

KELSEN Y MARX *

Ricardo GUASTINI

SUMARIO: I. Premisa. II. Kelsen, intérprete de los textos marxistas. III. La concepción clasista del Estado. IV. ¿Democracia? "sustancial"? V. La antinomia de la extinción del Estado. VI. Observaciones marginales a la crítica de las utopías. VII. El derecho como infraestructura y como ideología. VIII. El derecho como relación y como ordenamiento. IX. ¿Justicia sin derecho? X. Reglas técnicas y reglas jurídicas en la sociedad comunista. XI. Kelsen, jusrealista a su pesar.

I. PREMISA

En este trabajo me propongo analizar algunas de las numerosas críticas dirigidas por Hans Kelsen a las doctrinas políticas y jurídicas del marxismo.¹ Las críticas kelsenianas que en particular pretendo exa-

* Publicado en *Sociologia del diritto*, 2/1982, bajo el título "La ambigua utopia. Marx criticato da Kelsen", pp. 5 y ss. Traducción de Agustín Huerta Bortolotti, del Centro de Traducciones de la UAP, revisada por Óscar Correas.

¹ De una vez menciono todos los escritos de Hans Kelsen que usé: *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, 1920, II edición ampliada, 1923 (traducción italiana *Socialismo e stato*, al cuidado de R. Rocinaro Bari, 1978); "Die politische Theorie des Sozialismus", *Österreichische Rundschau*, XIX, 1923, 113-135; "Marx oder Lasalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus", Leipzig, 1924 (traducción italiana en *Socialismo e stato*, cit.); *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. revisada, Tübingen, 1929 (traducción italiana en H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, II ed. documentada con un ensayo de N. Matteucci, Boloña, 1966); "Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistisch Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik*, LXVI, 1931, 449-521 (trad. ital. *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, al cuidado 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 and Los Angeles, 1957 (trad. ital. en H. Kelsen, *La teoría política del bolscevismo*, cit.); "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", 1949, ahora en *What is Justice?*, cit. (trad. ital. en *I fondamenti della democrazia*, cit.); *The Communist Theory of Law*, New York, 1955 (trad. ital., *La teoría comunista del diritto*, al cuidado de G. Treves, Milano, 1956); "Foundations of Democracy", *Ethics*, LXVI, 1955, n. 1, pt. II, 1-101 (trad. ital. *I fondamenti della democrazia*, cit.); "Das Problem der Gerechtigkeit", en apéndice a H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960 (trad. ital., *Il problema della giustizia*, al cuidado de M. G. Losano, Torino, 1977).

minar tratan sobre 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

II. Kelsen, intérprete de los textos marxistas

Para empezar, pretendo hacer algunas observaciones en torno a las técnicas interpretativas adoptadas por Kelsen con relación a los textos marxistas y marxianos. Bajo este perfil el trabajo de Kelsen presenta algunas peculiaridades.

Es conocido, y ha sido señalado en muchas ocasiones, que el léxico marxista es intrínsecamente vago y ambiguo; por ejemplo, el vocablo "estado" tiene en los textos marxistas diferentes acepciones. A veces "estado" significa predominio político de una clase; otras significa organización coercitiva de la conducta humana; algunas más significa monopolio o centralización de las decisiones y del uso de la fuerza; y otras veces significa las funciones políticas como tales.³

Sería normal que un intérprete, más si está animado con intenciones críticas, hiciera notar esta imprecisión semántica, que entre otras cosas incide profundamente en las doctrinas políticas marxistas; por ejemplo, sobre la doctrina de la extinción del Estado. Sin embargo, Kelsen no señala, y tal parece que ni siquiera sospecha estas ambigüedades lexicales; al contrario, atribuye a los marxistas el uso kelseniano del vocablo "estado", por lo que, donde lee la palabra "estado" él entiende: ordenamiento jurídico relativamente centralizado.

Otro ejemplo: Los marxistas hablan de "dictadura" (y como veremos, de "democracia") en diferentes sentidos. Con "dictadura" ellos a veces entienden dominio de clase sin considerar las formas político-organizativas y jurídicas asumidas por tal dominio. Otras veces la entienden como un ejercicio despótico del poder. Esta falta de cons-

² Dejo de lado aquí las críticas de Kelsen a la epistemología marxista. Al respecto envío a: R. Guastini, *Lezioni de teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pt. II; Id., "Introduzione", en H. Kelsen, *La teoria politica del bolchevismo*, cit.

³ Cfr. R. Guastini, "Sulla questione dello stato. Un approccio analitico", *Politica del diritto*, 1977; id., "Oltre il leninism" en R. Guastini (ed.), *La democrazia vanificata*, Ottaviano, Milano, 1979.

tancia semántica ya ha sido señalada. Por ejemplo, en el primer sentido de "dictadura", el sintagma "dictadura democrática", por mucho que suene como un abuso lingüístico", no es en rigor autocontradictorio.⁴

En verdad esto sería un argumento algo fuerte contra la doctrina, por cierto nada cristalina, de la dictadura del proletariado. No obstante, Kelsen —no educado a la escuela del *philosophical analysis*— no señala las diversas acepciones de "dictadura". De la identidad de un lexema él acriticamente arguye la identidad de un concepto.

