

La Ambigua Utopía; Marx Criticado por Kelsen

De Riccardo Guastini

Traducción de Rafael Pérez Miranda

1. Premisa

El propósito de este trabajo es analizar algunas de las numerosas críticas de Hans Kelsen dirigidas a las doctrinas políticas y jurídicas del marxismo ⁽¹⁾. En particular, las críticas kelsenianas, acerca de los siguientes temas: 1. La concepción clasista del Estado; 2. La doctrina de la democracia "sustancial"; 3. La doctrina de la extinción del Estado; 4. La Teoría del derecho como forma ideológica; 5. La teoría del derecho como relación social; 6. La doctrina comunista de la Justicia; 7. El destino del derecho en la sociedad comunista ⁽²⁾.

1 Cito aquí, de una vez por todas los escritos de Hans Kelsen utilizados por mí: *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig 1920, II ed. ampliada 1923 (trad. it. *Socialismo y Estado*, R. Racinaro, Bari 1978); *Die politische Theorie des Sozialismus*, *Osterreichische Rundschau*, XIX, 1923, 113-135; *Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig 1924 (trad. it. in *Socialismo y Estado*, cit.); *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. revisada, Hbingen 1929 (trad. it. in H. Kelsen, *Los fundamentos de la democracia y otros ensayos*, II ed. aumentada, con un ensayo de N. Matteucci, Boloña 1966); *"Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung"*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LXVI, 1931, 449-521 (trad. it. *La teoría general del derecho y materialismo histórico*, de F. Riccobono, Roma 1979); *The Law as a Specific Social Technique*, 1941, ahora en H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley y Los Ángeles 1957, (trad. it. en H. Kelsen, *La teoría política del Bolchevismo y otros ensayos de teoría del derecho y el Estado*, de R. Guastini, Milán 1981); *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, Berkeley y Los Ángeles 1948 (trad. it. *La teoría política del Bolchevismo*, cit.); *The Natural Law Doctrine before the tribunal of Science*, 1949, ahora en *What is Justice?*, cit. (trad. it. en *Los fundamentos de la democracia*, cit.); *The Communist Theory of Law*, New York 1955 (trad. it. *La teoría comunista del derecho*, de G. Treves, Milán 1956); *"Foundations of Democracy"* *Elhics*, LXVI, 1955, n. 1, pt. II, 1-101 (trad. it. *Los fundamentos de la democracia*, cit.); *"Das Problem der Gerechtigkeit"*, in *appendice a H. Kelsen, Reine Rechtslehre*, Viena 1960 (trad. it. *El problema de la justicia* de M. G. Losano, Turín 1975).

2. Kelsen interprete de los textos marxistas

Para empezar, quiero hacer algunas observaciones acerca de las técnicas interpretativas adoptadas por Kelsen con respecto a los textos marxianos y marxistas. Bajo este perfil, el trabajo de Kelsen presenta algunas peculiaridades. Se sabe que el léxico marxista es intrínsecamente vago y ambiguo.

Por ejemplo, el vocablo "Estado" recurre en los textos marxistas con varias acepciones. A veces "Estado" significa organización coercitiva de la conducta humana; en otras ocasiones, monopolio o centralización de las decisiones y del uso de la fuerza; y en otras, las funciones políticas como tales ⁽³⁾.

Sería normal que un intérprete, sobre todo si está animado por intenciones críticas, revelara esta falta de determinación semántica, la cual, además, incide profundamente sobre las doctrinas políticas marxistas; por ejemplo, la doctrina de la extinción del Estado. Pese a esto, Kelsen no pone de relieve, ni parece sospechar, estas ambigüedades léxicas. Al contrario, atribuye a los marxistas el uso kelseniano del vocablo "Estado". Por lo tanto, donde encuentra "Estado", entiende ordenamiento jurídico relativamente centralizado.

2 Dejo al lado, en esta sede, las críticas de Kelsen a la epistemología marxista. A propósito consultan R. Guastini, *lecciones de teoría analítica del derecho*, Giappichelli, Turín 1982, pt. II; it., *Introducción*, en H. Kelsen *La teoría política del Bolchevismo*, cit.

3 Cfr. R. Guastini, *"Acerca de la extinción del Estado. Un acercamiento analítico"*, *Política del derecho*, 1977; Id., *"Más allá del Leninismo"*, en R. Guastini (Ed.), *La democracia vanificada*, Octavia no, Milán 1969.

Otro ejemplo: los marxistas hablan de "dictadura" (y, como veremos, de "democracia") en distintos sentidos. Por "dictadura" entienden a veces el dominio de clase, sin reparar en las formas político-organizativas y jurídicas asumidas por tal dominio. Otras veces entienden un ejercicio despótico del poder. Dicha inconsistencia semántica no carece de importancia. Por ejemplo, en el primer sentido el sinónimo "dictadura democrática", aunque parezca abuso lingüístico, no es rigurosamente contradictorio ⁽⁴⁾. Esto, en verdad, sería un argumento contundente en contra de la doctrina, no muy cristalina, de la dictadura del proletariado. Además, Kelsen, ajeno a la escuela de la "philosophical analysis", no enfatiza las distintas acepciones de "dictadura". De la identidad de una palabra deriva acriticamente la identidad de un concepto.

He presentado sólo dos ejemplos, pero estos caracterizan bastante bien las actitudes interpretativas kelsenianas. En general, puede decirse que Kelsen es un intérprete formalista. Quiero decir, que Kelsen: 1) Privilegia siempre la interpretación literal y nunca se adentra a investigar la "voluntad de legislador" (aquí, del autor criticado), o de los distintos sentidos posibles de un mismo texto en distintas circunstancias; 2) Tendencialmente atribuye a las palabras significados que no surgen del contexto, sino importados de un lenguaje extra textual ya codificado (el lenguaje de la teoría pura del derecho); 3) No pone de relieve casi nunca las oscilaciones léxicas y las faltas de determinación semánticas.

