

## KELSEN Y GRAMSCI O DE LA EFICACIA COMO SIGNO DE HEGEMONÍA

Óscar CORREAS

SUMARIO: I. *Eficacia del derecho y hegemonía política*. 1. *La eficacia del derecho como adecuación de las conductas a las normas en Kelsen*. 2. *La hegemonía como "dirección" en Gramsci*. 3. *Los intelectuales como funcionarios de la hegemonía*. 4. *Corrección de Gramsci*. 5. *Corrección de los juristas*. 6. *La eficacia del derecho como signo de hegemonía política*. II. *Eficacia y hegemonía como "procesos"*. III. *Dos procesos de hegemonía*. 1. *Sociedad civil y estado, hegemonía y dominación*. 2. *Obediencia y aplicación de normas*. 3. *Proceso estatal de hegemonía y proceso civil de hegemonía*. IV. *Validez y eficacia de un sistema jurídico*. 1. *Validez como dirección y eficacia como hegemonía*. 2. *Cadena de validez y hegemonía*. 3. *El sujeto del enunciado de validez*. V. *La norma fundante*. VI. *Eficacia y reconocimiento de la norma fundante*. VII. *Los juristas, intelectuales orgánicos del poder*. VIII. *La construcción de un bloque histórico*. IX. *El proceso estatal de hegemonía (PEH)*. 1. *Toma de decisiones*. 2. *Producción de normas*. 3. *Reconocimiento de normas y adhesión a ellas*. 4. *Cumplimiento de normas*. X. *El proceso civil de hegemonía (PCH)*. 1. *La educación en lo debido*. 2. *La delegación de funciones*.

### I. EFICACIA DEL DERECHO Y HEGEMONÍA POLÍTICA

#### 1. *La eficacia del derecho como adecuación de las conductas a las normas en Kelsen*

Mientras un orden jurídico considerado en su totalidad conserva su eficacia, y el gobierno es capaz de lograr que en la mayoría de los casos se le obedezca, la más probable de todas las posibilidades es la de que una reglamentación expedida por las autoridades competentes sea realmente observada.<sup>1</sup>

En este texto aparece claramente la idea de que la eficacia de un sistema jurídico consiste en el hecho de que un gobierno consigue ser

<sup>1</sup> Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y el Estado* (trad. E. García Maynez), México, Ed. UNAM, 1969 (en adelante *TGDE*), p. 205.

obedecido. Y, agrega Kelsen, en tal caso puede plantearse la hipótesis sociológica de que conseguirá que se observen otras normas que introduzca en el sistema jurídico.

La eficacia consiste, para Kelsen, en el *hecho*, empíricamente comprobable, de que los ciudadanos ajustan su conducta a lo establecido por las normas, y al hecho de que, en caso contrario, los órganos del estado aplican las sanciones previstas para tal hipótesis. Entonces, *eficacia* de las normas es igual a obediencia o aplicación de las mismas.

Quiero sostener en este trabajo, que el concepto de *hegemonía* en Gramsci implica la eficacia del derecho según Kelsen; que por lo tanto, la *sociología jurídica* se beneficiaría con esta relación entre ambos pensadores; que, para que haya *hegemonía* de un grupo social, es necesario que éste sea “capaz de lograr que en la mayoría de los casos se le obedezca”. Es decir, que habrá hegemonía donde se compruebe que hay eficacia del derecho; que la *eficacia* de las normas es uno de los *signos* de la hegemonía, uno de los datos empíricos que permiten al politólogo —que “permitirían” puesto que los politólogos parecen ignorar esto— afirmar que un grupo tiene *hegemonía* sobre la sociedad.

## 2. La hegemonía como “dirección” en Gramsci

No encuentro un texto gramsciano que *defina* expresamente el concepto de hegemonía. Gramsci habla de hegemonía como *dirección*: ejercer hegemonía es *dirigir*. Y con poco que se piense, *dirigir* y *derecho* tienen el mismo origen; tienen, etimológicamente, el mismo significado. “Dirigir” quiere decir “hacer hacer”, más que reprimir cuando se desobedece. En todo caso, “dirigir” sería hacer que el órgano competente actúe imponiendo una sanción. Pero en ningún caso “dirigir” es el *acto de coacción en sí mismo*, y tampoco “hacer hacer” por la fuerza —como fuera retirar, arrastrándolo, a un manifestante pacifista instalado en la calle. Respecto del caso de “hacer hacer” por temor, como fuera impedir la toma de una fábrica por los obreros, mediante el despliegue de perros policías en las puertas, tampoco es un caso de “dirección”, en el sentido en que puede ser expresivo de la idea gramsciana de “hegemonía”. Sin embargo, como sostendremos aquí, sí significa “dirigir”, el hecho de “hegemonizar” los órganos del estado.

“Hegemonía”, en el sentido de *dirigir*, hacen que otros actúen de cierta manera, es, en Gramsci, la *virtud* de un “grupo” en el poder. (La palabra “grupo”, por su ambigüedad, permite en este momento avanzar sin dilucidar “quien” es “grupo”, que no está en cuestión aquí). Con-

seguir que “otros” —la sociedad, en general; en “cierto grado” diría Kelsen— produzcan unas y no otras conductas es *ejercer el poder*. Para ello, el grupo social debe desarrollar una amplia y compleja labor política, de cuyo éxito depende que acceda al poder y lo *conserv*e. El aporte de Gramsci al pensamiento marxista, consiste en haber mostrado que conseguir “hacer hacer”, es el fruto de una labor *ideológica*; que para que otro haga lo que se desea que haga, es necesario “convencerlo”, esto es, “educarlo” o *forjar su ideología*. Gramsci, muy en la frecuencia contemporánea, dice que no hay dominación sin el consentimiento, conseguido de alguna forma, del dominado. Conseguirlo es *tener hegemonía* en una sociedad.

### 3. *Los intelectuales como funcionarios de la hegemonía*

El aporte de Gramsci va aún más allá, hasta intentar dilucidar el cómo se consigue la hegemonía. Si bien no se trata de una novedad para el marxismo, de todos modos de los apuntes de Gramsci emerge con una nueva dimensión la figura del *intelectual*. Este “funcionario de la ideología”, cumple el *rol* de constructor de ésta, la que también transmite hasta el grado de “sentido común”, al que Marx le atribuía una fuerza formidable. El “sentido común” hecho carne en las masas, se convierte en fuerza material. Estas concepciones marxistas de la ideología son las que Gramsci desempolvó y colocó en el centro de la política: hacer política es trabajar en el interior de la ideología para “hacer hacer”, para “dirigir”; el objetivo de la política es la hegemonía que es lo que garantiza el ejercicio del poder por parte de quien la detenta.

### 4. *Corrección de Gramsci*

“Derecho” como “dirección” no es frecuente en Gramsci, porque como casi todos los politólogos, capta del derecho sólo un aspecto: el negativo, el de la represión.

El derecho es el aspecto represivo y regresivo de toda la actividad positiva de civilización desarrollada por el estado.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Gramsci, A., *Antología* (trad. y selec. M. Sacristán), México, Ed. Siglo XXI, 1977 (en adelante *Antol.*), p. 400.

La posibilidad, la función del “conseguir hacer hacer”, Gramsci la adjudica a la *ideología*. Sin embargo, esta especie de desconexión entre ideología y derecho hay que atribuirle más bien a cierta despreocupación por pensar más cuidadosamente el derecho, puesto que no cabe sino pensar que, si se hubiese detenido más en el tema, para ser congruente consigo mismo, hubiera tenido que aceptar que el derecho es ideología, y aceptar todas las consecuencias de ello. El mismo Gramsci, a renglón seguido, anota:

En la concepción del derecho habrá que recoger también, incorporándolas a ella, las actividades “de premio” para individuos, grupos, etcétera; se premia la actividad laudable y meritoria, igual que se castiga la actividad criminal (y se castiga de modos originales, haciendo que intervenga como sancionadora la “opinión pública”) (*Antol.*, p. 400).

“Habrá que incorporar” —dice— a la concepción del derecho, como si pensara que no está incorporada la función positiva que consiste en “premiar”. Desde luego, nadie sino un politólogo o un sociólogo, aceptaría hoy que hay una “concepción” del derecho que no incluya la función promotora de conductas valiosas.

Este despropósito de los sociopolitólogos proviene, creo, de que piensan el derecho parcialmente; y esto porque atienden sólo a aquello que lo distingue de toda otra ideología: la amenaza de la sanción. Sin embargo el derecho no tiene como función sancionar sino “hacer hacer”. Incluso en su función de organización de la coacción, es un discurso que “hace hacer” a los órganos del estado ciertos movimientos con la amenaza de sancionarlos, ahora a ellos, si no reprimen. Pero se trata siempre de un discurso que “hace hacer”; (o no, en cuyo caso es ineficaz).

Si corregimos esta imprecisión gramsciana acerca del derecho, el sentido general de su pensamiento nos permitirá ver a éste como una de las técnicas principales de la hegemonía, a tal grado, que su eficacia aparecerá como signo de ésta.

##### 5. Corrección de los juristas

Pero también es necesario corregir la apreciación corriente que el propio jurista tiene del derecho. Se nos enseña en las escuelas de jurisprudencia que el derecho es algo así como una “cosa”, cuya manipulación es la razón por la cual estamos allí; una “cosa” en el sentido de

ser algo *objetivo*, inerte, que allí está, como separado de los hombres, esperando ser puesta en acción. Mientras que el derecho no es algo objetivo e inerte, separado del jurista, sino un discurso que existe *en el jurista*, no fuera de él.

El derecho pertenece al orden de los usos prescriptivos del lenguaje, que constituye una apropiación del mundo específica: el *deber*. Dicho de otra manera, el derecho da el sentido a las conductas; el sentido de lo bueno y de lo malo, de lo aceptable y lo repudiable, de lo plausible y lo reprimible. Sólo que, a diferencia de otros usos prescriptivos del lenguaje, el derecho: *a)* regula su propia producción, y *b)* amenaza con una sanción o perjuicio especial. Los otros sectores de la ideología no regulan su propia producción. Por ejemplo, no es el propio discurso de los economistas el que establece la calidad de “economista” de quien lo emite, y que se supone que dice la “verdad” y propone “políticas”. La legitimidad de ese discurso proviene del prestigio adjudicado, no por ese mismo discurso, sino por otros discursos (el de los medios masivos de comunicación que lo introducen en el circuito ideológico, por ejemplo). En cambio una norma no puede ser introducida sino en cumplimiento de otra norma, que de ese modo es quien le otorga legitimidad, “credibilidad”. Y la introducción de una nueva norma, es privilegio del mismo emisor de ese discurso; no de otros, como en el caso de los economistas.

Por lo que hace a la amenaza de una sanción, toda ideología sugiere que debe producirse una cierta conducta, so pena, velada tal vez, de sufrir cierto daño. El discurso de la economía, por ejemplo, sugiere que de no producirse ciertas acciones, se seguirán ciertos perjuicios “sociales”. La diferencia consiste en que en el caso del derecho la sanción es —y no siempre— explícita, y consiste en un acontecimiento desvalioso: daño en el cuerpo, perjuicio en el patrimonio o en la honra. Pero aparte de estas diferencias, no hay otras que permitan diferenciar el derecho del resto de lo que se llame “ideología”.

Incorporar el derecho a la “lógica” del pensamiento de Gramsci, entonces, requiere esta doble corrección: tanto la de la visión del propio Gramsci, como la tradicional de los juristas.

## 6. *La eficacia del derecho como signo de hegemonía política*

Todas las ideologías proponen conductas. Sin embargo no hay ninguna otra ideología que, como el derecho, las proponga describiendo expresamente las conductas requeridas para evitar la sanción. Existen otros códigos de conducta, ciertamente, como los de etiqueta, los reli-

giosos, y algunas recopilaciones de moral. Sin embargo no tienen, o no aspiran a tener, la precisión a que aspiran —sólo aspiran— el derecho y los juristas.

Podría decirse que el índice de ventas, por ejemplo, podría ser signo de la eficacia de la propaganda comercial de un producto. Es cierto. Sin embargo no diríamos que ello es signo de *hegemonía política*. El derecho es la ideología que, como ninguna otra, puede indicar posesión, crisis o falta de hegemonía. Es la ideología que ofrece la mejor posibilidad de comprobar empíricamente su eficacia.

Ciertamente, la eficacia del derecho no es un fenómeno simple ni fácil de definir, y tampoco de comprobar. Pero éste es tema de otro lugar; de un estudio metodológico acerca del concepto y sus posibilidades de medición, tarea en la cual se ha avanzado significativamente por parte de los sociólogos del derecho. Aceptemos aquí dejarle la cuestión a ellos, y avanzar en la idea de analizar la eficacia de la ley como hegemonía política.

Aceptemos que es empíricamente comprobable —teóricamente, al menos, valga la aparente paradoja— si la conducta de los sujetos a la ley se adecúa o no a la misma. Y si producir una norma constituye un acto de voluntad, cuyo sentido es *dominar*, “hacer hacer”, indicar la conducta no reprimible, establecer un marco de acción, entonces lograr que tales conductas sean producidas, es tener la hegemonía, lograr “hacer hacer”. Y lograr dimensionar esta eficacia de la ley sería tanto como dimensionar la hegemonía que detenta el grupo en el poder. El grado de eficacia de su derecho sería el signo del grado de hegemonía política que posee un grupo en el poder.

Sin duda los sociopolitólogos aceptarían, sin conceder, que la *sociología jurídica* podría tener por objeto una de las tantas maneras —“politológicas” o “sociológicas”— de comprobar empíricamente la hegemonía. Piensan seguramente en cosas tan poco jurídicas como los “movimientos sociales”. Sin embargo, y ésta es una observación subjetiva limitada a la observación individual, nunca he visto un “movimiento” que no tenga por objetivo lograr la producción, la derogación, la abrogación o la efectividad de una norma. Todo lo cual es objeto de una *sociología jurídica* dedicada a estudiar no sólo la efectividad, sino también las *causas* de las normas; esto es, los fenómenos que explican que se produzcan tales o no otros actos jurídicos. Desde luego los sociopolitólogos dirían que ésta es una visión parcial de la política. Que ellos se ocupan de otra sección de *lo político*. Posiblemente. Y ha de ser por eso, porque estudian otra cosa, que la enseñanza y la investigación en

sociología o *politología* no padece de ningún control significativo, comparado con el que sufre la misma actividad, pero respecto del derecho.

De todos modos, se me ocurren dos ejemplos en los cuales la hegemonía política se manifiesta empíricamente. El escrutinio de una jornada electoral, si es confiable, brinda sin duda datos objetivos acerca de la hegemonía de un grupo en el poder. La adhesión a cierto partido y no a otro, no puede decirse que sea un acto jurídico, aún cuando adherir a un partido constituya un derecho; y aunque haya que aceptar estoicamente que el acto de depositar una boleta en una urna sí es un acto jurídico, éste me parece uno de los pocos ejemplos que, no siendo motivo de la *sociología jurídica*, permite dimensionar empíricamente la *hegemonía* de las diversas fuerzas políticas. Pero tan pronto se transformara en una indagación sobre fraude, se trataría de ineficacia de la ley, que señalaría crisis de hegemonía por el recurso al fraude.

Otro ejemplo sería el de las concentraciones políticas. El hecho de asistir a un acto político, si bien constituye el ejercicio de un derecho, no es en sí mismo objeto de la *sociología jurídica*, y sí es un fenómeno que significa hegemonía. Usualmente se convierte en una batalla por la hegemonía entre sectores de la prensa: unos informan que el acto casi llenó el lugar, y otros que solamente tuvo un lleno parcial. Se trata de fenómenos que indican hegemonía, y que no son objeto de una *sociología jurídica*; pero no son tampoco fáciles de dimensionar.

A la postre, la *sociología jurídica* resulta una de las ciencias políticas que ofrecen mejor información sobre la hegemonía del grupo en el poder.

