista como del estado o no.

En los usos jurídicos del lenguaje, con todo, el concepto de órgano es empleado en un sentido más limitado aún que el que se acaba de exponer. No toda



conducta determinada por el orden jurídico, no calificada como ilícita, es atribuida a la comunidad de derecho... no todo individuo que cumple semejante función, es denominado órgano en este sentido más estricto. Su conducta solamente es atribuida como función a la comunidad de derecho, y el individuo que cumple la función sólo es designado 'órgano', cuando ese individuo está caracterizado de determinada manera. (TPD, p.164).

Según esto, lo que especifica al funcionario, es decir, lo que la diferencia del ciudadano, es el "estar caracterizado de alguna manera". Las caracterizaciones "de los individuos designados por el uso lingüístico-jurídico como 'órganos' de la comunidad" (p.165), pueden ser "naturalmente" dada como cuando se establece que ciertas conductas sólo pueden ser realizada por los herederos de cierto linaje-, o bien provenir de un "nombramiento", que no es otra cosa que un discurso autorizado en una norma. Esto significa que lo que permite producir ese acto lingüístico en qué consiste la atribución, es otro acto lingüístico en qué consiste el nombramiento. Que a su vez es realizado en cumplimiento de otro acto lingüístico que es en lo que consiste la norma. Y, desde luego, podemos seguir diciendo lo mismo de la norma, que fue pronunciada por quien estaba designado para ello según otro acto lingüístico y así hasta -casi el infinito. La cuestión está, entonces, en la designación:

Si se investiga ese uso lingüístico, y se pregunta por cuál sea el criterio conforme al cual, en ese uso lingüístico, se atribuye una función como función orgánica a la comunidad jurídica, aparece la tendencia a atribuir a la comunidad solamente una función, y por tanto, a designar solamente como 'órgano' comunitario al individuo que la cumple, cuando ese individuo ha sido nombrado... para la función. (TPD, p.166).

El lenguaje ha cumplido entonces la tarea de indicar quién desempeñará esas conductas que serán adjudicadas al estado. En un segundo momento, el uso lingüístico determinará cuáles conductas de esos individuos serán adjudicadas al estado. Es que la actividad del estado está determinada por la atribución imputativa, que es un acto del lenguaje:

Dado que el problema del estado, como persona activa, es un problema de atribución imputativa, y dado que esa atribución se expresa en el uso del lenguaje, cuando se trata de responder a la pregunta de si determinada función es una función del estado, corresponde primeramente establecer si, en ese uso del lenguaje, esa función puede ser atribuida al estado. (TPD, p.296).

O sea que ¡todo depende de si se usa o no se usa decir que cierta función es "del estado"! O sea que depende del

lenguaje la extensión de lo que cubre el término "estado". Ciertamente, hay funciones que nadie dirá que no son estatales, principalmente las que realizan los miembros del poder ejecutivo. Pero, sugestivamente, precisamente muchos socio-politólogos no consideran dentro de su objeto de trabajo los actos del poder judicial. Y esto no puede ser por ignorancia sino porque los jueces no integran *su* concepto de estado. Esto demuestra, a mi juicio, que Kelsen tiene razón: que todo depende del lenguaje. En este caso, de la "definición" de la categoría *estado*. Y esta definición se ha producido, no por alguna razón teórica importante, sino exclusivamente por un uso especial de la palabra "estado" que no incluye, simplemente, otros actos que los del poder ejecutivo. Por eso dice Kelsen que el uso del lenguaje es, en ese punto, inconsistente:

El uso lingüístico, sin embargo, no es uniforme ni consecuente. Por lo general se representa la legislación —para volver a la cuestión de si constituye una función del estado— como una función del estado, es decir, se la atribuye atestado. Pero hay autores que no lo hacen...yerran si pretenden afirmar así que la legislación, a diferencia de otras funciones, no es efectivamente realizada por el estado; éste podría ciertamente celebrar tratados, castigar delincuentes, explotar ferrocarriles, pero no podría hacer leyes. (*Idem*).