Yo añadiría que, frente a un enunciado que tolera ser interpretado alternativamente o como proposición empírica, o como definición (estipulativa), Kelsen perjudicialmente elige la segunda alternativa. Proporcionaré un ejemplo de esto más adelante.

En general, por estas razones, Kelsen es un crítico despiadado, pero no un intérprete muy agudo de los textos marxistas.

3. La concepción clasista del Estado

Kelsen pone de relieve dos tesis sobre el Estado elaboradas por el marxismo:

1) El Estado es una organización del dominio de clase dirigida a la conservación de la explotación económica en perjuicio de la clase oprimida.

2) En el primer estadio de la sociedad socialista habrá un Estado: la dictadura del proletariado, la cual será de alguna manera una organización del dominio de clase, pero cuyo fin no será "la explotación" sino su propia abolición.

4 Cfr. R. Guastini, "Notas varias sobre Marx y el derecho desde un punto de vista analítico", en "Problemas de la Sanción -Sociedad y Derecho en Marx, Actos del XII Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política (Ferrara, 2-5 Octubre 1978), vol. II, de R. Orecchia. Bulzoni, Roma 1979.

La primera de estas puede ser interpretada de dos maneras: 1) como proposición empírica, que se refiere a todos los estados históricos que hasta hoy han existido; 2) como proposición analítica, que no dice nada de los estados históricos, pero define estipulativamente (de manera explicativa) el vocablo "Estado" (poco importa que frecuentemente tal proposición sea formulada como una definición real).

A mi juicio, no parece dudoso que en el pensamiento marxista tal tesis tenga, o pretenda tener, carácter empírico (de generalización inductiva) y no carácter analítico. Kelsen todavía la entiende como proposición analítica; después de lo cual tiene vía libre para indicar una antinomia lógica entre la primera y la segunda tesis. Si el Estado es, por definición, una organización de una clase para conservar la explotación de otra, ¿cómo puede la dictadura proletaria promover la abolición de la explotación, y ameritar, pese a todo, el nombre de "Estado"?

Para Kelsen, el Estado es, en cierto sentido una organización de dominio. En el sentido de que es un ordenamiento coercitivo; un ordenamiento que usa la coacción como técnica de orientación de la conducta. Pero es falso, según Kelsen, que la coacción sea necesariamente usada en ventajas de una clase, y de ella solamente. El Estado (o, lo que es lo mismo, el derecho) puede tener cualquier contenido social. Y además, el derecho empírico de los estados capitalistas no es tan unívocamente connotado en su contenido social, como quisieran los marxistas.

Se entiende que la subrayada autonomía en la concepción marxista del Estado es utilizada por Kelsen, por un lado, para desacreditar la misma concepción marxista, por el otro, para acreditar la concepción de la teoría pura.

En contra de la segunda tesis, Kelsen observa que, incluso desde el punto de vista interior del marxismo, no tiene sentido representar a la dictadura proletaria como dominio de una clase. El término "clase" en el léxico marxista indica un grupo social determinado por su situación económica o el conjunto de los explotados, o el de los explotadores. Pero socializados los medios de producción, ni la burguesía ni el proletariado son clases en sentido estricto, al irse extinguiendo la relación económica de explotación que los ligaba en la sociedad precedente. ¿La dictadura proletaria sería todavía el dominio de una clase? ¿Y no, más bien, dominio de un partido?

Un importante indicio en este sentido lo encontramos en la doctrina marxista de la mutación revolucionaria, generalmente representada como "ruptura de la máquina estatal". Kelsen observa correctamente que tal locución no es unívoca, y al contrario puede significar cuatro cosas distintas: a) sustitución del viejo ordenamiento estatal por un nuevo ordenamiento análogo; b) sustitución del ordenamiento por una situación de anarquía; c) sustitución, en el seno del viejo ordenamiento, de los

órganos, eso es, de los hombres cuyos actos, en virtud de una norma de competencia, valen como actos de Estado; d) sustitución tanto del ordenamiento como de los hombres. Parece claro que aquí la "ruptura de la máquina estatal" indica esta cuarta concepción, desde el momento que los marxistas la entienden como instauración de la dictadura proletaria, en lugar de la democracia burguesa. En fin, la dictadura proletaria es un nuevo ordenamiento y nuevos hombres en los lugares de mando, es decir, nueva constitución política y nuevo partido de gobierno. Es esta una confirmación de que la dictadura del proletariado se resuelve en una dictadura de partido.

Kelsen aborda toda la cuestión del Estado proletario también bajo otro perfil. Admitamos, dice Kelsen, que en la sociedad comunista, o en su primera fase, sobrevive una clase proletaria detentadora del poder político. Entonces, ¿en qué sentido esta clase puede decirse "proletaria"? En el sentido, evidentemente, que sus miembros todavía resienten de la explotación de la burguesía. Esto es comprensible si se acepta la idea, totalmente razonable, que la explotación no pueda ser completamente abolida de un día para otro. Además, surge aquí una ulterior antinomia en el seno de la doctrina marxista, y precisamente una antinomia entre el postulado fundamental del materialismo histórico y la teoría del Estado proletario.

El postulado del materialismo histórico es que las supra-estructuras políticas son (en algún sentido) determinadas o condicionadas, por las relaciones de producción. Si tal postulado es verdadero, ¿cómo es posible que una clase dominada (explotada) en las relaciones de producción sea, al mismo tiempo, dominante en la supra-estructura política?