## II. EFICACIA Y HEGEMONÍA COMO “PROCESOS”

Tanto la *eficacia del derecho* como la *hegemonía* son conceptos que no pueden sino denotar *procesos*, es decir, cadenas de hechos. No tiene interés señalar con estas palabras —“eficacia” y hegemonía”— el tipo de hechos individuales, instantáneos, completos en sí mismos, como fuera por ejemplo el hecho de firmar una orden o pronunciar un discurso. La eficacia de una norma implica el proceso que va desde su producción hasta el cumplimiento de los sucesivos actos —otras normas, órdenes, por ejemplo—, que la efectivizan, hasta llegar al *hecho* que signifique, o su obediencia —por el ciudadano al que está dirigida— o su aplicación —por el funcionario encargado finalmente de producir el *hecho* que constituye la coacción. Por su parte la hegemonía de la que habla

Gramsci, se *construye*. El proceso de construcción se inicia mucho tiempo antes del ascenso al poder por parte del grupo que la consigue, y luego debe mantenerse durante todo el tiempo que pretenda ese grupo detentar el poder.

Un grupo social puede y hasta tiene que ser dirigente ya antes de conquistar el poder gubernativo (ésta es una de las condiciones principales para la conquista del poder); luego, cuando ejerce el poder y aunque lo tenga firmemente en las manos, se hace dominante, pero tiene que seguir siendo también “dirigente” (*Antol.*, p. 486).

Se trata éste, el de “hegemonía”, de un concepto relativo, puesto que puede hablarse de la disputa de la hegemonía por parte de otro grupo que intenta arribar al poder. A su vez, tiene aplicación cuando se trata de la hegemonía que un subgrupo mantiene dentro del grupo en el poder y, desde luego, se aplica a un grupo que disputa el poder al dominante.

Ambos términos, “eficacia” y “hegemonía” son relativos, en el sentido de denotar procesos, más o menos largos, pero también en el sentido de que denotan parcialidades de procesos más generales. Trataremos más adelante de describir un proceso de hegemonía *dentro del cual* se inscriben procesos de eficacia del derecho que constituyen signos de hegemonía. Esto con el objeto de acercarnos aún más a las tareas de una *sociología jurídica* cuyo objeto es la *hegemonía*.

Creo que leo bien a Gramsci si entiendo la hegemonía como la posibilidad de “hacer hacer” a otros a través del consenso de éstos. Y que este *consenso* no es otra cosa que una ideología que induce las conductas queridas por la voluntad política del grupo que tiene hegemonía. Ahora bien, para ello la ideología debe convertirse en sentido común. El proceso de elaboración de la ideología hasta convertirse en “visión del mundo” o “sentido común”, es complejo. No puede describirse sino para largos periodos históricos, además de que ninguna ideología nace de la nada, sino que parte de, incorpora y reelabora, visiones del mundo vigentes anteriormente. De cualquier manera, parece posible esquematizar como sigue: el “movimiento real”, la “sociedad”, la historia anterior, genera cierta ideología, llamémosle “popular”, que Gramsci llama *filosofía*:

Conviene, por tanto, demostrar preliminarmente que todos los hombres son “filósofos”, definiendo los límites y los caracteres de esta

“filosofía espontánea” propia de “todo el mundo”, o sea, de la filosofía contenida: 1) en el mismo lenguaje, que es un conjunto de nociones y de conceptos determinados, y no ya sólo de palabras gramaticales vacías de contenido; 2) en el sentido común y en el buen sentido; 3) en la religión popular y también, por tanto, en todo el sistema de creencias, supersticiones, opiniones, modos de ver y de obrar que desembocan en lo que generalmente se llama “folklore” (*Antol.*, p. 364).

Cada nueva clase social o simplemente “grupo”, que intente acceder al poder, y mantenerlo, debe generar una capa social —que no es una “clase”—,<sup>3</sup> que reelabore esa filosofía espontánea, y la convierta en una nueva visión del mundo, que incluye, obviamente, una nueva ética acorde, o que aparezca acorde, con ella. Por eso Gramsci ve la historia de la filosofía como historia política (“puesto que el obrar es siempre un hacer político, ¿no podrá decirse que la filosofía real de cada cual está enteramente contenida en su política?”) (*Antol.*, p. 367).

La historia de la filosofía tal como corrientemente se entiende, o sea, como intentos de las filosofías de los filósofos, es la historia de los intentos y de las iniciativas ideológicas de una determinada clase de personas para cambiar, corregir y perfeccionar las concepciones del mundo existentes en cada época determinada, y para modificar, por tanto, las normas de conducta coherentes con ella (*Antol.*, p. 422).

Los intelectuales, los integrantes de esta capa social, son, por tanto, en primer lugar los filósofos. Parece que no debería considerarse entre ellos solamente a los Kant o los Hegel, sino que el concepto debería abrirse para incluir entre ellos a otros grandes forjadores del pensamiento de una sociedad. Pienso en los grandes ensayistas, los poetas y los novelistas que abren rumbos en los países. Pienso en Alberdi, Vasconcelos, García Márquez, Neruda, Martí, Darío, Vallejos.

Estos forjadores de pensamiento “educan”, hoy a través de un sistema cuidadosamente organizado, a centenas de miles de otros intelectuales de distinto grado y especialización, que son los encargados de transformar esta filosofía así elaborada, en pensamiento acorde, o que aparece como acorde con ella, en campos que van desde la ciencia natural hasta la música folklórica, pasando por todas las formas específicamente nor-

<sup>3</sup> ... no existe una clase independiente de intelectuales, sino que cada grupo social tiene su propia capa de intelectuales o tiende a formársela; ...” (*Antol.*, p. 487).

mativas, como la ética y el derecho. Así se forman los burócratas que son “órganos” del estado, los profesores, los locutores de radio y televisión, los cineastas, los artistas, los actores, y hasta los curas, los policías y los militares. Y, por supuesto, los *juristas*.

Los juristas son, en tanto funcionarios de la ideología, los personajes encargados de la eficacia del derecho. Es sobre todo por la vía de la actividad de estos intelectuales, que el grupo en el poder consigue la *eficacia de su derecho* la cual, analizada científicamente, puede constituirse en *signo* de la hegemonía.

### III. DOS PROCESOS DE HEGEMONÍA

Sostendremos en este apartado, que, cuando menos desde el punto de vista de la *sociología jurídica*, es necesario corregir la dicotomía-simetría gramsciana entre

sociedad civil=hegemonía, consenso  
estado=dominación, dictadura

Ello dará ocasión de dividir, teóricamente, los procesos de hegemonía en dos líneas, que llamaremos *Proceso Estatal de Hegemonía* (PEH) y *Proceso Civil de Hegemonía* (PCH).

#### 1. *Sociedad civil y estado, hegemonía y dominación*

Gramsci es muy poco preciso en este tema, aun cuando es una de las claves de su pensamiento. Él dice que la diferencia tradicional entre sociedad civil y estado, es una diferencia *en el interior* de la superestructura:

Por ahora es posible fijar dos grandes “planos” sobreestructurales; el que puede llamarse de la “sociedad civil” o sea del conjunto de los organismos vulgarmente llamados “privados” y el de la “sociedad política o estado”. (*Antol.* p. 394).

Tiene sensatez decir que son “organismos” los que constituyen la sociedad civil, si ésta es “superestructura”, puesto que “organismos” no pueden ser sino un conjunto de normas. Esto porque en la tradición marxista “superestructura” denota algo que no son “cosas”, “hechos” o procesos económicos, como el intercambio por ejemplo.

Sin embargo no resulta del todo claro que ciertos organismos privados sean superestructura cuando al mismo tiempo constituyen una empresa capitalista, como las de televisión por ejemplo. Está claro que generan y transmiten ideología; también que son "organismos", conjuntos de normas, una sociedad anónima por ejemplo. Pero al mismo tiempo están dentro del circuito del capital; esto es, producen cierta mercancía según la lógica del capital. Y desde este punto de vista no encuentro en qué se diferencian de otra sociedad anónima que produce pintura en aerosol. Y siguiendo en esta línea, no veo por qué la reunión del directorio de una fábrica de automóviles no es un acto de la "sociedad civil" si este concepto denota todo acto de producción, circulación y recepción de ideología. ¿Acaso no es ideología capitalista en acto el conjunto de discursos emitidos por los miembros del directorio en una sesión de ese organismo en el que se discuten "políticas" de ventas?

Por lo demás, ¿qué diferencia hay entre sociedad civil y estado cuando se trata de organismos de "economía mixta" o, por ejemplo, cuando se trata de escuelas privadas a las cuales el estado controla y subvenciona pagando el salario de los maestros?

Como se ve, la utilización científica de categorías gramscianas requiere una elaboración más prolija. Pero para nuestro objetivo, podemos limitarnos a la siguiente observación. Según Gramsci la sociedad civil cumple la función de hegemonía y el estado la de dominación o dictadura. En la cita anterior, los organismos de la sociedad civil y el del estado.

corresponden, respectivamente, a la función de "hegemonía" que el grupo dominante ejerce en toda la sociedad y a la de "dominio directo" o de mando que se expresa en el estado y en el gobierno "jurídico". (*Antol.* p. 394. *Cfr.:* *Antol.*, pp. 313, 316, 398, 406, 486, todos textos donde se establece esta diferencia entre hegemonía y dominación).

Nótese otra vez cómo para Gramsci lo jurídico es visto sólo como represión, o, como dice aquí, como "dominio" que es opuesto a hegemonía y consenso. El error de no ver el derecho también como positividad, como promotor de conductas y de verlo sólo como coacción, es lo que impide ver la función de hegemonía del derecho. De la misma manera, ello impide ver, a su vez, que la dominación, la fuerza, no puede ejercerse sin la hegemonía en el aparato estatal: para ejercer la violencia, es necesario el consenso de los órganos subalternos del estado. La

historia reciente de América Latina ofrece ejemplos de imposibilidad de ejercer el dominio por falta de hegemonía en el interior de lo que Gramsci llama “sociedad política”. En la semana santa de 1987 un pequeño grupo de oficiales del ejército argentino, un poco más fascistas que los otros, se alzó contra el gobierno exigiendo amnistía para los torturadores de la dictadura 76-83. El presidente, jurídicamente jefe del ejército, y por tanto del aparato de dominación según Gramsci, impartió orden de reducir a los facciosos. La orden —una norma jurídica, según Kelsen— fue recibida por el segundo en el escalón militar, el jefe del estado mayor del ejército, quien a su vez la retransmitió a sus subalternos. El resultado fue que el presidente tuvo que apresurarse a enviar una ley de amnistía al Congreso, que luego, por más presiones, el propio Congreso amplió —de “obediencia debida” se llamó esta ley, por uno de esos notables eufemismos de que son capaces los juristas—, para evitar, según el presidente, “males mayores”. Todo esto porque los subalternos se negaron a cumplir la orden sin que, desde luego, se aplicara contra ellos ninguna de las terribles sanciones previstas para los militares que se niegan a obedecer a sus superiores. Es decir, ni el presidente ni el jefe del ejército —que desde luego “renunció”—, tenían *hegemonía* sobre quienes verdaderamente detentan la fuerza que, finalmente, no son los jefes. Ello no impidió, por cierto, que el presidente y su partido ejercieran la hegemonía que sí tenían en otro sector de la “sociedad política”, como es el Congreso, puesto que consiguieron, esta vez sí en muy pocas horas, hacer aprobar la ley según la cual quedaba establecido, “sin admitir prueba en contrario”, que los acusados de tortura no habían torturado a nadie.

El segundo ejemplo lo ofrecieron el general Noriega y el presidente Delvalle cuando éste “destituyó” a su “subalterno” y como consecuencia perdió la “primera” magistratura que hasta ese momento parecía que detentaba. Afortunadamente no hay que insistir más, dada la numerosa cantidad de veces que la actuación de nuestros heroicos generales nos han provisto de ejemplos acerca de que para ejercer la represión es necesario hegemonizar los cuerpos armados. Nos han enseñado que ningún golpe de estado sería propinado por ningún gorila uniformado si no fuesen dos cosas: que el gobierno constitucional pierde la hegemonía fuera, pero también *dentro* del aparato estatal, y que los generales consiguen —a veces luego de sus buenos trabajos— la hegemonía entre los coroneles.

Todo esto indica que la simetría

hegemonía-consenso-sociedad civil  
dominio-coersión-sociedad política

es, cuando menos, relativa. En todo caso, no ofrece más que un esquema de limitados alcances analíticos. Por lo tanto, debe ser corregida. Conviene hablar en otros términos. Para lo que aquí nos interesa, hablaremos de obediencia y aplicación de normas, sin ignorar por ello que el término "hegemonía" denota otras realidades además de la producción y la eficacia de normas.

## 2. Obediencia y aplicación de normas

Según Kelsen, existen normas primarias y secundarias.

... Se presupone que cada norma jurídica general sea la ligazón de dos normas, de las cuales una establece como debida una cierta conducta y la otra pone como debido la producción de un acto condicional de coacción por parte de un órgano judicial para el caso de violación de esta norma.<sup>4</sup>

Cambiando el uso que anteriormente había hecho de estas palabras, Kelsen llama

... a la segunda norma como primaria, a la primera como norma jurídica secundaria. (*Idem*).

Esto, porque Kelsen piensa que el elemento central del derecho es la amenaza; por lo tanto, la parte que amenaza debe ser designada como "primaria".

De la misma manera, dice que

Los destinatarios inmediatos de las normas jurídicas generales hipotéticas son, por consiguiente, los individuos autorizados y posiblemente también obligados a ordenar o ejecutar los actos de coacción que *in concreto* actúan como sanciones (*TGN*, p. 64).

mientras que

<sup>4</sup> Kelsen, H. *Teoría Geral das Normas* (traducción al portugués de José Florentino Duarte), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986 (en adelante *TGN*), p. 68. Me permitiré vertir al castellano las partes citadas de esta versión.

Los destinatarios mediatos de las normas jurídicas generales sólo son los individuos cuya conducta es la condición de los actos de coacción estatuidos en esas normas. (*Idem*).

En estos textos, Kelsen, como todos los juristas, parece tener en mente dos personajes centrales del orden jurídico: el poder legislativo y los jueces. El primero establece las conductas obligatorias, y los segundos imponen las penas establecidas en caso de que se produzcan las conductas contrarias. Sin embargo el orden jurídico presenta a muchos otros personajes en acción. En realidad lo que un juez hace, en derecho civil por ejemplo, es solamente “declarar” que *X* tiene mejor derecho que *Y*, y por lo tanto “condenar a éste” a hacer o no hacer algo. Pero luego es necesario un complicado proceso de “ejecución de sentencia”, al final del cual, tal vez mucho tiempo después, el juez ordenará al oficial de justicia que proceda a concurrir al domicilio de *Y* y lo “obligue” haciendo uso de la fuerza pública si fuese necesario —como suelen rezar este tipo de oficios— a hacer aquello a que fue condenado (supongamos que sea desalojar el inmueble que habita). Pero, como el oficial de justicia es un personaje desarmado, debe recurrir a un policía —o a varios— para que lo acompañe; y luego el oficial de justicia ordenará a *Y* salir y sacar sus pertenencias. Si no lo hace, entonces ordenará —otra norma— al policía ingresar por la fuerza al inmueble y sacar, por la fuerza, al condenado. Estoy seguro de que muy pocos abogados han visto un procedimiento semejante. Lo normal es que el desalojo se produzca “voluntariamente” luego de que la última orden ha sido producida por el juez. Si esto es así *aplicar la sanción*, en el sentido de producir un hecho empíricamente comprobable, es un fenómeno de rara ocurrencia tratándose de derecho civil. De modo que “aplicar al ley”, en este sector jurídico, quiere decir más bien producir normas cada vez más individualizadas, más que ejercer la fuerza. (Desde luego no debemos dejar de lado el hecho de que la *amenaza* de la fuerza está siempre presente).

