

AUTOCRÍTICAS*

Juan-Ramón Capella

Universidad de Barcelona

RESUMEN. Estas páginas completan una reflexión previa del autor sobre su propio trabajo realizada en una publicación anterior, realizando una autocrítica del fondo parcialmente kelseniano de la concepción del derecho sostenida durante muchos años.

Palabras clave: concepción del derecho, KELSEN, marxismo.

Self-criticisms

ABSTRACT. The author resumes and completes a critical reflection on his own work started in a previous publication. He objects to the underlying partially kelsenian assumptions at the bottom of the conception of Law that he maintained along many years.

Keywords: conception of Law, KELSEN, marxism.

* Fecha de recepción: 1 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 1 de noviembre de 2016.

1. PRIMERA AUTOCRÍTICA

En otro lugar¹ traté de exponer las líneas generales de mi aportación a la filosofía del derecho y a la filosofía política. Posteriormente advertí, sin embargo, que no había contado lo fundamental: mi prolongado trabajo por hacerme con un punto de vista filosófico-jurídico que fuera más allá de las elementalidades al uso. Ahora trataré de contar los episodios de este viaje, o, lo que es lo mismo, una autocrítica del fondo parcialmente kelseniano de la concepción del derecho que fue mía durante muchos años.

Esta primera autocrítica es en cierto modo «de superficie»; más abajo trataré de comunicar una percepción autocrítica más sustancial.

Las lecturas filosóficas y filosófico-jurídicas emprendidas durante los años de estudio de la licenciatura en derecho me llevaron ante todo a lo más fácil: a contraponerme al iusnaturalismo teológico, al de la escolástica cristiana, la ideología *consagrada* en las cátedras de filosofía del derecho españolas, incluso de las más abiertas² —como fue el caso de RUIZ GIMÉNEZ—. Al no ser creyente me resultaba fácil ver en las tesis del iusnaturalismo cristiano un producto cultural histórico que algunos autores entonces contemporáneos como ROMMEN y WOLF³ trataban de prolongar. Nunca compartí esa clase de iusnaturalismo (por mucho que la censura académica de la época me impidiera expresarlo abiertamente), aunque apreciara las diferencias entre los autores y tuviera algunas preferencias en la historia de esta escuela, además de admirar el equilibrado espíritu aristotélico y omniabarcante de TOMÁS DE AQUINO).

El trabajo en lógica aplicado a las categorías del lenguaje normativo y jurídico fue un expediente que en su momento consideré útil para escapar al ámbito temático del iusnaturalismo. Me propuse aclarar conceptos jurídicos básicos completamente ambiguos doctrinalmente entonces: norma permisiva, omisión, laguna del derecho, antinomias jurídicas, así como propiedad y derecho subjetivo. Llevé a cabo este programa sin mayores dificultades, aunque quedé deslumbrado por la visión formalista del derecho de KELSEN, de quien solo alcancé a ver algunas ambigüedades. KELSEN me parecía coherente, aunque bien supiera yo que los puntos de vista por él desechados para analizar el derecho no eran irrelevantes ni mucho menos; KELSEN buscaba precisar los conceptos empleados por los juristas, y por ello privilegiaba lo que llamaba *el punto de vista interno* al derecho.

Señalo esta cuestión —quedar parcialmente enredado en el kelsenismo— porque forma parte de un problema mayor: el representado por el positivismo jurídico. De manera instintiva, también rechazaba yo esa roma visión del derecho característica de los juristas prácticos, una visión abogacil y judicial nacida del *conflicto* jurídico que prácticamente ignora la normación jurídica eficiente, el actuar del derecho. Como

¹ En un artículo sobre mi propio trabajo publicado en 2010 en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez de Granada*.

² Con las notabilísimas excepciones de un marginado, don Felipe GONZÁLEZ VICÉN, y de don Antonio TRUYOL.

³ H. A. ROMMEN, *Derecho natural* (1951); E. WOLF, *El problema del derecho natural* (1960); también J. MESSNER (1950).

cuestión de fondo, en esta corriente positivista, estaba la doctrina jurídica ilustrada y el iusnaturalismo laico, con el que tenía que echar cuentas.