Pero ¿por qué hay quienes insisten en este "uso del lenguaje", y no se trata de hablantes comunes sino de "científicos"? Kelsen lo deja entrever en la página siguiente: aceptar lo contrario, es decir, aceptar la teoría kelseniana, significa desfetichizar completamente el concepto de estado: la tesis kelseniana.

...destruye la representación enteramente equívoca de la persona del estado como una sustancia diferente del derecho... (TPD, p.298).

¿Qué es lo ocultado por esta "representación enteramente equívoca"? Dicho de otra manera ¿por qué la negativa a considerar al poder legislativo o al judicial como objetos de estudio del politólogo? Y, como contrapartida de parte de los juristas ¿por qué la negativa a considerar la producción de leyes y su aplicación como actividades políticas? En ambos casos existe la creencia de que "lo político", el estado, está constituido por aquello que más inmediatamente se presenta como *acción*, que es la "actividad" del poder ejecutivo, de lo que se denomina *administración*. Mientras que, por el contrario, un análisis prolijo revela que "administrar" no es otra cosa que la producción de una larga cascada de normas que baja del presidente hasta la última ordenanza. Existe, entonces, un mito. Es el mito de la diferencia entre lo público y derecho privado.

Si se investiga el uso lingüístico considerado, es decir, si se intenta establecer bajo qué condiciones el lenguaje jurídico atribuye ciertas funciones determinadas por el orden jurídico... resulta que, en general, sólo se atribuye al estado la función... cuando es desempeñada por un individuo que trabaja con división del trabajo... (TPD, p.297).

Con ello se oculta que todo individuo que cumple una norma cumple una función estatal. Y con este ocultamiento, queda permitido utilizar la palabra "estado" para designar sólo al cuerpo de funcionarios, al grupo de individuos, dejando de lado *la función*. El estado ha quedado, no sólo personificado, sino *identificado* con un grupo determinado de individuos. De parte de los juristas, es entendible: se trata de hacer aparecer la función judicial como acción "de la justicia" que es imparcial de cualquier avatar político. Y la legislación como la producción de "lo justo" que debe ser obedecido. Pero de parte de los socio-politólogos, no se justifica de ninguna manera. Sólo consiguen con ello una ciencia coja, que olvida los lugares donde se justifica el poder: en la producción de la palabra, y en su ratificación; en la producción de la ley y en su aplicación.

Con este uso restrictivo de la palabra "estado", que señala sólo a la administración, a los funcionarios del poder ejecutivo,<sup>(12)</sup> ha quedado producida la idea de "lo público" como diferente a "lo privado", ocultando, al mismo tiempo, que estado es el orden coactivo total, que cubre a todos los individuos participantes en la comunidad y no sólo a los funcionarios.<sup>(13)</sup> Ha quedado oculto que toda acción permitida u obligatoria es función del estado, y ha quedado oculto que el estado coincide con el orden jurídico; que no es una "cosa", que no es una "persona", que no "actúa". Ha sido una trampa del lenguaje, confirmada por la pseudo ciencia política.

La trampa de los usos lingüísticos que virtualmente crean el estado, sólo puede ser desactivada por lo que Kelsen llama "exposición científica", que desde el punto de vista de los lingüistas y semiotistas se llama "análisis del discurso" y que desde el punto de vista marxiano es la *crítica* de la ciencia.

La pregunta reside... en establecer bajo qué condiciones corresponde en una exposición científica del derecho, recurrir a la ficción que implica atribuir la función desempeñada por determinado individuo a una persona jurídica, o a otro individuo; o con otras palabras, bajo qué condiciones es científicamente legítimo utilizar conceptos tales como órgano, mandato o representación. Sólo lo es admitiendo que se tenga conciencia de la naturaleza de la atribución imputativa, y que con el concepto de órgano.

no se pretende decir más que la referencia de esa función a la unidad del orden jurídico... especialmente... que... con la noción de mandato o representación, no se pretenda decir sino que el individuo que ejerce la función está jurídicamente obligado moral y políticamente obligado, a ejercer esa función en interés de los individuos, a los cuales, por eso mismo,... se les atribuye la función. (TPD, p.304).

