

LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO: UNA MIRADA DESDE EL IUSMARXISMO Y EL IUSREALISMO

Efraín de Jesús GUTIÉRREZ VELÁZQUEZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Deslegitimación del derecho desde la perspectiva iusmarxista. III. Legitimación del derecho desde las posturas iusrealistas. IV. Conclusiones. V. Fuentes consultadas.

RESUMEN: La legitimación del derecho regularmente es estudiada desde las teorías clásicas del positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Resulta pertinente indagar y deconstruir este elemento dentro de otras teorías iusfilosóficas como el realismo jurídico y el iusmarxismo. Reviste de enorme valor teorizar acerca de la legitimación social de los sistemas jurídicos desde las posturas marxistas en su vertiente más pura y en sus variaciones moderadas como la teoría crítica del derecho. Es de suma importancia establecer el rol que juega la sociedad en los argumentos que defiende el realismo jurídico. Resulta oportuno cuestionarse ¿En qué posición se encuentra la legitimación jurídica en las corrientes del pensamiento marxista, crítico y realista? Para ello, se desarrolló esta investigación jurídica de tipo básica, con enfoque cualitativo, en la que se emplearon los métodos analítico, sintético e interpretativo. La técnica de investigación empleada fue documental, por medio de la consulta de textos en libros y revistas.

PALABRAS CLAVE: Teoría marxista del derecho, Realismo jurídico, Validez del derecho, Legitimación del derecho.

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Profesor investigador titular de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: dejesus.gutierrez@academicos.udg.mx

ABSTRACT: The legitimacy of law is regularly studied from the perspective of the classical theories of legal positivism and natural law. It is pertinent to investigate and deconstruct this element within other legal-philosophical theories such as legal realism and legal-Marxism. It is of enormous value to theorize about the social legitimacy of legal systems from Marxist positions, both in their purest form and in their moderate variations, such as critical legal theory. It is of utmost importance to establish the role that society plays in the arguments defended by legal realism. It is appropriate to ask: Where does legal legitimacy stand within Marxist, critical, and realist currents of thought? To this end, this basic legal research was developed with a qualitative approach, employing analytical, synthetic, and interpretive methods. The research technique employed was documentary, through the consultation of texts in books and journals.

KEYWORDS: Marxist theory of law, Legal realism, Validity of law, Legitimation of law.

I. INTRODUCCIÓN

La legitimación como un elemento que permite observar y analizar las diferentes instituciones políticas y jurídicas, se ha convertido en una cualidad estudiada a mayor profundidad desde hace un siglo a nuestros días. Aun cuando en la Grecia antigua ya se hablaba de la legitimidad, no se realizaba con la connotación que hoy en día se le da en relación al binomio de gobernante – gobernado. Ahora, vista esta legitimación jurídica como el asentimiento social que existe sobre un cuerpo jurídico, es que se observa que las posturas marxistas y realistas adolecen de dicha cualidad teórica. Por lo que se trazó como objetivo de la investigación, contrastar la figura de la legitimación del derecho frente a la plataforma teórica del iusmarxismo y el iusrealismo.

En una primera sección, se describe en qué consiste la teoría marxista del derecho, también conocida como iusmarxismo. Se decanta cronológicamente el marxismo jurídico desde su postura más extrema, hasta sus derivaciones teóricas más atemperadas. Se identificaron sus posturas ideológicas y su relación con el derecho y

se analizó cada uno de sus principales componentes en relación con la validez y la legitimación del derecho.

En una segunda sección, respecto del realismo jurídico se explica su ubicación epistemológica y la pertinencia de sus investigaciones. Se detalla su nacimiento a partir de los deslindes conceptuales que tuvo esta escuela del pensamiento con el iuspositivismo y se exponen sus principales corrientes internas. Dentro de este mismo apartado se analizan los tres principales tipos de realismo jurídico en contrastación a la legitimación del derecho.

En una tercera sección se arriba a una serie de conclusiones generales de la investigación, donde a partir de las interpretaciones que se dieron en los dos apartados anteriores, se sintetizan y se presentan de manera coherente las consideraciones finales.

