

Kelsen y los marxistas

Oscar Correas

1. Introducción

Los marxistas han rechazado desde siempre a Kelsen. ¿Es ello el producto de una discrepancia teórica de fondo? ¿De una discrepancia política? ¿Simplemente de una falta de lectura detenida y honesta?

¿En qué puntos el marxismo tiene diferencias *centrales* con Kelsen? El presente trabajo tiene por objeto mostrar que ciertos textos kelsenianos, lejos de ser "anti" (?) marxistas, son, por el contrario, tributarios del "materialismo histórico", como dice por lo demás el propio Kelsen.

Presentaremos sólo estos temas: 1° ¿Qué es el derecho?; 2° ¿Cómo se establece el derecho? y 3° ¿Por qué las normas prohíben ciertas conductas y no otras? ¿Cuáles son las respuestas de Kelsen?

2. El derecho como técnica de control social

Kelsen piensa que el hombre es un ser que tiende naturalmente a poner en juego sus apetitos egoístas y que sólo las formas sociales de represión consiguen hacer de él un animal apto para reproducirse en sociedad. Esto por una parte. Por la otra, piensa que ese hombre es un animal cuya conducta es posible *controlar*. El derecho es, precisamente, una *técnica*, muy especial, de *control social*. Su especificidad consiste en estar constituido por *normas*, que son juicios hipotéticos que otorgan *sentido* a las acciones humanas. Se trata de un control de conductas por la vía de la acción de sentido.

Me pregunto ¿qué es lo que de estas dos ideas céntricas de Kelsen se "opone" a alguna ortodoxia mar-

xista? ¿Es que algún marxista puede sostener, con seriedad, que el derecho es algo distinto a una técnica de control social, o que las normas no otorgan sentido a los actos humanos? No consigo imaginármelo.

Si, con algunos teóricos centrales del marxismo, como Pashukanis y Cerroni⁽¹⁾, decimos que la *forma* jurídica, la norma igual y abstracta, es propia solamente de la sociedad mercantil-capitalista, de cualquier modo no veo manera de negar que el derecho es una forma de control sobre los individuos. A lo sumo podría decirse que la definición de Kelsen valdría sólo para la sociedad burguesa y no para cualquier otra. Aceptémosla sin conceder: ¿deja por eso el derecho de ser una técnica de control social?

Pero no hemos concedido: las normas del Código de Hamurabi, ¿son o no son normas? ¿Tiene como objeto controlar la conducta de los súbditos?⁽²⁾ La idea, nada menos que *la definición* que de "derecho" da Kelsen, me parece inobjetable desde cualquier punto de vista inspirado en el marxismo. Además, no parece sino el resultado de toda la historia del pensamiento occidental. Quiero decir, no me parece una "novedad" —Kelsen no lo pretende— sino más bien una obviedad.

Pero cuando tenemos que aceptar de un pensador uno de sus puntos de partida ¿cómo es posible decir luego que es una adversario ideológico?

Podría decirse —se ha dicho—, que Kelsen no llega más allá de la "descripción" del derecho moderno en su concepción de la norma. Que no explica por qué existen las normas o juicios "hipotético-abstrayentes". Este reproche, que le ha sido dirigido

por Cerroni, parte de cierta concepción que éste tiene del derecho moderno: en efecto, Cerroni, siguiendo a Pashukanis, piensa que la sociedad moderna se caracteriza, a nivel de los valores, por una cierta manera, que llama "categoría jurídica", de aparecer la normatividad. Piensa que en la sociedad burguesa es donde aparecen estas normas "iguales", con lo cual quiere decir que están basadas en la igualación de los "sujetos", generada por el intercambio mercantil. Sólo en la sociedad burguesa los individuos son "iguales" jurídicamente hablando. Lo cual es irrefutable. Entonces, lo que Kelsen no advertiría, sería esta particularidad de la sociedad moderna, por lo cual su definición de norma resulta la definición de la "forma jurídica capitalista", pero que Kelsen extiende, indebidamente, a *todo* derecho.