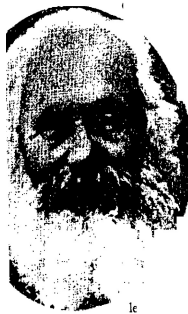
Para que se trate, no de una pseudo ciencia apologética del estado, para que se trate de una *crítica jurídica*, es necesario la adopción de una teoría que provea de una clara visión de la esencia del estado: la ficción.

... porque la atribución de una función determinada en el orden jurídico a la comunidad constituida por ese orden, sólo es una operación intelectual posible, pero no necesaria. El individuo que desempeña la función puede ser un órgano de la comunidad jurídica, pero no lo es necesariamente, lo que equivale a decir que su función puede ser atribuida a la comunidad, pero no necesita serlo. La situación jurídica objetiva puede ser descrita sin auxilio de esa operación intelectual. Lo que para el conocimiento científico del derecho realmente interesa, es una clara visión de la esencia de la atribución de esa función a la comunidad jurídica y, por ende, una clara visión en la esencia de la organicidad. (TPD, p.268).

Adviértase qué distinto sería decir, en vez de "el estado ordenó o hizo tal cosa", decir "el presidente o el funcionario hicieron tal cosa", y que eso significara que lo hicieron en cumplimiento de sus promesas preelectorales o en violación de la :y. Pero si ese restablecimiento del sentido es imposible en el lenguaje común, que al menos los científicos no hablen del estado como si fuera otra cosa que una ficción. Lo que para el conocimiento científico interesa, es "una clara visión" de la "esencia de la organicidad"; esencia que no consiste en otra cosa que en la *ficción*.

Compárese esto con la doctrina -la última de la *grundnorm* para advertir la extraordinaria congruencia de Kelsen: la norma fundante de un orden jurídico, por lo tanto de un estado, es una *ficción*. No hay ningún derecho que legitime ningún poder. Toda legitimación no puede ser sino *política*, esto es, producto de la eficacia del gobernante. Del convencimiento, pues.

¿Hasta qué punto no ha convertido Kelsen la teoría del



estado en una cuestión de lingüistas? En todo caso, seguramente la ha convertido en algo que va más allá de las frecuentemente estrechas miras de socio-politólogos y juristas. Y, con seguridad también, ha dado contenido a las borrosas visiones marxianas del estado como "superestructura". Y de esta manera, las complicadísimas relaciones entre base e ideología se convierten en las también muy complicadas, pero más modernas e inteligibles relaciones entre el discurso y sus

## 8. KELSEN Y MARX: LA DEFETICHIZACIÓN COMO OBJETO DE LA CIENCIA

Lo que me resulta más atractivo, tanto de Marx como de Kelsen, es esta preocupación por hurgar en esos recónditos parajes de la conciencia, donde los productos del hombre se vuelven contra él.

Ciertamente, no desconozco que hubo -no se si aún los hay que sostuvieron que precisamente la cuestión del fetichismo de la mercancía debía ser suprimido del pensamiento marxista. Creo que esos marxistas cumplen la misma función que los kelsenistas que se hacen los distraídos frente a este Kelsen filósofo del estado. Es decir, mutilando el pensamiento del maestro, muy ilegítimamente, porque no es que lo critiquen sino que, o quieren suprimirlo o simplemente lo ignoran, nos entregan de la fuerza que tiene la visión original de estos grandes de la historia contemporánea.