Fueron lecturas muy de mi agrado —porque cubrían los dos frentes abiertos en mi reflexión, la filosofía del derecho y la reflexión sobre el estado, que había iniciado igualmente en los últimos años de estudio de la licenciatura— las de los principales autores clásicos ilustrados: SPINOZA, ROUSSEAU, HOBBS, LOCKE, hasta llegar a KANT. La construcción del concepto de «estado natural», o «estado de naturaleza» era la piedra angular del pensamiento jurídico-político moderno. Enseguida se pusieron de manifiesto las grandes diferencias entre los autores a partir de ahí: desde los que presentaban el *estado de naturaleza* como una situación de choque e inseguridad —como la que generan las relaciones capitalistas de producción— a los que lo presentaban como altamente «racional» —como el mercado—, o sea, dos caras de la misma moneda. Y también percibí, como es natural, diferencias obvias: la de quienes ven los «derechos naturales» como previos a la institución política —LOCKE, el que más— y quienes presentan los derechos como determinados en todo caso por el Estado —HOBBS—. El pensamiento de LOCKE inspiró a los constituyentes norteamericanos y aún pesa fuertemente en ese país⁴ (un país donde los escolares se desayunan con invocaciones religiosas que figuran también en su himno nacional y, ya se sabe, se cantan en la *Super Bowl*...).

Estas tomas de posición de los iusfilosofos y filósofos del estado ilustrado eran para mí, claro es, puras construcciones teoréticas. No veía en ellas ninguna *necesidad del pensamiento*, sino elementos de un discurso legitimatorio de las instituciones sociales que dejaba atrás los supuestos teológicos, pero que no iba mucho más allá de eso en el ámbito conceptual que me interesaba. A mi modo de ver, como lector de MARX, legitimaban las instituciones de las sociedades clasistas modernas.

Por mi parte me lancé a un estudio de los datos sociológicos, antropológicos e históricos de sociedades humanas primitivas, poco evolucionadas, para tratar de aproximarme a *modelos* de relaciones sociales menos ahistóricas que el de los ilustrados y, sobre todo, más simples que la sociedad capitalista en que he vivido, para comprender mejor el origen y el funcionamiento del derecho más allá de las *rousseauadas*. Ese estudio se volvió enseguida muy fecundo. Debo mencionar los nombres de MALINOWSKI, EVANS-PRITCHARD, EIBL-EIBESFELDT, JEAN-WILLIAM LAPIERRE, la autobiografía del apache Gerónimo, los extraordinarios trabajos de L. L. CAVALLI-SFORZA, que destacaban sobre innumerables papeles menores. Las ciencias sociales del siglo XX les deben muchísimo a los portadores de estos nombres, lo que permanece ignorado no solo del gran público sino de la parte más apestosa de la academia.

Descubrí que habían existido —y algunas existían aún— sociedades carentes de instituciones propiamente jurídicas. Se regían sin embargo por normas de otro tipo, lo que AUSTIN llamó en el siglo XIX moralidad positiva: normas ancestrales dependientes de creencias compartidas, muy poco institucionalizadas (caso de los apaches y de numerosos pueblos isleños del Pacífico Sur, o de Australia y la América selvática), y también pueblos con normas de comportamiento incluso institucionalizadas no a base

⁴ Muestra de ello es la obra de Robert NOZICK.

de poderes coercitivos materiales, sino de ritos, ceremonias y creencias míticas (el caso del estado-teatro balinés⁵, que tiene su prolongación en ciertos rasgos y funciones de los estados contemporáneos). Este aspecto de la historia humana es ignorado sistemáticamente por los historiadores del derecho y por los juristas teóricos.

Por otra parte, el estudio de instituciones familiares y prácticas sexuales en distintas sociedades —a través de una lectura ciertamente parcial de LÉVY-STRAUSS, pero también de BEACH y FORD— contribuyó a hacerme descreer de la *naturalidad* de cualquier institución, aunque tardé bastante en precisar este descreimiento en una asertiva concepción sociohistórica de todas las instituciones humanas. No solo las organizativas: también las mentales.

Mi axioma básico para la *valoración* del derecho positivo: no todo lo ilícito es injusto ni todo lo injusto ilícito. Eso me parecía corresponder a la realidad y a la idealidad que sostengo, esto es, la pretensión de erradicar las injusticias; de modo que el derecho ha sido para mí no solo un producto social, sino un producto social ambivalente, que tanto podía reforzar la injusticia como ser coyuntural instrumento para combatirla. Pero sobre todo lo primero: nunca di por supuesta la *neutralidad* del derecho, ni creía en la fecundidad —por esa falsedad básica— de las perspectivas teoréticas que la presuponen.

Como he señalado, durante algún tiempo quedé parcialmente atrapado intelectualmente, y contradictoriamente, en cierto *kelsenismo*. No, por supuesto, en la idea de que el punto de vista adecuado para la comprensión de los fenómenos jurídicos sea exclusivamente un punto de vista *interno* al derecho mismo —un monismo epistemológico—, pero sí en la idea subyacente de *otro* monismo más sutil, esto es: *el supuesto de que los sujetos no pueden estar sometidos a más de un derecho, un monismo ontológico-jurídico, por decirlo así*. Y este monismo particular, ciertamente distinto de lo que se ha llamado monismo metodológico kelseniano —y que en mi opinión no hace justicia al pensamiento de fondo de Hans Kelsen, que con sus tesis buscaba sobre todo acribia metodológica—, fue durante mucho tiempo una idea subyacente no solo al pensamiento kelseniano sino al mío propio, *idea de la que yo no era consciente*. Ese supuesto no consciente contribuía a frenar mi reflexión histórica materialista.