Me parece que Cerroni se equivoca. Me parece posible mostrar que la característica del derecho moderno no es la norma igual, sino el *derecho subjetivo*. O sea, la idea de que existen individuos enfrentados al estado, pero anteriores a éste, de donde resulta que el "sujeto" lo es por "tener" derechos que puede esgrimir frente al soberano. Está perfectamente demostrado, a mi juicio, que el derecho romano no conoció la idea, ni de sujeto, ni de derecho subjetivo⁽³⁾. Que por lo tanto la especificidad del derecho moderno no es la norma igual, sino el derecho subjetivo. Y esto sí es algo que Kelsen desarrolla con toda prolijidad: el derecho capitalista, dice, cumple la función que cumple todo derecho —controlar conductas— pero a través de una técnica específica: el derecho subjetivo. Todo derecho tiene como función establecer conductas obligatorias. Pero el derecho capitalista, lo hace a través de esta verdadera astucia que consiste en dejar en manos de los "sujetos" el poner en acción la actividad represiva del estado⁽⁴⁾. Claro que también existen, en el derecho moderno, amplios sectores jurídicos donde la técnica no deja a los particulares tal prerrogativa. Pero ése es otro tema. La cuestión es, me parece, que desde un punto de vista marxista, Kelsen está mejor colocado que Pashukanis y Cerroni para señalar la especificidad del derecho propio de la sociedad burguesa.

Como conclusión: para Kelsen el derecho es una técnica de control social, *siempre*. Pero esta técnica utiliza la forma del derecho subjetivo en la sociedad capitalista. Me parece que los marxistas harían bien en aceptarlo. Porque abre el campo de la consideración del derecho como *discurso*; en efecto, en la técnica específica del derecho subjetivo, se muestra cómo el discurso jurídico *constituye* a los ciudadanos y *construye* la estructura política moderna: el enfrentamiento individuo-estado, ciudadano-gobierno, contribuyente-administración, demandante-tribunal.

Y me parece que en la aceptación de la idea de Kelsen de que siempre hay derecho, puede corregirse una utópica consideración marxiana del hombre como ser "bueno", pero corrompido —"alienado"— por la sociedad. Según Kelsen, el hombre es naturalmente egoísta y siempre es necesario el control social. Pero éste es otro tema: el tema de la "naturaleza humana". . .

3. El derecho como producto del poder

Kelsen no puede ser más explícito al respecto del problema del derecho y el poder⁽⁵⁾. Las normas las establecen quienes tienen el poder suficiente para hacerlo, antes, ahora y, Kelsen así lo piensa, en el futuro. Otorgar el sentido es función, o posibilidad, de quien tiene el poder. El tema ha sido profusamente tratado por Kelsen. Se refiere a él, cuando menos en el pasaje citado anteriormente, y al tratar el remanido tema de la validez y la eficacia del derecho. En definitiva, piensa Kelsen, consideramos "derecho" al conjunto de normas dictadas —*puestas*— por quien tiene suficiente poder como para hacerlas cumplir; es decir, por quien tiene suficiente fuerza como para infundir el temor necesario para que nadie —o casi nadie— cumpla las conductas tipificadas como condición de una sanción. "Poder" no es, necesariamente, fuerza, *Eficacia*, en Kelsen, no resulta otra cosa que el efecto del *consenso* o la *hegemonía* del marxismo actual.

Las normas son eficaces cuando los ciudadanos se comportan conforme "quiere" el estado; o dicho de otro modo, cuando los ciudadanos no incurrir en conductas para cuya tipificación abstracta está prevista una sanción. Cuando eso sucede, piensa Kelsen, las normas son válidas. Esto es, han sido dictadas por quien tiene el poder de hacerlo. Cuando éste