Orozco. Los dos agentes. 1924.

4. ¿Democracia "sustancial"?

El pensamiento político marxista nunca logró una postura unívoca y definitiva con respecto a la democracia. En los textos marxistas se lee, a veces, que es la envoltura política ideal del capitalismo; en otros, que la democracia es la forma política específica del socialismo (y/o de la dictadura proletaria). No se duda, de todas maneras, que el socialismo sea la genuina realización de la democracia, probablemente de una democracia "sustancial" contrapuesta a la "formal" burguesa ⁽⁵⁾.

Ciertamente, tales opiniones contrastantes son posibles por un fallido esclarecimiento del significado de "democracia", vocablo de la semántica -diría Humberto Scarpelli- notablemente licenciosa.

Parece evidente que: 1) Cuando hablan de un "nexo inescindible" entre capitalismo y democracia, los marxistas usan "democracia" exactamente en el sentido más común: un conjunto de reglas procedimentales para la formación de derecho (representación, sufragio universal, principio de mayoría, etc.).

2) Cuando hablan de un "nexo inescindible" entre socialismo y democracia, frecuentemente los marxistas emplean "democracia" en otro sentido, ya no para denotar procedimientos de formación de la voluntad colectiva. En estos casos, "democracia", además de connotar muy favorablemente su designio, puede denotar alternativamente: a) el hecho de que si el proletariado, esto es, el pueblo, sea políticamente soberano, independientemente de un específico procedimiento de formación de decisiones; b) el hecho de que en el Estado se asuman -no importa cuales sujetos lo asuman, ni con cuales procedimientos- deliberaciones cuyo contenido sea "proletario", es decir, "popular", debido a los intereses que son favorecidos o tutelados por ellas.

En fin, 3) Cuando hablan de "democracia formal" los marxistas aluden, además, a los procedimientos de deliberación.

4) Cuando hablan de democracia "sustancial" ellos hacen referencia, por lo contrario, al contenido económico-social de las deliberaciones (es decir, el contenido del derecho), prescindiendo de los procedimientos.

Kelsen no subraya estas ambigüedades semánticas y pragmáticas en los usos marxistas del vocablo "democracia". A su entender, "democracia" designa nada más que una forma de Estado, es decir, un particular modo, método o procedimiento de producción del derecho. Hay democracia no cuando el derecho tiene un cierto contenido en demérito de otro, sino cuando el derecho, sea cual sea su contenido, es creado por aquellos mismos individuos que son sujetos de él: cuando los creadores y los destinatarios de las armas jurídicas coinciden. La "democracia" deviene así en sinónimo de "autodeterminación"(aunque en los estados modernos el

5 A este respecto consúltese en texto de Lenin, Estado y Revolución, 1917, en el cual emerge muy bien la contradictoria postura de los marxistas hacia la democracia.

principio de la autodeterminación se realiza sólo a precio de numerosas adaptaciones y limitaciones).

En esta definición puntual (explicativa) de "democracia" es ya inmanente una severa crítica -por contrastes- de las posiciones marxistas. En efecto, a) el concepto "democracia sustancial" no es más que una ficción, dotado, a lo mejor, de carga emotiva, pero privado de significado, porque la democracia es exactamente una forma; b) en tanto simple método de producción del derecho, la democracia puede ser empleada para producir todo tipo de derecho, eso es, para producir normas con éste o aquel contenido económico social indiferentemente; c) no tiene sentido, por lo tanto, representar a la democracia como forma necesaria tanto del capitalismo como del socialismo, o de cualquier otro sistema. No hay ninguna conexión necesaria entre la forma de producción y el contenido del ordenamiento jurídico ⁽⁶⁾.

Por último, Kelsen indica algunas palabras a la fórmula, a veces usada por los marxistas, democracia como "gobierno para el pueblo". Obviamente, en cuanto al procedimiento la democracia es para Kelsen gobierno "del" pueblo. Las palabras de orden "gobierno para el pueblo", aparte del abuso terminológico, es entonces una consigna vacía, idónea a ser empleada para justificar todo tipo de gobierno. Todo gobierno, en efecto, puede admirar que actúe en el interés del pueblo, mas no hay criterio objetivo alguno, factual, para acertar cuál sea el interés popular.

5. La antinomia de la extinción del Estado

El tema de la doctrina política marxista, sobre el cual Kelsen más insiste, es la extinción del estado; a esta idea le realiza dos críticas, una interna y otra externa.

Es necesario decir que Kelsen -de manera muy exacta- interpreta el pensamiento marxiano como marcado por una antinomia inconciliable: la antinomia entre una doctrina económica centralista autoritaria y una doctrina política anárquica. El comunismo perfilado por Marx debería ser una sociedad rígidamente organizada bajo el perfil económico, pero sorprendentemente privada de organización política. Esto parece posible. Obviamente, el poner de relieve esta contradicción interna es de por sí una crítica, y en verdad una crítica penetrante. A pesar de esto, se debe quizás cuestionar en principio la existencia de estas antinomias, presentadas por Kelsen, en el pensamiento marxiano.

En Marx, la hipótesis y el auspicio de la desaparición del estado, están fundamentados en la idea de que la sociedad comunista -perfecta y rígidamente organizada en

su vida económica- esté completamente exenta de los conflictos de todo tipo, especialmente sociales (entre clases), así como ideológicos, éticos y políticos.

