

Vigencia del pensamiento y crítica marxistas sobre el derecho moderno en la “crisis del *objetivismo moral*”

Validity of Marxist thought and criticism of modern law in the “crisis of moral objectivism”

Por: Melissa Hincapié Ochoa
Facultad de Derecho
Universidad de Antioquia
melissa.hincapie@udea.edu.co
Recepción: 09.08.2018
Aprobación: 14.12.2018

Resumen: *La crisis que encuentran los postpositivistas en las condiciones de los ordenamientos jurídicos de posguerra, es la misma postulada por los neoconstitucionalistas. Los primeros, sin embargo, no han buscado en esas razones las que obedecen a causas históricas. Podría plantearse que ambas buscan trascender el sentido de la separación entre derecho y moral. Esa crisis de la teoría del derecho, remite a volver a pensar las preguntas fundamentales que son constituyentes del saber jurídico. El propósito es sólo uno: conducirnos por la crítica marxista al derecho moderno en su comprensión del purismo teórico de Kelsen, los fundamentos de la teoría del derecho que han posibilitado la existencia de una disciplina autónoma del pensamiento jurídico y sus consecuencias históricas, y su derivación necesaria a la discusión entre las “metateorías” jurídicas para desentrañar eso de superficial que las anima a pensar la filosofía del derecho como transformación social.*

Palabras clave: *Derecho, marxismo, postpositivismo, crítica*

Abstract: *The crisis that the postpositivists find in the conditions of the legal orderings of postwar period, is the same one postulated by the neoconstitucionalists. The first, however, have not sought those reasons the ones that obey to historical causes. It could be argued that both seek to transcend the sense of separation between law and morality. This crisis of the theory of law, refers to rethink the fundamental questions that are constituents of legal knowledge. The purpose is only one: to lead us through the Marxist critique of modern law in its understanding of Kelsen's theoretical purism, the foundations of the theory of law that have made possible the existence of an autonomous*

discipline of legal thought and its historical consequences, and its derivation necessary to the discussion between the legal “metatheories” to unravel that superficial that encourages them to think the philosophy of law as social transformation.

Keywords: *Law, Marxism, positivism, criticism*

Introducción

En las últimas décadas asistimos a profundos cambios en la estructura del sistema jurídico que han significado, lógicamente, cambios en la forma de entenderlo. Estos, cambios *doctrinales*,¹ han postulado, con pretensiones críticas, la necesidad de pensar el alcance del positivismo jurídico en la aplicación del derecho, tales discusiones ponen de manifiesto que el derecho no puede ser pensado ya con las categorías propias del positivismo jurídico, y, sin embargo, que el derecho, como disciplina autónoma, no es otra cosa que esas categorías con las cuales se le ha llamado “derecho positivista”.

Esta crisis en el pensamiento jurídico, que es a su vez, la manifestación de la crisis del aparato jurídico como pilar normativo de la sociedad, ha implicado variadas reflexiones desde diferentes posturas doctrinales en la filosofía del derecho, que se presentan algunas veces como antagónicas, otras, de manera complementaria, lo cual ha generado diversas interpretaciones sobre lo que hoy se tiene por ciencia jurídica y sobre sus nociones fundamentales y a que la falta de certeza sobre el contenido de ellas y las imposibilidad de una doctrina unificadora, signifique la puesta en crisis de la filosofía del derecho como “filosofía insular”.

Las discusiones que presentan esas ramas doctrinales, sin embargo, mantienen plena vigencia académica y el positivismo jurídico promete, a pesar de su crisis, por la especificidad que estos análisis han cobrado para la teoría del derecho y la teoría constitucionalista seguir siendo el paradigma por medio del cual, se piensan los sistemas normativos de nuestra sociedad. Postpositivistas y neoconstitucionalistas, las dos corrientes doctrinales en furor vuelven una y otra vez sobre los planteamientos de los principales teóricos del positivismo jurídico en circunloquios que vuelven a responder las

¹ En la teoría del derecho se entiende por doctrina jurídica el conjunto de tesis u opiniones de los tratadistas de derecho y se tiene por fuente de derecho, es decir, que el prestigio o autoridad de los personajes de la academia en materia jurídica, tiene influencia en la creación y aplicación de normas del ordenamiento jurídico.

preguntas que fundaron la disciplina jurídica, como si del pensamiento universal se tratará, tomando el ámbito prescriptivo de nuestra sociedad como su estructura.

La reificación del derecho moderno laico, en positivismo, se entiende en el pensamiento jurídico como antagonismo del iusnaturalismo y ha supuesto una teorización purista de la norma jurídica para comprender el derecho como una disciplina autónoma de otras formas de prescripción sociales. Ése, su fundamento laico, es su purismo y su reificación: diferencia la norma moral y la norma jurídica como interioridad y exterioridad, escindiendo la norma de derecho del fuero interno, la moralidad o las costumbres y además hace de ese particularismo, su virtud. La que he dado en llamar, bien o mal, crisis, es la postulación teórica de esta imposibilidad práctica, que se esfuerzan hoy por estudiar como “objetivación de la moral”. Así, si el derecho no ha podido desprenderse del estudio de la moral en determinadas condiciones sociales ha significado que el fundamento dogmático de la ciencia jurídica moderna, se ha ido transformando, según Comanducci (2002), que para explicar el Neoconstitucionalismo, como una “metateoría”, justifica la importancia de pensar las difusas distinciones entre filosofía, teoría, ciencia o dogmática jurídicas; como la imposibilidad de encontrar criterios unívocos para expresar cuáles son las nociones definitorias que explicarían qué es *Neoconstitucionalismo* o *Postpositivismo*.