Durante una estancia en México se puso de manifiesto para mí que en realidad las personas *pueden* estar sometidas, contradictoriamente, a más de un cuerpo jurídico⁶. En México conviven las normas jurídicas estatales con cuerpos jurídicos indígenas. Y aunque la constitución mexicana abre espacio cultural para esas normas de las tradiciones indígenas, tal apertura no alcanza a legitimar, por ejemplo, una ejecución capital exigida por un derecho indígena ciertamente proscrita por un estado que afortunadamente carece de pena capital; una persona que haya actuado como verdugo y ejecutor según un derecho indígena sigue siendo vista como un homicida o un asesino desde el punto de vista del derecho de los Estados Unidos de México. Y no hay jurisdicción que pueda resolver semejante lío porque procede de la vida social misma, y nadie está

⁵ C. GEERTZ, *Negara: The Theater State in Nineteenth Century Bali*, 1980.

⁶ Con anterioridad, en mis estudios de lógica deóntica había aparecido la posibilidad de que un sujeto estuviera sometido a deberes jurídicos contradictorios, pero esa posibilidad me pareció (erróneamente) solo lógica y no histórica.

jurídicamente legitimado para situarse *fuera o por encima* de *ambas* normativas. Cualquier decisión que recaiga sobre un conflicto de este tipo será exclusivamente *política*, incluso cuando el decisor sea una institución jurídica.

Comprender este punto me permitió adentrarme en un entendimiento sociohistórico menos dogmático de las realidades normativas humanas. Por eso he insistido en mi reflexión posterior en dos cuestiones importantes.

La primera es el poder que tiene incluso en las sociedades *actuales* lo que AUSTIN llamó moralidad positiva, esto es, los tabús sociales, a menudo inconscientes, que modelan las relaciones sociales y los comportamientos personales todavía hoy, con una fuerza coercitiva que procede del fondo histórico de cada cultura, un fondo que suele ser, como ocurre con tantas relaciones sociales, inconsciente, esto es, no visible para las personas sujetas a tales tabús (he dedicado a este punto un lugar destacado en mi trabajo *Fruta Prohibida*). Hoy la moralidad positiva dominante puede ser fuente de orden social, pero también fuente de sufrimiento para quienes no se consideran obligados por ella.

La perspectiva socio-histórica permite comprender, en segundo lugar, que no hay un *fondo* al que referirse para hablar del derecho y del poder. Se trata de productos históricos. Tampoco la democratización está *fundamentada* más que en el consenso histórico articulado en torno a ella.

No hay derecho *natural* ni de fe ni de razón. Ni derechos sin instituciones.

* * *

2. SEGUNDA AUTOCRÍTICA

Una autocrítica que va más lejos respecto del trabajo que he realizado en el ámbito iusfilosófico tiene que ver con mi prolongación particular de la reflexión sobre el derecho inspirada en MARX, cuya obra ha sido para mí un referente muy importante, desde los escritos juveniles de los *Anuarios franco-alemanes* hasta la *Crítica del Programa de Gotha*, esto es, toda su obra.

Creo no haber sido un «marxista» dogmático. Así, nunca entendí la hiperfamosa (para la escolástica marxista) relación entre base y superestructura al modo determinista, sino más bien como expresiva de los límites de las situaciones históricas; tampoco creí nunca en una «lógica dialéctica» o un «método dialéctico» especial; la dialéctica, para mí —que la rechacé por completo hasta aclararme respecto a ella— es a lo sumo un principio regulatorio de la orientación del pensamiento hacia la concreción. Y a pesar de que he utilizado ideológicamente la idea u objetivo de extinción del estado y consiguientemente del derecho, lo he hecho más como recurso retórico-político⁷ que

⁷ Como recurso retórico político la alusión a la «extinción del derecho» me fue útil en 1970 para llamar la atención de los incommunicados y dispersos juristas demócratas, socialistas y comunistas españoles acerca de la posibilidad de presentar batallas político-culturales al franquismo. En cuanto a la afirmación teórica, esta no lo ha sido en mi caso, sino más bien ética o poética: la *aspiración* a una sociedad regulada moralmente más que jurídicamente.

como afirmación teórica, consciente de que ya MARX hablaba de la supervivencia de funciones del estado que hoy conocemos en una sociedad acabadamente socialista.