Y si pensamos, como no acostumbran a hacerlo los juristas cuando hablan de “aplicación” de normas, en el derecho administrativo, la cuestión es aún más complicada —o menos clara. Porque aquí se trata de una cascada de órdenes que baja, escalón por escalón, por toda la jerarquía burocrática. De modo que “aplicación de la ley” puede estar constituido por el hecho de que el empleado de correos perciba el dinero que nos indica como precio de la correspondencia que le presentamos. Esto es, “aplicación” puede que no tenga la apariencia, ni lejana, del uso de

la fuerza. Se pueden dar miles de ejemplos en los cuales el “gobierno jurídico” como dice Gramsci —sin que sea claro que fuera un gobierno “no” jurídico—, procede sin visos de fuerza, con acciones que difícilmente podrían ser calificadas de “dominación” por oposición a “consenso”, que aparecen como conceptos simétricos a los de “por la fuerza” y “voluntariamente”. Por ejemplo, todos los procedimientos propios del derecho económico. (Pensemos en aduanas, patentes, bancos, instrumentos de la “sociedad política” que, nada menos, conducen los procesos económicos de un país sin necesidad de “ejercer la fuerza”).

La dicotomía, obediencia-aplicación de la ley tiene, además, un otro problema: todo acto de aplicación de normas por un juez o funcionario, puede ser visto como *obediencia* de la norma que le obliga a producir la nueva norma —“aplicación”.

De allí que ninguna de las dos parejas de conceptos

hegemonía-dominación  
obediencia-aplicación

resulta completamente aceptable para hablar de ejercicio del poder, en el sentido de “hacer hacer” o determinar la conducta de otro.

### 3. *Proceso estatal de hegemonía y proceso civil de hegemonía*

Propongo hablar de *procesos de hegemonía*, con lo cual quiero denotar hechos, empíricamente comprobables, al menos teóricamente, que pueden ser vistos como conductas determinadas por “otro”. Este “otro” es quien ejerce el poder, quienquiera que sea, y que en este trabajo puede quedar oculto bajo el nombre de *grupo en el poder*. La utilización de la palabra *proceso* permite lo siguiente:

*i)* que lo que se denomina “ejercicio del poder” no sea un acto de los del tipo “único e irrepetible”, ni aún en el caso de los soberanos absolutos, los caudillos o los jefes de comunidades pequeñas o “tribus”. Esto, precisamente porque nadie, personalmente y por sí solo detenta toda la fuerza necesaria para hacerse obedecer.

*ii)* que “ejercicio del poder” no denote sino un “conjunto” muy amplio de acciones. (De allí el éxito de la palabra “hegemonía” en el léxico científico actual: porque a diferencia del acto de la “orden”, convierte al poder en algo más que una “cosa”; porque lo diluye convenientemente, porque permite incluir la voluntad del dominado).

iii) que el *sujeto del poder*, quien lo ejerce, no sea inmediatamente identificado con un individuo. El ejercicio del poder consiste en un conjunto de conductas por un grupo de actores.

iv) que lo que hace de varias conductas un “conjunto” y de varios actores un “grupo”, depende del analista. De la misma manera que una “cadena causal” en una ciencia natural constituye una elección del científico.

La hegemonía, por tanto, diremos que se ejerce en *procesos*, que son, finalmente, el objeto científico de la *sociología política* y la *sociología jurídica*.

Ahora bien, cuando menos desde el punto de vista de la *sociología jurídica*, puede distinguirse con provecho entre las conductas de los *órganos del estado* y al de los *ciudadanos*. Llamaremos *procesos estatales de hegemonía* (PEH) a conjuntos de conductas producidas por órganos del estado. Lo que hará de varias conductas un proceso —“conjunto”— de hegemonía, será el hecho de que el investigador las interprete —ahora sí— como “obediencia” o “aplicación” de la norma —o grupo de normas— cuya eficacia decide investigar.

Por *órgano del estado*, entenderemos las conductas de ciertos individuos, que, en virtud de una norma, pueden ser imputadas al estado, como unidad del orden jurídico.<sup>5</sup>

Tal vez convenga repetir que no propongo reducir hegemonía a eficacia. Podrían encontrarse PEH que no puedan estudiarse como procesos de eficacia de normas. Lo mismo para los PCH. En este trabajo me refiero a los procesos de eficacia del derecho como *signos* de procesos de eficacia de normas. Lo mismo para los PCH. En este trabajo cambio, que la eficacia del derecho es *siempre* signo de hegemonía. Por ello, agregó, la *sociología jurídica* es una de las ciencias políticas, con la ventaja, creo, de que ofrece mejores posibilidades de acceso a la hegemonía, que otras disciplinas dedicadas al estudio de “lo político”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Creo que así interpreto bien el concepto kelseniano de *órgano*, que me parece que es perfectamente utilizable en el marco de las propuestas gramscianas. Cfr. TPD, pp. 161, 264, 289, 298, 299, 296. Trataremos la cuestión en un próximo ensayo.

<sup>6</sup> Por lo demás, asombra que quienes se creen estudiosos de lo político con exclusión de cualesquiera otros, ignoran qué sea “lo político”. Los politólogos no se ponen de acuerdo al respecto (los que tienen alguna respuesta), por lo que resulta insólita la diferencia que quieren hacer entre *sociología política*, dentro de la cual sin duda hay que incluir a la *sociedad jurídica*, y *ciencia política*. ¿Cómo es posible intentar diferenciar algo que no se consigue definir?

## IV. VALIDEZ Y EFICACIA DE UN SISTEMA JURÍDICO

La relación que establece Kelsen entre *validez* y *eficacia* del derecho, obliga a detenerse en la cuestión, aún cuando el tema sea sólo el de la eficacia del derecho como signo de la hegemonía.

1. *Validez como dirección y eficacia como hegemonía*

Kelsen repite incansablemente que validez de una norma es su específica forma de existencia, que decir que una norma vale, es decir que la misma existe; que ha sido producida por alguien autorizado a hacerlo y conforme al procedimiento previsto en otra norma que, por eso, es "superior".

Para valer, una norma precisa ser establecida. Si ella no es establecida, no vale; y sólo vale si es establecida; si no vale, lo establecido no es una norma. Pues la validez de una norma... su específica existencia. No la existencia de un hecho del ser, sino la existencia de un sentido (o del contenido de sentido), del sentido de un hecho, del acto real de establecimiento. La existencia de un sentido constituye una existencia "ideal" y no "real". (TGN, p. 215-6, c. 44, II).

La validez es la existencia "específica" de una norma. La peculiar —específica— manera de ser norma. Su *esencia*. No es un hecho, sino un *sentido*, que es una existencia ideal. A primera vista parece una recaída en un delirio idealista. Y es por ello que ha podido ser calificado, Kelsen, de idealista. También desde una sociología pedestre —como la que es tan común entre sociopolitólogos— pareciera que lo importante es saber cómo se comportan los hombres, y no cómo el derecho dice que *deben* hacerlo. Es común escuchar a estos pseudocientíficos argumentar en el sentido de que las normas no tienen interés porque no son "hechos". Esto no es sino ignorancia del hecho —ahora sí: *hecho*— de que los hombres guían sus conductas por *valores*; de modo que, si además de la descripción de sus conductas —sociología empiricista, inocua y pedestre— es necesario además explicarlas, habrá que recurrir a los valores, a las normas, al *sentido* de las conductas —"acción social con sentido" como dice Weber—, normas entre las cuales hay que considerar, en primer lugar, a las jurídicas.

Pero si para explicar las conductas hay que recurrir a las normas, es porque aceptamos que las normas *determinan* las conductas, y con ma-

por razón las normas jurídicas que amenazan con sanciones claramente establecidas. Es por ello la insistencia de Kelsen en la *validez* del derecho. Si no se considera a la validez como la "esencia" del derecho, no se captará la específica manera como éste se dirige a la realidad: la norma se dirige a la realidad, a los hombres, a sus conductas, para *dominarlos*.

Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia... Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia.<sup>7</sup>

Es decir, emitir una norma es un intento de ejercer el poder; de dominar a otro. Si este acto está autorizado por otra norma, dice Kelsen, estamos frente a una norma "válida". (Simplemente ante una norma, pues sólo hay validez si hay una norma: norma válida es un pleonasma. (Cfr. TGN, p. 216, cap. 44, II). Está claro que el intento tiene éxito si efectivamente el otro hace lo que se le indica que debe hacer. Esto es la *eficacia*. Podemos decir que habiendo eficacia de las normas, estamos frente a un fenómeno de hegemonía. Pero si, como hacen tantos sociopolitólogos, sólo atendemos a las conductas producidas, ¿cómo sabremos que hay hegemonía? ¿Cómo sabremos, como no sea comparando las conductas con las normas, que tales conductas son "obediencia", respuesta positiva al acto de "dirección" emanado del grupo en el poder?

Sin el concepto de *validez* no tenemos ningún dato que nos permita luego hablar de hegemonía. Podemos analizar las conductas, pero no sabemos si responden o no a normas. Podemos decir que normalmente en cierta sociedad los individuos se comportan de cierta manera; y podemos formular la hipótesis de que en tal sociedad existen normas que ordenan tales conductas, normas cuya existencia quedaría probada con la existencia de ellas. Posiblemente un estudio antropológico de una sociedad desconocida, deba conformarse con tal respuesta. Pero un estudio sociológico, de una sociedad con derecho escrito, no tiene valor científico si el análisis de las conductas reales no se realiza teniendo en cuenta si las mismas constituyen o no cumplimiento de normas, lo que indicará si el grupo en el poder mantiene o no su hegemonía.

Pero si *validez* significa producción de derecho, si derecho no es otra cosa que indicación de lo recto, de lo que debe hacerse, entonces *validez*, en Kelsen, coincide con *dirección* en Gramsci. Bien visto, hegemonía

<sup>7</sup> Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Ed. F.C.E., 1983 (en adelante *EyS*), p. 43.

no es sinónimo de dirección, sino de la *efectividad* de la dirección. Validez es a dirección como eficacia es a hegemonía. Como se ve, la lectura de Kelsen puede proporcionar precisión a la lectura de Gramsci.

## 2. Cadena de validez y hegemonía

La validez de una norma depende siempre de otra norma.

Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera (*TPD*, p. 205).

Esta “manera” está determinada por otra norma. Y así sucesivamente hasta llegar a una norma fundante básica. Hay algo así como una cadena de validez, que eslabona una norma con otra superior, hasta llegar a un límite. Kelsen repite esto hasta casi hartar. Se trata de la diferencia entre una norma producida por el poder legislativo, y las normas que dicta, por ejemplo, una organización guerrillera, o un caudillo local. (Hagamos más interesante el ejemplo de Kelsen que, casi siempre —pero no siempre— ejemplifica con un bandolero del camino o un asaltante de bancos). ¿Por qué la primera es válida y la segunda no? Y ¿cuándo deja de ser válida la primera para comenzar a ser válida la segunda, si tenemos en cuenta fenómenos como por ejemplo el de la revolución mexicana?

Kelsen dice claramente que la norma inferior no se deduce de la superior. Y esto lo reafirma tozudamente en la *Teoría General de las Normas*, obra póstuma que le ha valido el calificativo de “irracionalista”. Esto es coincidente con su concepto de la interpretación del derecho: lo que el órgano de aplicación realiza, sea un funcionario o sea un juez, es un *acto político de creación de derecho*; no es un silogismo. Lo que los “científicos” del derecho quieren hacernos creer con eso de que una sentencia o una resolución de un burócrata es “aplicación” de la ley, en el sentido de que es una decisión “racional”, “lógica”, es que el poder es racional; que un ejercicio es “lógico”, es decir, *legítimo*, por el solo hecho de tratarse de un acto producido por quien el propio derecho indica como la persona competente, legitimada para ello.

La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite un solo

sentido, el sentido correcto. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de seguridad jurídica... esta ficción... puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político... así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica (TPD, p. 356).

Esta es la última página del libro que los pseudo kelsenistas presentan como una obra a-política. Un final notable: no hay ninguna conciencia que pueda justificar el contenido de una norma o del sentido en que es interpretada por quien produce la norma inferior. Dicho de otro modo, cada norma inferior es "interpretación" de su superior. Pero cada interpretación es un *acto político*, una *decisión política*. Esto es lo que resulta visto desde arriba. Pero visto desde abajo ¿cómo es entonces que cada norma obtiene su validez de una superior, si ella misma es, respecto de esa superior una arbitrariedad? ¿Cómo es que una norma es válida si es creada conforme a cierto procedimiento y por quien es el autorizado? ¿Quién dice que el procedimiento era el autorizado y el órgano el indicado, si al mismo tiempo decimos que la interpretación es un acto político arbitrario?

Si una norma es válida porque es producida conforme con otra, y si producir esa norma es un acto arbitrario, no incluido lógicamente en la norma superior, ¿cómo sabemos que la norma producida lo es "conforme" con aquélla? Si hubiera inferencia lógica, podría decirse que un análisis lógico nos entregaría una respuesta certera. Pero como no hay tal conexión lógica, si la relación entre una norma superior y una inferior es más bien una no-conexión, entonces nunca puede haber una respuesta "verdadera" a la pregunta sobre si la norma inferior es o no "conforme" con la superior.

En suma, el propio orden jurídico proporciona procedimientos para atacar normas, en las apelaciones y las reconsideraciones. Pero finalmente el derecho debe cerrar en algún momento el camino de la "sospecha" de arbitrariedad, con el pronunciamiento de un órgano "supremo" que dice la "cosa juzgada". Pero Kelsen denuncia ésto como otra arbitrariedad:

... cuando una sentencia de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada según el derecho válido, nada puede impedir que adquiera validez una norma individual cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma jurídica general (TPD, p. 277; véase *idem*, p. 275).

Entonces ¿cuál es la solución? No encuentro un texto kelseniano que responda a esta pregunta sobre los eslabones intermedios de la cadena de validez. Kelsen parece desinteresarse de estos puntos intermedios, para llegar enseguida hasta la norma fundante —*gundnorm*—, de la cual dice, expresamente, y en cientos de oportunidades, que vale simplemente porque es considerada válida. Pero esto mismo puede decirse de cada una de las normas intermedias: la validez de una norma reposa en la validez de una superior. Pero que “repose” o “se funde” en esa norma superior es *una cuestión de hecho*. Que el órgano actuante sea el autorizado y que el procedimiento sea el correcto, es una apreciación que “alguien” hace. Ese “alguien” puede ser el órgano superior; pero también el órgano inferior y los ciudadanos comunes. Sospecho que el 99% de los ciudadanos desconoce el nombramiento de los jueces y funcionarios, y las normas procesales según las cuales éstos deben actuar. Y sin embargo, sospecho que el 80% de los ciudadanos jamás discute las normas producidas por los funcionarios y jueces. Si esto es lo que sucede en un país, entonces el grupo en el poder mantiene su hegemonía. Lo que sucede en este caso es que cada norma es *eficaz* porque se cumple. Es decir, su *validez* —intención de dominar, de “dirigir”— consigue el objetivo, que era dirigirse a la realidad —la conducta de los hombres— para determinarla. Visto como cadena de validez, lo que sucede es que los sujetos al orden jurídico aceptan que las normas son válidas, es decir, que han sido producidas conforme a las normas superiores. (Y eso puede ser así aunque tales sujetos no deseen sujetarse a tal orden; la hegemonía comienza a perderse cuando se acepta a regañadientes; pero se conserva hasta el último momento en que ya no hay quien se deje “dirigir”).

Entonces ¿por qué son válidas las normas que dictan los diputados y no los guerrilleros? En definitiva por una única razón: porque los guerrilleros aún no han logrado convencer a la suficiente cantidad de individuos, de que son ellos, y no los diputados, quienes establecen las normas válidas. (Entre quienes tienen que convencer, o suprimir, claro, están quienes tienen las armas que amenazan eficazmente a quienes no están muy convencidos).

Finalmente, también la validez es un fenómeno de consenso. Aceptamos, o no, que las normas son dictadas conforme con el procedimiento y por el órgano autorizado. Nosotros mismos “autorizamos” al aceptar y obedecer. La aceptación de la validez es lo mismo que la eficacia: signo de hegemonía. Esto aparece en Kelsen como la cuestión de la eficacia como condición de la validez. En definitiva, las normas son válidas por-

que son eficaces. Dice, también decenas de veces, que las normas son consideradas válidas cuando son eficaces. “Son consideradas”. ¿Quién las “considera”?