A lo que, en términos generales se alude cuando se habla de Neoconstitucionalismo, es a la doctrina del derecho emergente, desarrollada para dar explicación a los sistemas jurídicos surgidos como consecuencia del constitucionalismo, pero que no dan cuenta de los ordenamientos jurídicos posteriores al fin de la II Guerra Mundial. El constitucionalismo, a secas, supone la supremacía de una ley superior a la legislación ordinaria, que se atribuye al modelo kelseniano del derecho (Prieto Sanchís, 2011). Sin embargo, esa supremacía de una ley que irradiaría todo el ordenamiento jurídico positivo, ha supuesto en la posguerra una especie de giro o retorno a considerar el iusnaturalismo jurídico como fundamento de esos ordenamientos positivos, a pesar de que el positivismo jurídico, propusiere con la separación entre derecho y moral, que es el fundamento del derecho moderno, no considerar la última como una cuestión inherente al estudio de la ciencia jurídica.

El Postpositivismo, por su parte, surge como superación del positivismo jurídico (es decir, otra “metateoría”), que sostiene entre muchos matices, que la consideración del

derecho como derecho positivo es una caduca, pero que no se plantea los fundamentos de esa disciplina autónoma como una equívoca, pues esos fundamentos son los mismos de la tradición política liberal. Por positivismo jurídico, se entiende que la teoría del derecho ha de centrar su objeto de estudio a las normas dictadas por los hombres, por lo cual se deriva, según el sentido metodológico que postula Kelsen, que un objeto científico para una disciplina autónoma positivista, es únicamente, el derecho positivo, el derecho vigente en cada ordenamiento jurídico.

La crisis que encuentran los postpositivistas en las condiciones de los ordenamientos jurídicos de posguerra, es la misma postulada por los neoconstitucionalistas, pero los primeros, sin embargo, no han buscado en esas razones las que obedecen a causas históricas. Bien podría plantearse que ambas buscan trascender el sentido de la separación entre derecho y moral, en un objetivismo moral, que el propio Kelsen pudo avizorar en su planteamiento de una Liga de las Naciones, superior a cualquier ordenamiento jurídico positivo. Sin embargo, lo que trasciende el neoconstitucionalismo es la teoría que posa su mirada en la transformación histórica del ordenamiento jurídico, mientras el postpositivismo, parte del ordenamiento jurídico como objeto puro dado, lo que trasciende, es por tanto, la teoría purista, a-histórica, de un planteamiento sobre el derecho que pudiese ser aplicable para entender cualquier norma en cualquier ordenamiento jurídico, en otras palabras, trasciende los postulados de la teoría general del derecho, por considerar que el formalismo que encierra imposibilita pensar el derecho en épocas de ordenamientos de jueces, más que de legisladores, por lo cual, eso que trascienden ambas teorías tiene pretensiones críticas, que son de un lado históricas y de otro metódicas.

Lo que pretende el análisis que introduzco de esta manera, es pensar las dificultades que se enraízan en ese modo de atender las discusiones al interior de una disciplina que ha pretendido su autonomía, como un comentario crítico, que atienda verdaderamente a las dificultades históricas que atraviesa el pensamiento jurídico. Partiendo de la crítica marxiana, buscaré en las motivaciones propias de la doctrina jurídica las razones, tanto históricas como epistemológicas, que estructuran su propia crisis.

Que esa crisis de la teoría del derecho sea una estructural, remite sin embargo, necesariamente, a pensar esas transformaciones con pretensiones de universalidad, volviendo sobre las preguntas fundamentales que son constituyentes del saber jurídico, antes que a irnos por las ramas para pensar los fundamentos mismos de la estructura; que

ha de suponer la principal tarea del filósofo del derecho, tal y como se propone en este trabajo, pues tomando lo definido por la definición, las transformaciones que le modifican, perpetúan la crisis en el funcionamiento estructural de un sistema de pensamiento.

Se propone entonces, quizás sea en esos fundamentos donde se encuentre el eje de la discusión, es decir, llevando la mirada sobre el problema más acá del conocimiento, antes que en la búsqueda de la innovación sobre lo que se tiene por cierto; planteando que es de esa manera, que se ha puesto para la filosofía del derecho esa conocida diferencia que Bobbio (1962) ha afirmado existe entre la que hacen los filósofos y la que hacen los juristas, gracias a la cual, al referirse al pensamiento jurídico, no son claras las diferencias entre filosofía y teoría del derecho y las doctrinas que se llaman filosóficas o teóricas, suelen coincidir en utilizarlas como sinónimos.

En el concepto que sobre filosofía jurídica se ha formulado, se le comprende de dos clases: una, en sentido estricto, relativa al derecho como fenómeno aislado y otra, una filosofía sociojurídica (diferente a la sociología jurídica), que pretende aplicar reflexiones sociales al derecho (Hernández Marín, 1993). No es sobre esta distinción que se pretende volver, pues lejos de hacer una crítica que desentrañe el sentido *insular* (Atienza, 2017) para proponer una interdisciplinariedad que reconcilie ambas formas de hacer filosofía del derecho, se pretende sólo postular la pregunta por el lugar que ocupa la ciencia jurídica en las ciencias humanas, cuál es su compromiso social y refutar, otra vez con los aportes de Marx, su papel positivo en la transformación de la sociedad, y que así, aunque sea implícitamente, cumpla las veces de interrogar el carácter fragmentario de sus abstracciones. Decir eso, es proponer pensar el derecho entre lógicas complejas, sobre las cuales, el pensamiento jurídico postulado como una “filosofía insular”, no permite pensarle fuera de su abstracción, en sus efectos sobre la praxis social, que no se agota en la prescripción de unos parámetros de vida absolutizados por el paso del tiempo.