deja de tener tal poder, por una revolución por el ejemplo, las normas son dictadas por otro —Kelsen no se plantea que pueda no haber normas— que, si consigue su eficacia, obtiene la validez para su derecho. *Validez*, en última instancia, no es otra cosa que el reconocimiento de que quienes dictan las normas tienen tal facultad; queda "reconocido", *juridizado*. No hay más legitimidad, para Kelsen, que la que se obtiene por el ejercicio *efectivo* del poder. Lo demás es ideología. Kelsen no hace ninguna concesión a ningún poder. Aceptar que alguna "idea" pueda otorgar legitimidad a alguien, significa renunciar a la contestación de la arbitrariedad en que se funda, finalmente, todo poder. No hay nada ni nadie que, por encima de la realidad social concreta, pueda santificar ningún poder. La teoría pura del derecho es profundamente antidictatorial.

Un error sería ver en esto, como se ha hecho, una justificación de cualquier poder. Se ha dicho que la teoría pura del derecho sirve para justificar cualquier dictadura, de derecha o de izquierda. También se ha dicho que es una teoría apropiada para justificar el estado de derecho. Lo que Kelsen hace es, muy de acuerdo con su convicción positivista, *describir* el derecho y describir la manera como proceden los juristas para *reconocer* el derecho. Desde luego, quien detecte realmente el poder puede afirmar que, según Kelsen, está legitimado para dictar normas. Pero habrá hecho entonces lo contrario a lo presupuesto por Kelsen: habrá convertido a éste en el "alguien" que "justifica", desde fuera y *a priori*, el ejercicio del poder. Habrá pasado, muy sutilmente, del ser al deber ser; del hecho de que dicta normas a la idea de que *debe* dictarlas. Quienes de tal manera usan la teoría pura del derecho, la desnaturalizan. Y quienes afirman que puede tener ese uso, se la regalan al enemigo.

Lo que Kelsen dice es otra cosa. Se pregunta quién dicta el derecho, y contesta que quien tiene el poder. Se pregunta cómo proceden los juristas, o los ciudadanos en general, para reconocer cuáles son las normas que deben aplicarse u observarse, y contesta que son aquellas que impone el gobierno. "Gobierno" es, en última instancia, quien ejerce efectivamente el poder; quien consigue de los ciudadanos el comportamiento deseado ¿Es acaso eso falso? ¿Diremos que el derecho es el conjunto de normas que quiere imponer un grupo revolucionario alzado en armas, antes de que triunfe? ¿Diremos que no es derecho ese conjunto de normas injustas que constituyen el estado moderno?

La teoría pura es exactamente lo contrario de la justificación de todo poder: es la negativa a justificar cualquier poder que sea. Kelsen parece decir: no se



pida a la ciencia del derecho una justificación del dictado de normas; no se quiera cubrir ningún poder con el prestigio de la ciencia. Quien desee legitimarse ante los súbditos que obtenga su consenso; que busque en la conducta de ellos su legitimidad. En última instancia, no hay señal más elocuente de la injusticia de un sistema jurídico que el descontento de los ciudadanos.

Me pregunto: ¿qué hay en todo esto de algo que esté en "contradicción" con alguna tradición marxista? Ni siquiera con la busca la dictadura del proletariado. Porque aún el conjunto de normas que creara ese gobierno sería estrictamente derecho. Y tal tradición jamás ha pretendido que ninguna ciencia legitime al proletariado en su dictadura, precisamente porque es eso; una dictadura de los explotados sobre los antiguos explotadores, que tiene su justificación —moral, no científica— en el estado anterior de la sociedad. Y mucho menos existe contradicción con el marxismo contemporáneo que, regresando a la tradición libertaria de Marx, postula la democracia como valor de primera jerarquía.