### 3. *El sujeto del enunciado de validez*

Para enunciar la validez de una norma, es necesario aceptar que la misma es eficaz “en un cierto grado”. Se establece así un puente entre eficacia y validez, entre hecho y deber, puente que es tendido por el propio sujeto que produce el enunciado que da cuenta de la validez de una norma. De modo que ambos problemas, el de la validez y el de la eficacia, el deber y el hecho, deben ser tratados en conjunto si de una metodología de la *sociología jurídica* se trata.

Ahora bien; cada vez que Kelsen se refiere a esta dependencia de la validez respecto de la eficacia, utiliza una expresión impersonal. Por ejemplo:

La eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada, son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico, como un todo, y una norma jurídica aislada,

y aquí lo que quiero señalar

no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz (*TPD*, p. 223).

“No es considerada ya válida” ¿Quién es el sujeto de esta oración? La utilización de la voz pasiva permite continuar sin que el enunciado pierda sentido, a pesar de que no hay un sujeto. Kelsen usa este recurso literario ininidad de veces, dejando abierta la cuestión, al igual que cuando utiliza las expresiones “hasta cierto grado” o “a grandes rasgos”. Dice que una norma, para ser válida, debe ser eficaz cuando menos hasta cierto grado, y que un sistema es eficaz cuando sus normas son eficaces a grandes rasgos. Se trata del mismo asunto: ¿quién es el que “considera” que una norma ineficaz no es válida? ¿Quién juzga el “grado” y el tamaño del “rasgo”?

Desde luego, no es que falte la respuesta en el pensamiento de Kelsen. Pero cualquiera que fuese, se trata de una cuestión fáctica, histórica, política. De ninguna manera es una cuestión formal que pueda resolverse

por métodos lógicos. De nuevo Kelsen cruza al carril de la “naturaleza” como él dice. De nuevo aquí la *jurisprudencia* depende de la *sociología*. Pero, agregaremos, la *sociología* en tanto ciencia, desde el punto de vista externo, diría si ciertas normas son o no efectivas y en qué grado. Pero la razón de que no sean es una cuestión política: si se cumplen o se aplican por la fuerza, será porque “alguien” tiene el poder. ¿Quién es este “alguien”? La pregunta por el sujeto del enunciado de validez, se contesta en la teoría de la norma fundante. Al final, el sujeto del enunciado de validez somos todos; todos los que aceptamos al cumplir, la validez de las normas y la legitimidad de la autoridad que las produce. Con ayuda de los juristas, como veremos. Es el problema de la hegemonía que se consigue a través de la ideología, unos de cuyos principales funcionarios son los juristas.

#### V. LA NORMA FUNDANTE

la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando —en última instancia— el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas (*TPD*, p. 206).

Nuevamente el recurso a la voz pasiva: “es presupuesta”, “son interpretados”, “son vistos”. “Es presupuesta” la norma básica; ciertos hechos constituyentes “son interpretados”; el individuo o los individuos —“alguien”— “son vistos”. Kelsen se expresa así en infinidad de oportunidades. Pero ¿quién es el que “presupone”, “interpreta” o “ve”? En alguna parte lo dice:

La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la Teoría Pura del Derecho: quien quiera que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir como normas objetivamente válidas. Esta interpretación es una función del conocimiento, no una función volitiva (*TPD*, p. 213, en la nota 122).<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Como veremos, esta interpretación “debería” cumplir una función solamente cognitiva. Pero en los hechos, la pseudo ciencia jurídica que Kelsen critica, hace funcionar esa interpretación como prescriptiva y justificadora del poder.

El “quienquiera” no permite avanzar mucho. Aunque luego aclara que se trata de una función del conocimiento, que permite creer que son los científicos del derecho los sujetos de todas estas oraciones en voz pasiva:

... una norma es válida en cuanto cuenta con un fundamento suficiente de validez, al derivar dinámicamente otras normas del ordenamiento. Y ello significa, para el Kelsen que culmina en RR, que la cadena de validez puede consistentemente remontarse a una *grundnorm* aceptada por la jurisprudencia teórica dominante (o una regla de reconocimiento vigente, según otra versión corriente de positivismo).<sup>9</sup>

En un sentido similar:

Pienso que el principio ordenador de una pluralidad de normas lo proporciona la jurisprudencia, la ciencia del derecho. Este principio es un criterio teórico explicativo, sistematizador... Este principio, indudablemente, es proporcionado por la ciencia del derecho, que constituye su objeto como un conjunto ordenado de normas. Por tanto, es este principio una hipótesis fundamental de la jurisprudencia, no del derecho. Este es objeto de aquélla y como tal, como materia a explicar, no tiene ningún supuesto o hipótesis...<sup>10</sup>

El problema fue suscitado por las transformaciones que en el propio Kelsen fue adquiriendo el concepto de *grundnorm*. El mismo dice (*TPD*, p. 213, en la citada nota 122) en esta segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, que ha cambiado de opinión, que ya no sostiene que se trata de una norma impuesta, sino de una norma *supuesta*. Pensada, no “querida”.

... he presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. (Hasta aquí, parece referirse a *TPD* 1960). Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella... He renunciado

<sup>9</sup> Vernengo, Roberto J., “Validez y verdad en la Teoría General de las Normas, de Hans Kelsen”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Granada 1985, n. 25, p. 16.

<sup>10</sup> Schmill, Ulises, “La pureza del método en la teoría kelseniana”, en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1984, p. 38.

a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser correlato de un querer. Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe.<sup>11</sup>

En un texto de 1964, Kelsen es más explícito. Su razonamiento me parece que es ahora el siguiente: frente a lo que he dicho en 1960, en el sentido de que la *grundnorm* es presupuesta por el pensamiento jurídico, puede oponerse lo que yo he argumentado en aquella mesa redonda, o sea que una norma es únicamente el sentido de un acto de voluntad y jamás de un acto de pensamiento. O sea que un *deber* es siempre el correlato de un *querer*. Sin embargo, por otras razones, no quiero dejar de sostener la existencia de una *norma básica*. Para poder sostenerlo, es necesario aceptar que hay aquí una *ficción*: hay que fingir una autoridad, con una voluntad fingida, de la cual brota una norma. Así interpreto el siguiente texto en conexión con los anteriores:

En contra de la suposición de una norma establecida por un acto real de voluntad sino presupuesta solamente en el pensamiento jurídico (es la posición de *TPD*, 1960, O.C.), se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una correlación esencial entre deber (*sollen*) y querer (*wollen*). (Es lo que había dicho, contra sí mismo, en aquella mesa redonda, O.C.). Se puede hacer frente a esa objeción ("hacer frente", vale decir, sostenerse en que sí hay una norma básica, O.C.) solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad —fingido— encuentra su sentido en la norma básica.<sup>12</sup>

Con poco que se mire, es en realidad lo mismo que había dicho en la mesa redonda con expresiones como éstas: "es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere". "Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe". "Un

<sup>11</sup> Se trata de la intervención de Kelsen en una mesa redonda, al parecer de 1963, cuya versión tomo de U. Schmill, *op. cit.*, p. 36.

<sup>12</sup> Kelsen, H.. "La función de la Constitución", en *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Ed. Hachette, 1987, p. 86.

deber tiene que ser el correlato de un querer". En realidad, cuando en esa mesa redonda Kelsen estaba "renunciando" a su *grundnorm*, no era para reducirla a un supuesto científico. Sino para llegar aún más lejos en la "metafísica": para decir que el hombre finge un poder, una voluntad que no existe; finge que lo que la autoridad *quiere*, además *debe* hacerse ¡Sólo le faltó decir que el hombre ama ser dominado! ¡O que inventa a sus dominadores! Aunque, en la misma zaga del texto sin desperdicio, mientras sus discípulos purifican más y más la teoría, Kelsen regresa a *Dios y Estado*:

Con ello, la norma básica se torna en genuina ficción en el sentido de la filosofía del como si de Vaihinger. Una ficción se caracteriza por el hecho de que no solamente se contradice con la realidad sino que además es contradictoria consigo misma. Pues la suposición de una norma básica —como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral deben ser obedecidos los mandamientos divinos . . .—contradice no sólo la realidad, ya que no existe una norma tal como un sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad —por cierto que sólo fingida— situada aún por encima de esa autoridad. (*Idem.*)

Este texto está repetido, casi a la letra, en *Teoría General de las Normas* (p. 328, c. 59, I, d). Resulta interesante también, advertir que este Vaihinger mencionado en estos textos, es un autor que había desaparecido del horizonte kelseniano desde los tiempos de los *Hautprobleme*. Vaihinger es mencionado en el "Prólogo a la segunda edición" de esa obra.<sup>13</sup> El prólogo es de 1923, mientras que *Hautprobleme* es de 1911. La mención a Vaihinger aparece en una sección en la que Kelsen explica cómo arribó a una mayor claridad sobre la unidad entre estado y derecho, después de haber escrito *Hautprobleme*. Parece claro que se refiere a la convicción de que el estado es sólo una personificación —una ficción, pues— del orden jurídico.

También nos ayudó a ver claro en este camino el análisis de las ficciones personificadas realizado por Vaihinger (*Philosophie des Als-Ob*), llamándonos la atención hacia la existencia de situaciones análogas en otras ciencias. Todo esto contribuyó también a derramar

<sup>13</sup> Kelsen, H. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. México, Porrúa, 1987, (en adelante PCTJE), p. L.

nueva luz sobre la analogía, trazada ya incidentalmente en nuestra primera obra, entre la personificación del universo en *Dios* y la personificación o el derecho en el *Estado*, así como también sobre el paralelismo entre los problemas de la *teología* y la *jurisprudencia*, apuntado ya en 1913 en nuestro estudio “Sobre los desafueros del Estado”. Esta profundización epistemológica del problema se manifiesta en nuestro ensayo sobre “La ciencia jurídica como ciencia normativa o como ciencia natural”, en el trabajo publicado en 1919 con el título de “Sobre la teoría de las ficciones jurídicas” y, sobre todo, en nuestro libro “El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional”. (PCTJE, p. L).

Adviértase cuán lejos está el último Kelsen de ser ese jurista dedicado a la lógica que suele presentárenos en los escritos de algunos de sus seguidores. En todo caso, puede decirse que la lógica le sirvió a Kelsen para regresar a aquellos tiempos de denuncia contra el estado y el derecho; contra *todo* estado y *todo* derecho.

La ficción consiste en que alguien autoriza a la autoridad bajo la cual se coloca,  *fingiéndose* autoridad sobre esa autoridad. Se hace autoridad aunque no lo es, para dar autoridad a quien ejercerá el poder sobre él.<sup>14</sup>

Adelantemos: aquí hay dos fingidores. El que da autoridad a otro sobre sí mismo, y este otro que se aprovecha. Y puede haber un tercero: el que, “científicamente”, justifica al que se aprovecha.

Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. (TGN, p. 329).

<sup>14</sup> Resulta imposible no recordar aquí el fetichismo de la mercancía del Marx de *El Capital*. Las mercancías lo son no por su forma natural, sino porque son producidas en una cierta *relación social*. No por alguna razón asentada en su materialidad, sino por el hecho de ser producidas *para cambiar* en una sociedad donde ha quedado dividido el trabajo. Ahora bien, dice Marx, las mercancías se *aparecen* ante sus creadores como teniendo la característica del valor por sí mismas, por alguna razón fincada en su materialidad; y no es así; eso es sólo apariencia; lo cierto es que el carácter de mercancías les ha sido dado por los hombres, ante quienes ahora se enfrentan desconcertándolos de tal manera que los hombres les atribuyen características, que no son propias de las mercancías puesto que ellos mismos quienes se las han dado. Lo mismo dice Kelsen del estado: es una ficción creada por los hombres, que ahora se vuelve contra ellos apareciéndoseles como una persona distinta a los hombres mismos. Ambos, la mercancía de Marx y el estado de Kelsen, son creaciones humanas vueltas contra ellos mismos, a quienes dominan.

Efectivamente, la imaginación puede ir más allá de lo empírico. El “material dado” es aquí el ejercicio del poder. Pero como éste no puede justificarse, hay que inventar la justificación. Esto me parece que es la perenne denuncia que si, se quiere, puede leerse en Kelsen.

El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas... Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción. (*Idem*).

Al derecho, ejercicio del poder, no lo justifica nada. La única manera es fingir “que debe ser lo que una autoridad quiere” (1963). Y cuando la jurisprudencia, los juristas “científicos” y “puros” hacen “hipótesis”, lo que hacen es justificar el poder. No confiesan, no se atreven o no quieren, que lo que hacen es una ficción.

...que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no corresponde a la realidad. (*Idem*).

O sea: la ficción implica —o debe implicar— conciencia de la irrealidad; la hipótesis, en cambio, no implica irrealidad, sino lo contrario: es un enunciado que adelanta la realidad que el científico espera encontrar o verificar experimentalmente.

Este Kelsen es el mismo que se negó a aceptar que a las normas pudiera aplicársele la lógica. Y sus autodenominados discípulos se vengaron de la traición del maestro, condenándolo como “irracionalista” cuando no como un decrepito anciano que “no alcanzó a comprender” los avances de la lógica, o que retrocedió a los fondos oscuros de la metafísica.

Pero retomemos la pregunta inicial: ¿quién es ese “quienquiera” que resulta el sujeto enunciador de la voz pasiva?

## VI. EFICACIA Y RECONOCIMIENTO DE LA NORMA FUNDANTE

Antes de continuar, ¿qué tiene que ver la eficacia de la ley y la *sociología* con el reconocimiento de la norma fundante? Es que la obediencia o la aplicación de la ley requiere, como condición, su reconocimiento como norma. O, como dice Kelsen, para obedecer o aplicar una norma es necesario interpretar el sentido subjetivo de un enunciado normativo como su sentido objetivo. Y eso no es otra cosa que reconocer,

en quien produce el enunciado normativo, a una *autoridad*, esto es, a alguien a quien otra norma otorga la facultad de producir normas. Y así sucesivamente, hasta llegar, en la cascada normativa, a la norma fundante, que también debe ser reconocida como tal para aceptar como norma un enunciado que se pretende tal.

De esta manera, el reconocimiento de la norma fundante es el punto central de una *sociología jurídica* que estudie la eficacia de un sistema a través del estudio de la eficacia de las normas que lo integran. Es el punto central puesto que una norma será efectiva si los ciudadanos la cumplen y los órganos del estado la aplican, *sin desconocer* la autoridad de quien produce las normas. Porque si las normas se cumplen sólo por temor, pero desconociendo la autoridad de la cual emanan, el caso sería muy distinto: estaríamos en los prolegómenos de una insurrección. De allí que una *sociología jurídica* que se limitara a verificar comportamiento sin atender al *motivo* de tales conductas, sería una pobre ciencia. Precisamente lo que quiero mostrar con este trabajo es que la *sociología jurídica*, según Kelsen, sería el estudio del grado en que, quien ejerce el poder, consigue hacerse obedecer; esto es, el alcance de su *hegemonía*.

## VII. LOS JURISTAS, INTELLECTUALES ORGÁNICOS DEL PODER

En efecto, los juristas son los intelectuales encargados de establecer cuáles son las normas válidas. Son quienes tienen, o producen, la *iuris dictio*. Los hay en todas las sociedades conocidas. La nuestra, además, los educa cuidadosamente en escuelas especiales y, además, vigila celosamente que no aprendan nada inconveniente y controla con esmero que nadie pueda ocupar un puesto destinado a ellos sin poseer su respectiva patente.

Estos personajes se suponen depositarios del saber que permite “reconocer” cuándo el sentido subjetivo de un acto de voluntad, que se quiere norma, coincide con el sentido objetivo. Kelsen comprendió perfectamente bien el rol social de estos funcionarios de la ideología, y precisamente por eso quiso denunciar su peligrosidad: son quienes, por saber qué es lo debido, además pretenden saber también *cómo debe ser* lo debido; y quienes, por su educación profesional, cuando dicen *cómo debe ser* lo debido, jamás dicen que pueda ser de manera distinta a como es (puesto que cuando “critican” es para *mejorar* el sistema, jamás para denunciarlo).

Los juristas son quienes, por saber cuáles son las normas, informan también que las conductas que ellas postulan son “debidas”, pero ya no sólo en el sentido de legalmente exigibles, sino también el sentido de *legítimamente* debidas.