La idea de que una sociedad metacapitalista en cualquier caso sería también una sociedad conflictiva, de que las «necesidades» de que habló MARX son indefinidamente *elásticas* y además *están concebidas en términos individuales*, y que, por consiguiente, solo es racional aspirar a que todos los seres humanos tengan aseguradas sus necesidades de alimentación, vestido, vivienda, calefacción, medicina, etc., o sea, sus *necesidades básicas para la supervivencia*, pero que más allá de esto ninguna sociedad puede aceptar que las «necesidades» crezcan indefinidamente por la mera voluntad o aspiración de algunos de sus miembros, se abrió paso por etapas y muy tardíamente en mi consciencia: solo con la aparición y la meditación de la problemática ecológica a partir de la década de 1970. «A cada uno según sus necesidades» aparece en definitiva como un principio claramente ideológico —de falsa representación de la realidad y de sus posibilidades— cuando las necesidades son indefinidamente elásticas. Es preciso empezar a pensar en términos de *necesidades colectivas y no en las de «cada uno»*.

Como estudioso del derecho había contemplado las aportaciones básicas de los principales iusfilósofos soviéticos: STUCHKA y PASHUKANIS⁸. Simpatizaba con la mirada de este último, pero solo vi en él una traducción jurídica de la exposición de MARX en *El Capital* sobre la forma «mercancía», que me pareció entonces carente de interés y no precisamente innovadora; y su perspectiva de *extinción del estado y del derecho* me parecía crecientemente irrazonable⁹. STUCHKA, que también la sostenía, sin embargo ponía más énfasis que PASHUKANIS en el aspecto coercitivo del derecho —en cierto modo como KELSEN—. De modo que la coercitividad del derecho y la desigualdad de trato de este a los diferentes sujetos sociales me parecieron relevantes para mi propia reflexión. Sus ejes.

Esta reflexión ha sido sobre todo, pues, *crítica*. Mi aportación como filósofo del derecho en la estela de MARX ha consistido en esa visión. Que no es desacertada, pero sí *limitada* (lo ha sido para mí, y acaso a través de mí lo haya sido para otros).

Ciertamente, me he interesado por los cambios del derecho en la globalización, y por la naturaleza de esta. Pero lo he hecho con bastantes limitaciones. Pues no he sabido calibrar bien, pese a tener muy presente la densidad de la costra burocrática y jurídica moderna, que el derecho *igual* es un instrumento no solo favorable al capital en el plano ideológico, sino, además y previamente, un elemento básico de la construcción y la reproducción del dominio social en la forma de capital. Es fundamental para la lógica capitalista la igualdad ante el mercado, esto es, la construcción mental de la capacidad para trabajar de las personas como una *propiedad* suya, enajenable como mercancía (el mercado de trabajo diferencia al mercado capitalista de los demás mercados que en el mundo han sido). Son necesarias las ficciones jurídicas para construir

⁸ Traté de editar para versiones castellanas de las principales obras de estos autores. La edición de PASHUKANIS fue rechazada por la censura franquista (que uno o dos años después la autorizaba a otros); STUCHKA, en cambio, fue autorizado. La versión fue elaborada a partir de la traducción italiana.

⁹ Sostener esa previsión marxiana le costó muy caro a PASHUKANIS por razones enteramente distintas de las teóricas: no tenían cabida en el estado nacionalista staliniano, con su ultrarreforzado autoritarismo; fue ejecutado en 1937. STUCHKA había fallecido de muerte natural en 1932. Entre esas dos fechas se produce el afianzamiento definitivo de la contrarrevolución staliniana.

una institución capitalista tan básica como *la empresa*. Es necesario un derecho que tome a las personas como *libres* de vínculos e *iguales* para contratar para construir las instituciones crediticias en las que la desigualdad material de las relaciones humanas aparece como *igualdad*. Con el derecho *igual* el capital barre con todo.

No he impulsado, como debería haber hecho, un análisis detallado de las funciones de los cambios del derecho en las metamorfosis del capitalismo. Mientras tanto el derecho internacional se adaptaba a la globalización, el derecho público se privatizaba o se sometía a los dictados privados, aparecía un derecho penal nuevo que arrumba con el ideario ilustrado, ya insostenible para la coerción que precisa el capital globalizado. Pero no he llegado a formular un «proyecto de investigación» que incluyera el *análisis* de aquellas formas del derecho cambiantes y de su *función* para la perduración de relaciones de explotación, esto es, un análisis de lo que antes he llamado la normativa jurídica eficiente desde esta perspectiva. Me he ocupado, sí, del derecho respecto de los débiles y de los grandes cambios históricos del derecho, pero no he analizado las funciones del derecho privado nuevo y del derecho público, administrativo sobre todo, supranacional, internacional y penal, en las nuevas formas del capitalismo neoliberal y globalizado. Y es por aquí por donde un pensamiento jurídico socialista, en la estela de MARX, tiene que tirar.