

DERECHOS HUMANOS Y CRÍTICA DE LA IDEOLOGÍA
JURÍDICA. UNA PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA PURA
DE HANS KELSEN

HUMAN RIGHTS AND LEGAL CRITIQUE
OF IDEOLOGY. A PERSPECTIVE FROM THE PURE
THEORY OF HANS KELSEN

Antonio Octavio PICCATO RODRÍGUEZ*

RESUMEN: El propósito de este artículo es realizar una breve exploración acerca de ciertos elementos en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen que podrían contribuir no sólo la discusión contemporánea respecto de los derechos humanos, sino incluso servir de guía para el diseño de mecanismos jurídicos que sirvan para su maximización.

ABSTRACT: This article's purpose is to make a brief exploration on certain elements in Hans Kelsen's pure theory of law which could contribute not only to the contemporary discussion on human rights, but also serve as guidelines for the design of certain legal instruments for their maximization.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; crítica de la ideología; Hans Kelsen; positivismo científico; teoría pura del derecho.

KEYWORDS: Human Rights; Critique of ideology; Hans Kelsen; Scientific positivism; Pure Theory of Law.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Explicación sucinta del positivismo científico de Hans Kelsen*. III. *La fundación naturalista de los derechos humanos en la modernidad*. IV. *Crítica de la ideología en el discurso de los derechos humanos*. V. *Una aportación kelseniana a la cuestión*; VI. *A manera de conclusión: el trazado del rumbo a seguir*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

A primera vista pudiera parecer paradójico elaborar una disertación acerca de los derechos humanos partiendo de la perspectiva de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, autor sin duda distante de dicha temática y crítico no sólo del sustento filosófico iusnaturalista en el que se gestó el discurso de los derechos humanos en la modernidad, sino del marcado acento burgués de dicho discurso.

Sin embargo, varios elementos de la teoría pura del derecho, así como también aspectos específicos de su base filosófica, pueden proporcionarnos una serie de herramientas críticas que podrían contribuir a solucionar lo que en muchos aspectos considero posible denominar como crisis pragmática de los derechos humanos. Es en función de esta condición actual de la materia, que trataré de desarrollar más adelante, que considero posible ensayar, precisamente con sede en los derechos humanos, la búsqueda de algún vaso comunicante que repare esa ruptura, todavía vigente, con la tajante separación entre el modo iusnaturalista y el modo positivista de entender el fenómeno jurídico.

Sin pretender hacer una teorización general en el tema de los derechos humanos, me centraré más que nada en hacer un desglose de aquellos elementos de la teoría pura del derecho que considero útiles en el sentido antes apuntado. Para ello voy a ensayar el siguiente orden. En primer lugar, me referiré al espíritu de la teoría pura del derecho, es decir, al fundamento filosófico, para poder construir una explicación plausible acerca de la distancia que media entre la obra de Kelsen y la vasta producción teórica en materia de derechos humanos. En la misma tesitura, haré algún esbozo general acerca del mismo espíritu filosófico que fundamenta el nacimiento y ulterior desarrollo de los derechos humanos en el discurso político y jurídico de la modernidad.

A partir de ello, haré un recuento de los elementos que hacen posible una crítica y que, surgidos en el terreno de la teoría pura, se dirigen contra

este último planteamiento filosófico predominante en materia de derechos humanos, que en mucho se sustenta en una cuestión de uso del lenguaje. En esta parte es donde más me detendré, pues aquí es donde intentaré explorar de qué manera las posturas kelsenianas, característicamente críticas hacia el tenor predominante en el discurso de los derechos humanos, poseen un gran potencial para la corrección de muchas fallas estructurales que es posible detectar en prácticamente la totalidad de los sistemas jurídicos, por lo que se refiere a los derechos humanos. Aquí será oportuno plantear alguna suerte de semejanza en el pensamiento de Kelsen con algunas ideas expuestas en su momento por Marx, autor que en muchos de sus planteamientos fue profundamente criticado por Kelsen, pero con quien sin embargo le unen varias posiciones críticas comunes.

Por último, trataré de determinar qué clase de aporte o principio operativo pueda extraerse de la teoría pura, que posea alguna utilidad para el progreso de los derechos humanos.

En este sentido, espero dejar suficientemente justificada mi convicción en el sentido de que el desinterés hacia Kelsen que se puede percibir en algunos autores especializados en los derechos humanos es, quizás, más nocivo que la búsqueda de algún vaso comunicante entre la teoría pura del derecho y un tema medular como es el de los derechos humanos, sobre lo cual volveré hacia el final.

II. EXPLICACIÓN SUCINTA DEL POSITIVISMO CIENTÍFICO DE HANS KELSEN

Comenzaremos, pues, por introducirnos un poco en ese entramado de ideas filosóficas que constituyen lo que se conoce como el positivismo filosófico, tendencia que ha ocupado un lugar casi hegemónico en las manifestaciones del pensamiento occidental particularmente a partir del periodo de transición del siglo XVIII al XIX, y cuyo impacto en el desarrollo de las ciencias estuvo asociado a una serie de circunstancias socioeconómicas específicas, que son las que precisamente favorecieron ese rol hegemónico que ese positivismo detentó en prácticamente todos los ámbitos del quehacer intelectual.

El positivismo filosófico nace en el terreno de las disputas epistemológicas que consolidan y definen al pensamiento de la modernidad. Me refiero fundamentalmente a la confrontación con los esquemas racionalistas puros de origen cartesiano, que fue liderada por el pensador escocés David Hume,

y por la incorporación de las ideas de este último al esquema filosófico que tuvo una de las mayores influencias en el desarrollo del pensamiento moderno, la obra epistemológica fundamental de Emmanuel Kant, la *Crítica de la razón pura*.