He tomado dos ejemplos solamente pero que caracterizan muy bien las posiciones interpretativas kelsenianas. En general se puede decir que Kelsen es un intérprete formalista; lo que pretendo decir es que Kelsen: 1. Prefiere siempre la interpretación literal y no se aventura a indagar la "voluntad del legislador" (en este caso del autor criticado), o los diferentes sentidos posibles de un mismo texto en diferentes circunstancias; 2. Tendenciosamente atribuye a las palabras significados no deducidos del contexto, sino extraídos de un lenguaje extratextual ya codificado (el lenguaje de la *Teoría pura del derecho*); 3. No señala casi nunca oscilaciones lexicales e imprecisiones semánticas.

Agregaría que frente a un enunciado que admite ser interpretado alternativamente como proposición empírica o como definición (estipulativa). Kelsen prejuiciosamente escoge la segunda alternativa. De esto daré un ejemplo más adelante. En conjunto, por estas razones, Kelsen es un crítico despiadado pero no un intérprete muy penetrante de los textos marxistas.

III. LA CONCEPCIÓN CLASISTA DEL ESTADO

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

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

II. También en el primer estadio de la sociedad comunista habrá un Estado: la dictadura del proletariado, que es una organización del

⁴ Cfr. R. Guastini, "Note sparse su Marx e il diritto da un punto di vista analitico", en *Problemi della sanzione-Società e diritto in Marx*, Atti del XII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Ferrara, 2-5 ottobre, 1978), vol. II, al cuidado de R. Orecchia, Bulzoni, Roma, 1979.

dominio de clase cuya finalidad no será la explotación sino la supresión de ésta.

La primera tesis puede ser interpretada de dos modos: 1. como proposición empírica refiriéndose a todos los Estados históricos que hasta hoy han existido; 2. como proposición analítica, que no dice nada en torno a los Estados históricos, pero define estipulativamente el vocablo "estado" (aunque poco importa que con frecuencia tal proposición sea formulada como una definición real).

Para mí, no hay duda de que en el pensamiento marxista, tal tesis tiene, o pretende tener, carácter empírico (de generalización inductiva), y no carácter analítico. Kelsen, sin embargo, lo entiende como proposición analítica, por lo que, entonces, es fácil para él destacar una antinomia lógica entre las dos tesis: si el Estado es, por definición, organización de una clase para conservar la explotación de otra clase, ¿cómo puede la dictadura proletaria tender a la abolición de la explotación y merecer todavía el nombre de "estado"?

Para Kelsen, el Estado es en sí una organización de dominio, en cierto sentido. En el sentido de que el Estado es un ordenamiento coercitivo: un ordenamiento que usa la coacción como técnica de orientación de la conducta. Pero es falso, para Kelsen, que la coacción sea necesariamente usada ventajosamente por una clase y a favor de ella. El Estado (o lo que es lo mismo, el derecho) puede tener cualquier contenido social y por lo demás también el derecho empírico de los Estados capitalistas no está tan unívocamente connotado en su contenido social como quisieran los marxistas.

Se entiende que la antinomia que encuentra en la concepción marxista de Estado, es utilizada por Kelsen, por una parte, para desacreditar la concepción marxista misma, y, por otra, para acreditar la concepción de la *Teoría pura*.

Contra la segunda de las tesis mencionadas, Kelsen observa que aún desde un punto de vista interno del marxismo, no tiene sentido representar a la dictadura proletaria como un dominio de clase. El término "clase", en el léxico marxista, identifica a un grupo social caracterizado por su situación económica; también se refiere al conjunto de los explotados y al de los explotadores. Pero una vez socializados los medios de producción, ni la burguesía ni el proletariado son más una clase en sentido propio. En todo caso, habiendo desaparecido la relación económica que los unía anteriormente ¿no sería la dictadura proletaria un dominio de partido más que de clase?

Un importante indicio en tal sentido lo encontramos en la doctrina marxista de la mutación revolucionaria, con frecuencia representada como la "ruptura de la máquina estatal". Kelsen observa que tal locución no es unívoca, que puede significar cuatro cosas diferentes: a) sustitución del viejo orden estatal por un nuevo y análogo ordenamiento; b) sustitución del ordenamiento por una situación de anarquía; c) sustitución, en el interior del viejo ordenamiento, de los órganos, o sea de los hombres cuyos actos, por virtud de una norma de competencia, valen como actos del Estado; d) sustitución del ordenamiento y de los hombres. Parece claro que aquí la "ruptura de la máquina estatal" significa lo indicado en el inciso d), desde el momento en que los marxistas lo entienden como instauración de la dictadura proletaria en el lugar de la democracia burguesa. En resumen, la dictadura proletaria es: nuevo ordenamiento y nuevos hombres en los puestos de mando; o sea, nueva Constitución política y nuevo partido de gobierno. Esta es una confirmación de que la dictadura del proletariado se convierte en una dictadura de partido.

Toda la cuestión del Estado proletario es afrontada por Kelsen también bajo otro perfil. Admitamos, dice Kelsen, que en la sociedad comunista, o en una de sus primeras fases, sobrevive aún una clase proletaria que detente el poder político. ¿En qué sentido esta clase puede decirse "proletaria"? Evidentemente en el sentido de que sus miembros aún son explotados por una burguesía, situación comprensible si se acepta la idea, del todo razonable, de que la explotación no puede ser abolida completamente de un día para otro. Sin embargo, emerge aquí una antinomia ulterior en el interior de la doctrina marxista, y es precisamente una antinomia entre el postulado fundamental del materialismo histórico y la teoría del Estado proletario.

