DOI: https://doi.org/10.32399/ICSYH.bvbuap.2954-4300.2025.7.13.858 · pp. 125–144

BAJO EL VOLCÁN. REVISTA DEL POSGRADO DE SOCIOLOGÍA. BUAP
Año 7, Número 13, noviembre de 2025 - abril de 2026.

Pashukanis en el Edén de los derechos humanos[1]

Pashukanis in the garden of human rights

Marcus Orione
Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Paulo (USP), Brasil
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8470-5224
marcusorione@uol.com.br

RESUMEN

Este artículo aborda la universalización de la razón, a partir de algunos de los principales pensadores burgueses, como elemento indisociable de la universalización del sujeto de derecho. Partiendo de esta premisa, el objetivo principal es verificar la posibilidad de extender la crítica de Pashukanis a Hans Kelsen al pospositivismo de Robert Alexy, que contiene uno de los instrumentos más importantes para la aplicación judicial de los derechos humanos.

Se realiza un análisis basado en elementos típicos del positivismo en general y, posteriormente, del positivismo jurídico. El proceso de empobrecimiento de la razón se verifica en los diversos enfoques metodológicos supuestamente positivistas. Este proceso se considera cuidadosamente para comprender que la lógica predominante de los derechos humanos dialoga con dichos marcos. Incluso el análisis pospositivista, basado en una de las corrientes más significativas en la actualidad, derivada de las enseñanzas de Robert Alexy, no sería suficiente para enriquecer el camino de la razón. Por lo tanto, la contribución de Pashukanis a Hans Kelsen puede, con cierto refinamiento, aplicarse también a la lógica actual de los derechos humanos.

Palabras clave: Razón, Sujeto, Pashukanis, Positivismo, Derechos Humanos.

[1] Traducción a cargo de Bárbara Leite Pereira.

CC BY NC SA

Recibido: 18/08/2025 · Aceptado: 06/09/2025

Abstract

This article deals with the universalization of reason, based on some of the main bourgeois thinkers, as an inseparable element of the universalization of the juridical subject. Starting from this premise, the main purpose is to verify the possibility of extending the criticism made by Pashukanis to Hans Kelsen to the post-positivism of Robert Alexy, Which contains one of the most important instruments for the judicial application of human rights.

The analysis is conducted based on elements typical of positivism in general and, after, of legal positivism. The process of impoverishment of reason is verified in a wide variety of proven positivist methodological approaches. This process is carefully studied to understand how the prevailing logic of human rights dialogues with these frameworks. A post-positivist analysis, based on one of the most relevant approaches today, based on Robert Alexy, would not be sufficient to enrich the path of reason. Hence, Pashukanis's interpretation of Hans Kelsen can, with some refinement, also be applied to the current logic of human rights.

Keywords: Reason, Subject, Pashukanis, Positivism, Human Rights.

1. Breves consideraciones sobre el proceso de empobrecimiento de la teoría burguesa de la razón

Haremos aquí una breve incursión en el camino de la razón burguesa, en la medida en que se trata de un tema importante que se puede extraer de la obra de E. Pashukanis: la universalización del sujeto de derecho.

Es interesante observar, desde el principio, que el carácter dogmático de la metafísica formal presente en el pensamiento de Kant, reconocido como uno de los teóricos fundamentales de la teoría burguesa de la razón, también se encuentra en el positivismo en general y en el positivismo jurídico en particular.

Sin embargo, aun así, nuestra tesis es que la concepción kantiana de la razón sufre corrupciones en el curso de la filosofía burguesa, lo que da lugar a una reducción del propio concepto de razón en sí mismo.

Por lo tanto, incluso la ley moral kantiana verá disminuidas sus pretensiones, al ser corrompida a partir de obras de positivistas como Comte, por ejemplo, lo que, en nuestra opinión, es fundamental para comprender la lógica que informa el positivismo y el pospositivismo jurídicos.

Esta disminución de las pretensiones teóricas burguesas de la razón se debe esencialmente a que se ha producido un cambio estratégico en su papel para los fines deseados por el capitalismo. Las leyes morales, que sirven de parámetro para entender la razón humana, si se persiguieran totalmente como objetivo para cada ser humano, harían inviable la lógica de la acumulación de capital. Cada hombre como legislador universal de leyes como no mentir, por ejemplo, llevaría, al menos en el plano ideal, a la consolidación de un concepto de humano completamente imposible de satisfacer plenamente las necesidades del capital. En este sentido, la lógica de la acumulación de capital, en la búsqueda constante de la extracción de plusvalor, a menudo requiere la ruptura del pacto de confianza, lo que conduce a una revisión constante, en el positivismo jurídico, de conceptos como los de derecho adquirido o de cosa juzgada. Si el capitalismo necesita una traición sistémica reiterada, ¿cómo se puede pedir, entonces, a todos y todas que persigan el ideal diametralmente opuesto?