Cerroni tiene dicho, entre otras, cosas como ésta: que Kelsen

"... debe llevar adelante contextualmente dos tesis: es derecho la norma impuesta por la autoridad válida y es válida toda autoridad de hecho que imponga normas: y si antes perfilaba al derecho como mera forma, valor, norma, pasando por alto la conexión histórica que lo subtiende en cuanto ha sido 'despreciada' como mera naturaleza, debe dar después a aquella forma el contenido inmediato de una historicidad reducida a partir de entonces a la grosera naturalidad de la fuerza".⁽⁶⁾

Es muy difícil entender exactamente qué quiere decir que en Kelsen la historicidad queda reducida a la grosera naturalidad de la fuerza. Pero si por acaso quisiera decir que para Kelsen el derecho es fuerza más que consenso, me parece que no puede sostenerse. Porque precisamente Kelsen dice que, como el

hombre no es libre y su conducta puede ser inducida a través de normas, éstas no tienen por objeto punir sino promocionar el cumplimiento de conductas deseadas. Y eso no puede conseguirse por la fuerza, sino con el consenso: lo que se quiere no es dar trabajo al verdugo o llenar las cárceles de individuos, sino que éstos se comporten de cierta manera.

En suma, si Kelsen dice que el derecho es dictado por quien tiene el poder, "poder" no es sinónimo de fuerza.

A mi juicio, es muy difícil sostener que la postura de Kelsen acerca del derecho y el poder esté en algún sentido en contradicción con lo que acerca del tema puede postularse en un análisis del fenómeno jurídico inspirado en el pensamiento de Marx.

4. El derecho como función de las relaciones sociales

Se ha dicho hasta el cansancio que Kelsen rechaza la idea de que son las relaciones sociales las que determinan los contenidos de las normas jurídicas. He aquí una cita de Kelsen:

"... el estado aparece como una 'ideología' específica, a la manera de todas las estructuras sociales. Y si ya esto basta para afirmar la exactitud de este tópico tan extendido. . . *según el cual son los hechos naturales y económicos de la evolución histórica causalmente determinada los que determinan el contenido del orden jurídico.* . . ."⁽⁷⁾

O sea que a Kelsen le parece "exacto" que el contenido de las normas está determinado por hechos "naturales" y "económicos". Me pregunto: ¿cómo es que ha podido decirse que Kelsen desprecia o que no tiene respuestas para la pregunta acerca de los contenidos de las normas? Resulta más bien lo contrario: a Kelsen esta afirmación le parece una obviedad. Y, de cualquier manera, no es la sociología jurídica la que ha sido motivo de su atención principal. Y el hecho de que haya intentado crear una ciencia "dogmática" y no una sociología jurídica, no justifica el reproche que se le ha hecho. Porque ¿por qué Kelsen debía hacer algo que no tenía intención de proponerse? ¿Por qué reprocharle a Kelsen que no hiciera lo que queremos hacer pero no hacemos? ¿Por qué es precisamente a Kelsen a quien se le exige que nos enseñe el cómo de la determinación del derecho por las relaciones sociales? A veces parece que el ataque de algunos marxistas contra Kelsen no es sino una defensa por no haber realizado esa *sociología jurídica* que se le reclama a él. De cualquier manera, como se ve, es falso decir que Kelsen niega o contradice la

afirmación céntrica del marxismo acerca de la relación economía-derecho.

En otros textos, Kelsen, sobre este punto, parece, sí, alejarse del postulado marxista. Es con respecto, otra vez, al tema de la diferencia entre naturaleza y sociedad y su relación con la cuestión de la diferencia entre estructura y superestructura.

"Creo que no me equivoco si por 'estructura jurídica y política' entiendo las 'ideologías' del ordenamiento jurídico y estatal correspondiente. En esta concepción del derecho o del estado estoy de acuerdo con el llamado materialismo histórico. Solamente que me parece que *todos los fenómenos sociales* tienen un carácter 'ideológico', son una 'superestructura', y que la 'estructura' 'real' no es la estructura económica de la *sociedad* —porque también debe ser comprendida ideológicamente— sino más bien el sistema de la *naturaleza* determinada causalmente. En otras palabras: la imagen, muy intuitiva, de la relación entre estructura 'real' y superestructura 'ideológica' me parece aplicable no tanto por una relación interna de lo social, sino por la relación de la sociedad con la naturaleza"⁽⁸⁾.