Con la filosofía del derecho disuelta en la teoría se han cerrado las puertas a la especulación racional sobre el derecho. Anclado el pensamiento jurídico a una corriente teórica de la filosofía: el positivismo; se le ha comprendido como la única forma de comprender racionalmente el ordenamiento social, se confunde en la teorización como una especie pura del pensamiento jurídico de la cual se deriva que el significado del positivismo jurídico, primero su método y así su fundamento significa la artificialidad del

orden por el que opera, oponiéndosele como un falso dilema al naturalismo, entendido como moralismo jurídico premoderno. Se deriva así, que como el derecho positivo (el que está puesto), es obviamente, el derecho vigente para la operación de la práctica jurídica, que el positivismo es la única corriente del pensamiento por medio de la cual se puede pensar el derecho en términos racionales. Sin embargo, y obviamente, como pensar el derecho sólo es posible desde las posibilidades de lo que encarna, desde el sentido que en el pensamiento jurídico se le ha dado a la filosofía, esos interrogantes no pueden ser una propuesta en el sentido positivo de llenar de contenidos, de encarar nuevas definiciones, sino sólo en la única versión del derecho que tenemos: el positivismo es, pues, la forma real del derecho y la única consecuente. Así, el único propósito puesto en este artículo es el que posa la mirada sobre los fundamentos positivos del derecho, sus contenidos teóricos, pero que no busca trascenderlos o superarlos, sino develar en ellos la forma que toman en su crisis. La propuesta sólo puede ser así la de interrogar un pensamiento jurídico incapaz de pensar, al modo en que lo han hecho otras ciencias humanas, sus fundamentos en razón de las estructuras sociales, es decir, la necesidad de historizar las mismas posibilidades del derecho como disciplina autónoma.

Lo único que puedo tomar entonces como diferencia real entre filosofía y teoría del derecho, es esa posibilidad crítica sobre la propia teoría, como la primera. Ese sentido negativo de la filosofía, lo define Horkheimer (1974) así:

La meta de la filosofía occidental, en su primera formulación acabada, la platónica, era negar la parcialidad y superarla en un sistema conceptual más amplio, más flexible, más adecuado a la realidad. En el transcurso de muchos diálogos, el maestro demuestra cómo su interlocutor se ve envuelto inevitablemente en contradicciones cuando se aferra unilateralmente a su posición. El maestro prueba que es necesario pasar de una idea a otra, porque cada una solo puede alcanzar su significación propia dentro de la totalidad del sistema de las ideas (p. 283).

La relación entre el punto de partida, es decir, esa distinción entre filosofía y teoría, con el objeto de estudio; tiene por principio uno solo: conducirnos críticamente desde la discusión entre las “metateorías” jurídicas para desentrañar eso de superficial que las anima así a proclamarse filosofía del derecho, o indistintamente, teoría; que parecen no conducir a ningún lugar, pues proponer sólo la mejor razón retórica frente a la otra para arribar al único punto de llegada al que, naturalmente, puede conducir la crítica de sus fundamentos: el purismo teórico de Kelsen, los fundamentos de la teoría del derecho que

han posibilitado la existencia de una disciplina autónoma del pensamiento jurídico y sus consecuencias históricas.

1. La falacia naturalista: un falso dilema entre moral y derecho

La filosofía del derecho en la posguerra ha sufrido cambios importantes que pesan sobre esa secularización que la fundamenta. La Declaración Universal de Derechos Humanos y la aparición del Estado Social de Derecho, que modifica los fundamentos del Estado Legal de Derecho ha puesto sobre la mesa la necesidad de no dar por resuelta la pregunta por la separación entre derecho y moral. Derecho y moral se ofrecen a nuestra consideración como dos formas de control prescriptivo sobre la conducta humana que han de separarse necesariamente para comprender qué es el derecho moderno, al menos en términos conceptuales.

Carlos Gaviria planteaba que ese criterio de distinción que ha de realizarse entre ambas formas de normativizar la sociedad, lo “es en sentido formal y no en uno materializado” (Gaviria, 1992, p. 28). Es claro que las distinciones conceptuales son necesarias para profundizar en un objeto de estudio, sin embargo, no pueden tomarse categóricamente, sin obviar que su funcionamiento real es sistemático. Efectivamente, las condiciones de la discusión, que llevan a plantear la necesidad de unos principios jurídicos como moral objetivada, nos devuelven al eje central de la discusión que pone en crisis el paradigma positivista del derecho moderno como oposición al naturalismo; moral, premoderno.

Decir que es posible separar el derecho de la moral, en la praxis, es reafirmar que el derecho es una abstracción que interviene en la sociedad como un ente supremo que emana rayos de sol sobre la sociedad que alumbra. Y como no es posible desprendernos de esa noción del derecho, Gaviria, muestra el fundamento de la necesaria separación conceptual de estas categorías para reivindicar la libertad de pensamiento frente al absolutismo de Estado a comienzos del siglo XVIII; esto citando a Christian Tomasio que sostiene que “la conciencia individual (*forum internum*), sólo puede ser regida por principios morales y que al derecho incumbe únicamente la regulación exterior del comportamiento (*forum externum*) para asegurar la paz social, la convivencia” (1992, p. 32).

La fuerza teórica del derecho encuentra su razón en la modernidad con esa distinción de preceptos morales para regular la vida social; y esa razón, se la da la posibilidad del

uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de las normas y para sancionar su correlativo incumplimiento. La razón práctica sobre la cual el derecho fundamenta su existencia en la modernidad, en un pacto social, no es otra cosa que la defensa de la libertad individual; preservar un fuero interno que no le pertenece a un soberano. Separando la religión de la ley, la última se asume como la posibilidad racional del uso de la fuerza y es ese, precisamente, el fundamento de la antinomia entre iusnaturalismo e iuspositivismo, donde para el primero el derecho se relaciona con la moral y el segundo con la fuerza (Gaviria, 1992, p. 43).

La distinción que se realiza en términos conceptuales, pierde sentido en términos prácticos. Cuando esa oposición se postula como extrapolación de la *falacia naturalista* a una teoría del derecho que renueva constantemente sus fundamentos para proponer el positivismo como la única corriente filosófica por medio de la cual se puede pensar el derecho “dado” en términos racionales. Efectivamente, la llamada *falacia naturalista* o la Ley de Hume (como también se le conoce) denuncia, al contrario de lo que se ha querido expresar con ésta en el derecho, que del *deber ser* de las cosas pueda inferirse lógicamente el *ser*. La cita de David Hume, por la cual se le atribuye la formulación de una falacia naturalista, es la siguiente:

En todo sistema moral del que se haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes (Hume, 1984, pp. 689-690).