La trayectoria del empobrecimiento de la razón como dato de construcción teórica, además del hecho anterior, puede demostrarse por su posición dogmática asumida en autores como Comte y Hans Kelsen, contra quienes se posicionó Pashukanis, como veremos a continuación. Gran parte de esta crítica dirigida a Kelsen puede, de alguna manera, destinarse a Kant, aunque su teoría sea mucho más sofisticada que la del primero (que pretende buscar algunos fundamentos de su teoría pura precisamente en supuestos kantianos).

Sin embargo, creemos que hay otro elemento, íntimamente relacionado con el anterior, que es la llegada de teorías como el positivismo de Augusto Comte. En ellas, la razón dogmática sirve, en el plano teórico, para sustituir el mecanismo de la razón expuesto por Kant. Es como si hubiera realmente un empobrecimiento de las pretensiones teóricas de la razón, que pasa a acomodarse al hecho de que algunos grandes pensadores de la humanidad ya han esta-

blecido cuáles serían los fines pretendidos por el acto racional, sin que tenga sentido que cada hombre lo haga en un camino individual y arduo, al menos en el plano teórico del concepto. Así, cuestiones como la igualdad y la libertad habrían sido examinadas anteriormente por grandes pensadores, que ya habrían pronunciado sus leyes generales, contra las cuales no vale la pena insistir. Tal dogmatismo acentúa aún más el papel formal del sujeto, que acaba cediendo a lo que ya se tiene como obra definitiva de la razón, en la medida en que algunas luminarias del pensamiento occidental ya habrían construido la obra de distinguir lo racional de lo irracional.

En el positivista Augusto Comte, esto queda muy claro: la razón humana experimentó, con él, un grado de dogmatismo nunca antes visto, que redujo su alcance inicial. En primer lugar, por las tensiones del propio desarrollo de la democracia burguesa. A lo largo del siglo XIX, cuando surge el positivismo, la revolución burguesa ya experimenta el paso del acto revolucionario que la llevó al poder a la vida cotidiana de las personas, revelando sus insuficiencias en la consecución de la igualdad, la libertad y la fraternidad prometidas. Por lo tanto, el empobrecimiento de las pretensiones filosóficas corresponde, en nuestra opinión, al fracaso ya sentido de las promesas de la revolución burguesa. La enseñanza sobre la razón pasa a prometer menos de lo que prometieron al mundo los pensamientos de Kant y Hegel, por ejemplo. Así, incluso cuando se trata de construcciones teóricas, estas no pueden permanecer ajenas al mundo. Es decir, la propia razón prometida por esos filósofos burgueses pasa a contemplar su dimensión real en el mundo, en vista de su experiencia en la vida cotidiana de las personas. Lo ordinario pasa a reducir las pretensiones filosóficas.

En cuanto al papel de la razón en el positivismo, véase el propio Comte, al describir de forma evolutiva los tres estadios vividos por la humanidad, en su *Curso de filosofía positiva*:

> En el estadio teológico, el espíritu humano, dirigiendo esencialmente sus investigaciones hacia la naturaleza íntima de los seres, las causas primeras y finales de todos los efectos que

> lo afectan, en una palabra, hacia los conocimientos absolutos, presenta los fenómenos como producidos por la acción directa y continua de agentes sobrenaturales más o menos numerosos, cuya intervención arbitraria explica todas las anomalías aparentes del universo. En el estadio metafísico, que en el fondo no es más que una simple modificación general del primero, los agentes sobrenaturales son sustituidos por fuerzas abstractas, verdaderas entidades (abstracciones personificadas) inherentes a los diversos seres del mundo, y concebidas como capaces de engendrar por sí mismas todos los fenómenos observados, cuya explicación consiste, entonces, en determinar para cada uno una entidad correspondiente. Finalmente, en el estado positivo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo, a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para preocuparse únicamente en descubrir, gracias al uso bien combinado del razonamiento y la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y similitud. La explicación de los hechos, reducida entonces a sus términos reales, se resume a partir de ahora en la conexión establecida entre los diversos fenómenos particulares y algunos hechos generales, cuyo número tiende a disminuir cada vez más con el progreso de la ciencia (Comte, 1983: 4).

Con el tiempo, esta explicación de los hechos tiende a reducirse, a medida que avanza la ciencia. Y esto se debe a un conjunto de pensadores que realizan este trabajo. Ahora bien, es triste, pero comprensible, la reducción de la razón a un camino ya recorrido por grandes pensadores. La síntesis de sus pensamientos, considerando que la ciencia siempre progresa, es lo que daría sentido a lo que se considera racional e irracional. Algunos ajustes son posibles con el progreso de la ciencia, pero lo esencial ya estaría presente en el momento más desarrollado vivido por la humanidad.

El concepto de razón, como conductor de la ley moral que todos los hombres deben perseguir en su construcción, se corrompe en Comte y pasa a ser obra de unos pocos hombres, a los que los

demás deben seguir. La razón de una élite del pensamiento, que debe ser seguida por todos los demás. Una reducción de las pretensiones kantianas, comprensible por la necesidad de mantener los ideales de un proceso revolucionario que, en pocos años de existencia, comenzaba a agotar su potencial.