Básicamente, esta raíz epistemológica del positivismo se conjuga en tres direcciones principales: en primer término, la caracterización casi definitiva que se dará a lo que puede calificar como ciencia, de acuerdo a ciertos parámetros metodológicos como son: su carácter no especulativo, sino demostrable y marcadamente experimental y predictivo; en función de esto último, y en segundo lugar, su diferenciación con respecto a cualquier otra forma de especulación no sujeta a los mismos cánones de rigor metodológico, formas todas estas que son etiquetadas, o quizá podría decirse estigmatizadas, bajo el mote de “metafísica”, en referencia a un pensamiento de segundo orden o menor.

La paternidad de este último rasgo, seguramente el más cuestionado, del positivismo filosófico, debe atribuirse sin duda a las ideas de Hume. En su *Tratado de la naturaleza humana*, el filósofo escocés plantea una prolongada disertación que le lleva a formular su famosa ley lógica conforme a la cual no hay manera de justificar un salto en el que, partiendo de juicios relativos al *ser*, extraigamos conclusiones relativas al *deber ser*, tema que ya ha sido suficientemente explorado por la teoría y la filosofía. Como corolario de esa *ley*, Hume llega a la conclusión de que los enunciados acerca de cuestiones prácticas, como los enunciados morales y en general los de *deber ser*, no pueden justificarse racionalmente, porque no pueden ser procesados a la manera de los enunciados acerca de las cuestiones de hecho, o enunciados del *ser*, que pueden ser confrontados con la evidencia empírica. En síntesis, en las cuestiones morales el ser humano vive aprisionado por sus pasiones, que operan totalmente al margen de la razón y no pueden ser demostradas, entendiéndose aquí por demostrable exclusivamente aquello que obedece al esquema lógico del racionalismo cartesiano.

El espíritu del positivismo filosófico, de acuerdo a estas consideraciones, resulta bastante simple de caracterizar. Se trata de reducir el ámbito de la racionalidad a aquello que es susceptible de procesarse científicamente, resultando de ello que todo lo que no es susceptible de ajustarse a un procesamiento epistemológico basado en ese riguroso esquema, se considera irracional o, cuando menos, *arracional*. Ese esquema constituye el marco de referencia para el desarrollo de la mayor parte de las disciplinas, parti-

cularmente a lo largo del siglo XIX. Ese desarrollo se destaca en el terreno de las ciencias exactas y naturales, por una razón que escapa a la cuestión meramente epistemológica. En efecto, en ese terreno hay un proceso paralelo e indisociable del desarrollo, por un lado, de esas ciencias y, por el otro, del modelo de producción del capitalismo industrial. Uno y otros se nutren recíprocamente desde la propia revolución industrial, lo que los hace casi inseparables, como bien lo ha explicado Werner Sombart, al decir que: “La técnica moderna... concibe el proceso de producción como un mundo en pequeño que, disociado también de la fuerza creadora personal y del concurso del hombre, se desenvuelve según leyes naturales”¹, circunstancia de la cual se desprenden algunas consecuencias que el mismo autor apunta:

1. Todo saber técnico queda, a partir de este momento, *objetivado*, es decir, disociado de toda posesión personal, concretado en objetos espirituales independientes, expuesto en sistemas que pueden ser estudiados...
2. Considerado el hecho de la producción como proceso que se desarrolla “conforme a leyes”, toda actividad se realiza *con arreglo a leyes* conocidas y no con arreglo a reglas observadas. La razón conductora de la técnica moderna es: “yo sé” (por ejemplo) en conformidad a qué leyes se desarrolla un proceso de hechos y acomodo mi conducta a este saber...
3. La influencia inmediata del hombre es suprimida —en lo posible— en toda la dirección, en la ejecución y en el control, y éstos son *objetivados*, es decir, transferidos a un sistema de mecanismos que actúan automáticamente.²

Esta circunstancia socioeconómica explica en buena medida por qué el positivismo filosófico logró tanto éxito, hasta llegar a opacar, en su momento, a varios esquemas de pensamiento distintos. Un claro ejemplo es, en el terreno de las ciencias sociales, la consolidación y el rápido avance de la economía política, desde los escritos de Adam Smith hasta los de David Ricardo e inclusive los del propio Carlos Marx, que logran formar una disciplina social que formula leyes y predice conductas, lo cual en su momento

¹ SOMBART, Werner, *El apogeo del capitalismo*, vol. I, trad. José Urbano Guerrero, México, FCE, 1984, p. 93.

² SOMBART, *op. cit.*, p. 95.

la convirtió en el paradigma de ciencia social, aunque el espíritu a que nos venimos refiriendo se proyectó con el mismo vigor en otras disciplinas. Habermas explica:

Con la relación entre teoría e historia cambia también la relación entre ciencia y práctica. Una historia que se reduzca, en términos de estricta ciencia experimental, a la explicación causal de sucesos individuales, sólo tiene directamente un valor retrospectivo; los conocimientos de este tipo no se prestan a ser utilizados en la práctica de la vida. En este aspecto tiene más relevancia el conocimiento de hipótesis legaliformes empíricamente acreditadas; permiten pronósticos condicionados y pueden, por tanto, traducirse en recomendaciones técnicas para una elección «racional con arreglo a fines» de los medios con tal de que los fines estén dados en la práctica. La conversión de los pronósticos científicos en técnicas descansa en esta relación lógica. Correspondientemente, también de las leyes obtenidas en ciencias sociales pueden desarrollarse técnicas para el ámbito de la práctica social, es decir, técnicas sociales con cuya ayuda podemos controlar los procesos sociales como procesos naturales. De ahí que una sociología que proceda en términos empírico-analíticos pueda utilizarse como ciencia auxiliar para la administración racional.³

A ese espíritu no escapará la ciencia jurídica, o los intentos por convertir al pensamiento jurídico en algo científico. Una de las primeras muestras lo constituyen todos los mitos, que yo llamo “hiperracionalistas”, surgidos a partir de la codificación napoleónica, referidos por ejemplo a la plenitud hermética del orden jurídico, a las sobrehumanas cualidades de esa abstracción llamada “legislador” y a la reducción del rol del juez a ser un mero autómatas que obedece las órdenes de aquél. Aunque estos mitos todavía no cuajaban en un modelo genuinamente “científico” del pensamiento jurídico.