Este producto de investigación jurídico forma parte de una contribución a la ciencia jurídica donde se aporta la generación de conocimiento nuevo desde un estudio y análisis universitario.

II. DESLEGITIMACIÓN DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA IUSMARXISTA

Para poder estar en condiciones de analizar esta corriente del pensamiento filosófico – jurídico, vale la pena concebir lo que se entiende por el propio marxismo. Cuya creación obedece básicamente a la teoría que emerge de los planteamientos teóricos de Carlos Marx y Federico Engels. El marxismo es una teoría compleja que implica cambios estructurales de la sociedad y los métodos con que se estudia a esta. Puesto que: *“Marx aplicó esta concepción general a la sociedad en que vivió, en particular a la Inglaterra capitalista, y elaboró la teoría económica del capitalismo por la que es ampliamente conocido. Pero él siempre subrayó que sus teorías económicas no podían separarse de sus teorías históricas y sociales”*.¹

¹ Burns, Emilie, *Introducción al marxismo*, 1a. ed., México, Editorial Grijalbo, 1972, p. 5.

Resulta complejo concentrar todo el pensamiento marxista en un solo concepto, sin embargo se puede llegar a concebir como un conjunto de ideas, conceptos y tesis de las teorías, de las metodologías científicas y de las estrategias políticas de Carlos Marx, que como filosofía ideológica - política construyó una concepción del mundo, de la vida asociada y de la política, consideradas como un cuerpo homogéneo de proposiciones hasta llegar a constituir una corriente doctrinaria que reposicionó el valor del trabajo, la clase proletaria, la función social de la propiedad y su propia metodología para construir ciencia social. El derecho como sistema normativo no fue ajeno al análisis marxista.

El derecho en el marxismo está trazado por el materialismo y su evolución histórica por medio de la lucha de clases. El Iusmarxismo como corriente filosófica del derecho, parte del binomio materialismo dialéctico e histórico, que básicamente sostiene que el derecho es un sistema de relaciones sociales que deriva de la estructura económica imperante de un país determinado.

Para el Iusmarxismo, las figuras de estado y derecho, tienen connotaciones muy particulares, al *“primero, entendido como la forma política de dominación, y el segundo, como reflejo de la forma económica; ambos encuentran su plena realización en el capitalismo, como lugar idóneo del sistema mercantil”*². El marxismo jurídico o Iusmarxismo, cuestiona ampliamente al derecho, considerándolo como ente dominante y a la jurisprudencia o ciencia jurídica, como burguesa, al conceptualizarlo como *“un sistema de relaciones correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase”*.³

El materialismo dialéctico, cimentado en las premisas de la tesis, la antítesis y la síntesis, obedece a la idea del cambio inherente a todas las cosas, ya que el motor de dichos cambios está situado, no en el plano de la espiritualidad, sino en la materia. El marxismo llega a considerar a la sociedad civil como una esfera en la que debe

² Conde Gaxiola, Napoleón, *“Contornos para una sociología jurídica”*, 1a. ed., México, IIJ UNAM, 2021, p. 133.

Disponible en: [https://www.tiendaenlinea.unam.mx/productos/Libros/CONTORNOS-PARA-UNA-](https://www.tiendaenlinea.unam.mx/productos/Libros/CONTORNOS-PARA-UNA-SOCIOLOGIA-)

[JURIDICA/2455?srsId=AfmBOop0LVRfZ8qjHjWfDwQCr97FUL6xZmmennnj2Y8iTe7EwaGajWNX](https://www.tiendaenlinea.unam.mx/productos/Libros/CONTORNOS-PARA-UNA-SOCIOLOGIA-JURIDICA/2455?srsId=AfmBOop0LVRfZ8qjHjWfDwQCr97FUL6xZmmennnj2Y8iTe7EwaGajWNX)

³ Atienza, Manuel, *“Marxismo y Filosofía del Derecho”*, 1a. ed., Distrito federal, editorial Fontamara, 1995, p. 167.

buscarse la respuesta para comprender el proceso histórico del progreso de la humanidad por medio de la lucha de las clases sociales.