Lo que Hume denuncia como falaz frente a los modelos científicos naturalistas diverge de la extrapolación a la filosofía del derecho en el mismo contenido que lo sentencia. Lo que en derecho se entiende como *ser* y *deber ser*, realiza la concepción hegeliana del Estado y la Sociedad Civil, que Marx crítica: “el Estado como ‘espíritu’ que se divide a sí mismo en las “esferas ideales de su noción”, es decir, la sociedad civil y la familia

como esferas 'ideales reales'" (Marx, 1973, p. 57), que en la teoría pura del derecho se concreta como el ser social. En pocas palabras, el derecho moderno, con esto, no se refiere nunca a un *ser* que no sea una abstracción social idealizada, que para Kelsen (2009) se realimentan estática y dinámicamente. Expresando con ello un carácter absolutizado, estático del Estado y; el carácter dinámico entre éste y esas esferas ideales de su noción, que posibilitan hablar del derecho en la transformación social.

El problema al asumir que iusnaturalismo es igual a moral e iuspositivismo es igual a derecho, es que se desentraña de la falacia naturalista un sentido formal, y por éste se tiene: "teórico". Resultando de la falacia naturalista, su antónima: una falacia normativista que deriva del deber *ser* al *ser social*, actualizando las razones naturalistas premodernas en unas racionalizadas como objetivismo moral; en una moral premoderna, modernizada como fuerza cuando las condiciones históricas develan la imposibilidad material de que la separación entre moral y derecho pueda obedecer a otras razones que a las formales, es decir, las del ideal, que no se realizan, ni siquiera, en su "ideal real", en la concreción de ese ser social.

La *falacia naturalista* se realiza, así como su contraria. Ello no quiere decir, que no tenga expresiones reales, que la propia época no siga trayendo para sí razones premodernas que la validen, verdades esencializadas como naturales en ideales morales (de deber ser), que se presentan como fundamentos de los regímenes totalitarios en la modernidad. Habría que afirmar, si se quiere, que el derecho es el hacedor mismo de la falacia, tanto en su versión naturalista como en su versión normativista. Su realización, que siempre es ideológica, implica la derivación lógica de premisas descriptivas con conclusiones normativas que, en todo caso, no pierden su carácter moral al ser objetivadas jurídicamente como fuerza en normas primarias de derecho.

Objetivamente analizado, el derecho es necesariamente un sistema moral, siguiendo con la cita de Hume, sin que ello signifique que hoy pueda ser uno irracional (y ello se deriva precisamente de los valores morales que ha cobrado históricamente su praxis social). En ese sentido, el iusnaturalismo moderno nunca ha sido naturalismo propiamente dicho, y esa definición sólo cabe hacerla para expresar la superación ideal de un modelo por otro.

Si de algún modo cabe esta extrapolación de la Ley de Hume al derecho, en la discusión que ocupa estas líneas, es la que posibilita la creación de una teoría general del

derecho moderno, que adeudamos a Kelsen y que, según Ferrajoli, ha posibilitado pensar su autonomía como disciplina. Sigue este autor:

Es difícil decir hasta qué punto el carácter puro de la teoría implique su carácter formal. Ciertamente “formal” y “puro” no son términos sinónimos, ya que tienen tras de sí epistemologías diversas. Mientras que “formal” designa la dimensión puramente sintáctica de los constructos teóricos, la expresión “pura”, asociada a “conocimiento”, “teoría” o “doctrina”, remite claramente a la razón pura kantiana. Por lo demás, el propio Kant, en el prólogo a la segunda edición de la *Metafísica* como lo prueban las incomprensiones, bajo la enseña de la “acusación de formalismo”, dirigida desde muchas partes contra la teoría pura a causa de la programática irrelevancia asociada por ésta a los contenidos normativos de los concretos ordenamientos jurídicos (Ferrajoli, 2017, pp. 190-191).

De acuerdo con la anterior cita, según la cual Ferrajoli defiende la autonomía de una disciplina jurídica formalmente, es posible plantear que el purismo es la posibilidad de una teoría general sobre el derecho positivo que se diferenciará de la jurisprudencia, de la filosofía de la justicia y de la sociología, y en ese sentido, que su vigencia es la de esa posibilidad formal de una autonomía disciplinar. En aquel sentido, Kelsen va muy lejos al postular que el derecho debe pensarse autónomamente de la moral, antes que ser dejado a su propia lógica, es decir, si pensamos formalmente, como Ferrajoli, la teoría pura del derecho, podemos hallar en ésta la importancia de fundamentar racionalmente el derecho como límite a la arbitrariedad de la moral (o *ser social*), que siguiendo con el planteamiento de Hume, al no ser susceptible de verdad o falsedad, es indemostrable a diferencia de la razón y por tanto, de ella, pensada aún como fuero interno, no cabe hacer comparaciones, ni inferencias lógicas. La moral racionalizada o el derecho, por tanto, como razón pura, ha sido planteada por Kelsen, permitiendo la abstracción de la moral en un plano metafísico, es decir, ha racionalizado la moral en objeto puro. De la moral como razón pura, sí cabe entonces decir verdad o falsedad, realizar analogías o premisas jurídicas que adquieren el valor objetivo de disposición normativa de derecho. Este planteamiento, sin embargo, ya se constituye en sí mismo como una falacia naturalista. Además, ninguna teoría, menos del derecho, está ni ha estado nunca desprovista del carácter económico que la sustenta. A propósito, cabe recordar la definición que hace Nicos Poulantzas en *Marx y el derecho moderno*, del “modo de producción”; éste:

constituye un concepto que exige un examen "teórico" de la combinación "pura" de los niveles y del sistema de las formas. Una formación social históricamente determinada, en la realidad "histórica" y en tanto que forma de individualidad histórica, presenta una combinación particular de varios modos de producción teóricamente establecidos en su "pureza". Esta formación social presenta una unidad compleja con la dominante, en la medida en que, entre los diversos modos de producción que la componen, un modo particular detenta el papel dominante. Se trata aquí de una formación social históricamente determinada por un modo de producción dado. El predominio de ese modo de producción en la formación social en cuestión, hace que la matriz de ese modo de producción, sea la reflexión particular del predominio en última instancia que la específica, deje su impronta en el conjunto de la formación, impregnándolo de la matriz del modo de producción dominante. En ese sentido, una formación social históricamente determinada es especificada por un tipo particular de articulación y de predominio de sus niveles o instancias económicas, políticas, jurídicas, que es, por regla general, teniendo en cuenta diversos desajustes, el del modo de producción dominante. [...] es evidente que proceder al examen científico del nivel jurídico de un modo de producción dado, supone como premisa teórica localizarlo como nivel particular en el tipo de articulación y de relaciones de niveles que especifica un modo de producción "puro". En ningún caso se puede comenzar la investigación con una concepción general de lo que es el derecho, a riesgo de descubrir las formas particulares o el contenido diferencial que reviste en los diversos modos de producción. La demarcación teórica de un objeto de investigación -el derecho en este caso-, la definición misma de ciertas estructuras y prácticas como jurídicas, depende del lugar y de la función que revisten en un modo complejo teóricamente definido que constituye un modo de producción especificado (Poulantzas, 1973, pp. 145-146).

2. El origen del sofisma "positivismo jurídico"

La introducción de Marx para la *Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, permite plantear que esa separación entre derecho y moral sólo puede encontrarse en el plano de las ideas, sólo puede realizarse conceptualmente, es superestructura. De ahí que sólo tenga fundamento como purismo. Históricamente, el derecho moderno no es más que la superación del lugar que la religión poseía en el *ancien régime*. Respecto del poder político, en la estructura económica que le avala a serlo, ahora racionalmente; y que al igual que la religión lo había sido, el derecho toma en el modo de producción capitalista "la conciencia subvertida del mundo, por ser ella un mundo subvertido" (Marx, 1968, p. 7). Y sigue Marx (1968):

La tarea de la historia, por lo tanto, es establecer la verdad del acá, después que haya sido disipada la verdad del allá. Ante todo, el deber de la filosofía, que está al servicio de la historia, es el de desenmascarar la aniquilación de la persona humana en su aspecto profano, luego de haber sido desenmascarada la forma sagrada de la negación de la persona humana. La crítica del cielo se cambia así en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política (p. 8)

Cuando pensamos, entonces, la crítica del derecho, debemos referirnos a eso que supera el derecho históricamente en abstracto. Volviendo sobre esa relación del derecho como fuerza que se recoge de la cita de Carlos Gaviria (1992), en contradicción con la moral, que se presenta como fundamento liberal, laico, del derecho como razón, en oposición a su sentido religioso; nos vemos en la necesidad de pensar en el origen de esa separación, pues siguiendo nuevamente a Marx (2009), “la religión no vale ya para nosotros como el *fundamento* sino tan sólo como el *fenómeno* de la limitación secular” (p. 134).

El contrato social, esa defensa de la libertad individual en la conquista de un fuero interno que no le pertenezca a un soberano (Dios), logra “separar” la religión de la ley para hacer racional su fundamento moderno. Jaeger, presenta esa forma mítica del fundamento contractualista, en la sociedad griega, como una con la cual representamos el *don del derecho* como uno de los dioses, y que pone “Platón en boca de Protágoras”, es decir, encuentra su razón en un sofisma², para explicar que por ser *techné*, no puede considerársele científico:

En el mito del nacimiento de la cultura, que pone Platón en boca de Protágoras, para explicar la esencia y la posición de su *techné*, se distinguen dos grados de evolución. No se trata, evidentemente, de dos etapas históricas separadas en el tiempo. La sucesión es

² “Es natural para nosotros considerar a los sofistas con mirada retrospectiva desde el punto de vista escéptico de Platón, para el cual la duda socrática sobre “la posibilidad de enseñar la virtud” es el comienzo de todo conocimiento filosófico. Pero es históricamente incorrecto, e impide toda real comprensión de aquella importante época de la historia de la educación humana, sobrecargarla con problemas que sólo se suscitan en una etapa posterior de la reflexión filosófica. Desde el punto de vista histórico la sofística constituye un fenómeno tan importante como Sócrates o Platón. Es más, no es posible concebir a éstos sin aquella. La historia de la filosofía que nos ofrece Aristóteles en la *Metafísica* excluye a los sofistas. Las más modernas historias de la filosofía los consideran como fundadores del subjetivismo y el relativismo filosóficos” (Jaeger, 2001, p. 46). Así, el derecho no puede ser más que un sofisma que postula verdades científicas, allí donde sólo existe subjetivismo (así sea ésta expresada como la voluntad soberana) y relativismo filosóficos, pues aunque se planteen purismos en las normas, su propia praxis le reclama en razón, la imposibilidad de resolverse más que en la interpretación, en la argumentación retórica, en la sentencia judicial que dispone hermenéuticamente de la ley.

sólo la forma que toma el mito para representar la necesidad y la importancia de la alta educación sofisticada. El primer grado es la civilización técnica. Protágoras la denomina, siguiendo a Esquilo, el don de Prometeo que adquirió el hombre con el fuego. A pesar de esta posesión, se hubiera visto condenado a miserable ruina y se hubiera aniquilado en una lucha espantosa de todos contra todos, si Zeus no les hubiera otorgado el don del derecho que hizo posible la fundación del estado y de la sociedad. No resulta claro si Protágoras tomó esta idea de la parte perdida de la trilogía del Prometeo o de Hesíodo, que ensalza el derecho como el más alto don de Zeus porque mediante él se distinguen los hombres de los animales que se comen unos a otros (Jaeger, 2001, p. 52).