La *cientifización* del derecho empezará fundamentalmente con las obras de Bentham y de John Austin, particularmente este último, que sienta muchas de las bases que décadas más tarde podemos hallar, un tanto más refinadas, en los escritos de Hans Kelsen. El *desideratum* positivista es hacer del discurso del derecho un discurso científico, por lo cual se debe marginar de su contexto todo lo que implique valoraciones. Nadie lo logra mejor que Kelsen.

³ HABERMAS, Jürgen, “Apéndice a una controversia (1963): teoría analítica de la ciencia y dialéctica”, en *La lógica de las ciencias sociales*, trad. Manuel Jiménez Redondo, México, REI, 1993, pp. 29-30.

Cuando Kelsen termina por estructurar la fisonomía de su teoría pura del derecho, en la edición de 1960, su interés es explicar cómo se puede hablar científicamente de los sistemas de derecho positivo. De allí surgen dos consecuencias importantes: hablar científicamente del derecho presupone hacerlo con referencia a lo que en él hay de universal y constante, toda referencia a lo accidental o contingente debe ser desechada. Esto hace que la ciencia del derecho no pueda referirse de manera directa al contenido de las normas jurídicas, ya que estas son por definición accidentes o contingencias históricas. El resultado de ello es que el derecho positivo puede decir cualquier cosa, incluso con respecto a los derechos humanos, ya que sólo importa la *forma* en que lo diga. Dicho resultado resulta grave para cualquiera, y lo es, pero desde la perspectiva del cientificismo característico del positivismo filosófico, se halla plenamente justificada, aunque sea pragmáticamente cuestionable. La segunda consecuencia, estrechamente vinculada a la anterior, es que no hay cabida en un discurso científico del derecho, para hacer referencia a *cómo debería ser* el derecho. El derecho es lo que es, y con eso basta. Lo único que nos permite calificarlo como derecho, o como un fenómeno jurídico es su aspecto formal, estructural o sistémico.

En suma, entre explicación y justificación se abre una brecha insalvable; no hay espacio que conecte una con otra. Y es que el pensamiento jurídico no siempre ha sido claro en establecer esa distinción epistemológicamente tan simple entre explicación o descripción, por un lado, y justificación, por el otro, distinción que políticamente y pragmáticamente es necesario atender. Esto nos lleva a la raíz filosófica del pensamiento moderno acerca de los derechos humanos.

III. LA FUNDACIÓN NATURALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA MODERNIDAD

Muy a tono con el espíritu del positivismo filosófico, la fundación de los derechos humanos se basa en una falsa representación no sólo naturalista sino además “geométrica” de los mismos. Las tesis contractualistas que sirven de fundamento a la óptica moderna acerca de los derechos humanos, tienden a buscar la esencia de estos últimos en la naturaleza, que obedece a una legalidad inextricable, susceptible de ser descubierta y procesada en términos racionales. Superados los dogmas religiosos que redujeron los derechos humanos a la voluntad divina, el iusnaturalismo racionalista característico

de la modernidad considera que es la naturaleza humana el fundamento de ciertos derechos inherentes a la persona, independientes de cualquier voluntad o vicisitud histórica. Se construye así un pensamiento iusnaturalista de orientación geométrica, en el que los derechos *naturales* asumen un carácter axiomático. Se trata, en pocas palabras, del modelo de la *iuris naturalis scientia* que planteó Hugo Grocio, dando origen a la escuela racionalista del derecho natural.

En términos generales, el grueso de lo que se ha dicho y escrito, e incluso se ha hecho positivo en normas jurídicas de toda jerarquía, al menos desde la perspectiva dominante en materia de derechos humanos, sigue funcionando de acuerdo a esta misma mecánica. En apoyo a esta tesis me permito citar a Jellinek, autor que da cuenta de cómo el discurso de los derechos humanos representa una *positivización* de la ideología del derecho natural:

Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo la noción, hasta entonces sólo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo.⁴

Otro ejemplo de este perfil ideológico tan recurrente en el discurso acerca de los derechos humanos nos lo proporciona el constitucionalista argentino Germán Bidart-Campos, que en su *Teoría general de los derechos humanos* apunta lo siguiente:

Usar la palabra hombre en singular cuando nos referimos a sus derechos tiene un sentido importante, cual es el de suponer dos cosas: que el hombre es el sujeto de esos derechos en razón o por causa de ser un individuo de la especie humana, y que por ello mismo todo hombre y cada hombre los titulariza. No uno solo, no unos pocos, no algunos, no muchos, sino todos y cada uno.⁵

Y continúa más adelante Bidart-Campos con la siguiente frase:

Con cualquiera de las expresiones cuya sinonimia hemos propuesto se aspira, noblemente, a realzar la dignidad y la autonomía de la persona humana, par insertarla decorosamente en el marco de la convivencia social y del régimen

⁴ JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. Adolfo Posada, México, UNAM, 2000, p. 82.

⁵ BIDART-CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, p. 2.

político: “hay” derechos “humanos” porque el hombre –cada hombre y todo hombre– tiene una naturaleza en virtud de la cual “hay” exigencias que provienen del orbe del valor, a las que debe darse recepción en ese otro ámbito cultural de la vida humana, que es el mundo jurídico-político.⁶

Pero las anteriores disquisiciones no deben hacernos perder de vista que existe para esta perspectiva una justificación plausible, que tiene que ver con la necesidad de colocar, en la cúspide jerárquica de los principios que son razón de ser de todo sistema normativo, ciertas máximas que tienen que ver con valores indiscutibles como la libertad, la igualdad, la seguridad y la dignidad, por mencionar los más sobresalientes, para otorgarles efectivamente esa fuerza fundacional que podamos hallar presente a cada nivel del discurso jurídico positivo. El error no está en concebir que esos valores puedan considerarse como fundacionales de los sistemas normativos; al contrario, el error está en asignarles a esos valores un carácter natural, porque ello lleva a resultados paradójicos.