La transformación de la realidad es posible en tanto se conozca el desenvolvimiento del sistema de las relaciones de producción. Las relaciones de producción de una sociedad determinada, constituyen la estructura básica de una sociedad, y todas las demás instituciones sociales: como las políticas, religiosas, morales o jurídicas, son superestructuras secundarias de la estructura económica que es la fundamental.

El materialismo histórico, afirma que la masa, el pueblo, la plebe, la clase, es el elemento material capaz de acciones conscientes, y que la liberación del proletariado, no proviene de los héroes o heroínas. No son los héroes los autores de las transformaciones sociales, sino el pueblo el que hace a los héroes y el que impulsa a las sociedades e instituciones en su devenir histórico.

[...] consideraban el derecho como una de las «formas ideológicas» y que éste fue también el pensamiento de muchos otros teóricos marxistas. [...] El problema, sin embargo, no es en absoluto el de reconocer o negar la existencia de una ideología (o psicología) jurídica, sino demostrar que las categorías jurídicas no tienen ningún significado aparte del ideológico. Sólo en este último caso aceptaríamos como la conclusión del profesor Rejsner, es decir, «que el marxista solamente puede estudiar el derecho como un subtipo de una especie general: la ideología» [...].⁴

Desde esta perspectiva, el derecho ya no solo se presenta como un producto cultural neutro, sino como un producto semejante a una mercancía que es distribuida y aceptada en la sociedad, pero que en su seno, más allá de perseguir la liberación y progresión social, apunta al control y manipulación comunitaria.

Hacer que “toda mercancía es aceptable en el intercambio, si no de hecho, al menos de derecho”, basándose en el papel que desempeñan el oro y la plata,

⁴ Pashukanis, Evgeni, “*Teoría general del Derecho y Marxismo*”, 1a. ed., Barcelona, LABOR Universitarias, 1976, p. 61. Disponible en: https://proletarios.org/books/Pashukanis-Teoria_general_del_Derecho_y_Marxismo.pdf

es desconocer este papel. El oro y la plata solo son aceptables de derecho porque lo son de hecho, y lo son de hecho porque la organización actual de la producción necesita un agente universal de cambio. El derecho no es más que el reconocimiento oficial del hecho.⁵

Y los hechos concretos son los que desde esta perspectiva marcan la pauta para la creación o legitimidad del derecho, ya que por sí solo como norma jurídica no tiene una naturaleza propia. El derecho, desde la visión marxista, siempre será el fundamento de otros hechos que sí tienen una relación con la superestructura económica del estado.

La moral, la religión, la metafísica y cualquier otra ideología y las formas de conciencia que a ellas corresponden pierden, así, la apariencia de su propia sustantividad. No tienen su propia historia ni su propio desarrollo, sino que los otros hombres que desarrollan su producción material y su intercambio material cambian también, al cambiar, esta realidad, su pensamiento y los productos de su pensamiento. No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia.⁶

Por ello, resulta trascendental *“conceptualizar la noción de derecho y plantear su vínculo con el sistema productor de mercancías, y tener el cuidado de decir que se trata de una mercancía capitalista, para distinguirla de otras formaciones sociales donde dominen otros modos de producción”*.⁷ El derecho objetivo como sistema normativo, se visualiza como un producto estatal que resulta útil a los dueños de los medios de producción, que lo utilizan como un instrumento de dominación y que como producto mercantil, se vende y se negocia su contenido *“...Las categorías de mercancía, valor de cambio son, sin duda, formaciones ideológicas, formas alteradas, mistificadas (según la expresión de Marx) de representación en las cuales una*

⁵ Marx, Carlos, *Miseria de la filosofía*, 1a. ed., Madrid, Biblioteca Edaf, 2004, p. 171. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6465/8.pdf>

⁶ Marx, Carlos y Engels, Federico, *La ideología alemana*, 4a. ed., Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1974, p. 26. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6465/8.pdf>

⁷ Conde Gaxiola, Napoleón, *Importancia de Evgeni Pashukanis en la comprensión del Derecho*, 1a. ed., México, IIJ UNAM, 2021, p. 154. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6465/9.pdf>

*sociedad fundada sobre el cambio concibe las relaciones de trabajo de los diferentes productores”.*⁸

Existen dos grandes formas de conceptualizar al derecho. Una, la occidental o clásica, otra, la marxista. En la primera existen matices y diferencias; se parte de un punto de vista idealista y se deduce el derecho de principios e ideales superiores y no de las relaciones de las clases sociales. Algunas teorías del derecho dentro de esta línea, manifiestan el deseo de conectar el derecho con las efectivas condiciones sociales, pero nunca lo ven como la expresión de la voluntad de la clase dominante, y a lo sumo son teorías eclécticas entre los conceptos: idealista y empírico.