La denuncia marxiana del fetichismo de la mercancía es crucial porque muestra, principalmente, que el problema de la sociedad mercantil no se reduce a fenómenos económicos, sino que la cuestión se asienta en *cómo se presentan a la conciencia estos fenómenos*. Lo que Marx muestra al respecto es que los hombres de la sociedad mercantil son prisioneros de cosas que ya no son cosas sino algo más, que son *valores*, que se imponen a su conciencia y a su voluntad, por que logran hacerlo por virtud de propiedades que han sido puestas en ellas por los hombres mismos. En eso consiste el fetiche: en la producción de algo a lo que luego se le atribuye mágico poder sobre su productor.

Marx llamó a este proceso, en su juventud, *alienación*.

El pensamiento de Kelsen, pero respecto del estado, se mueve también como el de Marx. Kelsen advierte la similitud de las ideas de dios y de estado. Se parecen en que ambas han sido construidas por el hombre, pero luego se le aparecen a éste como algo distinto de sí, como una "cosa" objetiva, que tiene poder sobre él.

Claro que no es posible ignorar que la edad de Marx es una crítica de la sociedad capitalista, mientras que la de

Kelsen es una crítica de *todo* estado, no sólo del capitalista. Sin embargo, la búsqueda, en ambos casos, es por los mismos rincones de la conciencia -o la inconsciencia. Y si bien no puede decirse que la de Kelsen es la conclusión lógica de la desfetichización marxiana me parece que el marxismo se enriquece con la adopción de este punto de vista kelseniano. Sin duda, puede decir, lo ha dicho el propio Kelsen, en Marx existía una doble vertiente, la racionalista de Aristóteles-He gel, y la anarquista-romántica de Rousseau y Proudhon, que lo llevaba tanto a ese subyacente antiestatalismo como a la promoción de la ineluctable dictadura del proletariado.

- 1 Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, Ed. UNAM, Méx. 1979, (en adelante TPD.), p.120.
- 2 Véase, *Socialismo y Estado*, Ed. Siglo XXI, Méx. 1982, p. 1982, p. 187, nota 6. Allí se encuentra la opinión del propio Kelsen, en 1923, de su relación con el marxismo.
- 3 Lo que haría de esa descripción una descripción "científica" sería su carácter descriptivo, por oposición a lo que fuera un enunciado acerca de ese fenómeno, pero de carácter prescriptivo. Lo que sería "ideología" para Kelsen, sería precisamente este conjunto de enunciados prescriptivos, es decir, la normatividad. La dificultad para estudiar las relaciones entre Kelsen y Marx acerca del tema de la ideología, radica siempre en esto: que para Kelsen lo ideológico es lo no natural, lo cual, a su vez, según él, lo normativo. Y, siempre que Kelsen reprocha a Marx su concepción del derecho y la ciencia de éste como "ideología", hay que tener en cuenta que Kelsen piensa en su concepto de "ideología", y no siempre es consistente el uso de la palabra en su discusión con éste, lo mismo que en el caso de la "naturaleza".
- 4 Por ejemplo *El Capital*, Ed. Siglo XXI, Méx. 1975, T. I, v. 2 p. 721 y ss. donde se lee una crítica del derecho civil en cuanto su concepto de propiedad esconde el hecho de que "la propiedad aparece ahora, de parte del capitalista, como el derecho a apropiarse de trabajo ajeno impago o de su producto". O textos como el de *Elementos Fundamentales*. Ed. Siglo XXI, Méx. 1976, T. 3, p. 164 donde se muestra cómo el derecho privado oculta, al reglamentar la circulación de mercancías, que la apropiación que hace el capitalista del dinero con el cual paga la mercancía que compra — la fuerza de trabajo—, no sucede como efectos del propio trabajo, sino del trabajo ajeno. Este tipo de textos, que son más frecuentes de lo que suele creerse, son los que considero la contrapartida, en el nivel sociológico, del tipo de desvelamiento que cumple Kelsen en el nivel de las formas jurídicas.
- 5 Pero nunca ha dicho Kelsen que, por el hecho de que la normatividad no informa sobre el mundo, sino que dice lo que debe suceder, del discurso de la norma no pueda obtenerse información acerca de lo que la sociedad que usa ese discurso piensa acerca del mundo. Al contrario, sus estudios antropológicos demuestran que buscaba, en el discurso normativo, información acerca de lo que los primitivos pensaban del mundo. Así es como del hecho de que utilizaran la idea de imputación en vez de la de la casualidad, se advierte que tenían una concepción política del orden universal. Y, si se me dijera que, al revés, es de su concepción, de todos modos resulta lo que quiero mostrar: que es falso que en Kelsen haya la negativa a considerar la relación sociológica entre discurso normativo y relaciones sociales. O, lo que es lo mismo, que se niegue a considerar