Lo que los juristas hacen es señalar las normas válidas “suponiendo” la norma fundante como *hipótesis*.

Este supuesto central, que podría denominarse principio fundamental de la jurisprudencia, es el concepto mismo del derecho como un orden normativo. . . A partir de este principio fundamental de la jurisprudencia se comprende fácilmente lo dicho por Kelsen sobre la norma fundamental hipotética, en el sentido de que confiere al acto del primer legislador y, por tanto, a todos los actos creadores del orden jurídico que en él se fundan, el sentido del deber ser, el sentido de ser norma válida.<sup>15</sup>

Esto, en efecto, es lo que hace la jurisprudencia, es decir, en concreto, lo que hacen los juristas de carne y hueso puestos en científicos. Pero a mí me parece que esto que los juristas realmente hacen, *es lo que Kelsen critica*, no lo que Kelsen postula que *deberían hacer*. Es la diferencia entre lo que siempre designa como “jurisprudencia tradicional” y “ciencia jurídica”.

Si los juristas se ajustaran al tipo de ciencia que Kelsen postula, deberían reconocer que la norma fundante es una *ficción*, no una “hipótesis”. Saber que se trata de una ficción, no una “hipótesis”. Saber que se trata de una ficción significa quitar toda legitimidad a todo poder. Postular que se trata de una hipótesis científica es velar, tras el prestigio de la ciencia, el hecho de que quien ejerce el poder a través de las normas *no tiene ninguna legitimación para ejercerlo que no sea. . .*” que no sea” ¿la fuerza? ¿la astucia? De esto se trata precisamente: ¿cómo consigue, quien produce las normas, hacerse obedecer? ¿Cómo deseáramos que lo hiciera quienes queremos la democracia? Como sea que lo haga, si lo consigue, ese es su único título que ninguna ciencia puede mejorar.

¿Qué es lo que dice la norma fundante? ¿Cómo reza?

El supuesto principio ordenador es proporcionado por la ciencia del derecho y constituye, sí, su hipótesis central; puede formularse así:

<sup>15</sup> Schmill, U., *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 39.

vale como norma aquello que el primer órgano constituyente ha establecido. (*Ibidem*).

En efecto, aún en *TGN*, Kelsen utiliza la idea de que la *grundnorm* remite a una primera constitución. Si se indaga por el sentido objetivo, por la validez de una norma establecida por un legislador —“todos los ladrones deben ser reprimidos con prisión”, ejemplifica—, se debe constatar:

... porque ese acto está autorizado por una norma de la Constitución. . . Ésta, históricamente, es la primera constitución, y si se pregunta por qué el sentido subjetivo del acto emisor de la constitución es también su sentido objetivo, esto es, por qué es una norma válida. . . entonces la respuesta es: porque, como jurista, se presupone que se debe conducir como históricamente prescribe la primera constitución. . . Es en la norma fundamental —de la históricamente primera constitución, en el más profundo sentido—, en que se basa el ordenamiento jurídico. (*TGN*, p. 327, c. 59, I, b, *in fine*.)

Esto está también, muchas veces, en *TPD*. Y parece algo así como una defensa del estado de derecho; del estado cuyas normas cambian legalmente, esto es, conforme lo establece esa primera constitución. Pero si eso parece describir una situación como la de los Estados Unidos de Norteamérica, no parece en cambio describir, por ejemplo, la de muchos estados latinoamericanos, que han tenido muchas constituciones, la mayor parte de las cuales fueron impuestas como resultado del uso de la fuerza y no como resultado de los procedimientos establecidos en la constitución anterior. En México, por ejemplo, la actual constitución surgió de un movimiento revolucionario. ¿Es que Kelsen no tiene en cuenta eso?

El significado de la norma fundante básica se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es desplazada revolucionariamente por otra. . . El principio de que la norma de un orden jurídico vale. . . hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en el caso de una revolución. . . el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica. . . (*TPD*., p. 217/8).

Obsérvese que la *grundnorm* es como una veleta que señala a quien tiene el poder, a quien la constitución *eficaz*, sea cual fuere su origen, inviste como autoridad para dictar normas. Si los vientos revolucionarios conducen a los guerrilleros al poder, entonces la *grundnorm* los señalará como autoridad. Si la suerte de las armas los conduce al paredón, entonces la veleta no se moverá, y quienes en caso contrario hubieran pasado al bronce, no pasarán de traidores a la patria.

Si la revolución no triunfara. . . los órganos que designara no dictarían leyes que fueran efectivamente aplicadas por los órganos previstos en ellas, sino que, en este sentido, la antigua constitución permanecería en vigencia, y no habría ocasión de presuponer, en lugar de la antigua norma fundante básica, una nueva. Entonces la revolución no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición. . . (TPD., p. 219).

Una veleta, como se ve. Nada más que ésta es una veleta, una buena parte de la dirección de la cual, corre por cuenta de los juristas. Esos encargados de formular la "hipótesis" central de la jurisprudencia tradicional, que no de la ciencia jurídica kelseniana, puesto que ésta no formularía una hipótesis sino que enunciaría una ficción.

Los textos, no siempre claros, hay que aceptarlo, de cualquier manera no pueden interpretarse en el sentido de una defensa de la ciencia jurídica tal cual se practica, ni en una legitimación del poder. Lo que la *grundnorm* hace, es señalar como editor de normas válidas, a quien consigue hacerse obedecer, a quien mantiene la hegemonía. Y no tiene en cambio la función de legitimar un orden retro trayendo su validez a un constituyente histórico.

De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del estado". (TPD., p. 219).

Téngase en cuenta que éste es el Kelsen de 1960, que aún no es el de 1964 que regresa plenamente a la convicción de que la *grundnorm* es una ficción, esto es, *saber* que la norma fundante *no corresponde a ninguna realidad*; que es un invento. En 1960 todavía hay textos en que dicen que la *grundnorm* señala al primer constituyente histórico. Todavía no encuentra el lector —el lector que quiera leer esto, desde luego—, la brutal claridad de 1964: la función de la *grundnorm* es

fingir que quien tiene el poder, además *debe* tenerlo. Pero los científicos que la ven como hipótesis, no saben, o hacen como que no saben, que es una ficción: creen o quieren hacer creer, que la *grundnorm* señala el origen legítimo del poder —un primer legislador. Pero no es así: el Kelsen de 1964 dice que la *grundnorm* es una ficción tramposa que señala a quien tiene el poder como a quien hay que obedecer; pero que siendo tal ficción, se aparece como si no lo fuera; como si fuera “ciencia”. Lo que él, Kelsen, hace, es la *crítica* de esta ciencia mentirosa. Kelsen es, verdaderamente, el gran fundador de la *crítica jurídica*.

En 1960, Kelsen aún está buscando la “esencia” de la *grundnorm*. Todavía habla de “presupuesto lógico-trascendental”, de norma “pensada” por la ciencia. Es claro que podemos, si queremos, quedarnos con este Kelsen, y decir que el otro, el de 1964, navegaba ya en los vericuetos de la senilidad. . .

En 1960, Kelsen dice:

. . . la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deben obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento. . . (TPD., p. 212).

Pero hay aquí un equívoco uso de la palabra “ciencia”. Kelsen habla de la ciencia que él preconiza; es ésta, la suya, la que no establece una autoridad normadora. Porque, como lo verá más claro en 1964, es una ciencia —nosotros decimos que es *crítica* de una ciencia— que *sabe* que la *grundnorm* es una ficción. Pero la ciencia que *realmente* practican los juristas, no “permanece siendo conocimiento”, sino que en realidad, como ellos ven la *grundnorm* como “hipótesis” y no como ficción, entonces sí están prestándole “cientificidad” al hecho simple de señalar a quien tiene el poder.

La ciencia que realmente practican los juristas, dice:

*Para poder interpretar como norma válida un enunciado, es necesario suponer que la hipótesis de que haya un legítimo poder —el primer legislador— que fundó la legitimidad de la cadena de validez.*

La ciencia —la *crítica* de la otra “ciencia”— de Kelsen, dice:

*Para poder interpretar como norma válida un enunciado, es necesario fingir que, quien tiene el poder, además ‘debe tenerlo’; que lo tiene legítimamente (a diferencia del ladrón que ordena la entrega*

*del dinero). Pero en realidad es una ficción que oculta el hecho de que quien es señalado por la grundnorm es señalado, no porque deba tener ese poder, sino por el sólo hecho de que lo tiene.*

Si los juristas saben esto, serán concientes de que es una ficción y no justificarán a quien tiene el poder como quien además *debe* tenerlo.

Ahora bien, y esto es lo terrible, aun cuando se trate de juristas críticos como Kelsen, cuando practican *Jurisprudencia Normativa*, no hacen todo este razonamiento y este discurso, simplemente señalan las normas válidas. De modo que, aun cuando sean críticos, su actividad concreta no les da oportunidad de serlo puesto que al simplemente describir normas válidas, cumplen la función de legitimar, con su ciencia, a quien tiene el poder.

Se trata de una trampa que se instala en el lenguaje, en la palabra “deber”, no en algún oscuro y perverso designio de los abogados (por lo menos no de todos) lo “debido” porque es establecido por el señalado por la *grundnorm*, no es en realidad “debido” moralmente; o, dicho de otro modo, lo “debido” por ser establecido por el que es señalado por la *grundnorm*, lo es sólo porque fingimos que es “debido”. En el primer sentido, “debido” significa que si no se cumple, deberá haber sanción. En el segundo sentido, debido significa que es “bueno”. El sentido de la ciencia jurídica es el primero. Pero la palabra, por mediación de esa ciencia, evoca en el ciudadano el segundo sentido. Es una horrible trampa, de la cual los juristas pueden evadirse únicamente como *críticos*, esto es, jugando su saber en la arena ético-política, donde las normas pierden su hechizo, para revelarse como lo que son: la expresión de la arbitraria voluntad de quien ejerce el poder. Finalmente, de nuevo el retorno a la política de Kelsen, el rol de su teoría no es otro que el de mostrar que el derecho es la cara mentirosa del poder, y los juristas —los desprevenidos, al menos— son los intelectuales preparados despiadadamente por la sociedad para señalar las conductas “debidas”.

Kelsen es tan conciente del rol mistificador de los juristas y de su no-ciencia, qué dice, como vimos:

...como jurista se presupone que se debe conducir como históricamente prescribe la primera constitución. (*TGN.*, p. 327, cit.).

Sin embargo, la ficción de una norma fundante, es una ficción que resulta necesaria solamente para fundar un orden moral o un orden jurídico.

La norma fundamental puede, pero no precisa ser presupuesta. Lo que la Ética o la Ciencia del Derecho enuncian de ella, es: solamente si ella es presupuesta puede ser interpretado el sentido subjetivo de los actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros, pueden esos contenidos de sentido, ser interpretados como normas jurídicas. . . (TGN., p. 328, c. 59, I, c).

Pero es posible interpretar las relaciones sociales, no como normas, o como cumplimiento de normas.

Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlas sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente. (TPD., p. 229).

Es decir: puede fingirse la norma fundante y puede no fingirse. Si lo primero, estamos actuando como juristas científicos del derecho. Si lo segundo, como sociólogos. Pero puede, no fingirse, sino formularse como hipótesis. En este caso, actuaríamos como la mayoría de los juristas, fundando, justificando, brindando apoyo pseudo-científico a un sistema jurídico concreto.

En el campo del marxismo, fue principalmente Gramsci quien rescató el papel de los intelectuales en la construcción de las ideologías que permiten a alguien, ejercer el poder. Lo notable es que, encontrando en Kelsen el otro Kelsen, que no se quiere encontrar o que se quiere ocultar, uno tiene la impresión de que lo que Gramsci dice ya lo ha leído en Kelsen. Supongo que también les pasará a quienes lleguen a Kelsen después de leer a Gramsci. Y creo que el parentesco ideológico consiste en que para Kelsen el mundo verdaderamente humano es el de las normas, las que, a su vez, son el sentido de un acto de voluntad dirigido a otro para determinar su conducta. Y eso, es, ni más ni menos, que una mención del acto político por excelencia. Gramsci, por su parte, se plantea el problema de "hacer" política: cómo ha de hacerse para que otros hagan. . . ¿qué?; la transformación del mundo; esto es, cómo conducir una política que tiene ciertos objetivos, los que él considera éticamente preferibles, desde luego. Para Kelsen,

aquello, el éxito obtenido por la voluntad de dominar, se llama *eficacia* de las normas; para Gramsci, el éxito en la conducción política se denomina *hegemonía*. Este sentido final del pensamiento de ambos, es lo que hace percibir este aire de familia. Claro, respecto de Kelsen, hace falta querer encontrar en él, no el fundador de una ciencia pura del derecho, sino a un filósofo de la política.

Pues bien; los juristas son, precisamente, los intelectuales cuya función, como veremos, es hacer aparecer como debido lo que alguien quiere que sea debido: son los encargados de señalar las normas válidas. En Gramsci la cuestión aparece como la de la constitución de una manera de ver el mundo, que es propia de cada época y de la clase que, en cada época, crea y mantiene la *hegemonía*. Y, desde luego, la "manera de ver el mundo" no es otra cosa que una manera *normativa* de hacerlo. Se trata de lo que debe hacerse y no de lo que es. Los intelectuales son los personajes dedicados a construir esa cultura, manera de ver el mundo o filosofía. (Los términos, en Gramsci, son siempre confusos; no es posible pedirle a sus textos la precisión que Kelsen quiere —no sin fracasar a veces— para los suyos).

Al respecto, dice Gramsci, entre otros textos:

Cada grupo social, nacido en el terreno originario de una función esencial del mundo de la producción económica, se crea conjunta y orgánicamente uno o más rangos de intelectuales que le dan homogeneidad, conciencia de la propia función, no sólo en el campo económico sino también en el social y en el político; el empresario capitalista crea consigo mismo al técnico industrial y al especialista en economía política, a los organizadores de una nueva cultura, de un nuevo derecho...<sup>16</sup>

Aquí el empresario vale como ejemplo de clase social, que crea "orgánicamente" castas de intelectuales entre los que se cuentan quienes deben crear un nuevo derecho. Esto, claro, se refiere al contenido de las normas jurídicas, y es bien conocido el desempeño de los juristas en la creación del mundo burgués. Pero también hay otro elemento aquí: "toda clase social", o bien, digamos, *toda época*, ha necesitado intelectuales, algunos de los cuales "crean" el derecho. Esto quiere decir que *toda sociedad recurre a los juristas*, cuya función es, siempre, en primer lugar, "organizar un nuevo derecho" —dice Gramsci—, pero luego,

<sup>16</sup> Gramsci, A., *Los intelectuales y la organización de la cultura*, en *Obras*, México, Ed. Juan Pablos, 1975, t. II, p. 11.

además, señalar, “decir”, cuáles son las normas que lo integran. Desde este punto de vista, podemos decir, con Gramsci, que los juristas son los intelectuales orgánicos de toda organización de poder. Otra cosa es el papel contrahegemónico que los juristas podrían cumplir, que no es el caso aquí.

Si los juristas tienen éxito en esta tarea, será porque consiguen *hacer aceptar* como válidas las normas por ellos señaladas. En esto consiste lo que Kelsen llama eficacia de las normas, y que aparece en Gramsci como una cuestión de hegemonía. Nótese que el éxito de los juristas no requiere que el sujeto a la norma las acepte de buen grado. La norma es eficaz también si es cumplida a regañadientes y también si es aplicada por un órgano del estado ante la rebeldía del ciudadano. Pero, podríamos decir, se trata de diversos grados de *hegemonía*. Volveremos sobre esto.

### VIII. LA CONSTRUCCIÓN DE UN BLOQUE HISTÓRICO

La norma básica fundante se nos aparece como la condición de los procesos de hegemonía. No podrían iniciarse tales procesos, si el grupo en el poder no consiguiese la aceptación generalizada, y en primer lugar por parte de los cuerpos represivos, de una norma-ficción que lo señale como dador del sentido, como autoridad legítima, como quien dice lo que se debe hacer; si no consiguiese hacer aceptar que lo que él quiere además se debe.