Ese postulado del materialismo histórico afirma que las infraestructuras políticas están (en todos los sentidos) determinadas y condicionadas por las relaciones de producción. Si tal postulado es cierto, ¿cómo es posible que una clase dominada (explotada) en las relaciones de producción sea al mismo tiempo dominante en infraestructura política?

IV. ¿DEMOCRACIA "SUSTANCIAL"?

El pensamiento político marxista no ha logrado nunca expresar una posición unívoca y definitiva respecto de la democracia. En los textos marxistas se lee a veces que la democracia es la envoltura política

ideal del capitalismo; otras veces se puede leer que la democracia es la forma política específica del socialismo (y/o de la dictadura proletaria). No hay duda por lo tanto de que el socialismo es la genuina realización de la democracia, tal vez de una democracia "sustancial", opuesta a la democracia "formal" burguesa.⁵ Tales opiniones contrastantes son posibles por falta de claridad en el significado de "democracia", vocablo de la semántica —diría Uberto Scarpelli—, notoriamente licenciosa.

Parece evidente, pues, que:

I. Cuando hablan de un "nexo inseparable" entre capitalismo y democracia, los marxistas usan "democracia" precisamente en el sentido más común: un conjunto de reglas de procedimiento para la formación del derecho (representación, sufragio universal, principio de mayoría, etcétera).

II. Cuando hablan de un "nexo inseparable" entre socialismo y democracia, con frecuencia los marxistas emplean "democracia" con otro significado y no para denotar procedimientos de formación de la voluntad colectiva. En estos casos, "democracia" —además de connotar muy favorablemente su designado— puede denotar alternativamente: 1. el hecho que el proletariado, o bien todo el pueblo, sea políticamente soberano independientemente de un procedimiento específico de formación de las decisiones; 2. el hecho de que en el Estado se tomen —no importa quién ni con qué procedimiento—, resoluciones cuyo contenido sea "proletario" o bien "popular" en razón de los intereses que son favorecidos o tutelados por aquél.

En fin:

III. Cuando hablan de "democracia formal", los marxistas aluden también a los procedimientos de resolución.

IV. Cuando hablan de "democracia sustancial", aluden al contenido económico-social de las resoluciones (o sea al contenido del derecho) prescindiendo de los procedimientos.

Kelsen no destaca estas ambigüedades semánticas y pragmáticas en los usos marxistas del vocablo "democracia". Él dice que "democracia" no designa otra cosa que una forma de Estado, es decir, un modo particular, un método, o un procedimiento de producción del derecho. Se tiene democracia no cuando el derecho tiene un cierto contenido de

⁵ A este respecto se puede consultar el texto de Lenin, *Stato e rivoluzione*, 1917, del cual surge claramente la contradictoria posición de los marxistas hacia la democracia.

preferencia sobre otro: se tiene democracia en el momento en que el derecho, cualquiera que sea su contenido, es creado por los mismos individuos que le están sujetos, cuando creadores y destinatarios de las normas jurídicas coinciden. "Democracia" es sinónimo de "autodeterminación" (aun cuando el principio de determinación es realizado en los Estados modernos sobre la base de numerosas adaptaciones y limitaciones).

En esta definición estipulativa (explicativa) de "democracia", hay ya una immanente y severa crítica de las contrastantes posiciones marxistas. En efecto: a) el sintagma "democracia sustancial" no es más que un oxímoron^{5 bis} tal vez dotado de carga emotiva pero sin referente, pues la democracia es precisamente una forma; b) como simple método de producción del derecho, la democracia puede ser empleada para producir cualquier tipo de derecho, es decir, para producir indistintamente normas con tal o cual contenido económico-social; c) no tiene sentido, por lo tanto, presentar la democracia como una forma necesaria del capitalismo, del socialismo o de cualquier otra cosa. No hay ninguna conexión necesaria entre la forma de producción y el contenido del ordenamiento jurídico.⁶

Por último, Kelsen dedica algunas palabras a la fórmula, a veces usada por los marxistas de democracia como "gobierno por el pueblo". Obviamente, como procedimiento, la democracia es, para Kelsen, gobierno "del" pueblo. La palabra de orden "gobierno por el pueblo", aparte el abuso terminológico, es un *slogan* vacío, idóneo para justificar un tipo de gobierno cualquiera. Cada gobierno, en efecto, puede afirmar que actúa en interés del pueblo, pero no hay algún criterio objetivo, de hecho, para saber cuál es el interés popular.

V. LA ANTINOMIA DE LA EXTINCIÓN DEL ESTADO

El tema de la doctrina política marxista, sobre el cual Kelsen insiste más, es la extinción del Estado. A esta idea le hace dos críticas: una interna y otra externa.

^{5 bis} *Oxímoron*: relación sintáctica de dos antónimos. Ej.: la música callada, la oscura claridad (N. del E.).

⁶ Del discurso de Kelsen resulta que el socialismo es compatible con la democracia (aunque ésta no es en absoluto "resoluble" en aquél). Con la que el socialismo no es nada compatible es con el liberalismo, según Kelsen. En efecto socialismo y liberalismo son diversos e incompatibles contenidos posibles de un ordenamiento estatal.