En resumen, y para concluir esta segunda escala, el nacimiento en la modernidad del discurso relativo a los derechos humanos, tanto en el terreno filosófico como en el ámbito del derecho positivo, adolece de esta pequeña, y no insalvable, debilidad discursiva consistente en pretender hallar un origen natural de los mismos, cuestión que ha contribuido a lo que llamamos la crisis pragmática de los derechos humanos. Ésta puede atribuirse al hecho de que el discurso naturalista priva a aquellos de una fuerza que es esencial para su progreso, y que consiste en el carácter histórico de los mismos. Como señalara Thomas Paine:

Las circunstancias del mundo están cambiando continuamente y las opiniones de los hombres también; y como son los vivos los que ejercen el gobierno, y no los muertos, son únicamente los vivos los que tienen derecho a intervenir en él, porque lo que puede creerse justo y conveniente en una época determinada puede resultar injusto e inconveniente en cualquier otro momento. En tal caso ¿quiénes son los que deben decidir: los vivos o los muertos?⁷

⁶ BIDART-CAMPOS, *op. cit.*, p. 4.

⁷ PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, trad. José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, FCE, 1986, pp. 38-39.

Aquí considero oportuno adelantar un poco la perspectiva crítica que, desde el terreno de la teoría pura del derecho, puede ejercitarse hacia ese discurso decimonónico en materia de derechos humanos. En primer término, considerar la falacia naturalista. La falacia naturalista como postulado para las ciencias sociales o para el discurso social en general, lleva a éstas a un extravío epistemológico y pragmático en la medida en que pierde de vista la historicidad de lo social. En este sentido, concebir los derechos humanos como derechos naturales, es decir, despojarlos de esa característica de ser producto histórico de la evolución social, es un error gravísimo que mucho más daño le ha hecho a los propios derechos humanos, que una concepción desnaturalizada de los mismos, como la que seguramente sostendría Kelsen si es que la tuviera:

La naturaleza es, según una de las muchas definiciones de este objeto, cierto orden de cosas, o un sistema de elementos, enlazados entre sí como causa y efecto, es decir, ligados según el principio que se denomina de “causalidad”. Las llamadas leyes naturales, con las cuales la ciencia describe aquel objeto, como, por ejemplo, la oración que afirma que “si se calienta un metal, el mismo se dilata”, son aplicaciones de este principio. La relación entre calor y dilatación es de la causa y efecto.

Si existe una ciencia social diferente de la ciencia natural, necesita describir su objeto según un principio que se diferencie del de causalidad. En cuanto objeto de una ciencia tal, diferente de la ciencia natural, la sociedad es un orden normativo del comportamiento humano. Pero no existe razón suficiente alguna para no concebir el comportamiento humano como un elemento de la naturaleza, es decir, como determinado también por el principio de causalidad, para explicarlo, como los hechos naturales, por causas y efectos.⁸

Por lo tanto, cualquier cosa semejante a un derecho *natural* o a un catálogo de derechos *naturales* sería, por definición, inmodificable. Si los derechos derivan de la naturaleza, entonces escapan a cualquier intervención humana. Al convertirlos en naturales, el iusnaturalismo parece pretender, en primera instancia, colocarlos fuera del ámbito de acción del poder de los regímenes absolutistas que se propusieron combatir. Pero lo que ese mismo iusnaturalismo descuidó es la posibilidad de que los beneficiarios por la consagración de esos derechos como naturales, pudieran a su vez convertirse

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1995, p. 89.

en sujetos promotores de la propia ampliación de su catálogo de derechos fundamentales.

Hasta donde nos hemos acercado, el uso de un lenguaje *naturalista* produce la reducción de los derechos humanos frente a la cuestión histórica, además de otras implicaciones relativamente menores que hemos mencionado de manera marginal. Aquí es donde entra precisamente la crítica de la ideología jurídica como tópico de especial relevancia particularmente en materia de derechos humanos.

IV. CRÍTICA DE LA IDEOLOGÍA DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué debemos entender por ideología jurídica? La pregunta no es ociosa y para construir la respuesta adecuada, al menos para los propósitos de este trabajo, es necesario hacer alguna revisión de la manera como ha evolucionado el concepto en algunas corrientes filosóficas, dentro de las cuales destaca el materialismo dialéctico, que a mi modo de ver procesa exitosamente la noción de ideología al tratarla con una orientación crítico-pragmática. Pero la noción marxista no es la única.

La ideología aparece primeramente como un fenómeno perteneciente al ámbito epistemológico, como algo de podríamos denominar la falsa ciencia, carácter que no perderá del todo. Pero se anuncia además una dimensión pragmática de la ideología. La falsa ciencia que, después de Bacon, identificará a la ideología, se asocia a un trasfondo dogmático o político que condiciona la orientación de un saber hacia objetivos de tipo práctico. Es así como llegamos a los planteamientos de Carlos Marx acerca de este tema, mismo que combinan esa dimensión epistemológica de la ideología, con su dimensión práctica o política.