Por lo tanto, no podría existir un bloque histórico si el grupo que lo dirige no consiguiese ser el objeto de una norma fundante básica. Dicho de otro modo, una *grundnorm*, el reconocimiento generalizado de una *grundnorm* que señala al grupo en el poder, constituye el elemento solidificador del bloque histórico. Y el estudio de su formación es sin duda tarea para una *sociología jurídica*.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Conviene insistir en que para Kelsen la norma fundante es un fenómeno histórico, es decir, es un *hecho* y un hecho cambiante: “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales... la norma fundante básica por lo tanto, no es el producto de una libre invención. Lo que presupone no se produce arbitrariamente, en el sentido de que se tenga opción entre normas fundantes básicas distintas... Sólo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada...”, (*TPD.*, p. 209). “Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica... el enunciado

La feliz expresión de *bloque histórico* permite pensar precisamente algo que no estaba en la imagen originaria de Marx, donde había relaciones sociales sobre las cuales “se levantaba” la superestructura. En esta última imagen, las relaciones sociales aparecen como los cimientos. La misma composición, estructura/superestructura, en la imagen de un “bloque”, aparece sin “arribas” ni “abajos”, sino como un compuesto compacto donde, según Gramsci, lo que funciona como solidificante, es la ideología, instrumento de la hegemonía. Pues bien, el elemento más importante de esa ideología solidificante, es la *grundnorm*; puesto que toda ideología tiene un objetivo prescriptivo, es decir, promover conductas determinadas; pero que la ideología sea eficaz, es decir que consiga “hacer hacer”, sólo sucede si el emisor, explícito o velado, de la prescripción, es aceptado como dador del sentido, lo cual, a su vez, significa que es señalado como tal por la *grundnorm*. La norma fundante distribuye la palabra autorizada.<sup>18</sup> La palabra autorizada es la que enuncia la ideología autorizada.

El *bloque histórico*, por su parte, se construye en un proceso *político*; esto en el sentido de que sus especificaciones, sus relaciones concretas, se van ajustando en un proceso consensual; en un proceso en el cual sus actores son dirigidos por el grupo que, precisamente por lograr dirigirlos, decimos que detenta el poder, que mantiene la hegemonía. Este proceso de construcción de un bloque histórico culmina con una *grundnorm*. No antes de una aceptación generalizada de esta ficción que legitima la dirección de un proceso, puede decirse que estamos frente a un *bloque histórico* ya solidificado.

Con posterioridad a esa aceptación generalizada, puede decirse que mientras se mantenga esa *grundnorm* se mantiene un bloque histórico. A su vez, éste comienza a desintegrarse, a desmoronarse tan pronto como, con los prolegómenos de una revolución por ejemplo, pero también de un golpe de estado, la *grundnorm* comienza a no ser tan generalizada-

jurídico que describe la norma fundante básica ya no reza... sino: los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la nueva constitución... La nueva norma fundante no permite considerar, como hacía la antigua... La modificación de la norma fundante básica se sigue de la modificación de los hechos que han de ser interpretados como actos de producción y de aplicación de normas jurídicas... La norma fundante básica se refiere solamente a una constitución que de hecho ha sido establecida...”, (*TPD*, pp. 218/9).

<sup>18</sup> Véase Entelman, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en *Crítica Jurídica*, n. 4, pp. 109 y ss.

mente aceptada. Desde luego, se trata de una cuestión de hecho que debe valorar el investigador. Ahora bien, que la *grundnorm* comienza a ser desconocida, es un fenómeno cuyo signo será el hecho de que el sistema jurídico comienza a ser ineficaz; esto es, cuando sus normas individuales comienzan, en algún sector significativo, a dejar de cumplirse. Por ejemplo, en ese sector del sistema jurídico que ordena a los militares obedecer al poder civil. . . Y eso lo sabríamos como resultado de estudios de sociología jurídica, entre otros.

De modo que podemos hablar de “procesos” de construcción de un bloque histórico, que comprende el proceso de construcción de esta ficción llamada norma fundante, y luego de procesos de mantenimiento del bloque histórico, que son procesos de hegemonía, civil y estatal, como los hemos llamado. Es decir, los procesos estatal y civil de hegemonía suceden a partir del momento —“momento” en sentido muy lato, desde luego— en que aparece una *grundnorm* con claridad, esto es, cuando el reconocimiento del grupo en el poder, como autoridad legítima, es generalizado.

Los distintos momentos de este proceso de construcción, pueden, como el mismo Kelsen lo dice, verse desde puntos de vista no jurídicos. Pero pueden ser estudiados como momentos de un proceso que culmina con la aparición de una norma fundante, y en ese sentido es un proceso que puede ser constituido como objeto de una *sociología jurídica*. De allí que el estudio de las causas que explican el contenido de las normas, es un tipo de estudio sociológico muy difícil de distinguir de un estudio histórico.

Un excelente ejemplo de construcción de un bloque histórico que comprende el de la aparición de una *grundnorm*, es la revolución mexicana de 1910-1917 que, además, culmina con una constitución. Entre 1910 y 1917, apareció una nueva norma fundante, que no se constituyó sino al cabo de todos esos años, y no sin notables indecisiones de la veleta. Esa *grundnorm* señala a los constituyentes de 1917, como “el primer constituyente histórico” como vimos que suele decir Kelsen, y señala a los órganos estatales designados conforme al procedimiento constitucional, como los hombres que dictan normas válidas. Como dice Kelsen, “con la adquisición de eficacia de la nueva constitución, se ha modificado la norma fundante básica” (*TPD.*, p. 218). (Obsérvese que la nueva *grundnorm*, que en el caso mexicano señala a los gobiernos posrevolucionarios, aparece *después* de que la constitución de 1917 adquirió eficacia).

Podría alguien decir que los procedimientos por los cuales se designa a muchos órganos del estado mexicano, no son los previstos en la constitución, porque existe fraude en las elecciones, por ejemplo. Y de hecho lo repiten incansablemente los partidos de oposición. Y podría decirse por lo tanto, que las normas que estos órganos ilegítimos dictan, no son válidas. Se trata aquí, de un problema de eficacia del derecho: la *grundnorm* mexicana señala a los gobiernos que México ha tenido y tiene, porque se trata de gobiernos que consiguen la eficacia de las normas que dictan. Porque tienen la *hegemonía* del bloque histórico mexicano, aún cuando ello no les guste a los partidos de oposición. Esto es lo que está en Kelsen y en Gramsci.

En todos nuestros países, aunque creo que México es el que lo muestra con más claridad, se han construido bloques históricos soldados férreamente por una visión del mundo que ha amalgamado motivos liberales, nacionalistas y mitos católicos.

Según leo Gramsci, el primer gran proceso, que puede ser denominado "histórico", "epocal", "fundante", está constituido por la constitución del *bloque histórico*. Para llegar a construirlo, y dirigirlo, el grupo dominante crea, primeramente, una "filosofía". Esta filosofía es "visión del mundo", pero también "visión del país" de que se trata, que está, claro, enmarcada en la primera. Las filosofías "oficiales" de nuestros países americanos, con sus diferencias respecto del primer mundo, y con sus diferencias entre sí, de todos modos se inscriben en una mezcla de filosofía liberal —"burguesa"— y "occidental y cristiana", con su ingrediente "nacionalista".

La filosofía epocal de la que habla Gramsci es formulada por "filósofos" que reelaboran la filosofía "popular" y la filosofía "cultura". En nuestros países también se formularon filosofías, visiones de estas sociedades, en las que no sólo participaron los pensadores como Albeardi o Vasconcelos, sino incluso los poetas y novelistas "forjadores del ser nacional" —piénsese en Martín Fierro—, los cineastas creadores del "cine nacional" y el conjunto de intelectuales cuya función ha sido realizar la apología de los procesos que condujeron a la formación del bloque histórico. Lo que resulta más notable es el énfasis de estas ideologías en demostrar que las "peculiaridades nacionales" son lo que explican las "peculiaridades" del sistema político. Lo nacional resulta fundante del poder, de la manera de ejercerlo. Si la *grundnorm* señala a los gobiernos, es porque lo "nacional" así lo demanda. La herencia caudillesca, el fervor guadalupano, la particular "riqueza de la pampa", la

“tristeza propia del altiplano” o la rumbosa alegría del trópico, terminan siendo imágenes que justifican determinada manera de ejercerse el poder por parte de quienes resultan favorecidos por la *grundnorm*. Estas formas del imaginario latinoamericano, constituyen otros tantos jalones de la formulación de la norma básica de nuestros países. (Posiblemente, si recordamos que De Gaulle dijo que era imposible gobernar un país que tenía 300 clases de quesos, resulta que no sólo entre nosotros las “peculiaridades nacionales” justifican las peculiaridades del ejercicio del poder).

Entre los más avezados e importantes “forjadores del ser nacional”, se encuentran los juristas. Todo proceso de formación de un bloque histórico debe contar con un nutrido grupo de abogados dispuestos, en primer lugar, a argumentar sobre la legitimidad de la transformación jurídica, y en segundo lugar, a formular la nueva constitución que votarán los constituyentes. De entre los juristas destacan, en estos procesos de formación de una nueva *grundnorm*, los constitucionalistas. Son los forjadores de la ideología de las “instituciones nacionales”, que siempre son “sólidas”, “firmes” —los malos son los hombres, nunca las instituciones—, y permiten la convivencia. La constitución termina así siendo la expresión del ser nacional. Cuando esto sucede, cuando hay aceptación generalizada de esto, la veleta se ha detenido, (y los juristas se convierten ahora en ideólogos del respeto a las leyes); ahora la norma básica está completamente clara: serán válidas las normas dictadas conforme a esa constitución por los hombres designados conforme con ella. O bien: hay que hacer lo establecido por las normas válidas, que son las producidas conforme a la constitución (que es eficaz puesto que el gobierno consigue hacerla obedecer). ¿Cuáles son las normas dictadas conforme a la constitución? Como ya vimos, son aquellas que en términos generales se obedecen, dictadas por funcionarios que son obedecidos, en primer lugar por los cuerpos represivos.

Constituido este bloque histórico, soldado por la *grundnorm*, la *sociología jurídica* tiene ahora como tarea el estudio de los procesos de hegemonía, de dirección, de mantenimiento del bloque histórico en la medida en que estos procesos están constituidos por conductas que pueden medirse respecto de normas válidas.

¿Cómo el grupo en el poder consigue hacerse obedecer?

## IX. EL PROCESO ESTATAL DE HEGEMONÍA (PEH)

Llamamos *PEH* a la secuencia de producción-cumplimiento de normas por parte de órganos estatales. Cada acto de cumplimiento de una norma constituye un acto de producción de normas, excepto en el caso final en que el cumplimiento de una norma ya no constituye un acto productor de otra norma. (El acto de desalojo por la fuerza de una fábrica tomada por sus obreros, por ejemplo).

Todo acto de cumplimiento de una norma es un signo de la *hegemonía* que mantiene, sobre el bloque histórico, el grupo en el poder que estableció la norma más general, con la que se inicia el *PEH*. En el *PEH* podemos distinguir varios momentos.

### 1. Toma de decisiones

La toma de decisiones es objeto de la *sociología jurídica* en tanto "causa" de las normas. O, si se quiere, causa de las conductas productoras de normas. El acto de voluntad en que consiste la decisión política puede ser causa de conductas aún antes de producir normas jurídicas. En tal caso, funciona como discurso, prescriptivo, sí, pero que no puede aún reclamar la obediencia amenazando legítimamente. Al no formularse como norma jurídica, cualquier amenaza para el caso de desobediencia corre el riesgo de ser vista como ilegítima. Es notorio que, donde existen partidos opositores, cualquier imprudencia verbal de un funcionario, es denunciada inmediatamente como amenaza antijurídica.

No obstante, el discurso pre-jurídico es cotidianamente causa de conductas. Por ejemplo, los llamados "trascendidos" de "altas esferas oficiales", o de "portavoces que solicitaron no ser mencionados", suelen desatar fenómenos económicos y políticos de impacto a veces formidable. Piénsese en los rumores sobre devaluación de la moneda o sobre inminentes redadas policiales contra opositores. Se trata, generalmente, de decisiones políticas que el gobierno comunica de esta manera porque quiere que se produzcan esas conductas. Pero puede tratarse también de casos de crisis de hegemonía de la cúpula sobre sectores medios del grupo en el poder. Puede tratarse, y así es también cotidianamente, de funcionarios intermedios que, precisamente por no ser dirigidos por sus superiores, actúan por su cuenta, permitiendo el filtrado de información.

Este tipo de procesos de hegemonía, son cotidianos, suceden efectivamente, no puede decirse que constituyen actos jurídicos, y son estudiados por los sociopolitólogos. Son también el clásico tipo de ejemplos

que estos científicos utilizan para demostrar la irrelevancia del derecho en los procesos políticos. Se trata de la posición científica que sostiene que lo interesante es el estudio de las decisiones políticas y sus efectos, sin que resulte decisivo el estudio de las normas a que dan lugar esas decisiones, ni el estudio de las conductas en relación con esas normas. El defecto, a mi juicio, de esa posición científica, es que no ofrece bases sólidas para el conocimiento del *contenido* del acto de decisión política. En efecto, en el ejemplo del gabinete permitiendo “filtración” de información, ¿cómo sabríamos que se trata de *hegemonía* y no de crisis de ella, si no hay información objetiva sobre cuál era el sentido de la voluntad de dominio? Por el contrario, la *sociología jurídica*, trabajando sobre discursos expresos, sobre normas que describen expresamente las conductas queridas, tiene mejores posibilidades de ofrecer información atendible. El *PEH* comienza, sí, en el acto de toma de decisión. Es a partir de allí que debemos rastrear las conductas que nos informarán acerca de la hegemonía. No sostengo que la decisión no sea lo decisivo. Sostengo, sí, que es la decisión formulada jurídicamente, la que ofrece el punto de partida más firme para estudiar un proceso de hegemonía concreto.

## 2. La producción de normas

Para convertir la decisión política en derecho, es decir en un discurso que amenaza con el uso legítimo de la fuerza en caso de no ser obedecido, el grupo en el poder debe redactar un proyecto —o varios— de ley general que somete a la consideración del congreso. (Hablamos de funcionamiento constitucional de los órganos del estado, y de los sistemas jurídicos latinoamericanos). Esta tarea de redacción de proyectos es tarea de juristas al servicio del grupo en el poder, quien debe estar muy seguro de que hegemoniza la convicción de esos juristas. Debe estar muy seguro de que las técnicas que esta capa de intelectuales ha desarrollado —que son su seguro contra el desempleo— funcionarán de tal manera que se cumpla el proceso de hegemonía. Adviértase entonces la importancia de hegemonizar el proceso de formación profesional de los juristas, y de la cooptación de estos cuadros imprescindibles en el *PEH*. Pero también la importancia, para la oposición, de disputar la hegemonía en la formación de estos profesionales y de cooptar sus propios cuadros.

Desde luego, el grupo en el poder debe hegemonizar el congreso. Si no, no está en el poder. Y si se trata de una dictadura militar, debe hegemonizar las fuerzas armadas cuando menos hasta el coronelato.

La parte más escondida, las zonas profundas del poder, se encuentran en los individuos que, de aquí, en más, deben llevar adelante el *PEH*.

### 3. Reconocimiento de normas y adhesión a ellas

Parece no necesitar mayor comprobación el hecho de que, para ejercer la hegemonía, es necesario ser reconocido como hegemónico; esto es, como “jefe” o “conductor”. Esto en el lenguaje gramsciano. En el de Kelsen, para que las normas sean eficaces, es necesario que aquel a quien son dirigidas las reconozca como tales; es decir, reconozca a quien las produzca, como órgano superior autorizado para hacerlo. El *PEH* constituye una larga cadena de obediencia-producción-obediencia de normas. Lo que se diga del primer acto de obediencia-producción, vale para todos los demás. Sus especificidades, de todos modos, deben ser tenidas en cuenta en toda investigación empírica. Lo que suele escapar a los sociopolitólogos, es precisamente la consideración de las zonas oscuras del poder: el secretario, el escribiente, el subdirector, el proyectista de sentencias. Todo les parece dependiente de la toma de decisión de más alto nivel. Ignoran que los que toman esas decisiones, si pueden hacerlo, es porque no ignoran los secretos de esas zonas oscuras del estado.