2. Un paso más en el empobrecimiento de la teoría burguesa de la razón: la teoría pura de Hans Kelsen

La universalización del sujeto, o de la razón humana a partir de sus leyes morales, si se prefiere, es un elemento importante para comprender la figura del sujeto de derecho. A su vez, será indispensable para la construcción de la teoría pura kelseniana, que, como se verá, representa otro empobrecimiento del recorrido teórico de la razón.

La teoría pura ya se inscribe en el plano "científico" de pretensiones más modestas para el ejercicio de la racionalidad, lo que conduce al marcado carácter dogmático que se le atribuye. Por cierto, y volviendo a la observación anterior, no podría ser de otra manera, en la medida en que el carácter representativo de la razón humana no podría conducir a caminos distintos.

En relación con este carácter dogmático de la obra de Kelsen, también hay que destacar su carácter místico, que se sintetiza en la propia adoración envuelta en un lenguaje que revela en gran medida ese misticismo (dogmática jurídica, doctrina civilista, etc.). El carácter transhistórico que recorre la norma es un elemento constitutivo de la perpetuación del propio capitalismo y esto es denunciado por Pashukanis cuando el autor sitúa el derecho como una ramificación de las formas específicas del capitalismo.

Preocupado por la contaminación a la que estaba expuesto el derecho como consecuencia del contacto, en especial, con la política, Kelsen es categórico ya al comienzo del prefacio de la primera edición de su obra *Teoría pura del derecho*, escrita en mayo de 1934:

> Hace más de dos décadas que me propuse desarrollar una teoría jurídica pura, es decir, purificada de toda ideología política y de todos los elementos de la ciencia natural, una teoría jurídica consciente de su especificidad (...) Era importante explicar, no sus tendencias dirigidas a la formación del derecho, sino sus tendencias dirigidas exclusivamente al conocimiento del derecho, y acercar lo más posible sus resultados al ideal de toda ciencia: la objetividad y la exactitud (Kelsen, 2000, párr. 1).

Este compromiso con la pureza, además de reforzar el carácter dogmático del derecho, conlleva la propia elección conservadora de la burguesía. El positivismo jurídico, por lo tanto, debe considerarse siempre a la luz de su naturaleza antirrevolucionaria. Detrás de la neutralidad ya se reafirma que hay que preservar las elecciones "democráticas" de la democracia representativa burguesa, sintetizadas en sus normas jurídicas.

De todo lo dicho se desprende que, a partir del propio Kant, se produce una disminución del ejercicio de la razón: la norma hipotética fundamental defendida por Hans Kelsen como núcleo de su construcción es, en nuestra opinión, una reducción insoportable de los imperativos categóricos e hipotéticos kantianos. Esto siempre será importante para el análisis que haremos a la luz de Pashukanis.

3. Un paso importante para el tema del empobrecimiento teórico-burgués de la razón: la escuela pospositivista de Robert Alexy como instrumentalización de los derechos humanos[2]

Tras estas digresiones iniciales sobre el positivismo jurídico en general y su relación con el dogmatismo de la razón, partiendo

[2] En Derecho, hay una distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, pero, para los fines que nos ocupan aquí, nos parece poco importante.

de su relación con la metafísica formal kantiana, nos queda por investigar una de las escuelas más influyentes del pospositivismo en la actualidad. Se trata de una tarea fundamental, ya que, en la actualidad, ha sido la base para los ejercicios de ponderación, en el ámbito judicial, en el área de los derechos humanos.

No es raro encontrar autores de derechos humanos que utilizan la ya manida máxima extraída de la obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de Kant, según la cual el hombre nunca debe ser percibido como un medio, sino que siempre constituye un fin en sí mismo. Y esto será importante, como veremos.

En primer lugar, hay que señalar que las teorías que concretan el pospositivismo jurídico son diversas. Sin embargo, cabe señalar que las más destacadas pasan por un análisis del ordenamiento jurídico con un interés redoblado por los principios. Además, se centran en la posibilidad de que principios diversos entren en conflicto, observada la situación concreta. En este ámbito, cabe destacar la posición especial de Robert Alexy. Aquí debemos revisar lo que distingue los principios de las reglas y cómo se produce la comparación entre ambos en casos de situaciones de conflicto.

Se estableció que, en la regla, el derecho enunciado por ella sería inmediatamente imperativo y debería "aplicarse en su totalidad" cuando se aplica al caso concreto (Virgílio Afonso, 2009: 45). Esto significa que una norma contendría un contenido normativo que, una vez dispuesto, no podría ser, en el caso concreto al que se somete a subsunción, invalidado de forma inmediata por otras. En caso de conflicto entre normas, una de ellas solo podría ser sustituida por otra en caso de su derogación. La incompatibilidad visible entre dos normas con significados totalmente opuestos nos remitiría a la imposibilidad de su coexistencia armónica. Las normas se someterían, en su contraposición, a la lógica del "todo o nada".