No ha desaparecido, tampoco, el fundamento mítico del derecho en la modernidad, pues el antiguo don que se otorgaba a los hombres por los dioses; se presenta en la sociedad moderna, ya no como un don, sino como un contrato firmado entre un soberano y unos súbditos de su hegemonía. Se pone la crítica del derecho, allí donde la modernidad ejerce la crítica a la religión.

Semejante separación entre derecho y moral, se nos presenta como razón liberal, del sofisma que crea el positivismo como laicidad del derecho positivo, del derecho que no nos ha sido entregado por Prometeo o por Moisés, o que es robado por un semidiós del Olimpo; sino que constituimos ahora, como individuos libres, aunque semejante libertad también sea mítica, pues transfigura la soberanía en la propia alienación objetivada en un Dios racional. Separar, entonces, el derecho de la moral, resulta tan idealista como atribuirle objetividad a la voluntad de Zeus, pues la religiosidad de su *fundamento*, le es esencial aunque eso se conciba racionalmente; y aun así, se le sigue apareciendo como *fenómeno* en toda la praxis jurídica.

Siguiendo con planteamientos anteriores habría que añadir a lo anterior, que a la filosofía del derecho le es necesario desentrañar la razón teológica que fundamenta el conocimiento científico sobre el Estado:

Nos explicamos por ello las ataduras religiosas de los ciudadanos libres a partir de sus ataduras seculares. No afirmamos que deban acabar con su limitación religiosa para poder acabar sus barreras seculares. Afirmamos que ellos acaban con su limitación religiosa tan pronto como acaban con sus barreras temporales. No convertimos las cuestiones seculares en cuestiones teológicas [...] Convertimos las cuestiones teológicas en seculares. Después de que la historia se ha visto disuelta durante suficiente tiempo en la superstición, disolvemos la superstición en la historia. El

problema de la relación de la emancipación política con la religión se convierte, para nosotros, en el problema de la relación de la emancipación política con la emancipación humana. Criticamos la debilidad religiosa del Estado político al criticar el Estado político, sin considerar las debilidades religiosas en su estructura secular (Marx, 2009, p. 133).

Ahora la filosofía del derecho se sigue encontrando con sus límites históricos para pensar la realidad social, pues es su abstracción. Asumiendo esa imposibilidad de pensar el derecho como ciencia anclada en el positivismo, al contrario de tomar la posición por su superación, se pretende postular que para el pensamiento jurídico son insuperables las nociones con las que el derecho se puede considerar una disciplina autónoma. Sin embargo, la crítica es en sí misma una propuesta, aunque el sentido común siempre esté pidiendo “dar soluciones”, o sobreponer a lo positivo una nueva razón “propositiva”; lo que omite es que el sentido de la crítica para el conocimiento es precisamente el de la negación, estableciendo algunas nociones frente a aquello que queda por develar, mejor que su renovación.

3. El *Marx* del postpositivismo jurídico

Si bien, con Marx se ha hecho *hasta para vender*, los límites que rebasan algunos teóricos del derecho no los confirma ni el sentido común, y sin embargo, me interesan porque, aun siendo falsas, tienen influencia y repercusiones sobre la realidad social. Manuel Atienza, filósofo ius(post)positivista, además de considerar la superación del positivismo, propone que los déficits en su consideración filosófica para el “mundo latino”, es una carencia relativa a la falta de consideración del pensamiento marxista. Para él:

hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de Marx y que son de gran valor para la construcción de una teoría del Derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo [es decir, el sentido postpositivista]. Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar el Derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el Derecho no tendría por qué verse relegado (Atienza, 2017, p. 67).

Su pragmatismo, reduce a Marx a una imposibilidad histórica para pensar las estructuras sociales. Para el ideólogo, todo desarrollo histórico se reduce a las

abstracciones del desarrollo histórico, la función del pensamiento materialista es una denuncia, y por tanto, de alumbramiento de la realidad, entendida ésta como ese resultado, que se presenta como apariencia, cargada de las valoraciones ideológicas que pesan sobre ese ser social como construcción de la cultura. La realidad social suele presentarse como “resultado” jurídico-político y esos resultados se elevan a la categoría de fundamentos y los efectos aparecen así como causas, así la ideología aparece como el motor real de la historia. La ideología, según Engels (Silva, 2008, p. 12), se ocupa así con pensamientos, sistemas o mundos conceptuales como si se tratara de mundos independientes, de “esencialidades autónomas” y ello trae como consecuencia el perder de vista la realidad misma. El pragmatismo pues, no puede ser otra cosa que ideología, la cual abstraída en su realidad social, la que ha creado y recreado, presenta para el mundo sus resultados como conocimiento de la sociedad, que como no busca en sus estructuras, aquello que lo fundamenta, no piensa más que en la superficie, por tanto, lo que supera trasciende también superficialmente. Así, como fallas de la teoría, no piensa en los fundamentos de la teoría misma, piensa que las dificultades para construir una tradición iusfilosófica son:

Uno [...] el formalismo en cuanto concepción, ideología, profundamente arraigada en nuestra cultura y que, simplificando, viene a consistir en reducir el derecho a reglas y en aislar el derecho de otros fenómenos sociales y culturales. El otro, el defecto opuesto, consiste en prescindir de que el Derecho es – aunque no sea sólo eso – un fenómeno autoritativo en el que las reglas tienen que jugar un papel preponderante; en reducir, por así decirlo, el Derecho a principios, a valores; y en hacer, por lo tanto, que el Derecho pierda uno de sus rasgos de identidad y pase a ser considerado como un capítulo más de la moral (Atienza, 2017, p. 57).