Es necesario decir que Kelsen interpreta el pensamiento marxista como signado por una antinomia irreconciliable: la antinomia entre una doctrina económica centralista autoritaria y una doctrina política anarquista.

El comunismo prefigurado por Marx debería ser una sociedad rígidamente organizada bajo el perfil económico, pero sorprendentemente sin organización política. Esto no parece posible. Obviamente el destacar esta contradicción interna es una crítica realmente penetrante. No obstante queda la duda de que tal vez el pensamiento marxista sea tan antinómico como afirma Kelsen. Según Marx, la hipótesis y el auspicio de la desaparición del Estado están fundados sobre la idea de que la sociedad comunista —precisamente porque está perfecta y rígidamente organizada en su vida económica— no tiene problemas de ningún tipo, especialmente sociales (entre clases), ideológicos, éticos y políticos.

Por esta razón, no estoy seguro de que la sociedad comunista, aun sin Estado, pueda llamarse anárquica. Me parece que una sociedad sin conflictos, homogénea, integrada, puede legítimamente considerarse una sociedad totalitaria. La comunista, es una sociedad que realiza un control profundo en la vida de sus miembros, sin necesidad de construcción, es cierto, pero solamente porque los valores —se supone— están completamente interiorizados por todos los componentes del grupo social, de tal manera que cualquier posibilidad de conflicto o motivo para usar la fuerza están excluidos.

Otra crítica interna sería posible contra la doctrina de la extinción del Estado. Tal doctrina es intrínsecamente vaga y ambigua, si no fuera por la semántica inconstante del vocablo "estado" en la forma en que es usado por los marxistas. Kelsen no recela de esta indeterminación de la doctrina por el hecho de que él atribuye al marxismo el concepto unívoco de Estado elaborado por la *Teoría pura*.

Por lo tanto, Kelsen interpreta la doctrina en cuestión como profecía del venir a menos todo ordenamiento coercitivo relativamente centralizado. Después rebate esta profecía con una acusación de utopismo: la sociedad sin Estado es un proyecto irrealizable por tres razones: 1. Aun sin conflictos económico-sociales es probable que una sociedad colectivista sufra conflictos de otro tipo. Para regular estos conflictos, de la naturaleza que sean, es necesario un ordenamiento coercitivo; 2. el proyecto de una sociedad sin Estado no está fundado sobre experiencia alguna; 3. este proyecto está destinado a chocar con la naturaleza humana (egoísmos individuales, etcétera). Una variante no-

table en la doctrina de la extinción del Estado está representada por la formulación de Engels (retomado y enfatizado por Lenin), según la cual, en la sociedad comunista no habría "gobierno sobre los hombres" sino "administración de las cosas" y "dirección de los procesos productivos". La crítica kelseniana a este respecto es obvia. "Administrar" y "dirigir" significa regularmente disciplinar, pero las "cosas" y los "procesos productivos" son susceptibles de reglamentación sólo mediatemente, no directamente. Solamente el comportamiento humano hacia las cosas puede ser guiado por reglas. Organizar la producción no significa otra cosa que disciplinar coercitivamente la conducta humana en la producción. Por lo tanto, la fórmula engelsiana, salvo su valor literario, no tiene sentido.

VI. OBSERVACIONES MARGINALES A LA CRÍTICA DE LAS UTOPIÁS

Intuitivamente, la acusación de utopismo dirigido a la doctrina anarco-marxista de la extinción del Estado parece justa. Es lícito, sin embargo, hacer algunas observaciones al respecto.⁷

Ante todo, se puede notar que hay utopías de diferentes tipos. Las más difundidas son las que idealizan una condición humana pretérita: a veces la comunidad arcaica, otras el mundo medieval. Otras utopías —como las Robinsonadas escarnecidas por Marx— idealizan por el contrario cualquier aspecto del Estado presente, más o menos disfrazado, para posteriormente fabricar su apología. Otras proyectan un mundo futuro que no se parece ni al pasado ni al presente. Yo diría que la utopía anarco-marxista pertenece precisamente a este último grupo, y contra ella sólo se puede decir que es irrealizable, aunque sea, en general, un argumento bastante débil.

La opinión de que un modelo sea irrealizable debería ser probado por quien sostiene tal 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. Respecto del argumento de la naturaleza humana, es sabido que tal admisión tiene carácter metafísico en sentido lato y además volutativo. Respecto del argumento de la no correspondencia entre modelo y realidad presente es necesario destacar un equívoco. No se puede probar que un modelo sea irrealizable aduciendo que éste, de hecho, no es realizado. Un

⁷ Al respecto, *cfr.* también A. Baldissero, "Utopia", en N. Bobbio y N. Matteucci (eds.) *Dizionario di politica*, Torino, 1976.

discurso prospectivo es, por definición, un discurso prescriptivo no descriptivo: delinea modelos de sociedad y por lo tanto modelos de comportamiento. La utopía entonces no describe las cosas como son, prescribe como deben ser. En tal sentido, ¿cómo puede encontrar correspondencia en el mundo presente? ¿De qué manera podría estar fundado sobre la experiencia? Parece entonces que lo mejor que hay que hacer, respecto de un modelo de sociedad, si es el caso, es criticarlo. Si es defectuoso, sus defectos no serán el intrínseco utopismo o la impracticabilidad a partir de la realidad presente; sino que, más bien, sus defectos serán sus contradicciones internas (como la destacada por Kelsen respecto del modelo comunista). Y, además: su improponibilidad respecto de otros valores compartidos o respecto de otros valores de las cuales se asume la superioridad.