En *La ideología alemana*, Marx traza una detallada crítica a la filosofía de su tiempo, sobre la base de su ya conocida diferenciación entre estructura económica y superestructura ideológico-cultural. Para la ciencia y la filosofía de su tiempo, de acuerdo al análisis que lleva a cabo Marx, hay una incorrecta inversión de los términos, pues se considera que son las representaciones de la conciencia las que determinan las relaciones sociales. Es decir, en los tiempos en que escribe Marx se considera que la estructura de las relaciones sociales es un producto de la voluntad y del intelecto. Marx sostiene lo contrario:

Los hombres son los productores de sus representaciones, de sus ideas, etc., pero los hombres reales y actuantes, tal y como se hallan condicionados por un determinado desarrollo de sus fuerzas productivas y por el intercambio que a él corresponde, hasta llegar a sus formaciones más amplias. La conciencia no puede ser nunca otra cosa que el ser consciente, y el ser de los hombres es su proceso de vida real. Y si en toda la ideología los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en una cámara oscura, este fenómeno responde a su proceso histórico de vida, como la inversión de los objetos al proyectarse sobre la retina responde a su proceso de vida directamente físico.

(...) También las formaciones nebulosas que se condensan en el cerebro de los hombres son sublimaciones necesarias de su proceso material de vida, proceso empíricamente registrable y sujeto a condiciones materiales. La moral, la religión, la metafísica y cualquier otra ideología y las formas de conciencia que a ellas corresponden pierden, así, la apariencia de su propia sustantividad.⁹

En pocas palabras, la ideología es el señorío de la superestructura, que Marx consideraba como esa suerte de hipostatización cultural de las relaciones sociales tal y como se manifiestan materialmente. Esta noción marxista de ideología permanece también anclada en el terreno epistemológico: la ideología como la falsación organizada de la realidad social a través de un discurso pretendidamente científico; en el caso de Marx, evidentemente se trata de la economía política.

Pero Marx no parece conformarse con esta dimensión puramente epistémica de la ideología y pronto la proyecta hacia el terreno de la práctica social, elemento toral del materialismo dialéctico como propuesta: la ciencia al servicio de la praxis social. Y precisamente uno de los ejemplos más vigorosos de esta transformación conceptual y operativa de la ideología hacia una dimensión pragmática dentro del materialismo dialéctico está relacionado con el derecho positivo, y más específicamente con los derechos humanos.

En el *Dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Marx ofrece una crítica implacable al discurso de los derechos fundamentales de su época, particularmente los consagrados en la Constitución francesa de entonces. Crítica que, por lo demás, en muchos aspectos parte de una postura próxima a la que puede encontrarse en el pensamiento de Kelsen.

Para cualquiera que entienda la cuestión relativa a los derechos humanos o fundamentales, no puede haber duda de que su rasgo distintivo y su función operativa dentro del sistema normativo se asocia al carácter fundacio-

⁹MARX, Carlos, *La ideología alemana*, México, Ediciones Quinto Sol, s/d, p. 20.

nal que poseen. Ese carácter implica que cualquier derecho que se reserve semejante categoría, debe ser *fundamento de validez* de toda otra norma del sistema que pudiera relacionarse con él. Ello lo expresa el propio Kelsen, quizás con ciertas salvedades, cuando dice que el propio sistema jurídico obedece a un esquema en el que la norma superior, es decir, la norma fundante, es condición de validez de la norma inferior. Ese sería el papel de un derecho fundamental frente a la validez del sistema jurídico.

Pero Marx observa que la utilización ideológica del lenguaje jurídico, subvierte esta condición. En su crítica a la Constitución francesa, esbozada en el texto antes mencionado, Marx apuntaba cómo la propia ley fundamental francesa consagraba cada uno de los derechos fundamentales, pero de manera condicionada o, como dicen los abogados, *bajo las reservas de la ley*. Es decir, por ejemplo, la libertad de asociación era un derecho fundamental que se podía ejercer dentro de los márgenes de la ley, lo cual suponía que el legislador ordinario podía delimitar el ejercicio de ese derecho pretendidamente fundamental, como efectivamente se suele hacer. Dice Marx:

El inevitable Estado Mayor de las libertades de 1848, la libertad personal, de prensa, de palabra, de asociación, de reunión, de enseñanza, de culto, etc., recibió un uniforme constitucional, que hacía a éstas invulnerables. En efecto, cada una de estas libertades es proclamada como el derecho *absoluto* del ciudadano francés, pero con un comentario adicional de que estas libertades son absolutas en tanto en cuanto no son limitadas por los «*derechos iguales de otros* y por la *seguridad pública*», o bien por «leyes» llamadas a armonizar estas libertades individuales entre sí y con la seguridad pública... Por tanto, la Constitución se remite constantemente a futuras leyes *orgánicas*, que han de precisar y poner en práctica aquellas reservar y regular el disfrute de estas libertades limitadas, de modo que no choquen entre sí, ni con la seguridad pública. Y estas leyes orgánicas fueron promulgadas más tarde por los amigos del orden, y todas aquellas libertades reguladas de modo que la burguesía no chocase en su disfrute con los derechos iguales de otras clases.¹⁰

El punto más importante de esta crítica marxista al discurso de los derechos humanos en la Francia de 1848, tiene que ver precisamente con que su carácter fundamental desaparece al quedar sometidos a las reservas de la ley ordinaria. Perdiendo así su naturaleza fundacional, los derechos humanos

¹⁰ MARX. Carlos, “El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte”, en MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Obras escogidas*, Madrid, Editorial Fundamentos, 1975, pp. 262-263.

son simplemente un subconjunto más del conjunto de los derechos subjetivos ordinarios. Esta lectura de las palabras de Marx sirve para plantearnos, aunque sea como apunte marginal, la necesidad de que revisar los esquemas según los cuales la ley ordinaria puede representar una excepción justificada a estos derechos. Las líneas han sido ya sugeridas por las concepciones principalistas del derecho y los esquemas de ponderación, sobre los cuales resulta preciso continuar, sin abandonar la necesidad de explorar otras opciones complementarias.

La ideología se nos aparece así como un instrumento de contención para la transformación social, como un dique que entorpece el ejercicio básico para cada hombre o mujer de participar en la configuración del escenario social del que forma parte. A través del derecho se hace posible administrar el conformismo social mediante la consagración de un catálogo de derechos fundamentales cuya operatividad y efectividad dejan algún margen para la duda.