Por esta razón, no estoy seguro de poder afirmar que la sociedad comunista si bien privada de Estado, pueda definirse como anárquica. A mi juicio, una sociedad sin conflictos, homogénea, integrada, puede legítimamente ser considerada una sociedad totalitaria. Es una sociedad -la comunista- que realiza un control penetrante en la vida de sus miembros, sin necesidad de coacción, es cierto, pero sólo porque los valores sociales -supuestamente-son acabadamente interiorizados por todos los componentes del grupo social, de forma tal, ni más ni menos, que toda posibilidad de conflicto y toda razón de usar la fuerza son excluidos.

Otra crítica interna sería posible en contra de la doctrina de la extinción del Estado. Dicha doctrina es intrínsecamente vaga y ambigua por la semántica inconstante del vocablo "Estado", tal como es usado por los marxistas. Kelsen no sospecha esta indeterminación de la doctrina, debido a que él atribuye al marxismo el unívoco concepto de estado elaborado por la teoría.

Por lo tanto, Kelsen interpreta la doctrina en examen como profecía de la desaparición de todo ordenamiento coercitivo relativamente centralizado. A tal profecía él responde con una acusación de utopismo: 1) Aún en ausencia de conflictos económicos-sociales, es probable que una sociedad colectiva sea objeto de conflictos de otro género. Para regular estos conflictos, de cualquier naturaleza, es siempre necesario un ordenamiento coercitivo; 2) el proyecto de una sociedad sin Estado no se fundamenta en ninguna experiencia; 3) este proyecto está destinado a enfrentarse con la naturaleza humana (egoísmo e individualidades), etc.

Una notable variante en la doctrina de la extinción del Estado es representada por la formulación de Engels (retomada y enfatizada por Lenin), según la cual, en la sociedad comunista no habría más "gobierno sobre los hombres", sino sólo "administración de las cosas" y "dirección en los procesos productivos". La crítica kelseniana a este respecto es obvia. "Administrar" y "dirigir" significa reglamentar, disciplinar. Pero las "cosas" y los "procesos productivos" son susceptibles de reglamentación sólo mediantemente, no directamente -únicamente el comportamiento humano hacia las cosas puede ser guiado por reglas. Organizar la producción no significa más que disciplinar coercitivamente la conducta humana en la producción. Por lo tanto, la fórmula engelsiana, salvando su valor literario, no tiene sentido.

6. Observaciones marginales sobre la crítica de las utopías

Intuitivamente, la acusación de utopismo dirigida a la doctrina anárquico-marxista de la extinción del Estado,

6 Resulta del discurso de Kelsen que el socialismo es compatible con la democracia (aunque ésta no sea absolutamente "indisoluble" de aquello). Con lo que el socialismo no es absolutamente compatible, según Kelsen, es el liberalismo^ Socialismo y Liberalismo, en efecto, son distintos y conflictivos contenidos posibles de un ordenamiento estatal.

suenan correctas -empero, es lícito hacer algunas observaciones a este propósito.

Ante todo, se puede notar que hay diferentes tipos de utopías, las más difundidas son las que idealizan una condición humana ya pretérita, a veces la comunidad arcaica, otras el mundo medieval. Otras utopías -como las "Robinsonadas" satirizadas por Marx- idealizan por el contrario algún aspecto del estado presente, más o menos velado, y así hacen de ellas una apología. Otras todavía proyectan un mundo futuro que no se asemeja ni al pasado ni al presente. Afirmaría que la utopía anárquica-marxista pertenece a esta tercera especie. En contra suya, entonces, sólo se puede decir que es irrealizable; pero es éste, en general, un argumento algo débil.

La opinión de que un modelo sea irrealizable tendría que ser probada, y la prueba incumbe a los que sostienen dicha opinión. Pero no me parece que se pueda probar que un modelo es irrealizable, diciendo que no corresponde a la realidad actual, o no se adapta a la naturaleza humana.

Con respecto al argumento de la naturaleza humana, es sabido y aceptado que tal asunción tiene un carácter metafísico en sentido amplio, y en general evaluativo.

Con respecto al argumento de la diferencia entre modelo y realidad presente, es necesario subrayar un equívoco. No se puede probar que un modelo sea irrealizable, presentando el argumento que este no es, en efecto, realizado. Un discurso de proyecto es, por definición, un discurso no descriptivo, sino prescriptivo: delinea modelos de sociedad, y por lo tanto modelos de comportamiento. Se entiende, entonces, que la utopía no describe las cosas como son, sino prescribe como deben ser. En este sentido, ¿Cómo podría encontrar correspondencia con el mundo presente? ¿Cómo podría ser fundamentada en la experiencia?

Parece entonces que la mejor cosa por hacer, con respecto a un modelo de sociedad, sea criticarlo en el mérito. Si es defectuoso, sus defectos no serán el intrínseco utopismo, o la improponibilidad práctica con respecto a la realidad presente. Sus defectos serán, más bien, sus contradicciones internas (como aquella subrayada por Kelsen en contra del modelo comunista). Y además: su improponibilidad con respecto a otros valores compartidos, o con respecto a otros valores de los cuales se asume la superioridad.

Kelsen, fiel a su propósito de mantenerse en el terreno científico, no se atreve a evaluar la doctrina comunista de la extinción del estado. Mi impresión es que Kelsen no ha captado las implicaciones totalitarias del ideal comunista. No me refiero al totalitarismo implícito en la reglamentación de la vida económica, cosa que no perdió de vista Kelsen, sino al totalitarismo implícito en el ideal de una sociedad sin conflictos, y, además, explícito en la moderna doctrina de la "hegemonía".

7. El Derecho como superestructura y como ideología

Son tesis conocidas de la teoría jurídica marxista aquellas según las cuales: 1) el derecho es "superestructura"; 2) el derecho es una "forma ideológica".