Para Atienza (2017), la dificultad para construir una tradición iusfilosófica en el mundo latino (o en la llamada cultura jurídica romano-germánica), como llama él a su filosofía del derecho crítica, es que “en buena medida seguimos careciendo de instituciones capaces de hacer fructificar las obras filosóficas” (p. 57), a diferencia de lo que ha ocurrido en la cultura jurídica anglosajona. Y si bien, identifica, los problemas que atraviesan a la filosofía del derecho, su crítica para la creación de una filosofía del derecho pragmatista basada en una “teoría de ámbito regional” para dar cuenta de las prácticas jurídicas de nuestros Estados de Derecho (y eso como una “implantación política de la filosofía del Derecho” en la institucionalidad que medie entre lo local y lo global); no logra siquiera sus aspiraciones de interdisciplinariedad.

El autor plantea que un modelo de teoría del derecho “pragmáticamente útil” y “culturalmente viable”, habría de consistir en combinar un método analítico, el objetivismo moral y su idea de comprender el derecho como transformación social, o sea, como práctica jurídica, vinculada cada una de estas nociones “a las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho” (Atienza, 2017, p. 50).

El planteamiento de que la filosofía del derecho es una filosofía insular, aislada del pensamiento, la retoma de Carlos Santiago Nino, y asume que como éste tuvo el propósito de realizar para su obra “la construcción de puentes entre el derecho, la moral y la política, para que el razonamiento jurídico no tomase la forma de fenómeno insular” (Atienza, 2017, p. 81); el postpositivismo, que tomase su idea de juntar todos los modelos jurídicos en una institucionalidad de ámbito regional que piense doctrinalmente el derecho y haga de su pensamiento, al modo del *common law*, su forma jurídica como la superación de su crisis, pero que además reivindique sus formas propias, tornándose en una filosofía de ámbito regional, en capacidad de competencia con las instituciones jurídicas globales. La solución de Atienza apunta, pues, a la construcción de una institucionalidad doctrinaria, en la cual los filósofos del derecho asuman un papel político en la transformación social:

una implantación política de la filosofía del derecho que asuma como una de sus funciones la de mediar entre lo local y lo global; lo que no podrá hacerse si no se construye, a su vez, una teoría de ámbito regional dirigida a dar cuenta y a guiar las prácticas jurídicas en el contexto de nuestros Estados constitucionales [...] Se trata de no engañarse [asume éste] y de construir una filosofía del Derecho apoyada sobre el suelo firme que supone la realidad de nuestros Derechos y nuestras culturas jurídicas (Atienza, 2017, p. 59)

La solución, si se quiere, ahonda en el problema, pues además de dejar intacta la crisis institucional que ha supuesto la superación paradigmática del positivismo jurídico, no cuestiona las relaciones de poder inequitativas, que supone para los modelos “regionales”, la pérdida de su soberanía en función de una especie de globalización de lo jurídico, sino que la abandera en función de la realización de un modelo institucional que haga políticas sus causas como mediación para “no engañarse”, asumiendo como realidad de lo que no funciona, aquello para lo cual siga siendo disfuncional. Sigue Atienza, para exponer su

versión pragmatista “crítica” del Derecho, explicando de qué se trata ésta; una que concibe el derecho como argumentación:

el derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del Derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de “natural”, la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del Derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación, de la prueba...). Conecta a la filosofía del Derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica...) (Atienza, 2017, p. 69)

Ese peligroso fundamento, que relaciona naturalmente la teoría con la práctica, con pretensiones globalizadoras, lejos de pensar el derecho con Marx, se sirve ideológicamente de la institucionalización política del saber jurídico, en la creación de verdades que prometen el sustento ideológico de un ordenamiento jurídico a la medida de nuestro siglo. La producción de conocimiento al servicio del poder económico, no es quizás sino, la dispersión generalizada de la miseria a escala global. Esa idea de hacer de la teoría una práctica social que supere el positivismo por ser “una concepción del derecho históricamente periclitada” (Atienza, 2017, p. 62), no es más que la promesa incumplible del derecho: hacer realidad las normas, concretizarles, pero en este caso, su sentido es abiertamente servil al capitalismo.

4. La fuerza de la moral objetivada por medio del derecho

Efectivamente, la constitucionalización del orden jurídico ha sido un proceso histórico que ha tenido en aquello que Atienza llama “el mundo latino”, el resultado de la transformación del Estado de Derecho hasta la forma que ha adquirido hoy, el Estado Constitucional de Derecho, como resultado del desarrollo político y los fines que se han puesto en el derecho para la sociedad, tras la Segunda Guerra Mundial y la Declaración Universal de Derechos Humanos, como consecuencia de la devastación que supuso aquella, y si se quiere, como deuda histórica o reparación de las injusticias milenarias que la misma fuerza de la ley ha ostentado contra la humanidad allí donde aquella se encuentra incapacitada para materializar los ideales que promete como realizaciones concretas en la praxis social hasta cobrar las más aterradoras formas despóticas.

Kelsen (2003) mismo postula la crítica al positivismo jurídico que él funda, al escribir *La paz por medio del derecho*. Es menester para él formular e incluso reglamentar la creación ficticia de *La Liga de las Naciones*, como órgano internacional, que realizaría el ideal kantiano de una paz perpetua por medio de un derecho cosmopolita; con el propósito de limitar el poder de los Estados y de la ley positiva, redefiniendo su concepción del derecho positivo tras su exilio de la Alemania Nazi. Propone la *Liga de las Naciones*, como un límite al poder soberano que otorgaba la ley positiva, pues el régimen nacionalsocialista, demostró que una ley creada por los hombres no tenía que ser justa necesariamente y que la obediencia legítima a la ley por la fuerza de ley justificaba también el terrible genocidio en nombre del orden.