Kelsen da una razón, inobjetable a mi juicio desde un punto de vista marxista, para negarse a poner "economía" como "estructura" frente a "derecho" como "superestructura". Continúa:

"Una legalidad específica esencialmente distinta de la legalidad causal de la naturaleza vale para todo el ámbito de lo social. De otra manera, una parte de lo social coincidiría con la legalidad causal de la naturaleza, mientras la otra parte —el estado, el derecho, la religión, por ejemplo— estaría en la esfera de una ideología con legalidad específica, *opuesta* a la de la naturaleza, por la cual el ámbito de lo social se escinde en los componentes heterogéneos y el concepto unitario de sociedad (en el sentido más amplio de conjunto de todos los fenómenos sociales) se hace pedazos"⁽⁹⁾.

Kelsen, como se ve, quiere salvar la *unidad* del concepto "sociedad", que incluye economía y derecho. La razón que tiene para ello es enteramente valedera: no quiere oponer —en sentido fuerte— economía y derecho como sistemas distintos. Pero lo piensa desde *su* concepto de la diferencia entre naturaleza y sociedad: en la primera todo sucede causalmente —si A entonces B—, mientras que en la segunda todo sucede normativamente: si A entonces *debe ser* B. Desde este punto de vista, dejar a la economía en la naturaleza, implica una dualidad, una escisión que luego no se puede superar a la hora de

explicar las "relaciones" entre ambos sistemas. Y desde su punto de vista tiene razón.

Pero para Marx, no hay inconveniente ninguno en que la economía quede al nivel de las ciencias naturales y el derecho a nivel de la ideología.⁽¹⁰⁾ Porque para Marx la diferencia entre naturaleza y sociedad se asienta en otros principios. Lo *social* es el conjunto de fenómenos como el *valor* mientras que lo natural es el conjunto de fenómenos como la propiedad de la chaqueta de conservar el calor; el valor, dice, es algo "supranatural".⁽¹¹⁾

Con lo cual, lo específicamente económico —fenómenos como el valor—, queda separado de la naturaleza; como también quiere Kelsen. Pero la diferencia está, me parece, en que Marx piensa en lo económico —o sea lo social— como algo que sucede conforme a las leyes de la naturaleza —se puede explicar con la exactitud propia de las ciencias naturales—, mientras que lo jurídico es otro nivel, el "ideológico". Kelsen dice que también "la estructura económica debe ser comprendida ideológicamente"; lo cual, sí, me parece distinto a lo que piensa Marx.

Otra cosa distinta, es responder a la cuestión acerca de quién tiene razón, si Kelsen o Marx. Hasta aquí, sólo trato de mostrar un punto de separación entre ambos, a pesar de la aceptación originaria de Kelsen, con relación a lo postulado por el "materialismo histórico".

Sin embargo, quienes desde el marxismo atacan a Kelsen, no se refieren a la cuestión de la relación naturaleza-sociedad, sino a una supuesta negación, por Kelsen, de la obviedad de la "determinación" de lo jurídico por las relaciones sociales. Lo cual es falso, y que es lo único que intentaba probar aquí.

5. Conclusiones

A mi juicio, las relaciones entre Kelsen y Marx deben ser revisadas, incluso más allá de lo que el mismo Kelsen piensa de Marx. De ninguna manera pretendo que los kelsenianos reconozcan nada a los marxistas. Pero ello no debe ser motivo para que éstos no reconozcan en Kelsen (no necesariamente en los kelsenianos) tanto el fundador de una auténtica ciencia jurídica *normativa*, como a uno de los teóricos más sagaces en la crítica a ciertas posturas marxistas, principalmente las evidentemente autoritarias. Finalmente, y desde el punto de vista de la confrontación ideológica, se trata de no regalar al adversario, la totalidad de un pensador que escribió lo siguiente:

"... mi escrito no se dirige contra el socialismo.