No está enteramente claro, empero, cuál significado se tenga que atribuir a tales expresiones, especialmente a la segunda. El significado de la primera tesis me parece que puede ser aceptablemente explicada, en una primera aproximación, al afirmar que, en todos los tiempos, el derecho está condicionado por las relaciones sociales de producción.

A este respecto, surge un clásico problema interno a la doctrina marxista del derecho (y, en general, de la superestructura), sobre el cual la literatura es abundante. El problema es este: ¿se debe entender la concepción materialista de la historia, en el sentido de que la base económica determina unilateralmente la superestructura, sin ser a su vez influenciada por ella? ¿O se debe entender aquella concepción en el sentido que base y superestructura interaccionan, ejerciendo recíprocas influencias? Ahora, Kelsen interpreta el materialismo histórico en el primer sentido. Después de lo cual, encontrando en la literatura marxista numerosas afirmaciones acerca de la innegable influencia del derecho sobre la economía, concluye: esta es una contradicción. Si la superestructura reacciona sobre la base, ya no se comporta como superestructura, y la teoría queda sin fundamento.

A decir verdad, esta crítica de Kelsen es, a su vez, criticable. Ella se fundamenta en una particular y discutible interpretación del concepto de superestructura. Según Kelsen, la superestructura no sería una "realidad social", sino una "ideología" en el sentido de apariencia vacía: una ilusión. De todas maneras a este respecto, el materialismo histórico, a través de numerosas declaraciones explícitas de Marx y Engels, tendría que ser entendido en el sentido de que base y superestructura interaccionan. Y admitir tanto una acción de la economía sobre el derecho, como una reacción del derecho sobre la economía, no parece absolutamente contradictorio. La cuestión es otra. La teoría de la unilateral determinación de la base sobre la superestructura tiene por lo menos la apariencia de una conjetura científica original, falsificable, susceptible de aplicaciones historiográficas y sociológicas. Al contrario, la teoría de las influencias recíprocas entre base y superestructura es obvia y vana. Es como decir que "todo se tiene", y suena como el descubrimiento de la sombrilla.

La segunda tesis es de significado más indeterminado. Ante todo, se puede observar que en la formulación "forma ideológica" el vocablo "forma" parece totalmente pleonástico. Forma ideológica es sinónimo de "ideología".

Por otro lado, no está claro si eventualmente "forma ideológica" es también sinónimo de "superestructura". Todas las ideologías son superestructuras; pero ¿son

todas las superestructuras ideológicas? Kelsen parece suponer que sí. Pero esta interpretación de los textos marxistas a lo mejor no es justificada.

De todas maneras, Kelsen observa exactamente que los marxistas usan el vocablo "ideología" de dos maneras muy distintas. En un primer sentido amplio, "ideología" viene a ser usado para significar cualquier representación de la realidad. Frecuentemente empero, el vocablo "ideología" es usado en un segundo sentido restringido y denigrante, para significar una representación falsa, distorsionada y no científica de la realidad.

Ahora, el derecho no es reducible a una ideología, en el primer sentido de "ideología". El derecho es ciertamente bajo un perfil un conjunto de ideas normativas. Bajo otro perfil, empero, es además una realidad social (extralingüística) consistente en actos psicofísicos: los actos de producción, aplicación y ejecución del derecho.

Menos que nunca, el derecho puede definirse como una ideología en el segundo sentido de "ideología". En ningún caso el derecho es una "representación", aunque sea falsa, del mundo. El vocablo "representación" comúnmente designa un discurso verdadero o falso. Pero las normas jurídicas no son proposiciones apofánticas.

La opinión de Kelsen es que la concepción del derecho como "ideología" ésta fundamentada sobre una radical confusión entre el derecho (lenguaje-objeto) y la teoría del derecho (meta-lenguaje que vierte sobre el derecho). Según Kelsen, sólo a una teoría del derecho, y nunca al derecho mismo, puede convenir el predicado "ideología".

8. El Derecho como relación y como imposición

La concepción marxiana del derecho es bifrontal, quiero decir que en Marx (en particular en La Ideología Alemana) se pueden encontrar dos tesis que fácilmente parecen antinómicas ⁽⁷⁾. Helas aquí: 1) el derecho está totalmente determinado por las relaciones sociales de producción; 2) el derecho es impuesto por la clase dominante de acuerdo con sus intereses de clase.

Ahora bien, según la primera tesis, el derecho -entiéndase el contenido de la normación- no es fruto de volición, nace directamente de la realidad social, la refleja. Esta tesis acerca el marxismo a aquella versión del iusnaturalismo, según la cual el derecho está inscrito en la naturaleza de las cosas. El derecho no prescribe nada, sino constituye un tipo de verbalización, registro, de todo lo que acontece en la sociedad. No prescribe un ordenamiento social futuro, sino más bien, refleja un ordenamiento ya en acto.

Según la segunda tesis, por lo contrario, el derecho es tal en tanto que impuesto, positivo, fruto de volición y

reglamentación (decreto) de un sujeto social determinado. Ciertamente, el contenido de este acto de volición está condicionado por la situación social de la clase dominante, la cual no escoge, sino que encuentra ya preparados, determinados, sus intereses colectivos. Además, con esta segunda tesis estamos en un clima iuspositivista.