Todo órgano del estado debe reconocer a su superior como autoridad, si es que ha de darse el *PEH*. Quien pretenda hegemonizar un bloque histórico, debe estar seguro de que cada eslabón reconocerá inmediatamente al anterior y al siguiente. Esto, en Kelsen, es tratado como “reconocimiento de normas”.

El análisis kelseniano se inicia con la diferencia entre el acto de voluntad que imparte la orden, o produce la norma, y el *sentido* de ese acto (*TGN.*, p. 34, c. 8, I). Se trata de un análisis pormenorizado y psicologista. Creo que hay que interpretar a Kelsen como parte de los científicos sociales que acepta que la obediencia es un fenómeno individual, cuyo secreto se encuentra en procesos interiores, de los que se ocupa la psicología. “Voluntad”, “intención”, “desear”, “querer”, son el tipo de términos que utiliza Kelsen para explicar esto que llamamos “procesos de hegemonía”.

Lo que los politólogos llaman “toma de decisión” Kelsen lo denomina “acto de voluntad”. Es un *hecho* cuyo signo es un acto de lenguaje, que porta un *sentido*, un “deber ser”. Con el acto de voluntad se “quiere” —no se “desea”, dice Kelsen—<sup>19</sup> que otro “deba” hacer algo.

<sup>19</sup> “El querer —racionalmente— puede ser dirigido sólo a la conducta de un

El *sentido* del acto es que otro debe hacer algo. Es la “específica manera como el derecho se dirige a la realidad”: el dominio.

Esta voluntad de dominio, para que produzca el efecto deseado —dominar, ejercer el poder, hegemonizar— debe ser transmitido de manera que aquel a quien se dirige entienda el mensaje (*TGN.*, p. 44, c. 8, IV). Kelsen establece aquí la diferencia entre *significado* y *sentido*:

el interlocutor puede oír o ver (leer) la palabra pronunciada o escrita, sin entender la significación de una palabra o el sentido de una frase (*TGN*, p. 44, *cit.*).

Para entender el sentido es necesario entender el significado de las palabras. La significación de las palabras nos entregarían la descripción de una conducta, y el *sentido* de la norma su calificación deóntica: *de-bida* (prohibida, obligatoria o permitida); el mensaje transmite la voluntad del dirigente, de que esa conducta debe producirse (bajo pena de sanción).

Se entiende que en el caso de *PEH*, el mensaje significa que el órgano inferior debe producir cierta conducta, que es, a su vez, otra orden o norma. El proceso termina si, para el último órgano que debe actuar, no se trata de otra norma sino de un hecho que cumple la última orden. Por ejemplo, si la orden a un funcionario consiste en producir el informe técnico sobre la base del cual se fijarán los salarios mínimos.

La comprensión del significado y el sentido es lo que permite el *reconocimiento* del acto de dominio como dirigido a él para que produzca cierta conducta. Sin tal comprensión no hay reconocimiento de la orden, por lo cual sucedería una interrupción del *PEH*. Adviértase entonces la importancia de hegemonizar un cuerpo de funcionarios que debe hablar un lenguaje común.

En este punto Kelsen parece solazarse en disquisiciones que seguramente parecerán “metafísicas” o “pseudoproblemas” a muchos empiristas y a otros tantos de esos marxistas que no consiguen ver a los obreros concretos detrás del concepto de “clase obrera”. Kelsen diferencia la adhesión a una orden, de la adhesión a un enunciado (*TGN.*, p. 53, c. 11, II), y la adhesión a la orden, de la voluntad de cumplirla

individuo que entienda el sentido del querer y se conduzca de acuerdo con él. En esto se diferencia el querer del *desear*, el cual puede ser dirigido también hacia otro hecho. Yo no puedo desear que mañana deba llover, pero no puedo ‘quererlo’, pues mediante la exteriorización de un tal querer no puedo producir la lluvia”. (*TGN*, p. 34).

(TGN., p. 54, c. 11, III). De todo ello resulta que, en una primera aproximación, el PEH tiene distinto cariz, si el órgano subordinado reconoce, adhiere y quiere hacer, o si reconoce, adhiere pero no quiere cumplir o si reconoce, no adhiere pero quiere cumplir. La disquisición de Kelsen en este punto, sin duda puede ser mejorada. Pero adviértase que cualquier *sociología jurídica* dedicada a estudiar un PEH cualquiera, debería hacer pie aquí, como hace Kelsen, en una *psicología jurídica* que permitiera describir con más detalle la forma de la hegemonía que un grupo en el poder mantiene respecto de sus subordinados.

Ahora bien, reconocer el sentido de una orden, adherir a ella incluso, debe distinguirse del reconocimiento de la *legitimidad* de la orden; o sea del reconocimiento del dador de sentido como quien puede darlo. Se trata del problema de la *validez*, que ya se nos ha presentado como una cuestión de *reconocimiento*, de *hegemonía*. Mantiene la hegemonía quien consigue que las órdenes que dicta sean interpretadas como normas emanadas de quien está autorizado para producirlas. Dicho de otro modo, mantiene la hegemonía quien consigue ser reconocido como dirigente hegemónico.

Pero quien otorga *legitimidad* a una orden es el propio derecho. Por lo tanto es necesario que el subordinado reconozca en su superior a alguien a quien una norma otorga la facultad de darle órdenes. Es necesario que todo ciudadano, aún cuando no sea jurista, sea educado, en previsión de que pueda ingresar en el aparato estatal, en el reconocimiento de la pirámide gubernamental. Estamos acostumbrados a ello, de modo que puede pasárenos por alto el hecho de que la jerarquía estatal no es "natural", de que hemos sido *educados* para reconocerla "automáticamente", sin razonamiento alguno. La legitimidad de la orden en consecuencia, es un proceso donde convergen el hábito de la jerarquía estatal, con el reconocimiento del individuo que dicta la orden como el órgano jerárquico autorizado.

Ahora bien, no se trata del mismo grado de hegemonía dentro del PEH, si es el caso que el subordinado reconoce la norma y *adhiere* a ella, que si es el caso de que reconoce y obedece pero no *adhiere* a ella.<sup>20</sup> Las disputas por la hegemonía entre funcionarios superiores, suele jugarse normalmente en el intento de socavar la hegemonía que el rival

<sup>20</sup> "Yo puedo querer hacer algo sin que lo tenga que hacer. Y yo puedo querer que yo deba hacer algo sin querer hacerlo, puedo ser incapaz de cumplir el mandato dirigido a mí mismo... Se puede... no sólo adherir a un mandato y no cumplirlo, como también se puede cumplir un mandato sin adherir al mismo..." (TGN, pp. 54-55).

mantiene en su sección administrativa. Piénsese en los “golpes bajos” interministeriales, tan comunes entre secretarios de Trabajo y de Economía por ejemplo; o entre los “tecnócratas” de este ministerio y los “políticos” del ministerio de gobernación. El estudio de los *PEH* debe tener en cuenta estas peculiaridades, cuando se trata de estudiar la hegemonía en el interior del grupo en el poder. En estos casos, la *adhesión* a la orden del funcionario superior adquiere una relevancia especial.

La cuestión del reconocimiento de las normas y la adhesión a ellas es lo que sugiere esta corrección de Gramsci, en el sentido de que el momento de la coerción no es lo contrario del momento del consenso, puesto que para aplicar la coerción es necesario contar con la adhesión de los órganos de represión. Esto vale tanto respecto de los ciudadanos como de los propios órganos del estado. De cualquier manera que veamos la coerción, sea como aplicada a ciudadanos o a individuos que desempeñan alguna función pública, de *todos modos* es necesario que el grupo en el poder cuente con el consenso de los individuos que disponen de las armas necesarias para la represión.

Dicho de otro modo: el “momento” de la coerción de que habla Gramsci, no es sino un aspecto del “momento” del consenso. No se trata realmente de dos momentos, sino de uno solo que puede ser visto en dos aspectos: respecto de aquellos a quienes se aplica la coerción y respecto de aquellos que la aplican.

#### 4. *Cumplimiento de normas*

El cumplimiento u obediencia de las normas constituye la *eficacia* del derecho y el más claro signo de la hegemonía que mantiene quien lo dicta. En el interior del *PEH*, cada acto de cumplimiento es al mismo tiempo un acto de producción de normas, excepto cuando se trate de un *hecho*, como hemos visto.

El concepto de “cumplimiento” —o “aplicación”— de las normas no tiene nada de simple, y los sociólogos del derecho lo han destacado ya suficientemente. Podemos destacar los siguientes problemas en los cuales esta colaboración-comparación Kelsen-Gramsci enriquece la *sociología del derecho*.

##### a) Obedecer-cumplir y aplicar

Aceptamos que *obedecer-cumplir* una norma —o una orden principalmente— consiste en producir la conducta establecida como obligatoria.

Está claro que si alguien consigue hacerse obedecer, mantiene hegemonía (de diferente grado si hay o no adhesión como vimos). Pero un sociólogo, ¿cómo sabrá que esa conducta es “cumplimiento-obediencia” de lo que fue “querido” por el órgano superior? Más aún; como es sabido, los vericuetos del derecho hacen la voluntad política más inescrutable que los caminos del señor; no sólo se dictan normas con el expreso objetivo de que sean violadas, sino que resulta posible que esa voluntad no se expresa correctamente y el mensaje no sea bien “interpretado”, o no pueda serlo; eso sin contar con que, como ha sido suficientemente destacado, el derecho debe ordenar conductas en un lenguaje que oculta otros mensajes o vela relaciones sociales que no deben aparecer. Este problema hace necesario que el sociólogo del derecho actúe con todos los cuidados que sugiere Gramsci para el estudio de la ideología. De cualquier manera, este tipo de estudios de la hegemonía no podría ser realizado sino por un sociólogo que conozca las astucias de la razón jurídica. De lo contrario no veo cómo solucionará el problema de establecer que la conducta en la que cree ver cumplimiento-observación de normas —hegemonía— lo es realmente. Si se equivoca, resultará que verá hegemonía donde tal vez hay lo contrario.

Aceptemos, a su vez, que *aplicar* una norma, siendo un acto de *cumplimiento-obediencia*, incluye, además, un reconocimiento en virtud del cual se afirma que cierta conducta corresponde a la descrita en la norma que, por ello, decimos que “se aplica”. Es el caso del funcionario o juez que establece que una conducta es legítima o no. Por una parte, obedece la norma que la obliga a calificar esa conducta, y por otra realiza este acto que llamamos “aplicación” que consiste en subsumir un hecho en una fórmula lingüística: “calificar”. Típicamente, esto es lo que hacen esos órganos especiales llamados “jueces”.

Ahora bien, que la “aplicación” muestra hegemonía, es también un problema delicado: ¿cuándo la “aplicación” sería “correcta”, o sea que mostraría que el grupo en el poder mantuviera hegemonía sobre los jueces? De nuevo aquí los problemas señalados más arriba, y que dependen del investigador.

Adviértase, otra vez, la importancia que tiene hegemonizar la educación de los jueces, su nombramiento y su control. Por otra parte, el prestigio de los jueces constituye una causa de hegemonía en los *PCH*: si el grupo en el poder consigue que los ciudadanos acepten las resoluciones judiciales con motivo del prestigio de los jueces que hegemoniza, mantiene una hegemonía mayor que quien no lo consigue. Jamás se

exagerará destacando el papel que juegan los jueces en los procesos de hegemonía: los sociopolitólogos tienden a ignorar el rol político del poder judicial que es el que explica por qué cualquier junta militar que produce un golpe de estado, el segundo acto que realiza consiste en nombrar los jueces de la suprema corte. (El primer acto, es dictar una *grundnorm* expresa señalándose como productora suprema de normas por encima de la constitución; durante los subsiguientes días, se conoce si esa *grundnorm* es eficaz).

#### b) Eficacia y efectividad

La diferencia, mostrada por los juristas, entre estos dos términos,<sup>21</sup> pone arduos problemas en el estudio de los *PEH*. Ambos términos señalan dos aspectos distintos de la hegemonía que ejerce un grupo en el poder.

*Efectividad* de la ley significa que los destinatarios de la norma producen las conductas requeridas.

*Eficacia* de la ley significa que se obtienen los efectos queridos por el grupo en el poder.

Un ejemplo servirá: supongamos que el grupo en el poder tiene que enfrentar una ola de huelgas desencadenadas por sindicatos no reconocidos o que no obedecen a la central obrera hegemonizada por el gobierno. Podría enfrentar el problema dictando una ley según la cual son intervenidos los sindicatos que no se afilien a la central en un plazo de diez días. Puede resultar que la ley sea efectiva porque todos los sindicatos rebeldes son intervenidos; pero puede que no por ello se termine la ola de huelgas, y que, por el contrario, los obreros rebeldes arrastren a la propia central. En este ejemplo, la ley habría sido efectiva, pero no eficaz.

La diferencia es importante, porque como lo muestra el ejemplo, la efectividad puede ser signo de hegemonía en el *PEH* —el grupo en el poder hegemoniza el aparato de represión (“intervención”)—, mientras que la ineficacia puede ser signo de crisis de hegemonía en el *PCH*; en este ejemplo, en la hegemonía sobre el movimiento obrero.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Véase Antoine Jeammaud, “En torno al problema de la efectividad del derecho” en *Crítica Jurídica* n. 1, pp. 5 y ss.

<sup>22</sup> A título de confirmación de la pertinencia de esta búsqueda de contenido de la *sociología jurídica* en el pensamiento de Gramsci, valga lo siguiente: para ejemplificar sobre la diferencia entre *efectividad* y *eficacia*, Juan-Ramón Capella recurre a una noticia proporcionada por Gramsci en la página 22 de *Los intelec-*

En Kelsen, por su parte, hay dos conceptos de eficacia: a) las normas son eficaces cuando se cumplen en un cierto grado; b) un sistema es válido cuando sus normas son eficaces.<sup>23</sup> El primer concepto coincide con el de *efectividad*. El segundo, más que coincidir con el concepto de *eficacia* —que puede referirse a una sola norma—, se refiere al problema, que hemos examinado, de la norma fundamental: si alguien consigue hacer efectivas —“eficaces”— las normas que dicta, entonces mantiene hegemonía. Pero esto precisamente muestra la relatividad del concepto de hegemonía. Puede suceder que el sistema jurídico sea eficaz, o sea que el grupo en el poder mantenga hegemonía en general, puesto que sus normas son efectivas en gran medida, pero puede que al mismo tiempo haya amplios sectores en que la hegemonía haga crisis. En el ejemplo de la ley de intervención de sindicatos, se muestra que, siendo esta ley y muchas otras *efectivas*, hay eficacia general del sistema jurídico y hegemonía también “general”, pero una fuerte crisis de hegemonía en el movimiento obrero.

Más aún: en este ejemplo, lo que ha sucedido es que las normas son *efectivas*, incluso porque ahora tal vez los obreros rebeldes se han incorporado a la central para evitar la represión, pero resulta que, en perfecta armonía con una legislación pensada para una central hegemonizada por el gobierno, ahora son los rebeldes los que hegemonizan el movimiento obrero. Habría aquí un caso, muy común por lo demás, en que siendo efectiva la ley, puesto que ahora actúan los obreros conforme con ella, tal efectividad revela una crisis de hegemonía, situación que se mantendrá mientras el grupo en el poder no consiga producir otra legislación, y, además, consiga para ésta una efectividad que vuelva a ser signo de una hegemonía recobrada.

Como se ve, los problemas que para el estudio de la hegemonía aparecen con los conceptos de *eficacia* y *efectividad*, enriquecen, al relativizarlo, el concepto gramsciano.

*tuales y la organización de la cultura*, ed. cit., César se propuso afinar en Roma a médicos y maestros en las artes liberales, para los cual les otorgó la ciudadanía romana. Y comenta Capella que la efectividad de esta norma habría consistido en que los magistrados realmente consideraran a estos intelectuales como ciudadanos, mientras que la eficacia habría consistido en el hecho de que verdaderamente se constituyera esa capa de intelectuales que César quería crear.