Yo sólo me enfrento críticamente con el *marxismo* y dentro de él, sólo con su *teoría política*. Lo que está en discusión no es la idea socialista, sino la posibilidad, sostenida por el marxismo, de una realización a-estatal del mismo"⁽¹²⁾

"Dè este modo se explica el hecho —que en nuestros días produce una extraña impresión— de que un sistema político, en cuyo centro se alza un valor contrapuesto a la *realidad* y que ha nacido de la revolución moral contra la infame injusticia del ordenamiento capitalista de la sociedad, de que un movimiento espiritual cuya enorme corriente, siempre creciente, es nutrida por fuentes profundamente éticas, y cuyos fundadores —Marx y Engels— estaban ahimados por un raro *pathos* ético, se presente con el ropaje de una terminología 'científica' o científico-natural. ..."⁽¹³⁾

- (1) Por ejemplo, G.B. Pashukanis, *La teoría General del Derecho y el marxismo*, Ed. Grijalbo, Méx. 1976, p. 37: "Sólo la sociedad burguesa capitalista crea todas las condiciones necesarias para que el momento jurídico quede plenamente determinado en las relaciones sociales. Incluso si se deja completamente de lado a las culturas de los pueblos primitivos —en los que sólo difícilmente se puede extraer el derecho de la masa total de fenómenos sociales de carácter normativo—, se observa que las formas jurídicas están extremadamente poco desarrolladas, incluso en la Europa Medieval". O bien: U. Cerroni, *Marx y el Derecho moderno*, ed. Grijalbo, Méx. 1975, p. 183: "... por un lado que el derecho es ordenamiento ideal de la sociedad mediante normas, y por otro, que ésta no se reduce al kelseniano 'ordenamiento de conductas', sino más bien a una positiva, históricamente determinada relación social-cultural, inagotable en la norma y antes bien constituida de la misma como propia articulación y cumplimiento ideal que es por el hecho de ordenar esta relación positiva, la norma es su forma ordenadora, pero por cuanto es una forma funcional de aquella relación no ideal sino materialmente determinada, es entonces la forma de un contenido histórico. En el análisis científico, la norma se presenta inseparable de aquel contenido como constitución histórica que es; como derecho que es modo de ser real o parte específico de un modo de ser material e histórico o determinada relación social de producción".
- (2) Por ejemplo, Código de Hamurabi. Editora Nacional, Madrid 1982, p. 93, cláusula 13: "Si un señor roba el niño menor de otro señor, recibirá la muerte". O bien la cláusula U-99: "Si un señor ha dado plata a otro señor para constituir una sociedad, se repartirán a partes iguales, delante del dios, el beneficio o la pérdida que resultare". No comprendo cuál es la diferencia entre estas dos cláusulas, por ejemplo, del Código de Hamurabi, y los artículos de un código penal o uno comercial. Es difícil aceptarle a Pashukanis o a Cerroni, que la norma jurídica "igual" es privativa de la sociedad mercantil-capitalista frente a la lectura del Código de Hamurabi.
- (3) Al respecto los trabajos de Michel Villey sobre el derecho subjetivo son, a mi juicio, definitivos. Véase por ejemplo, "Les origines de la notion de droit subjetif" en *Archives de Philosophie du Droit*, 1953/54, pp. 162 y ss.
- (4) H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, Méx. 1982, p. 148: "No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual".
- (5) H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y el Estado*, UNAM, Méx. 1969, p. 144: "La eficacia del derecho pertenece al reino de lo real y es llamada a menudo poder del derecho. Si substituimos la eficacia por el poder, entonces el problema de validez y eficacia se transforma en la cuestión más común del 'derecho' y el 'poder'. En tal supuesto, la solución aquí ofrecida resulta simplemente la afirmación de la vieja verdad de que si bien el derecho no puede existir sin el poder, derecho y poder no son lo mismo. De acuerdo con la teoría presentada en estas páginas, el derecho es un orden u organización específica del poder".
- (6) U. Cerroni, *Marx y el...*
- (7) H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional, Méx. 1983, p. 27.
- (8) H. Kelsen, *Socialismo y Estado*, Ed. Siglo XXI, Méx. 1982, nota 6, en p. 187.
- (9) *Idem*.