Estas dos tesis marxianas no son puestas de relieve -ni, por lo tanto, problematizadas- por Kelsen. Además, ellas se reflejan directamente en las doctrinas soviéticas del derecho en las formas siguientes: ⁸

1) el derecho es un conjunto de relaciones sociales, sobre todo económicas (es la tesis de Stucka y PaSukanis);

2) el derecho es el conjunto de relaciones sociales que interrelacionan productores de mercancías (es la tesis de Paáukanis);

3) el derecho es expresión normativa de la voluntad o de la ideología de la clase dominante (es tesis de Rejsner, de Stucka y de Vyáinskij);

4) el derecho se extingue con la extinción de las clases (es tesis difundida), o con la desaparición del capitalismo (es tesis de Pasukanis).

Las objeciones de Kelsen a estas opiniones son elementales y hasta obvias.

En primer lugar, el derecho no puede ser identificado con la economía o con las relaciones sociales. De esta manera, evidentemente se confunde la forma jurídica, es decir el prescribir en cuanto tal, con el contenido de esta forma, es decir, los comportamientos prescritos (mandados, vetados, permitidos, etc.), que son obviamente comportamientos sociales y económicos.

En segundo lugar, el derecho no puede ser identificado con las relaciones sociales existentes, porque de tal manera se confunden las normas con los hechos. Las relaciones y los comportamientos sociales difundidos constituyen regularidades de comportamiento. Pero el derecho no es descripción de regularidad, sino que es imposición de reglas.

En tercer lugar, el derecho menos que nunca puede ser identificado con las relaciones económicas mercantiles capitalistas por una razón ulterior. Tbdos los ordenamientos jurídicos existentes, de hecho, disciplinan también relaciones no mercantiles.

En cuarto lugar, la tesis de que el derecho es el conjunto de relaciones sociales es contradictoria con la tesis de que el derecho es manifestación de la clase dominante. En la sociedad comunista habrá, evidentemente, relaciones sociales, y entonces -según la primera tesis- debería estar presente el derecho. Pero en la sociedad comunista no habrá más clases, no habrá una clase dominante, y

7 Cfr. R. Guastini, Marx desde la filosofía del derecho a la ciencia de la Sociedad. El léxico jurídico marxiano 1842-1851, Boloña 1974, spec. 300 ss.

8 Para un programa de las doctrinas soviéticas del derecho, cfr. R. Guastini (ed.), Marxismo y teorías del derecho, Boloña 1980. Es oportuno señalar una publicación reciente en inglés de numerosos escritos de E. B. Pásukanis, hasta ahora desconocidos en occidente: Cfr. P. Beirne y R. Sharlet (eds.) Pásukanis: Selected Writings on Marxism and Law, imprenta académica, Londres 1980.

entonces -según la otra tesis- no debería estar presente el derecho.

En quinto lugar, es empíricamente falso que el derecho tutele siempre y solamente intereses de la clase dominante. A veces tutela intereses de la clase oprimida. Es también falso, que el derecho tutele siempre y solamente intereses colectivos de la clase dominante. Otras veces, tutela intereses de una fracción de la clase dominante en contra de las otras fracciones de la misma.

En sexto lugar, el derecho no es más que una técnica indiferente de orientación de la conducta; como tal, puede asumir los contenidos más variados. Por lo tanto, la extinción del derecho no sigue necesariamente al extinguirse las clases o el capitalismo.

Si bien, como he dicho, las tesis de los marxistas acerca del derecho son escasamente unívocas, acerca de un punto todos más o menos concuerdan: el derecho es un fenómeno de las sociedades divididas en clases, y entonces no es un fenómeno socialmente indiferente (falta de caracterización), (ciertamente no es, como quisiera Kelsen, una mera técnica). Esta opinión, sobre la cual de manera particular ha insistido cierto normativismo soviético (Stucka, Vysinskij), tiene un aspecto muy importante en prospectiva de metaciencia jurídica. Sostiene Stucka por ejemplo, que no se puede hacer ciencia del derecho sin partir de un "punto de vista de clase". Aquí la expresión "punto de vista de clase", significa dos cosas contemporáneamente. Primero, una teoría jurídica para ser científica debe reconocer el carácter (el contenido) clasista del derecho, debe considerar el derecho como un fenómeno social mutable. Segundo, una teoría jurídica para ser científica debe ligarse conscientemente a la causa política de una clase. Esta última tesis de Stucka sólo puede ser entendida en un sentido: la ciencia jurídica no debe ser inmune a los juicios de valor, por el contrario, debe estar orientada por valores para ser ciencia. Además, la tesis tiene también un corolario peculiar: no hay una sola, sino muchas ciencias posibles tantas y cuantas son las clases en lucha, es decir, tantos y cuántos son los valores de los científicos.

Es natural que Kelsen se indigne frente a una concepción similar de la ciencia. Según él, el carácter científico de una teoría reside por el contrario en su objetividad, es decir, en la independencia con respecto a las valuaciones políticas subjetivas de los científicos. Se entiende que, con similares fundamentos metacientíficos, la jurisprudencia soviética se haya alejado de los modelos de ciencia generalmente aceptados, y se haya rebajado a una doctrina cuyo único fin no es el conocimiento, sino la justificación apologética del sistema jurídico soviético. Se comprende también que, una vez transformada la ciencia en instrumento de la política, el sostener una teoría "equivocada", es decir, no ortodoxa, se transforme en conducta penalmente relevante y perseguible. (La parábola inicia con Lenin; se cumple con Stalin y Vysinskij).

9. ¿Justicia sin Derecho?

En el escrito conocido como *Crítica del Programa de Gotha*, Marx formula tres tesis que pueden resumirse en una teoría y en una ideología de la justicia.

Primera tesis: Los criterios de justicia son mutables, y dependen, en particular, de los distintos modos de producción.