Kelsen, fiel a su propósito de mantenerse en el terreno científico, no aventura una evolución de la doctrina comunista de la extinción del Estado. Sin embargo, mi impresión es que Kelsen ni siquiera captó las implicaciones totalitarias del ideal comunista. No me refiero al totalitarismo implícito en la reglamentación capilar de la vida económica, situación que por supuesto no pasó inadvertida para Kelsen, sino que me refiero al totalitarismo implícito en el ideal de una sociedad sin conflictos, por lo demás explícito en la doctrina moderna de la "hegemonía".⁸

VII. EL DERECHO COMO INFRAESTRUCTURA 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".

Sin embargo no es del todo claro el significado que debería atribuirse a tales expresiones, especialmente a la segunda. Me parece que el significado de la primera tesis puede ser aceptablemente explicado como una primera aproximación, diciendo que en todo momento el derecho está condicionado por las relaciones sociales de producción.

A propósito de esto, surge un problema clásico interno de la doctrina marxista del derecho (y, en general, de la superestructura), sobre el que la literatura es abundante. El problema es el siguiente: ¿se debe

⁸ Cfr. Aa. Vv., "Egemonia e democrazia", *Quaderni di Mondo operaio*, nuova serie, n. 7, 1977; M. L. Salyadori, *Eurocomunismo e socialismo sovietico*, Torino, 1978.

entender la concepción materialista de la historia en el sentido de que la base económica determine unilateralmente la superestructura, sin a su vez ser influenciada? ¿O se debe entender esa concepción en el sentido de que base y superestructura interactúan, ejercitan recíprocas influencias? Kelsen interpreta al materialismo histórico en el primer sentido; posteriormente al encontrar en la literatura marxista numerosas admisiones en torno de la innegable influencia del derecho sobre la economía, llega a la conclusión de que se trata de una contradicción. Si la superestructura actúa sobre la base, ya no es superestructura, por lo que toda la teoría queda sin fundamento.

En realidad esta crítica de Kelsen es a su vez criticable pues la funda sobre una particular, y también 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. Como están las cosas en ese sentido, el materialismo histórico, por numerosas declaraciones explícitas de Marx y Engels, debería ser entendido como que base y superestructura interactúan. Y admitir, sea una acción de la economía sobre el derecho, sea una reacción del derecho sobre la economía, no parece, en efecto, contradictorio. El punto es otro. La teoría de la determinación unilateral de la base sobre la supraestructura, por lo menos tiene la apariencia de una conjetura científica original, falsificable, susceptible de aplicaciones historiográficas y sociológicas. Al contrario, la teoría de las influencias recíprocas entre base e infraestructura es obvia y banal, es como decir que "se tiene todo" y suena como descubrimiento del hilo negro. La segunda tesis es de significado más indeterminado. Ante todo se puede observar que en el sintagma "forma ideológica" el vocablo "forma" es pleonástico. "Forma ideológica" es sinónimo de "ideología".

Por otro lado, no está claro si por casualidad, "forma ideológica" es también sinónimo de "supraestructura". Todas las ideologías son supraestructuras, pero ¿todas las supraestructuras son ideologías? Parece que Kelsen supone que sí. Pero esta interpretación de los textos marxistas tal vez no está justificada.

De todos modos Kelsen observa exactamente que los marxistas usan el vocablo "ideología" en dos formas bastante diferentes. En un primer sentido, amplio, "ideología" es empleado para significar cualquier representación de la realidad. Pero con mayor frecuencia "ideología" es usado en un segundo sentido, restringido y denigrante, para significar una representación falsa, distorsionada, no científica de la realidad. Ahora bien, el derecho no es reducible a ideología, en el primer

sentido de "ideología". El derecho es, bajo un perfil, un conjunto de ideas normativas. Bajo otro perfil 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 llamarse 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 y las normas jurídicas no son proposiciones apofánticas. La opinión de Kelsen es que la concepción del derecho como ideología está fundada sobre una confusión radical entre el derecho (lenguaje-objeto) y la *Teoría del derecho* (metalenguaje que versa sobre el derecho). Según Kelsen, sólo a una *Teoría del derecho* y nunca al derecho mismo le puede convenir el predicado "ideología".

VIII. EL DERECHO COMO RELACIÓN Y COMO ORDENAMIENTO

La concepción marxista del derecho es bifrontal. Quiero decir que en Marx (particularmente en *La ideología alemana*) pueden encontrarse dos tesis que fácilmente aparecen antinómicas.⁹ Helas aquí: 1. El derecho está completamente determinado por las relaciones sociales de producción; 2. El derecho es puesto por la clase dominante de acuerdo con sus intereses de clase.

Según la primera tesis, el derecho —entiéndase, el contenido de la normatividad—, no es un producto deseado; nace directamente de la realidad social: la refleja. Esta tesis acerca al marxismo a la versión del jusnaturalismo según la cual el derecho está inscrito en la naturaleza de las cosas. El derecho no prescribe nada, constituye una especie de verbalización, de grabación, de cuanto sucede en la sociedad. No prescribe un ordenamiento social futuro, sino que más bien refleja un ordenamiento ya establecido. De acuerdo con la segunda tesis, por el contrario, el derecho es tal en cuanto es puesto, positivo, fruto deseado y estatuido por un sujeto social determinado. Ciertamente, el contenido de este acto de voluntad está condicionado por la situación social de la clase dominante, la cual no escoge, sino que encuentra ya prontos, determinados sus intereses colectivos. Sin embargo con esta segunda tesis prácticamente estamos en clima iuspositivista.