Sin embargo, existe otra posibilidad de conflicto de la norma que no se deriva de su derogación, sino de la preservación de su existencia en armonía con otros postulados constitucionales que la desafían. En este caso, no se trata de que sea declarada inconstitucional, sino de que se adapte a los hechos jurídicos que

se producen y que exigen su acomodación a la unidad de la Constitución. Es decir, en el ejercicio de la interpretación conforme a la Constitución, la situación puede exigirnos que descifremos la norma a la luz de nuevas excepciones permitidas en el análisis del enfrentamiento entre los principios constitucionales de los que surge la norma y otros con los que entra en colisión. Solo si se somete a tal ejercicio, el resultado de su aplicación al caso concreto preservaría la unidad de la Constitución, postulado mayor del ejercicio de la interpretación constitucional (Britto, 2003: 169-170). Solo así es posible entender lo que Konrad Hesse denomina fuerza normativa de la Constitución (Hesse, 1991).

En realidad, no se puede concebir una norma, especialmente de carácter infraconstitucional, como algo que existe de forma altiva y soberana, como si fuera ella misma la única referencia posible. En fin, como si fuera la última y definitiva frontera que debe desvelar el intérprete. Es un hecho que, en el choque directo entre normas, es posible la revocación de una por otra. Sin embargo, eso no es lo que la define en oposición al principio, que lleva en sí mismo el elemento más importante para indicar sus diferencias: el principio constituye un mandato de optimización que no se encuentra presente en la regla. A este respecto, véase Robert Alexy (2008), quien destaca que "el ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y las reglas en conflicto" (90).

Los principios, al ser mandamientos de optimización, deben guiar la confrontación entre las normas, tanto como forma de interpretación como de integración del derecho, que no puede concebirse en una dinámica insular: no nos encontramos ante varias islas que existen de forma desconectada. La norma no debe concebirse de forma aislada, sino insertada en el contexto de principios que, no pocas veces, entran en conflicto entre sí. Por lo tanto, también hay que abandonar la lógica de la perentoriedad de las normas (que sólo existiría cuando entraran en conflicto directo entre sí en caso de cualquier forma de revocación) y someterlas, no directamente, sino a través de los principios de los que surgen, al ejercicio de la ponderación. Si los conflictos entre normas se dan

en el plano de la validez, los que se dan entre principios se dan en el plano del peso que se les atribuye en el caso concreto (Robert Alexy, 2008: 94). Aquí la ponderación es una condición inherente al acto de interpretar, ya que: "Teniendo en cuenta el caso concreto, el establecimiento de relaciones de precedencia consiste en fijar las condiciones en las que un principio tiene precedencia sobre otro. En otras condiciones, es posible que la cuestión de la precedencia se resuelva de manera contraria" (Robert Alexy, 2008: 96).

Todo esto para decir que la regla no tiene carácter absoluto y, una vez que no ha sido derogada por otra regla, debe someterse a la comparación de los principios de los que surge en caso de confrontación con principios distintos que le son contrarios en el caso concreto. Cuando nos preguntamos por su aplicación a una situación concreta, no nos encontramos ante una hipótesis de derogación, ya que no nos enfrentamos a una comparación de normas conflictivas. Lo que nos preguntamos es, ante su carácter no absoluto, cómo realizar su análisis frente a principios constitucionales que se oponen a otros que le informan, ya que, como no es posible sopesar normas y principios, esto debe, como defiende Alexy, "ocurrir entre el principio en conflicto y el principio en el que se basa la norma" (Silva, 2009: 52).

La cuestión que planteamos anteriormente es muy común cuando el Poder Judicial se enfrenta a cuestiones relacionadas con los derechos humanos. En este sentido, es frecuente la dinámica de principios que compiten entre sí en casos concretos, como, por ejemplo, la protección contra actos discriminatorios en la contratación frente a la autonomía privada de las empresas en la elección de su personal, la libertad de información de un determinado medio de comunicación frente al derecho a la intimidad de la persona sobre la que se informa, la libertad religiosa frente a los derechos reproductivos, etc.

Obsérvese que el ejercicio de ponderación realizado por cierto tipo de pospositivismo responde a la necesidad de una mayor flexibilización del contenido normativo como respuesta a la organización flexible de la compraventa de la fuerza de trabajo. Es decir, mientras que Kelsen, con quien Pashukanis dialogó, se encontra-

ba inmerso en una realidad limitada a una incipiente organización rígida de la compra y venta de la fuerza de trabajo (lo que hacía suficiente el positivismo jurídico), para cuestiones jurídicas posteriores, especialmente a partir de 1980, el pospositivismo de Alexy es más eficiente. Y esta es hoy la gramática de los derechos humanos por excelencia, potenciada aún más por el carácter programático de muchos de los documentos internacionales que la informan.