Segunda tesis: el criterio distributivo de la sociedad capitalista -"a cada quien según su trabajo"- es injusto. El argumento de Marx es que tal criterio es sólo aparentemente igualitario. En efecto, se trataría, según él, de una regla generadora (o, por lo menos, conservadora) de desigualdad, desde el momento que trata de manera igual individuos desiguales.

Tercera tesis: el doble principio regulador de la sociedad comunista debe ser: "de cada quien según sus capacidades, a cada quien según sus necesidades".

La primera tesis tiene carácter teórico, descriptivo; Kelsen no la comenta. De paso, se puede observar que tal tesis constituye el esbozo de una meta sociológica de las ideas de justicia. (Dice Marx: el sistema de distribución capitalista es el método distributivo "justo" sobre la base del moderno modo de producción. Evidentemente, en este contexto el término "justo" no es usado, como se dice, sino es citado entre comillas. El anunciado marxiano es metalingüístico).

Las dos restantes tesis tienen, al contrario, carácter ideológico, evaluativo-prescriptivo. No pertenecen a una teoría de la justicia, sino que configuran respectivamente, la parte crítica (segunda tesis) y la parte constructiva (tercera tesis) de una doctrina de la justicia.

A la segunda tesis marxiana, Kelsen le dedica un muy breve y exacto comentario. Es verdad, según su parecer, que la regla capitalista, "a cada quien según su trabajo", no es una regla igualitaria. Esto, sin embargo, depende de una razón opuesta a aquella indicada por Marx. Esta regla no tiene efectos de igualación (social, económica), exactamente porque trata de manera desigual individuos desiguales: quien ha trabajado más tiempo, o más productivamente, recibe una compensación mayor que quien ha trabajado menos.

A la tercera tesis marxiana, Kelsen dedica cuatro observaciones.

1) La fórmula de la justicia comunista expresa el ideal de la seguridad económica, pero, en contra de la opinión marxiana no corresponde absolutamente al principio de igualdad. También ella prescribe, en efecto, al tratar de manera desigual individuos desiguales. El contenido de los deberes y derechos -podríamos decir, completando la argumentación kelseniana- viene cuantificado en relación a las distintas capacidades y a las distintas necesidades de cada uno.

2) La fórmula es, en ambas reglas que la componen, indeterminada. Ninguna de las dos reglas puede ser

aplicada, si no son enunciadas otras reglas que especifiquen por lo menos las modalidades para analizar tanto las capacidades como las necesidades de cada uno.

3) Además, por lo menos la primera regla ("de cada quien según sus capacidades") es incompleta, desde el momento que no dispone ninguna reacción en el caso que fuera violada.

4) En fin, toda razonable interpretación de la fórmula está en contraste con la doctrina de la extinción del Estado. La determinación tanto de las capacidades como de las necesidades de cada uno, no puede ser confiada de manera sensata a evaluaciones individuales particulares. Dicha determinación requiere que la comunidad disponga de órganos autorizados a cumplir las evaluaciones necesarias. Órganos de este tipo, evidentemente, configuran por lo menos un embrión de organización estatal.

10. Reglas técnicas y reglas jurídicas en la sociedad comunista

Cuál deba ser la suerte de la reglamentación jurídica en la sociedad comunista, no es cosa que emerja muy claramente en la lectura marxista. Se puede decir que dos doctrinas ocupan el campo.

1) La primera y más conocida doctrina es aquella según la cual en la sociedad comunista no habrá ningún derecho. Desde el punto de vista kelseniano, "derecho" y "estado" -se puede decir- son dos nombres para un solo concepto. De tal manera que la doctrina de la extinción del derecho es seguida por las mismas críticas que valen en contra de la doctrina de la extinción del estado. Además, según el pensamiento de Paáukanis en la sociedad comunista no habrá reglas jurídicas, pero sí habrá reglas de otro tipo, y precisamente reglas técnicas. Una regla técnica prescribe los medios idóneos para conseguir un bien determinado que no es a su vez prescrito: "si quieres obtener a, debes hacer "b".

En la literatura analítica se piensa regularmente que las reglas técnicas no son propiamente reglas. Es decir, se piensa que ellas son proposiciones ya no prescriptivas, sino descriptivas. Una regla técnica no hace más que describir el nexo inicial entre aquellos medios y aquel preciso fin. En tal sentido, una regla técnica es una proposición verdadera o falsa. En verdad, por ejemplo, que: si quieres que hierva el agua, debes calentarla a 100° C. Paáukanis, por su parte piensa que: a) las reglas jurídicas son tales, en tanto que disciplinan conflictos de interés; b) las reglas técnicas son no jurídicas, en tanto suponen "unidad de fines", es decir, identidad de fines entre quien prescribe y el destinatario de la prescripción.

Es obvio que Paáukanis no se expresa en términos analíticos; por otra parte, su tesis es inconscientemente cercana a las de los analistas. En las reglas técnicas el fin no es prescrito, sino presupuesto; los medios son,



Orozco. Hispano-américa. 1932/34

también, no prescritos, sino descriptos. Es decir, las reglas técnicas -una vez asumido un cierto fin- son relevantes. A pesar de eso, Paáukanis admite que la aplicación de reglas técnicas pueda tal vez requerir de alguna forma de coerción, sólo que en este caso la coerción es ejercida en el interés de quien la recibe. Por ejemplo, la constricción ejercida por un médico sobre el paciente no tiene el carácter de sanción jurídica, porque es empleada en el interés del paciente mismo, el cual tiene en común con el médico un único fin, el restablecimiento.