⁹ Cfr. R. Guastini, *Marx dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851*, Bologna, 1974, espec. 300 y ss. (Hay traducción castellana de la UAP, bajo el título *El léxico jurídico de Marx*).

Estas dos tesis marxistas no son destacadas —tampoco problematizadas— por Kelsen. Sin embargo se reflejan directamente sobre las doctrinas soviéticas del derecho en las siguientes formas:¹⁰

I. El derecho es un conjunto de relaciones sociales, especialmente económicas (ésta es tesis de Stučka y de Pašukanis);

II. El derecho es el conjunto de las relaciones sociales entre productores de mercancías (tesis de Pašukanis);

III. El derecho es expresión normativa de la voluntad o de la ideología de la clase dominante (tesis de Rejsner, de Stučka y de Vušinskij);

IV. El derecho se extingue con la desaparición de las clases (es tesis difundida) o, sin más rodeos, con la desaparición del capitalismo (tesis de Pašukanis).

Las objeciones de Kelsen a estas opiniones son elementales y obvias:

En primer lugar: el derecho no puede ser identificado con la economía o con las relaciones sociales, porque entonces se confunde la forma jurídica, o sea, el prescribir como tal con el contenido de esta forma, es decir, los comportamientos prescritos (mandatados, prohibidos, permitidos, etcétera), que son obviamente comportamientos sociales y económicos.

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

En tercer lugar: el derecho no puede ser identificado con las relaciones económicas mercantiles capitalistas por una razón posterior: todos los ordenamientos jurídicos existentes, de hecho, disciplinan también relaciones que no son mercantiles.

En cuarto lugar: la tesis que sostiene que el derecho es el conjunto de relaciones sociales, es contradictorio respecto de la tesis que sostiene que el derecho es la manifestación de la voluntad de la clase dominante. En la sociedad comunista habrá, evidentemente, relaciones sociales, y por lo tanto —según una de las tesis— debería haber derecho. Pero en la sociedad comunista no habrá clases, tampoco ha-

¹⁰ Para un panorama de las doctrinas soviéticas del derecho, Cfr. R. Guastini (ed.), *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980. Es oportuno señalar una reciente publicación en inglés de numerosos escritos de E. B. Pašukanis, hasta ahora desconocidos en occidente: cfr. P. Beirne and R. Sharl (eds.), *Pašukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Academic Press, London, 1980.

brá una clase dominante, por lo tanto —según otra de las tesis— no debería haber derecho.

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

En sexto lugar: el derecho no es más que una técnica adiáfora de orientación de la conducta. Como tal, puede asumir los contenidos más variados. Por lo tanto, la extinción del derecho no se sigue necesariamente de la desaparición de las clases o del capitalismo. Aunque, como he dicho, las tesis marxistas sobre el derecho son poco unívocas, hay algo en lo que todas concuerdan: el derecho es un fenómeno de la sociedad dividida en clases; entonces no es un fenómeno socialmente adiáforo (claro, no es, como quisiera Kelsen, una simple técnica). Esta opinión, sobre la cual particularmente ha insistido cierto normativismo soviético (Stučka, Vyšinkij) tiene una contracara muy importante en sede de metaciencia jurídica. Sostiene, por ejemplo Stučka, que no puede hacerse ciencia del derecho, si no se pone uno desde el "punto de vista de clase". Aquí la expresión "punto de vista de clase" significa dos cosas contemporáneamente. Primera: para ser científica una teoría jurídica debe reconocer el carácter (el contenido) clasista del derecho; debe también considerar al derecho como un fenómeno social mutable. Segundo: para ser científica una teoría jurídica debe conscientemente abrazar la causa política de una clase. Esta última tesis de Stučka puede ser entendida en un sentido: la ciencia jurídica no puede ser inmutable a juicios de valor; debe ser orientada por valores para ser ciencia. La tesis tiene un corolario extraño; no hay una única ciencia, sino que hay tantas ciencias cuantas son las clases en lucha, o cuantos son los valores de los científicos.

Es natural que Kelsen se indigne de frente a tales concepciones de la ciencia. Para él, el carácter científico de una teoría reside en su objetividad, es decir, en la independencia de las evaluaciones subjetivas de carácter político de los científicos. Se comprende que sobre tales fundamentos metacientíficos la jurisprudencia soviética se haya alejado cada vez más de los modelos de ciencia generalmente aceptados, y se haya degradado a doctrina cuyo único fin es, no el conocimiento, sino la justificación apologética del sistema jurídico soviético. Se comprende también que una vez transformada la ciencia en instru-

mento de la política, sostener una teoría "equivocada", es decir, no ortodoxa, se vuelve una conducta penalmente relevante y perseguible. (La parábola inicia con Lenin y se realiza con Stalin y Vyšinskij.)

IX. ¿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 diferentes modos de producción.

Segunda tesis: el criterio distributivo de la sociedad capitalista — "a cada uno lo suyo según su trabajo" — es justo. El argumento de Marx es que tal criterio es sólo aparentemente igualitario. En efecto, se trata, a su parecer, de una regla productora (o, al menos conservadora) de desigualdad, pues se trata de modo igual a individuos desiguales.