<sup>23</sup> TPD., p. 224: “Un orden jurídico es considerado válido cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente acatadas y aplicadas”. Y justamente antes: “... el orden jurídico no pierde su validez porque una norma jurídica aislada pierda su validez, es decir, porque no sea aplicada...”. O sea que sólo la pierde si *en general* sus normas no se aplican. Hay, por tanto, eficacia de normas y eficacia de sistema jurídico.

### c) Administración y judicatura

Quienes “aplican” las normas son tanto los órganos que pertenecen al poder ejecutivo, como los jueces que dependen del poder judicial. El estudio de la hegemonía tiene aquí también sus problemas que relativizan el concepto. Kelsen ha destacado que ambos tipos de órganos aplican derecho. Pero también ha señalado los problemas de la apelación y la *cosa juzgada*. Según la propia legislación producida por el grupo en el poder, en nuestro sistema toda aplicación de normas producida por un órgano del poder ejecutivo, puede ser cuestionada ante el poder judicial. Esto pondría a éste por encima de aquél, y la única manera en que el grupo en el poder puede evitar la des-legitimización de sus actos administrativos, consiste en mantener, como hemos visto, su hegemonía entre los jueces, sobre todo los supremos.

Vale la pena notar que, contrariamente a lo que suelen pensar los sociopolitólogos, es más hegemónico el grupo en el poder que obedece a la suprema corte, que aquél que no lo hace. Como los sociopolitólogos sólo ven la hegemonía como poder de hecho, en última instancia como “dirección” apoyada en la fuerza, piensan que el poder judicial es un elemento menor del engranaje. Esta es una apreciación desafortunada. Debería bastar esta pregunta para demostrarlo: ¿cuál grupo en el poder es más hegemónico? ¿El de los Estados Unidos que, una vez designados los ministros de la corte, respeta la independencia del tribunal supremo, o el de nuestros países que acostumbran pisotearla? Lo que sucede, en el fondo, es que quien consigue la efectividad del derecho que dicta, mantiene la hegemonía. Y esto incluye la efectividad de las normas, que hacen del poder judicial un control del poder ejecutivo. Este es el grado más amplio de la hegemonía. La cuestión está en hegemonizar *todos* los sectores del aparato estatal, jueces incluidos.

El análisis de Kelsen sobre la *cosa juzgada*, muestra que el PEH es de tal manera complicado, que ni siquiera puede imaginarse como una cascada que siempre “baja” en la escalera de órganos del estado. Porque luego resulta que “sube” hacia los funcionarios y jueces que revisan la aplicación de las normas. En definitiva, toda aplicación de norma que es contestada, y “subida” hasta la suprema corte, constituye un fenómeno de reconocimiento de normas. En efecto, cuando la suprema corte acepta una apelación, puesto que se trata de un acto de *creación de derecho*, como toda aplicación de normas, lo que hace es, en primer lugar, decir que los inferiores no han reconocido la norma, y en segundo lugar reconocer “correctamente” la norma establecida por el grupo en

el poder. El análisis de la *interpretación del derecho* muestra esto con más claridad.

#### d) La interpretación del derecho

Existen diversas y algunas muy complicadas teorías acerca de la *interpretación de la ley*. Pero de cualquier modo que sea definido este proceso, no puede consistir en la "lectura" que de una norma hace el órgano del estado que se apresta a producir una orden o norma.<sup>24</sup> Kelsen ha señalado reitradamente el carácter *político* del acto de interpretar:

...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación... (TPD. p. 351).

#### Puesto que

...hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. (TPD., p. 350).

Esto significa que no hay ciencia jurídica alguna que pueda justificar una y no otra interpretación de una norma.

Es un esfuerzo inútil pretender fundar "jurídicamente" una de esas posibilidades con exclusión de las otras. (TPD., p. 353).

Adviértase que en toda sociedad que se conozca, la actividad de los órganos del estado consiste siempre en una actividad que es "conforme a derecho", puesto que el órgano actúa conforme a *su* interpretación de las normas que dice "cumplir". Aún en las sociedades más primarias, sin normas escritas, los funcionarios de la comunidad son los "portavoces" del *nomos* de las tribus. Dicen lo bueno y lo malo, el castigo y la recompensa, siempre conforme a normas que, muchas veces, sólo ellos conocen. Esto quiere decir que la hegemonía consiste siempre en un *proceso* —de allí "PEH"— "jurídico", es decir, de producción-

<sup>24</sup> "La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior". (TPD. p. 349). Es en el paso de una grada a otra donde aparece claramente el hecho de que la interpretación es *creación* de derecho. Y aun cuando haya inferencia lógica entre una norma superior y otra inferior, resulta que no hay la nueva norma sino a merced de un acto de voluntad política que la haga existir.

cumplimiento de normas. Ahora bien, si este proceso, que implica la *interpretación* del derecho, ha de ser hegemonizado por “alguien”, este “alguien” —grupo en el poder— precisa asegurarse de que todos los actos de interpretación lo sean en el sentido que le conviene. Esto, en el mundo moderno, se produce en la facultad de jurisprudencia: es la ciencia del derecho que allí se enseña lo que garantiza al grupo en el poder que la interpretación jurídica lo será en el sentido deseado por quien conduce el *PEH*. Por eso es que ningún grupo en el poder se preocupa mucho de lo que pasa en las facultades de sociología o ciencias políticas; lo que digan los sociopolitólogos no le quita el sueño a nadie. Y es por eso que el único Kelsen potable para la facultad de derecho es el fundador de la ciencia “pura”, cuyo mejoramiento paulatino nos traerá la justicia y la paz en la medida en que la interpretación del derecho sea cada vez más correcta.

*La lógica.* Y ahora, la lógica ingresa en el *PEH*. Los juristas lógicos pretenden hacernos creer que existe una lógica de las normas, según la cual una norma inferior es una deducción lógica respecto de una superior: las computadoras dirán que es lo justo, eso sí, sin equivocarse.

Kelsen se jugó su prestigio de fundador de una ciencia que a eso parecía apuntar, al formalismo lógico, para recaer en la clasicidad: el derecho no tiene otro fundamento que la fuerza (la hegemonía, digamos para matizar). La lógica se aplica a actos de pensamiento, sin duda; “pero las normas jurídicas no son el sentido de actos de pensamiento sino de actos de voluntad” (*TGN*, p. 313 c. 58, XX). De allí que, si bien una influencia en algún sentido “lógica”, puede indicar que ésta y no otra es la interpretación debida.

...si por cualquier razón, el reconocimiento de la validez de la norma general relacionado con el caso y consecuentemente la fijación de una norma individual a ella correspondiente no se efectúa en un acto de voluntad de los individuos indicados, esa norma individual no entra en validez, y no puede ser validada por la operación lógica de pensamiento de una conclusión. (*TGN.*, p. 302, c. 50, XIV).

Es decir: la lógica, como todas las demás formas científicas del pensamiento jurídico, no es otra cosa que un engranaje más del *PEH*, que actúa sobre la conciencia de los órganos encargados de aplicar la ley, ahora proponiendo, no sólo interpretaciones “correctas”, sino, además, con el aval nada menos que de la matemática y la electrónica. Se com-

rende que a los apologetas del derecho este Kelsen les parezca un octogenario decimonónico. . .

El *PEH* consiste, según hemos visto, en la cadena de hechos que va desde la toma de decisiones generales, hasta el cumplimiento final de las conductas individuales que, en conjunto, muestran —o no—, la hegemonía de un grupo en el poder. Cada uno de estos eslabones de la cadena, constituyen un fenómeno de eficacia —o no— de normas. Que es lo que queríamos mostrar: la complementariedad de las ideas de Gramsci y Kelsen para la práctica de una *sociología jurídica* dedicada al estudio de la eficacia como signo de la hegemonía.

### X. EL PROCESO CIVIL DE HEGEMONÍA (PCH)

El proceso en virtud del cual el grupo en el poder mantiene y recrea su hegemonía respecto de los individuos que no forman parte del grupo de individuos que pueden identificarse como “órganos del Estado”, es aún mucho más complicado y sutil.

Este proceso, cumplido por ciudadanos comunes, es decir, por individuos que no son órganos del Estado, es un proceso compuesto por conductas de las que puede decirse que constituyen cumplimiento u obediencia de normas. Aquí “obediencia” en un sentido lato, porque el ejercicio de derechos subjetivos también debe computarse como tal. Esto pone el arduo problema de saber si, en el mundo moderno, existen conductas que no estén relacionados con el derecho. La respuesta es que hay tales conductas, puesto que el mundo moderno, entre otras cosas, se caracteriza por la juridización total de la vida humana. Es decir, por el control total de las posibilidades vitales de los hombres. Si esta afirmación resulta discutible, de cualquier manera será difícil encontrar conductas que no pudiendo ser relacionadas con alguna norma, además resulten interesantes para el estudio de los fenómenos políticos.

Se plantea entonces el problema de saber cómo ha de diferenciarse las conductas objeto de la *sociología jurídica* de las conductas objeto de otras ciencias humanas. La respuesta no puede ser sino que nuestra ciencia tiene por objeto conductas humanas puestas en relación con normas jurídicas. Cualquier conducta que pueda referirse a una norma es objeto pertinente de la *sociología jurídica*.

La *sociología jurídica* por tanto, interesada en el estudio de la hegemonía de un grupo en el poder, tiene ante sí un campo incomensurable para su desarrollo, lo que de por sí constituye ya la primera dificultad para el

investigador: la elección del tipo de conductas que ofrecerán mejores posibilidades de proporcionar información sobre la hegemonía del grupo en el poder.

El *PCH* es, como decimos, mucho más difícil de cumplir y organizar. La primera dificultad consiste en que respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder no cuenta con la amenaza con que cuenta respecto de los funcionarios: la pérdida del trabajo. El funcionario se reproduce a sí mismo y a su familia, a través de la venta de su fuerza de trabajo, es decir, por la percepción de un salario; (pequeño o grande, según la jerarquía, no interesa; lo cierto es que la pérdida del salario es una amenaza directa contra el funcionario, que no existe respecto del ciudadano). Esto quiere decir que el *PCH* debe fincarse en un asentimiento aún mayor que en el caso del *PEH*. Por ello resulta más complicado y por ello debe ser mucho más sutil.

### 1) *La educación en "lo debido"*

Respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder debe asentar su hegemonía en una educación generalizada que convenza de que lo debido jurídicamente es debido moralmente. Dicho de otro modo, una educación que consista en hacer de la obediencia de la ley una virtud moral.

Lo debido jurídicamente, es "debido" en el sentido de que, en caso de producirse una conducta contraria, existe la posibilidad, cierta, como dice Weber, de que se aplicará una sanción. Es decir, la amenaza debe ser cierta y aparecer como muy probable o casi segura. Pero además, el *PCH* implica que los ciudadanos hayan sido educados en la creencia de que es "bueno" cumplir la ley. Esto resulta cierto también respecto de los funcionarios, claro. Un "buen" *PEH* supone que exista la "moral del funcionario público", de modo que el individuo que actúa como órgano del estado esté convencido de que debe obrar según lo establece la ley. Pero también es posible un *PEH* en que la corrupción de los funcionarios constituya una forma de hegemonía. En cambio respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder precisa que éstos cumplan la ley lo más voluntariamente posible. Una educación "cívica" es lo que lo garantiza.

La razón por la cual los ciudadanos consideran que es "bueno" cumplir con las leyes, es un proceso individual que seguramente debe ser explicado por la *psicología*. Lo cierto es que, en toda sociedad conocida, la construcción de una ética que conduce a la obediencia de la ley, sucede en el mundo simbólico. En el mundo moderno, se trata de los

símbolos patrios, de los héroes imitables, de los temores suscitados por las ceremonias hieráticas, de los deseos reprimidos.

De lo que se trata es de educar en el reconocimiento de la palabra autorizada, pero, a diferencia de lo que sucede en el *PEH*, aquí el superior explícito es reemplazado por la "autoridad" no siempre reconocible inmediatamente. En el *PCH* no aparece la *orden* expresa, salvo en casos excepcionales, como en el caso de la función delegada, que veremos enseguida. Cuando los ciudadanos cumplen las normas del código civil, generalmente sin jamás haberlas leído, no lo hacen en cumplimiento de ninguna orden, sino en cumplimiento de pulsiones aprendidas; cuando cumplimos "a conciencia" con nuestro trabajo, o cuando nos sentimos culpables por no hacerlo, somos objeto de un *PCH* que no es evidente. Y precisamente por no serlo, su estudio es mucho más difícil que el estudio del *PEH*.

Por ello la tarea de una *sociología jurídica* dedicada a estudiar la hegemonía de un grupo en el poder sobre la ciudadanía, tiene por delante un trabajo que no tiene nada de sencillo. En efecto, el grado de hegemonía no será el mismo si la obediencia se produce por conocimiento expreso de la ley, por tanto por temor, que si se produce por razones morales. Ni deberá ser igualmente considerada la obediencia a todas las normas.

...hay que distinguir entre ideologías históricamente orgánicas, que son necesarias para una cierta estructura, e ideologías arbitrarias, racionalistas, "queridas". En cuanto históricamente necesarias, tienen una validez que es validez "psicológica": organizan las masas humanas, forman el terreno en el cual los hombres se mueven, adquieren consciencia de su posición, luchan, etcétera. (*Antol.* p. 364).

Existen normas "históricamente orgánicas" respecto de la sociedad capitalista, como los contratos del código civil o del derecho laboral. Pero las normas "coyunturales" de un plan económico contra la inflación, son "ideologías arbitrarias" cuya eficacia requiere de un grado de hegemonía mucho mayor. Por lo tanto, el sociólogo debe considerarlas de manera diferenciada respecto de las otras. La efectividad de las normas sobre el derecho de huelga puede significar un grado de hegemonía sobre los obreros mucho menor que la eficacia sobre sindicalización a una central determinada con preferencia a otra. Se trata de problemas específicos que debe resolver el investigador, y para los cuales sin duda las sugerencias de Gramsci sobre la construcción de la

hegemonía son las apropiadas. Después de todo, gran parte de los esfuerzos de Gramsci están destinados a explicar de qué modo se construye la ideología que favorece la permanencia de un grupo en el poder (y a cómo combatirla, por supuesto, con la construcción de una ideología contrahegemónica).

## 2) *La delegación de funciones*

Pero no solamente la educación proporciona al grupo en el poder unos ciudadanos obedientes. También proporciona ciudadanos que se comportan como órganos del estado por delegación de funciones, como en el caso de los padres que son autorizados por el derecho a corregir moderadamente a sus hijos. Se trata del típico caso de delegación de funciones jurídicas, es decir represivas, en ciudadanos comunes. Pero no es el único caso ni el más importante si tenemos en cuenta que los capataces, sin ser funcionarios públicos, cumplen funciones delegadas de represión que constituyen formas imprescindibles de control en el mundo moderno (quisiera poder decir “capitalista”).

Siendo esto así, la *sociología jurídica* puede encontrarse también en el *PCH* con conductas que, siendo cumplimiento de normas —o ejercicio de derechos— son al mismo tiempo producción de otras normas, como es el caso de las órdenes dictadas por los capataces. Del mismo modo deben considerarse las conductas con las cuales, ejerciendo el derecho de contratar, se formulan nuevas normas que pueden o no ser efectivas.

Para finalizar con esto, cabe decir que la actividad de los ciudadanos puede ser estudiada con mayor provecho, en el marco de un análisis del concepto de estado en Kelsen. Me propongo la comparación entre éste y las ideas marxistas, en un próximo trabajo.

Habíamos comenzado este ensayo comentando un texto de Kelsen sobre la eficacia de las normas como virtud de un gobierno que consigue hacerse obedecer, y respecto del cual cabe hacer la hipótesis sociológica de que seguirá siendo obedecido si introduce nuevas normas en el sistema jurídico. Lo que queríamos averiguar es si existe un paralelo entre estas ideas de Kelsen y las de Gramsci. Creo que, con beneficio para la *sociología jurídica*, puede decirse que los textos kelsenianos fundan esta ciencia mientras que del pensamiento de Gramsci podemos obtener lo necesario para una práctica científica del mayor interés para las tareas democráticas en América Latina.