El problema de fondo, real o potencial, es sistémico: ningún sistema jurídico puede considerarse exento de esas desviaciones ideológicas, sea por cuestiones internas al discurso mismo del derecho positivo, o bien como resultado de una redeterminación pragmática de sus contenidos por obra de los operadores del derecho. Así expuesto, tenemos ante nosotros el problema de fondo de la ideología jurídica: el uso del derecho positivo, y del discurso del derecho en general, para formar una falsa representación del orden social y de las vías para su transformación. Falsa representación que en el caso de los derechos humanos asume un carácter especialmente negativo, pues se traduce a menudo en la cancelación de su efectivo goce, a causa de la ausencia o la poca eficacia de los instrumentos jurídicos que hagan posible su efectiva tutela.

V. UNA APORTACIÓN KELSENIANA A LA CUESTIÓN

Aquí es precisamente donde cabe incorporar el enfoque de la teoría pura de Kelsen y la manera en que éste puede servirnos para la crítica a la ideología jurídica de los derechos humanos, e inclusive quizás hasta para sugerir alguna vía de solución a la crisis pragmática a la que ya me he referido. Es conveniente partir de la postura que asume Kelsen respecto de la ideología.

En principio, parece posible afirmar que la ideología se halla también vinculada a un problema epistémico:

Sólo cuando por “ideología”, en contraposición a la realidad de los hechos existentes; es decir, sólo cuando por ideología se comprende todo aquellos que no sea una realidad determinada por una ley causal, o una descripción de esa realidad, sólo entonces el derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de esos actos diferentes de los actos reales causalmente determinados, es ideología.¹¹

Y el propio Kelsen aclara un poco más adelante:

Si por “ideología” no se comprende todo lo que no sea realidad natural, o su descripción, sino una exposición no objetiva, transfigurada o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto del conocimiento; y si se designa como “naturaleza” no sólo la realidad natural como objeto de la ciencia natural, sino todo objeto del conocimiento, incluyendo, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho positivo como realidad jurídica, entonces también la exposición del derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra). Si se considera el derecho positivo como orden normativo en relación con la realidad del acontecer fáctico, que según la pretensión del derecho positivo, debe corresponder a aquél (aun cuando no siempre le corresponda enteramente), cabe entonces calificarlo como “ideología” (en el primer sentido de la palabra). Si se le considera en relación con un orden “superior” que esgrime la pretensión de ser el derecho “ideal”, el derecho “justo”, y que exige que el derecho positivo se le adecue, sea en relación con el derecho natural o con alguna justicia –pensada de alguna manera-, entonces el derecho positivo, es decir, el puesto por actos humanos, el derecho aplicado y acatado en grandes rasgos, aparece como derecho “real”, y, en consecuencia, la teoría del derecho positivo que lo confunda con un derecho natural, o con alguna justicia, con la finalidad de justificar o descalificarlo, deberá ser puesta de lado como ideológica (en el segundo sentido de la palabra). En este sentido, la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica.¹²

Hasta aquí, como se observa, la postura crítica hacia la ideología que es posible detectar en la teoría pura del derecho se desenvuelve, como decía-

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, trad. Roberto J. Vernengo, p. 120 y ss.

¹² KELSEN, *op. cit.*, p. 121.

mos antes, en un plano estrictamente epistemológico, es decir, en una crítica hacia la falsa ciencia, en este caso, aunque de manera implícita, el iusnaturalismo, aunque también cabría considerar, de acuerdo a la lógica misma de esta teoría, a lo que Bobbio ha llamado “positivismo ideológico”,¹³ caracterizado fundamentalmente por los planteamientos de la escuela francesa de la exégesis, que todavía confundía explicación con justificación.

Falta, pues, encontrar en qué medida es posible, siguiendo a Kelsen, desarrollar una crítica de la ideología jurídica que tenga una dimensión pragmática, y no sólo epistemológica, y que posea alguna utilidad para fortalecer el discurso relativo a los derechos humanos.

Es posible hallar esa fuente de crítica en el desarrollo que en la teoría pura del derecho se hace respecto de la dinámica operativa básica de todo sistema jurídico, y que tiene que ver con ese rasgo que todas las teorías positivistas han destacado: el carácter coactivo que se asigna a las normas jurídicas. Kelsen desarrolló, en la parte de la teoría pura que denominó como *estática jurídica*, una serie de relaciones lógicas o sistemáticas entre los denominados conceptos jurídicos fundamentales, que posee un gran potencial para la crítica a la ideología jurídica en los términos en que la hemos definido hasta ahora y que queremos desarrollar con referencia a los derechos humanos. De esa estática nos interesa resaltar las conexiones entre cuatro elementos constitutivos de la operatividad básica de todo sistema de normas: las relaciones entre sanciones, ilícitos, obligaciones y derechos subjetivos. Dice Kelsen:

Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones –es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico– debe efectuarse determinado acto coactivo.¹⁴

Y añade a continuación:

Como ya podía verse en lo anterior, la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo

¹³ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1999.

¹⁴ KELSEN, *Teoría pura...*, op. cit., p. 123.

porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito.¹⁵

Aquí ya estamos en presencia de un primer instrumento de crítica. Lo que Kelsen afirma con estas dos definiciones es que no existe conducta injusta o antijurídica *per se*, sino que precisamente es el hecho de que una sanción cualquiera se establezca como consecuencia para una conducta cualquiera, lo que convierte a ésta en ilícita o antijurídica. Es decir que no hay, como decía el propio Kelsen, una *mala in se*; sólo lo que es condición para una sanción es ilícito, cualquier otra cosa, no obstante así sea calificada discursivamente por el derecho positivo, no pasa de una mera declaración o juicio de valor.