Ciertamente, este Kelsen desmificador del estado no puede tener qué ver con el Marx de la necesidad histórica de la dictadura del proletariado. Pero también es cierto que muchos marxistas contemporáneos han confesado ya que, dictadura, ni la del proletariado. Para estos marxistas, que no por renunciar en la creencia en la dialéctica se sienten obligados a renunciar a la desfetichización de la mercancía y a la crítica de la sociedad capitalista, este Kelsen no puede ser sino el referente obligado, el teórico político más próximo a un marxismo libertario. Que es el único que merece pervivir.

- que el contenido de las normas no informan nada acerca de la realidad social.
- 6 Marx, K. *El Capital*, cit., T.1, V.1, pp. y ss.
- 7 Vernengo, Roberto J. "Obligación y contrato" en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, Ed. UNAM, Méx. 1979, p. 75.
- 8 "En escritos anteriores he designado a la operación intelectual de que se trata como 'imputación'. Pero como con esa palabra sobre todo se designa a la conexión normativa de dos hechos, análoga a la conexión causal, tuve que distinguir entre la imputación de una función a la comunidad como imitación 'central', de la conexión normativa entre dos hechos, como imputación 'periférica'. Esta terminología no es muy satisfactoria, y lleva a equívocos. Límite, pues, ahora el uso de la palabra 'imputación' al enlace entre dos hechos. TPD, p.161, nota 93.
- 9 Cramsci, A. Antología, selección traducción y notas de Manuel Sacristán, Ed. Siglo XXI, Méx. 1977, p.314.
- 10 Kelsen, Hans. *Teoría Ceral das Normas*, traducción al portugués de José Florentino Duarte, Fabris Editor, Porto Alegre 1986.
- 11 Cerroni, U. Ha atribuido dualismo metafísico a Kelsen en virtud de que, según él, Kelsen habría seguido a Kant en la diferencia entre ser y deber ser. Pretendo tratar el tema en otro ensayo.
- 12 Nótese que es posible incluir en la definición de "estado" a los jueces; pero es posible luego no incluirlos en el estudio, con un resultado igualmente raquítico desde el punto de vista científico, y mitificador desde el punto de vista político. Seguramente habrá muchos socio-politólogos que aceptarán decir que los jueces son "estado"; pero no por ello aceptarán necesariamente que lo que hacen es motivo de estudio de la "ciencia" que practican.
- 13 Cerroni, Umberto desde el marxismo, ha insistido en que la diferencia entre lo público y lo privado es central para la teoría marxista del estado moderno. Como al mismo tiempo Cerroni ha sido uno de los críticos marxistas que más se ha ocupado de Kelsen, habrá que investigar hasta qué punto esta insistencia de Cerroni lo enfrenta completamente con este Kelsen.
- 14 Es curioso que Kelsen insista en que su teoría es apolítica, habida cuenta de que toda su obra es una inmensa colección de ideas que muestran una apasionada defensa de la democracia, habida cuenta de que cada una de sus doctrinas, como en este caso, tiene un referente político concreto. ¿Es posible que creyera que su ciencia sólo por casualidad coincide con los intereses de todos los oprimidos del universo, los sufrientes del poder, las víctimas de los funcionarios arbitrarios, de los diputados traidores y los dirigentes sindicales vendidos?