Lo curioso de todo esto es constatar que, al apuntar al positivismo (con el que podía dialogar, ya que era su época), Pashukanis también acierta en el pospositivismo.

Veamos.

4. La crítica pashukaniana a Kelsen y su relevancia para una cierta lectura pospositivista aplicable a los derechos humanos

De todo lo expuesto, se percibe desde el principio que el pospositivismo de Alexy no es más que uno de los residuos tóxicos producidos a partir de una corrupción (necesaria para el capital) de la promesa kantiana de la universalización de la razón burguesa.

Así, aunque supuestamente parten de pretensiones kantianas, con promesas de que concretarán su máxima de que "el hombre no es un medio, sino un fin en sí mismo", las teorías pospositivistas traen consigo todas las tensiones típicas del pensamiento burgués.

Al promover la ponderación para la solución del conflicto de principios, teorías como la de Alexy se enredan en una trama negociadora que demuestra su propia fragilidad.

Vean: si un principio, aunque sea en un caso concreto, tiene que hacer que el otro se doblegue, ¿dónde está la razón que persigue Kant? El hombre no tendría nada más seguro que perseguir, en la medida en que no habría una ley moral universal que cumplir. Al no haber leyes universales que cada hombre pueda enunciar, la universalidad estaría asegurada por cada caso singular, resuelto,

aparentemente, de manera no arbitraria por una fuente de autoridad burguesa (en general, el juez). La razón, en sí misma, sufriría una flexibilización, por el hecho de que ese mundo "posmoderno" exigiría flexibilidad según las conveniencias de la situación concreta. En fin, ¿la historia se reduciría a situaciones concretas de tensión, con sus soluciones inmediatas? Sí, sería más eficiente decir que el principio burgués apartado —derivado de la razón— sigue ahí para un uso futuro, habiendo solo cedido el paso en el caso concreto. Ahora bien, la contingencia que determina la ley moral, a partir de una heteronomía, no es ciertamente lo que Kant deseaba, como hemos visto, al elegir los imperativos categóricos. En Kant, no hay inclinaciones o intereses que deban ceder ante la ley moral, so pena de autorizar el uso del hombre por el hombre como un medio.

Se prefiere la razonabilidad a la razón. La razonabilidad se convierte en una razón instrumentalizada, con pretensiones mucho más modestas que la razón kantiana. Si la razón ha sido instrumentalizada, sin embargo, ¿qué hacer con el hombre como fin en sí mismo? El sujeto de derecho en su proceso de universalización se revela como el propio recorrido de la miseria de la razón burguesa.

El fracaso del proyecto de la razón queda al descubierto y lo que supuestamente tiene raíces kantianas no es más que una caricatura, una sombra de la teoría de Kant. Pero, ¿por qué ocurre esto? La respuesta nos parece más sencilla de lo que se imagina. El mundo de las representaciones presentado por Kant, con el desplazamiento de la observación teórica de forma inmediata del objeto al sujeto, tiende a distanciar la relación entre ambos, concibiendo posibilidades de un mundo cada vez más aparente, cada vez menos revelador de su esencia. O, mejor dicho, cada vez menos derivado de la relación objeto en sí y objeto para sí, defendida por Hegel y puesta en otra perspectiva por Marx. El veneno está, por lo tanto, en el propio pensamiento de Kant.

Pero, ¿y si la solución no fuera adoptar la teoría de Alexy, sino la de la otra corriente que defiende que no existe conflicto entre los derechos fundamentales (léase, genéricamente, derechos humanos), debiéndose, en esta aparente contradicción entre ambos, preservar lo que hay de esencial en cada derecho humano en conflicto?

Esta teoría que, en mi opinión, es más honesta con los propósitos kantianos, no logra imponerse en el mundo de las contradicciones del capital, ya que inmovilizaría los derechos fundamentales y sus fundamentos, impidiendo que participaran, ya como mercancías, en el proceso de intercambio. La negociación entre principios no es más que el intercambio promovido entre "dignidades", aunque se diga que la dignidad nunca se pondera, sino que se utiliza como parámetro para dosificar la ponderación. Se dice que el principio que debe preservarse es el que más se aproxima a este elemento de dosificación (la dignidad, que, en apariencia, intenta preservar la noción de dignidad establecida por Kant, pero no lo consigue, en la medida en que el hombre aparecerá, en algún momento, como medio y no como fin en sí mismo). En este momento, es indispensable tener en cuenta dos conceptos kantianos: el reino de los fines y la dignidad.[3] A partir de estos conceptos, se percibe