En este sentido hay una prelación lógica u ontológica de la sanción sobre la conducta ilícita, lo que quiere decir que la existencia de la primera es una condición necesaria para poder afirmar válidamente que una conducta es ilícita. El siguiente vínculo operativo entre los conceptos jurídicos básicos es el que tiene que ver con la relación entre acto ilícito y obligación jurídica. Kelsen dice al respecto:

Si el derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede encontrarse ordenada jurídicamente en forma objetiva, y, por tanto, puede ser vista como el contenido de una obligación jurídica, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción.¹⁶

Esto quiere decir que sólo una conducta cuya contraria sea condición para la ejecución de un acto coactivo, puede entonces ser considerada como jurídicamente obligatoria. Aquí estaríamos en condiciones de sostener que esta operatividad básica del derecho se puede ilustrar fácilmente con el recurso a los operadores modales deónticos que fueron en su momento desarrollados por Georg Henrik Von Wright.

Queda todavía por señalar el último de los cuatro elementos que hacen posible esa operatividad básica de los sistemas jurídicos: los derechos sub-

¹⁵ *Ibidem*, p. 125.

¹⁶ *Ibidem*, p. 129.

jetivos, universo dentro del cual los derechos humanos ocuparían un lugar específico. Kelsen dice, con respecto a los derechos subjetivos:

La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada con usos lingüísticos más o menos consistentes, contenido del “derecho” [subjetivo, N. del A.], en cuanto objeto de una “pretensión” correspondiente.¹⁷

Y añade más adelante Kelsen:

Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como “derecho”, entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación.¹⁸

En el ulterior desarrollo de estas ideas, Kelsen sostiene que existen obligaciones jurídicas que no constituyen reflejo alguno con respecto a otros derechos subjetivos. Pero lo que aquí nos interesa señalar es una perspectiva que invierte los términos de esta relación, y que es precisamente donde se encuentra el potencial para la crítica del uso ideológico del discurso jurídico.

Esta inversión supone considerar la misma relación, y plantearse las mismas interrogantes, pero partiendo del concepto mismo de derecho subjetivo. En este sentido, si bien es cierto que, como afirma Kelsen, no toda obligación es reflejo de un derecho subjetivo, la pregunta que surge es: ¿acaso todo derecho subjetivo está respaldado por una obligación correlativa?

De acuerdo a la lógica de esta interconexión operativa entre los conceptos jurídicos fundamentales, estaríamos en condiciones de decir que no existe derecho subjetivo real, en la medida en que éste no se convierta en el correlato de una conducta obligatoria, cuya violación sea precisamente la conducta contraria que esté establecida por el derecho positivo como condición para la ejecución de un acto coactivo, es decir, para la aplicación de una sanción o alguna otra clase de consecuencia jurídica.

Esto quiere decir algo tan simple como lo siguiente: todo enunciado jurídico que declare que una situación, aspiración o condición constituye un derecho en beneficio de alguien, debe tener su reflejo en otro enunciado que declare para otro u otros, determinados o indeterminados, que es obligatorio hacer o dejar de hacer cualquier cosa vinculada con eso que ha sido declara-

¹⁷ *Ibidem*, p. 140.

¹⁸ *Idem*.

do como derecho. Cuando menos implica, y aquí es donde entra propiamente lo que hemos llamado la crisis pragmática de los derechos fundamentales, que todo hacer o dejar de hacer que tenga un impacto negativo sobre aquello que ha sido declarado un derecho, debe ser, respectivamente, la condición para la reacción específica del sistema jurídico, que es el ejercicio de la coacción, es decir, una consecuencia jurídica que corrija toda desviación a lo que de manera directa o indirecta ha sido jurídicamente establecido como obligatorio.

En resumen, todo enunciado jurídico que declare que alguna condición, situación, aspiración o circunstancia constituye un derecho subjetivo, y particularmente un derecho humano o fundamental, debe considerarse ideológico si a ese enunciado no lo acompaña otro de la misma jerarquía que asocie a cualquier conducta violatoria de ese derecho con una consecuencia jurídica específica. Este es precisamente el punto neurálgico para una crítica con orientación pragmática de la ideología jurídica, para la cual Kelsen ofrece las herramientas más eficientes, no obstante que su análisis y crítica de la ideología jurídica se mantengan exclusivamente en el plano epistémico.

En qué consiste este potencial para la crítica pragmática de la ideología en el discurso de los derechos humanos: básicamente en que con mucha mayor frecuencia de la que cualquiera pudiera desear, dicho discurso posee un carácter meramente declarativo, pero adolece de graves deficiencias en el plano operativo. Tales deficiencias se asocian con el hecho de que es común para cualquier lector del discurso jurídico añorar la ausencia de enunciados que establezcan sanciones o cuando menos medidas óptimas de reparación para toda conducta que sea violatoria de un derecho fundamental.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL TRAZADO DEL RUMBO A SEGUIR

¿Dónde está, y ha estado, acaso por dos centurias, al menos superficialmente, esa crisis pragmática de los derechos humanos sobre la que tanto hemos insistido? Precisamente en esa falta que en muchas ocasiones encontramos en esa concatenación operativa que hemos referido. Ocurre muchas veces que lo que está establecido como un derecho fundamental o humano, sobre todo en las normas constitucionales, no cuenta con el complemento jurídico suficiente frente a las violaciones de los mismos.

Esto en muchas ocasiones ha reducido el alcance de las normas jurídicas que establecen derechos fundamentales a un plano puramente programático o declarativo. En esto radica esta crisis pragmática de los derechos humanos: la insuficiencia de los mecanismos para hacerlos efectivos.

Hasta aquí, el potencial para una crítica a la ideología en el discurso de los derechos humanos encuentra en Kelsen un instrumental poderoso. Este es el punto en el cual la lógica iusnaturalista predominante en el discurso de los derechos humanos debería cesar de ver en los planteamientos positivistas algo antagónico.