Tercera tesis: el doble principio regulador de la sociedad comunista debe ser: "de cada uno, según su capacidad, a cada una, según sus necesidades".

La primera tesis tiene carácter teórico, descriptivo. Kelsen no la comenta. De pasada se puede observar que esta tesis constituye el esbozo de una metasociología de las ideas de la justicia. (Dice Marx: el sistema de distribución capitalista es el único método distributivo "justo" de acuerdo con el modo de producción de nuestros días. Claramente en este contexto el término "justo" no es, como suele decirse, usado sino *mencionado* entre comillas. El enunciado marxista es metalingüístico). Las dos tesis que quedan tienen carácter ideológico evaluativo-prescriptivo. No pertenecen a una teoría de la justicia pero configuran, respectivamente, la parte crítica (segunda tesis) y la parte constructiva (tercera tesis) de una doctrina de la justicia.

A la segunda tesis marxista, Kelsen le dedica un brevísimo y exacto comentario. A su parecer, la regla capitalista "a cada uno según su trabajo", no es una regla igualadora, pero una razón opuesta a la indicada por Marx. Esta regla no surte efectos de igualación (social, económica) precisamente porque trata desigualmente individuos desiguales: quien ha trabajado más o más productivamente recibe una compensación mayor que quien ha trabajado menos.

A la tercera tesis marxista Kelsen dedica cuatro observaciones:

I. La fórmula de la justicia comunista expresa el ideal de la seguridad económica pero, contrariamente a la opinión marxista, no corres-

ponde en absoluto el principio de igualdad. Aquella prescribe, en efecto, tratar de modo desigual individuos desiguales. El contenido de los derechos y deberes —podríamos decir, completando la argumentación kelseniana—, se cuantifica en relación con las diferentes capacidades y con las diferentes necesidades de cada uno.

II. La fórmula y las reglas que la componen es indeterminada. Ninguna de las dos reglas puede ser aplicada si no se enuncian otras reglas que especifiquen al menos, las modalidades para establecer las capacidades o necesidades de cada uno.

III. Además, por lo menos la primera regla (“a cada uno según sus capacidades”) es incompleta ya que no prevee alguna reacción en caso de que sea violada.

IV. En fin, cualquier interpretación razonable de la fórmula está en contraste con la doctrina de la extinción del Estado. La determinación de las capacidades o de las necesidades de cada uno no puede, sensatamente, ser confiada a valoraciones privadas individuales. Esta determinación requiere que la comunidad disponga de órganos autorizados para efectuar las evoluciones necesarias. Tales órganos, evidentemente, configuran al menos un embrión de organización estatal.

X. REGLAS TÉCNICAS Y REGLAS JURÍDICAS EN LA SOCIEDAD COMUNISTA

La suerte que deba correr la reglamentación jurídica en la sociedad comunista no es cosa que surja muy claramente en la literatura marxista. Se puede decir que dos doctrinas se disputan el campo.

La primera y más conocida es la que dice que en la sociedad comunista no habrá derecho de ningún tipo. Desde el punto de vista kelseniano “derecho” y “estado” —se puede decir— son dos nombres para un solo concepto, de manera que la doctrina de la extinción del derecho está envuelta por las mismas críticas a la extinción del Estado.

Por otro lado, en el pensamiento de Pašukanis que reformula y precisa la idea engelsiana de una “administración de las cosas” que vendría a sustituir el “gobierno sobre los hombres”, esta primera doctrina asume connotaciones especiales. Dice Pašukanis: en la sociedad comunista no habrá reglas jurídicas pero habrá reglas de otro tipo, particularmente reglas técnicas. Una regla técnica prescribe los medios idóneos para alcanzar un fin determinado que no esté prescrito; “si quieres obtener A debes hacer B”.

En la literatura analítica, generalmente se considera que las reglas técnicas no son realmente reglas, y son consideradas proposiciones descriptivas, no prescriptivas. Una regla técnica únicamente describe el nexo casual entre ciertos medios y un fin determinado. En tal sentido, una regla técnica es una proposición verdadera o falsa. Por ejemplo, es cierto que si se quiere hacer hervir el agua se debe calentar a cien grados centígrados. Pašukanis por su lado considera que: a) las reglas jurídicas son tales en cuanto disciplinan conflictos de intereses; b) las reglas técnicas no son jurídicas en cuanto suponen una "unidad de fines", es decir, identidad de fines entre quien prescribe y quien es destinatario de la prescripción. Es obvio que Pašukanis no se expresa en términos analíticos, aunque su tesis está inadvertidamente muy cerca de las tesis de los analistas.

En las reglas técnicas el fin no está prescrito, sino que se presupone; los medios tampoco están prescritos, están descritos. Es decir, las reglas técnicas —una vez asumido aquel cierto fin— son apofánticas; no obstante esto, Pašukanis admite que la aplicación de las reglas técnicas puede a veces requerir alguna forma de coerción, sólo que en este caso la coerción se ejercita en interés de quien lo recibe. Por ejemplo, la coacción que ejercita un médico sobre un paciente no tiene carácter de sanción jurídica porque está empleada en interés del paciente mismo, el cual tiene en común con el médico un fin, la curación.