[3] En cuanto al reino de los fines: "El concepto según el cual todo ser racional debe considerarse legislador universal de todas las máximas de su voluntad para, desde este punto de vista, juzgarse a sí mismo y a sus acciones, conduce a otro concepto muy fructífero que se adhiere a él, que es el de un reino de los fines" (Kant, 2009: 79). "Por lo tanto, todos los seres racionales están sujetos a esta ley que dicta que cada uno de ellos nunca se trata a sí mismo ni a los demás simplemente como medios, sino siempre simultáneamente como fines en sí mismos. Esto, sin embargo, resulta en una conexión sistemática de los seres racionales mediante leyes objetivas comunes, es decir, un reino que, precisamente porque estas leyes conciernen a la relación entre los seres entre sí como fines y medios, puede llamarse un reino de los fines (que en realidad es solo un ideal)" (80). Dado que cada persona debe legislar, enunciando la ley moral, "el deber no pertenece a la cabeza del reino de los fines, sino a cada miembro y a todos por igual" (80). En cuanto a la dignidad: "En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. Cuando una cosa tiene precio, puede ser sustituida por cualquier otra como equivalente; pero cuando algo está por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite un equivalente, entonces [nos encontraríamos ante] la dignidad" (81).

que lo que está presente en la ponderación es la atribución, en el reino de los fines, de un precio desde la perspectiva del intercambio de equivalentes. En la ponderación, nunca está presente la noción de dignidad pretendida por Kant, sino la de precio, que no debería informar al reino de los fines. El hombre aparece como un medio que tiene un precio, lo que conspira contra el ideal del reino de los fines, en el que la dignidad nunca podría aparecer como un modulador de la interpretación, sino que es siempre un fin que hay que alcanzar en cualquier hipótesis. La razón práctica dicta los designios de la razón pura. La experiencia supera lo "a priori" en el ejercicio de la ponderación y corroe el ejercicio metafísico, con el ideal de que cada hombre será capaz, en el reino de los fines, de enunciar la ley moral en la que ningún ser humano será utilizado como medio, siendo siempre un fin en sí mismo, es decir, que todo hombre tiene dignidad y no precio. En fin, el sujeto de derecho, que aparece en Pashukanis, a partir de Marx, en la lógica del intercambio de equivalentes, revelando, una vez más, cómo todo es una cuestión de precio, sin tener nada que ver con la dignidad, este decadente concepto central de la gramática de los derechos humanos.

Pero, continuando: como dijimos anteriormente, aunque se presente como más honesta con el pensamiento kantiano, no hay forma de que sobrevivan teorías como la de la preservación del núcleo del derecho fundamental (aquí interpretado como derechos humanos) en el capitalismo. El ejemplo más evidente de esta afirmación fue la derrota del principio de no retroceso social patrocinado por autores como el famoso constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, autor que ya ni siquiera lo defiende. Según este postulado, no serían posibles los retrocesos en los derechos sociales, ni siquiera los dictados por necesidades económicas. Aunque trata al ser humano como un fin en sí mismo, cuando se confronta con la práctica cotidiana, la teoría muestra el nivel de idealismo y las dificultades que la idealización, con la sustracción de la historia, crea para un análisis materialista. En la práctica, no logra vencer la fuerza de la pretensión de acumulación típica del capital. Sin embargo, aun así, tenemos dudas de que parta de conceptos como

la autonomía, la heteronomía, las inclinaciones, la propia forma en que Kant se esfuerza para que el derecho sea fruto de la razón humana, a partir de la noción de pérdida de cierta libertad para la preservación de la libertad en sí misma.

Retomando: véase, además, que, para cualquier teoría pospositivista, existe un problema mayor derivado de la porción del derecho que se da en la experiencia, es decir, la forma en que el derecho pasó a ser obra más constante de un juez activista, que no basa las raíces de su sentencia en la voluntad general dictada por la elección democrática. Aunque el dato de la experiencia no puede considerarse de forma aislada, en el caso del derecho, Kant lo percibe.

Así, también aquí, cuando se habla de pospositivismo, existe un problema previo. En el derecho, nuestra libertad pasaría a estar restringida por la voluntad de los demás a partir de un acto de elección legislativa que encierra la voluntad general. Esto es aún peor en el caso del Poder Judicial: cuando se lleva a cabo la ponderación, la ley moral kantiana se debilita sensiblemente y se somete, aún más, a subjetivismos en su propia consolidación. No en vano, autores como Dworkin se esfuerzan por preservar la integridad de los principios, en estos casos, mediante ideas como la de la "novela escrita por varias manos" (el derecho como obra colectiva).

En fin, todos intentan salvar algo que se encuentra a la deriva: el derecho como producto de la razón humana (aunque, con el positivismo jurídico, ya estemos lidiando con una razón con pretensiones más modestas, también a la deriva, en la medida en que busca sobrevivir al irracionalismo patrocinado por la lógica de la acumulación de capital).

Es en este contexto en el que nos sentimos cómodos para analizar las premisas de este tipo de pospositivismo, que se trata realmente de la lógica instrumental que sustenta los derechos humanos, a la luz de las consideraciones de Pashukanis.