Es cierto que todas las variantes del positivismo jurídico acentúan el elemento coactivo de los sistemas normativos, pero pocos se han detenido a analizar, y criticar, la manera en cómo ese carácter coactivo ha sido procesada en la práctica por buena parte de los sistemas jurídicos y de la teoría del derecho.

En general, la coactividad del derecho es más comúnmente asociada con la imposición de normas de conducta por parte del Estado hacia los particulares. Quizás el ejemplo más contundente de ello lo encontramos en la propia definición del derecho sugerida por John Austin, que concebía a aquél como el “mandato del soberano respaldado por la amenaza del uso de la fuerza”. Si bien es cierto que, semánticamente, dicha definición nos lleva de manera directa e inmediata a pensar en la coactividad como algo que va del Estado al ciudadano, también es cierto que, operativamente, se podrían invertir los términos de esta ecuación.

J. G. Riddall identificaba a las posturas positivistas, en este caso a la jurisprudencia analítica que inauguró el propio Austin, con la metáfora de “dientes que muerden”.¹⁹ Semejante ejercicio no es vano, y así lo han aceptado la mayor parte de los teóricos del derecho. Pero quizás es de extrañarse el hecho de que pocos se hayan planteado la interrogante de a quién pertenecen esos dientes, y a quién pueden morder.

Generalmente, los críticos del positivismo jurídico asumen que se trata de los dientes del Estado que muerden a los ciudadanos. Semejante error no es fortuito, porque hay que admitir que pocos positivistas han sido lo suficientemente claros en determinar que los dientes son de cualquiera, y que pueden morder a cualquiera. Lo que resulta preciso es redeterminar al positivismo jurídico para entenderlo, en los mismos términos formales en

¹⁹ Cfr. RIDDALL, J. G., *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008.

que él mismo se manifiesta, como una postura según la cual, para que algo sea derecho, debe tener dientes que muerdan.

Y de esa lectura me permito esbozar una conclusión preliminar: los derechos humanos, cuando carecen de esos dientes para morder, o por lo menos de un par de uñas para lastimar al sistema jurídico cuando este se lo merece, no son derechos, sino ideología.

Conclusión a la que, por otra parte, no hubiese sido posible llegar, al menos a mi modo de ver, sin el auxilio que proporciona el instrumental lógico-operativo que expone la teoría pura de Kelsen.

Por supuesto que otras soluciones han sido planteadas por otros teóricos, uno de ellos, influyente en el proceso de redeterminación que actualmente atraviesa la teoría del derecho y la propia dogmática jurídica, es Robert Alexy. Haciéndose eco de la teoría jurídica de Ronald Dworkin, que concibe a los enunciados jurídicos que establecen derechos humanos o fundamentales, como “principios”, Alexy define a estos últimos como “mandatos de optimización”, es decir, como enunciados que declaran que algo debe ser realizado en la mayor medida posible.

Semejante concepción no deja de ser plausible en el contexto de la argumentación jurídica, que por fortuna cada día gana más terreno en la práctica de los juristas, pero no se antoja suficiente en materia de derechos humanos.

La optimización de los derechos humanos no puede pasar por otra cosa que no sea precisamente el otorgamiento de los dientes que sean necesarios para sancionar cualquier violación a los mismos. Más aun, podría decirse que los derechos humanos no son objeto de optimización, sino de realización, de eficacia.

En este sentido, me inclinaría por una postura como la que, salvo ciertas críticas en cierta medida justificables, exhibe Ferrajoli, particularmente cuando propone lo que me gustaría llamar una “hiperactividad” judicial, que consiste básicamente en exigir de la judicatura que subsane las lagunas que se presentan cuando a los derechos fundamentales no les acompañan las correspondientes garantías.

Se extrañan en Ferrajoli dos cuestiones que atañen a la crítica de la ideología jurídica: por un lado, el mantenerse en un esquema epistémico ya superado, que le posibilita concebir la existencia de derechos aun a falta de las garantías correlativas, circunstancia que, de acuerdo a lo que aquí hemos analizado sobre la base de los planteamientos teóricos de Kelsen, no podemos dejar de calificar como ideológica.

Por otro lado, no deja de causar cierta perplejidad el que Ferrajoli deposite tanta confianza en las estructuras jurisdiccionales, como posible remedio a la ausencia de las garantías antes referidas, cuando la evidencia empírica suele mostrarnos a las estructuras jurisdiccionales como algo tendencialmente opuesto al progreso de los derechos humanos, y como ejemplo bástenos mencionar aquí lo ocurrido con las cortes sudamericanas durante las dictaduras de la década de los setenta.

En definitiva, creo que no es sólo con construcciones como los “mandatos de optimización” o la “subsanción de lagunas ante la ausencia de garantías”, como se podrá superar la crisis pragmática de los derechos humanos. Esta última sólo podrá remediarse acudiendo, como de alguna manera lo sugiere el procesamiento kelseniano de los conceptos jurídicos fundamentales, a consecuencias normativas idóneas para cualquier violación de los derechos humanos. Podría pensarse, inicialmente, en asignarle un rol más eficiente a las recomendaciones que emiten las instituciones defensoras de los derechos humanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BIDART-CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1999.

HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, trad. Manuel Jiménez Redondo, México, REI, 1993.

JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. Adolfo Posada, México, UNAM, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1995.

MARX, Carlos, *La ideología alemana*, México, Ediciones Quinto Sol, s/d.

MARX, Carlos, y ENGELS, Federico, *Obras escogidas*, Madrid, Editorial Fundamentos, 1975.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, trad. José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina México, FCE, 1986.

RIDDALL, J. G., *Teoría del derecho*, s/trad., Barcelona, Gedisa, 2008.

SOMBART, Werner, *El apogeo del capitalismo*, vol. I, trad. José Urbano Guerrero, México, FCE, 1984.