A esta opinión Kelsen responde: el asunto de que haya identidad de fines, o solidaridad de intereses entre dos individuos, uno de los cuales ejerce coacción sobre el otro, es una evidente ficción, aunque tenga una destacada tradición en la historia del pensamiento jurídico

(recuérdese la fórmula romana: *coactus tamen volui*) y político (Rousseau). El sólo indicio empírico del interés, de los fines, de la voluntad, de un individuo es constituido por sus acciones y declaraciones. Pero, por definición, quien actúa por constricción, no "quiere" actuar.

Kelsen no se da cuenta de una faceta del pensamiento de Paáukanis, que se prestaría a fáciles críticas. La reducción de las reglas de conducta de la sociedad comunista a reglas técnicas -es decir a reglas (paradójicamente) verdaderas o comúnmente relevantes- constituye una forma inédita de iusnaturalismo. Es propio del ius- naturalismo pensar que haya reglas de conducta inscritas en las relaciones naturales (de causa y efecto); es propio del iusnaturalismo pensar que a las reglas corresponde el predicado de verdad.

2) La segunda doctrina marxista, acerca de la suerte del derecho en la sociedad comunista, es aquella elaborada por Stalin y por los juristas a su servicio: en la sociedad comunista todavía no hay derecho, además, el derecho comunista no tiene carácter clasista, al contrario, él es conforme a la voluntad de "todo" el pueblo.

Esta doctrina puede ser considerada como variación de la precedente. Y análogas son también las críticas kelsenianas. La afirmación acerca de la derivación de un derecho de la voluntad popular, dice Kelsen, es la ficción de siempre. Si en verdad el derecho fuese conforme a la voluntad de todos, no sería necesaria la coerción. Pero un derecho sin coerción, no es propiamente un "derecho".

Ocasionalmente la doctrina staliniana viene justificada de la siguiente manera: el derecho comunista si es querido por el proletariado (por lo tanto, una parte del pueblo); pero el proletariado "representa" a todo el pueblo. Para Kelsen, también la "representación" es una ficción muy conocida, muy repetidamente criticada por él en las obras mayores, en el contexto de la Teoría General del Estado.

11. Kelsen *iusrealista*, a pesar suyo

Como conclusión quisiera llamar la atención sobre un acontecimiento mínimo, pero curioso, de la biografía intelectual de Kelsen.

Es sabido que Kelsen, en sede de metaciencia prescriptiva, siempre ha teorizado que la jurisprudencia tiene que ser una ciencia normativa. El concepto "ciencia normativa" significa que la jurisprudencia tiene que describir el contenido prescriptivo de normas jurídicas, y nada más que esto. Las vicisitudes del así llamado derecho "en acción" no deben interesar a la jurisprudencia, son extrañas a su campo. En otros términos, sale del campo de la jurisprudencia la cuestión si las normas jurídicas válidas son además eficaces. Esta cuestión no es materia de la jurisprudencia, sino de la sociología jurídica.

Y bien, hay por lo menos una ocasión en la cual Kelsen

mismo no ha sido capaz de mantenerse fiel al modelo de ciencia jurídica como ciencia normativa querido por él mismo.

Los últimos dos párrafos del ensayo acerca de La Teoría Política del Bolchevismo han sido titulados despectivamente "La Constitución (Soviética) de 1936", y "La Realidad Política de la Rusia Soviética". De por sí estos títulos sugieren, respectivamente, un acercamiento puramente normativo y factual empírico al estudio del estado soviético. El primer párrafo analiza la constitución "formal", el segundo la constitución "material" de la Rusia Soviética.

En un primer momento, Kelsen ofrece un ejemplo genuino de jurisprudencia normativa, es decir, describe algunos enunciados normativos de la constitución soviética. De ello resulta la imagen en verdad sorprendente de una constitución enteramente democrática ⁽⁹⁾.

Por otro lado, Kelsen no es un loco, y no se satisface con esta grotesca conclusión. Inopinadamente, del derecho válido, él pasa a describir el derecho eficaz. La constitución soviética -dice- no prohíbe la formación de partidos políticos fuera del comunista. Ninguna norma constitucional veta que se forme una oposición en el seno de los órganos representativos. Sin embargo, de hecho, a ningún partido que no sea el comunista le está permitido constituirse. De hecho, no puede ser electo en los órganos representativos ningún candidato que no sea aprobado por el partido comunista. De hecho, los órganos representativos deciden siempre por unanimidad, y no hay traza de oposición política.

Naturalmente, concluye Kelsen, "El Estado soviético no es una democracia".

Para describir sensatamente y creíblemente la constitución soviética, Kelsen está forzado, *malgré lui*, a descender al terreno del realismo jurídico (aunque sea un realismo elemental). Desde el punto de vista de la jurisprudencia normativa, la constitución soviética se presenta como una constitución democrática. Es sólo desde el punto de vista de una jurisprudencia empírica, dirigida a los fenómenos extralingüísticos de uso y aplicación de los enunciados normativos, que la constitución soviética se revela por lo que es, una dictadura de partido.

Así Kelsen, en contra de sus mismas teorizaciones, ofrece un buen ejemplo e integra el análisis normativo con el análisis sociológico empírico. ¿No es ésta una legítima desmentida -involuntaria- del modelo de jurisprudencia profesado por el propio Kelsen?

9 Igualmente Kelsen había juzgado la constitución soviética de 1923, en el escrito 'Esencia y Valor de la Democracia' (en la larga nota que cierra el capítulo III). Aquí también Kelsen había seguido el método normativo, sin prestar atención a los hechos sociales. Y tuvo que poner de relieve que la revolución bolchevique, desde el punto de vista constitucional, se resolvió no en la evolución del parlamentarismo, sino en su hipertrofia, con el consiguiente incremento de la democracia representativa.