En primer lugar, está claro que, al tratarse de un pensamiento formulado después de la obra de Pashukanis, el pospositivismo instrumental de Robert Alexy no fue abordado por dicho autor. Sin embargo, lo que traeremos aquí es cómo las críticas de Pas-

hukanis a Kelsen en su texto *Para un examen de la literatura sobre el derecho y el Estado*, escrito en 1923, pueden extenderse al pospositivismo de Alexy (Pashukanis, 2017: 227-234).

Para un examen de la literatura sobre el derecho y el Estado parte del enfrentamiento con las premisas del positivismo kelseniano, "uno de los representantes más notorios de la Escuela normativa o neo-austríaca del derecho", (Pashukanis, 2017: 227) cuya artificialidad de pensamiento teórico corresponde exactamente al lado diametralmente opuesto al de una teoría científica del derecho (Pashukanis, 2017: 229).

Esta afirmación, por sí sola, ya revela cómo la teoría pura del derecho, concebida por Kelsen, no puede considerarse científica, ya que es mistificadora. La ciencia, en el sentido marxista del término, solo tiene sentido cuando la esencia y la apariencia coinciden. Por lo tanto, la tarea de la ciencia es desmitificar, revelando esta relación entre la esencia y la apariencia ocultada por la lógica de reproducción específica del capital. En este sentido, la simplificación operada por Kelsen, que pretende racionalizar el derecho de una manera bastante vulgar en relación con pensadores de la razón como Kant, expulsando de él cualquier interferencia "espuria" de las demás ciencias, no hace más que ocultar, en la norma, el papel que realmente desempeña el derecho en la dinámica de la reproducción capitalista. Ahora bien, si la razón burguesa es la que debe universalizarse a partir de las postulaciones kantianas, en Kelsen esto adquiere un tono aún más mistificador, ocultando el verdadero sentido de esta universalización. Aquí, por lo tanto, ya se encuentra el germen "científico" de la universalidad del propio sujeto de derecho, que a su vez se potenciará cuando se hable de derechos humanos. Por lo tanto, si en Kelsen esto ya estaba presente, con una mayor complejidad de determinaciones ocurrirá en las teorías pospositivistas, como la de Alexy. Estas pueden considerarse como la cúspide del carácter mistificador de la razón burguesa y todo lo que envuelven sus ejercicios de ponderación. En definitiva, una ponderación que encaja en la lógica burguesa de que los principios son los postulados fundacionales de una civili-

zación basada en los principios burgueses de propiedad, libertad e igualdad (atributos del propio sujeto de derecho *pashukaniano*). No sin razón, Pashukanis afirma que la teoría de Kelsen nunca podría considerarse de forma aislada en relación con el pensamiento burgués (Pashukanis, 2017: 228): lo mismo puede ocurrir en relación con las corrientes del pospositivismo jurídico, en especial la de Robert Alexy, debiendo considerarse todo a partir de una sofisticación de la forma jurídica, que se ajusta a la organización flexible de la compra y venta de la fuerza de trabajo.

El recorrido de la razón burguesa es una trayectoria de constante reafirmación, incluso cuando las corrientes de pensamiento son supuestamente distintas. La distinción entre ellas también forma parte de su proceso de mistificación, de reafirmación de su apariencia evolutiva: como si el capitalismo, al evolucionar, también desarrollara sus corrientes de pensamiento, que pasan a ser, aparentemente, distintas entre sí.

La realidad es que, al igual que Kelsen, todas las teorías informativas de los derechos humanos, en especial aquellas que se basan en técnicas de ponderación de principios, excavan "un verdadero abismo entre el ser y el deber ser y prohíben al jurista cualquier acceso del mundo de las normas al mundo de la realidad" (Pashukanis, 2017: 229). Lo interesante es que, en el caso de la interpretación de los derechos humanos, este abismo se hace aún mayor con la creación de un mundo artificial que no logra resolver las propias contradicciones de la lógica de la razón burguesa en relación con su propia esencia. El papel mistificador, por lo tanto, al adquirir determinaciones más complejas, aleja aún más el ser del deber ser, intensificando el carácter no científico de los derechos humanos.

Presentándose como un antídoto contra el derecho natural, el positivismo de Kelsen solo vuelve al punto original del rechazo, el propio derecho natural, lo que se da esencialmente desde la perspectiva metodológica, en la medida en que promueve la concepción de un derecho políticamente neutral (Pashukanis, 2017: 228). Esta constatación es fundamental y, en nuestra opinión, se adapta aún más eficazmente a la lógica de los derechos humanos: que, a

partir de una supuesta neutralidad ideológica (considerando aquí la ideología como la interpelación del individuo como sujeto a la reiteración de prácticas de compra y venta de la fuerza de trabajo en el caso del capitalismo), podría existir, en apariencia, en cualquier realidad discursiva. No es raro ver a personas de derecha, por ejemplo, apropiarse del discurso de la libertad de expresión, tan caro a los derechos humanos. Aunque, desde la perspectiva campista y retórica, esto pueda ser desmentido en algunos casos, en la dimensión de la reproducción de la lógica del capital, esto no ocurre, ya que los derechos humanos sirven, a través de la dinámica de la razón humana, para respaldar los conceptos burgueses de la propia razón. Es decir, la dimensión burguesa de la propiedad, la libertad y la igualdad es lo que siempre está en disputa cuando se habla de derechos humanos. Por lo tanto, de una manera más sofisticada, hay un retorno a los supuestos básicos de los derechos naturales –lo que ya denunciaba Pashukanis en Kelsen–, que aquí regresa con una mayor complejidad de determinaciones para ocultar la disputa esencial del capitalismo en la lucha de clases.