Los antecedentes de una “Liga de las Naciones”, ya existían desde el tratado internacional conocido como la Paz de Westfalia, hasta entonces y desde el siglo XVII, vigente como un pacto de no agresión entre los Estados, fundamentado sobre el principio contractual “*rebus sic stantibus*”, que quiere decir: lo acordado se mantiene mientras no cambien las condiciones que dieron origen al pacto, o sea, sobre la irresponsabilidad de los Estados para estarse a lo acordado, dando prioridad a los intereses soberanos sobre la paz. El modelo kelseniano, en cambio, se basa en un acuerdo sobre la base de la paz cosmopolita kantiana, que implica que los Estados se acojan al principio contractual “*pacta sunt servanda*”, según el cual, lo pactado obliga a las partes, primando el interés de la comunidad internacional de perpetuar la paz a través de un orden global, sobre el interés de los Estados de proteger su soberanía nacional.

Ese modelo, supone entonces un orden superior al de los Estados, llamado también por el derecho internacional, “monismo internacionalista”, contrario al clásico “monismo estatalista”, como el del pacto de Westfalia y un tercer modelo, que es en realidad, una variación de los dos primeros, el modelo dualista, que cuenta con mayor acogida en la actualidad, supone la existencia de un orden nacional y uno internacional, donde el modelo nacional siga siendo soberano y, por tanto, prevalezca sobre el orden internacional, pero bajo el principio contractual “*pacta sunt servanda*”, es decir, impone la responsabilidad de los Estados a atenerse a lo acordado en un tratado internacional.

Kelsen postula en ese libro que el problema de la organización mundial, es uno con raíces históricas, pues toda la evolución del derecho desde sus orígenes hasta su estado actual ha sido un continuo proceso de centralización, que tal como la asistimos en la

actualidad donde la creación de Cortes Internacionales, órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos, ha precedido la creación de organismos de unificación jurisprudencial, de gobernanza e integración internacional legislativa, como funge, por ejemplo, la Unión Europea:

este proceso se caracteriza por el hecho sorprendente de que la centralización de la función de aplicar el derecho – es decir, la creación de tribunales- precede a la centralización de la función de crear las leyes, es decir, la creación de órganos legislativos. Mucho antes de que existieran los parlamentos como cuerpos legislativos se crearon tribunales para aplicar el derecho a casos concretos. Es un hecho característico que el significado de la palabra “parlamento” fuese originalmente “tribunal” [...] En la sociedad primitiva los tribunales apenas eran más que tribunales de arbitraje (Kelsen, 2003, p. 53).

Esos fundamentos para la existencia de esa formación supranacional como formas de un orden mundial tienen su concreción real histórica, en modelos como los planteados por Atienza para la integración política del saber jurídico, mejor que en el proyecto utópico de constituir legislativamente una Liga de las Naciones. Quizás, el problema del deber ser jurídico es que, efectivamente, está llamado a ser; la sociedad normativiza sus ideales y los lleva a término, transforma la realidad; pero en cambio, no admite la estructura imperfecta, azarosa del carácter social y toda su maquinaria se vuelca así sobre fines totalitarios cuando la única ideología es el capitalismo y la única ley, la suya. En este sentido, Umberto Cerroni, que realiza un análisis marxista del derecho moderno, encuentra esa separación entre una dimensión valorativa y otra real del mundo, según la cual el deber ser funciona como esquema determinativo del ser (propuesta purista kelseniana para una ciencia autónoma del derecho) problemática, pues:

[e]l hecho es que esta conformación del conocimiento a los procedimientos, esta transformación del conocimiento en lógica, es la transformación del ser —en cuanto alteridad real— en experiencia del sujeto, en un solo ser posible o en un ser *del* deber ser (Cerroni, 1975, p. 160).

Postular la autonomía de una disciplina, así, en nombre de la ciencia, no puede ser otra cosa que totalitarismo, pues definir las posibilidades humanas en el ideal normativo, incluso si a esas pretensiones universalizantes se les llama dignidad humana, es darle ya un valor prescriptivo a lo que tiene meras pretensiones descriptivas; el mundo que se

define desde la neutralidad está mutilado a ser otro mundo, y por ello, el mundo definido por el valor ideal que *pone* el derecho: el positivismo jurídico; no puede ser nada diferente que indignidad exponencial para la humanidad. Si el derecho sólo es la moral objetivada, la transformación social que recrea, sólo puede ser el exponente.

Referencias

- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Editorial Trotta.
- Bobbio, N. (1962). "Nature et fonction de la philosophie du droit" en: *Archives de philosophie du droit* 7, pp. 1-11.
- Cerroni, U. (1975). *Marx y el derecho moderno*. México: Grijalbo.
- Comanducci, P. (2002). "Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico" en: *Isonomía* 16, pp. 89-112.
- Ferrajoli, L. (2017). *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gaviria, C. (1992). *Temas de Introducción al Derecho*. Bogotá: Señal Editora.
- Hernández, R. (1993). "Concepto de la Filosofía del Derecho" en: *Anuario de Filosofía del Derecho* X, pp. 175-190.
- Horkheimer, M. (1974). "La función social de la filosofía" en: *Teoría crítica*. Madrid: Amorrortu editores.
- Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana* (Tomo III: De la moral). Buenos Aires: Ediciones Orbis.
- Jaeger, W. (2001). *Paideia: Los ideales de la cultura griega* (Libro II). México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (2003). *La Paz por medio del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- _____. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Marx, K. (1968). "Introducción para la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel" en: G. W. F. Hegel (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad, pp. 7-23.
- _____. (1973). *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- _____. (2009). "Sobre La Cuestión Judía" en: Marx, K. & Bauer, B. (2009). *La Cuestión Judía*. Barcelona: Anthropos Editorial, pp. 177-214.

Marx, K., & Engels, F. (1977). *La Sagrada Familia*. Madrid: Ediciones Akal.

Poulantzas, N. (1969). *Marx y el derecho moderno. Hegemonía y dominación en el Estado moderno*. Córdoba: Pasado y presente.

Prieto Sanchís, L. (2011). “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias” en: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34, pp. 229-244.

Silva, L. (2008). “Obertura: Ironía y alienación” en: Marx, K. *Elogio del crimen* Madrid: Ediciones Sequitur, pp. 9-26.