Kelsen rebate esta opinión: el hecho de que haya identidad de fines de solidaridad de intereses entre dos individuos, uno de los cuales ejercita coacción sobre el otro, es una clara ficción, aun con una ancestral tradición en la historia del pensamiento jurídico (recuérdese la fórmula romana: *coactus tamen volui*) y político (Rousseau). El solo indicio empírico del interés, de los fines o de la voluntad de un individuo está constituido por sus acciones y por sus declaraciones. Por definición, quien actúa porque está obligado, no "quiere" actuar.

Kelsen no percibe una parte del pensamiento de Pašukanis que se presta a críticas fáciles. La reducción de las reglas de conducta de la sociedad comunista o reglas técnicas —o sea a reglas (paradójicamente) ciertas o apofánticas— constituye una forma inédita de jusnaturalismo. Y es del naturalismo pensar que haya reglas de conducta inscritas en las relaciones naturales (de causa y efecto). Es también del naturalismo considerar que a las reglas convenga el predicado de la verdad.

II. La segunda doctrina marxista en torno a la suerte del derecho en la sociedad comunista es la elaborada por Stalin y los juristas a su servicio: en la sociedad comunista hay derecho; sin embargo, el derecho comunista no tiene carácter clasista: es más, está elaborado conforme a la voluntad de "todo" el pueblo.

Esta doctrina puede ser considerada una variante de la anterior. Las críticas kelsenianas son análogas. La afirmación que un derecho (cualquiera) deriva de la voluntad de todo el pueblo, es la clásica ficción, según Kelsen: si en verdad el derecho fuese establecido por la voluntad de todos no haría falta la coerción, aunque un derecho sin coerción no es derecho.

Ocasionalmente la doctrina stalinista es justificada de la siguiente manera: el derecho comunista sí es deseado por el proletariado (una parte del pueblo entonces). El proletariado "representa" todo el pueblo. Para Kelsen también eso de la "representación" es una ficción que critica repetidamente en las obras mayores que ha escrito sobre *Teoría general del Estado*.

XI. KELSEN, JUSREALISTA A SU PESAR

A título de conclusión querría llamar la atención sobre un episodio pequeño pero curioso de la biografía intelectual de Kelsen.

Es sabido que en materia de metaciencia prescriptiva, Kelsen ha dicho siempre que la jurisprudencia debe ser ciencia normativa. El sintagma "ciencia normativa" aquí significa que la jurisprudencia debe describir el contenido prescriptivo de normas jurídicas y nada más. Los asuntos del llamado derecho "en acción" no deben interesar a la jurisprudencia, son ajenos a su campo. En otras palabras, sale del campo de la jurisprudencia la cuestión de si las normas jurídicas válidas son igualmente eficaces; eso es materia de la *sociología jurídica*, no de la *jurisprudencia*.

Y bien, hubo por lo menos una ocasión en la que el mismo Kelsen no fue capaz de mantenerse fiel al modelo de la ciencia jurídica como ciencia normativa. Los últimos dos párrafos del ensayo sobre la teoría política del bolcheviquismo se intitulan, respectivamente: "La Constitución (soviética) de 1936", y "La realidad política de la Rusia soviética". Ya estos títulos sugieren, respectivamente, un enfoque puramente normativo y un enfoque factual empírico del estudio del Estado soviético.

El primer párrafo trata de la Constitución "formal"; el segundo sobre la Constitución "material" de la Rusia soviética. Desde antes Kelsen ofrece un ejemplo genuino de jurisprudencia normativa; o sea, describe (sumariamente) algunos enunciados normativos de la Constitución soviética resultando una imagen en verdad sorprendente de una Constitución completamente democrática.¹¹

Por otro lado, Kelsen no está muy satisfecho con esta grotesca conclusión. Inopinadamente pasa del derecho válido a describir el derecho eficaz. La Constitución soviética —dice— no prohíbe la formación de partidos políticos diferentes al partido comunista. Ninguna norma constitucional prohíbe que se forme una oposición a los órganos representativos; sin embargo, a ningún partido que no sea el comunista se le permite constituirse. De hecho no puede ser elegido en los órganos representativos ningún candidato que no haya sido aprobado por el partido comunista. Los órganos representativos deliberan siempre por unanimidad y no hay rastros de oposición política. Naturalmente Kelsen debe concluir: "El Estado soviético no es una democracia".

Para describir sensata y creíblemente la Constitución soviética, Kelsen se ve obligado a bajar al terreno del realismo jurídico (aunque sea un realismo jurídico elemental). Desde el punto de vista de la jurisprudencia normativa, la Constitución soviética se presenta como una Constitución democrática. Es únicamente 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, contra sus propias teorizaciones, da el buen ejemplo e integra el análisis normativo con el análisis sociológico empírico. ¿No es ésta una desmentida autorizada —involuntaria— del modelo normativo de jurisprudencia profesado por Kelsen?

¹¹ No diversamente Kelsen había juzgado la Constitución soviética de 1923, en el escrito *Essenza e valore della democrazia* (en la amplia nota que cierra el capítulo III). También aquí Kelsen se atuvo al método normativo sin poner atención en los hechos sociales. Habría debido destacar que la revolución bolchevique, desde el punto de vista constitucional, concluyó no con la abolición del parlamentarismo sino con su hipertrofia con el consiguiente incremento de la democracia representativa.