Por lo tanto, no se puede descartar la afirmación de Pashukanis de que, solo en apariencia, el positivismo se aleja de la metafísica que informa los derechos naturales y, en nuestra opinión, esto se hace aún más visible en escuelas pos-positivistas como la de Robert Alexy: la ponderación es un ejercicio místico que, como técnica, refuerza este carácter mistificador, nada científico, de la actual aplicación judicial de los derechos humanos, basándose en los supuestos de propiedad, igualdad y libertad.

Por lo tanto, no hay forma de alejarse de la siempre prudente observación de Edelman, autor que, de manera magistral, abordó los conceptos de Pashukanis y Althusser para la forma jurídica:

> ¡Debemos tener cuidado con el uso de los derechos humanos! Si en un primer momento, y durante un breve periodo, pueden constituir una base para la lucha, si, en cierto sentido, la extensión de estos derechos a los trabajadores puede significar un ´progreso´, ese ´progreso´

> conlleva sus propias limitaciones. Porque la reivindicación de la igualdad que no sale del ámbito del derecho no puede ir más allá de la igualdad jurídica, es decir, de las relaciones de producción capitalistas. Este es el ‹absurdo› del que habla Engels: '[...] el contenido real de la exigencia proletaria de igualdad es la exigencia de la abolición de las clases. Toda exigencia que vaya más allá de esto se desvanece necesariamente en el absurdo' (Edelman, 2016: 76).

En fin, la predicción ya venía, ante todo, de Marx, cuya existencia aún estaba ligada a los derechos naturales (en la medida en que no fue testigo del auge del positivismo y el pospositivismo jurídicos):

> La esfera de la circulación o del intercambio de mercancías, dentro de cuyos límites se mueven la compra y la venta de la fuerza de trabajo, era de hecho un verdadero edén de los derechos naturales del hombre. Lo que aquí reina es únicamente la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham. ¡Libertad! Porque el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo, de la fuerza de trabajo, están determinados únicamente por su libre albedrío. Contratan como personas libres, jurídicamente iguales. El contrato es el resultado final, en el que sus voluntades se expresan jurídicamente en común. ¡Igualdad! Porque se relacionan entre sí solo como poseedores de mercancías e intercambian equivalente por equivalente. ¡Propiedad! Porque cada uno dispone solo de lo suyo. ¡Bentham! Porque cada uno de los dos solo se ocupa de sí mismo. El único poder que los une y los lleva a una relación es el beneficio propio, la ventaja particular, sus intereses privados. Y precisamente porque cada uno solo se ocupa de sí mismo y ninguno del otro, todos realizan, como resultado de una armonía preestablecida de las cosas o bajo los auspicios de una previsión muy inteligente, únicamente la obra de su ventaja mutua, del bien común, del interés general (Marx, 1996: 293).

Pashukanis "solo" sofisticó la elaboración de Marx al abordar el tema, ya dotado de una mayor complejidad de determinaciones, en

vista del positivismo jurídico de Hans Kelsen. El autor ruso "solo" dio un color definitivo al pensamiento marxista con su sofisticada elaboración sobre la forma jurídica, que logra trascender su tiempo y aplicarse, como se ha visto, al pospositivismo. En definitiva, "no hizo más" que denunciar la falacia científica contenida en la universalización del sujeto de derecho, que en su esencia corresponde a la universalización de la razón burguesa.

Referencias

Alexy, Robert (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Sab Pablo: Malheiros Editores.

Britto, Carlos Ayres (2003). *A teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

Comte, August (1983). *Curso de filosofia positiva*. Trad. José Arthur Giannotti. 2ª. ed. San Pablo: Abril Cultural.

Edelman, Bernard (2016). *A legalização da classe operária*. Coord. Trad. Marcus Orione. San Pablo: Ed. Boitempo.

Hesse, Konrad (1991). *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.

Kant, Immanuel (2009). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Editora 70.

Kelsen, Hans (2000). *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. San Pablo: Martins Fontes.

Marx, Karl (1996). *O Capital – crítica da economia política*. Livro I. Trad. Régis Barbosa e Flávio R. Kothe. San Pablo: Ed. Nova Cultural.

Pashukanis, Evgeni (2017). *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Trad. Lucas Simone. Coord. Marcus Orione. San Pablo: Ed. Sundermman.

Silva, Virgílio Afonso da (2009). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. San Pablo: Malheiros Editores.