Toda esta línea del pensamiento jurídico es sustancialmente idealista y sus fundamentos abstractos: idea, voluntad privada, voluntad general, solidaridad social, función social, sistema de normas, espíritu del pueblo, entre otros. En cambio para la marxista, el derecho nace de la forma de vida del pueblo, y es la expresión de la voluntad de la clase dominante. Cuyo rasgo se convierte en distintivo del iusmarxismo, respecto de las demás corrientes filosóficas del derecho, que tienen una peculiar forma de explicarlo y concebirlo. *“Por eso el centro de interés de la teoría jurídica no es ya el análisis de la forma jurídica, sino del problema de la legitimación de la fuerza coercitiva de las prescripciones jurídicas. De lo cual resulta una mezcla singular de historicismo jurídico y de positivismo jurídico que se reduce a la negación de todo derecho que no sea el derecho oficial”.*⁹

Para el marxismo, la teoría kantiana de la moral, al igual que la del derecho natural un tanto idealista, reflejan las aspiraciones de la burguesía: libertad para la propiedad privada, libertad para la empresa capitalista y libertad para la competencia. Amén de la visión iuspositivista que lejos de tener aspiraciones morales o concepciones supraleales o supraterrrenales, se sostiene en la tesis de que un sistema jurídico es válido si tiene concordancia, coherencia y funcionalidad, independientemente de que si tiene una serie de pretensiones teleológicas que alcanzar.

⁸ Pashukanis, Evgeni V., “Teoría general...”, op. cit., p. 33.

⁹ *Ibíd*em, p. 21.

El iusmarxismo tuvo amplias contribuciones para repensar las afirmaciones que se hacían. Kelsen, criticó acremente esta teoría, consideró que confundían el derecho con los discursos del derecho, decía que el derecho no puede ser ideológico, pero los discursos de él, sí. Hay una razón parcial al respecto, por lo menos en lo que respecta a la separación del derecho con la ciencia jurídica, que lo considera su objeto de estudio. Más, en la parte de la carga ideológica de los sistemas jurídicos donde su producción normativa responde a expectativas de los miembros de una clase dominante (política, económica o cultural), sigue vigente en la vida contemporánea. *“... la teoría marxista del derecho y del estado es una de las propuestas teóricas y prácticas de mayor importancia en la epocalidad actual; por ejemplo, para entender el fenómeno de la globalización. En esa ruta, es primordial el pensamiento de Carlos Marx, Federico Engels, Vladimir Lenin y Evgeni Pashukanis, para conocer otra manera de entender el derecho”*.¹⁰

La teoría del derecho desde el marxismo o como se le conoce comúnmente como iusmarxismo, significó en su momento una sacudida a las teorías tradicionales que trataban de justificar el derecho. Los teóricos, principalmente rusos, del derecho con perspectiva marxista realizaron críticas rigurosas al paradigma tradicional del normativismo y el naturalismo del sistema jurídico. En ese sentido *“en tanto las relaciones jurídicas son la forma necesaria que toman las relaciones económicas en la relación social capitalista tomada en su unidad, ... El capital de Marx no procura una teoría económica crítica sino una crítica de la economía política, pareciera que el camino a seguir con el derecho es el mismo: antes que construir otra teoría jurídica, hay que hacerle una crítica radical”*.¹¹

La teoría marxista del derecho tiene dos subcorrientes teóricas: una que se le denomina extincionista y otra, con notables diferencias, reformista. Respectivamente, Manuel Atienza considera a las dos anteriores, como una versión fuerte y una débil del marxismo. A saber, *“[...] las versiones fuertes vienen a conformar una concepción*

¹⁰ Conde Gaxiola, Napoleón, “Importancia de Evgeni Pashukanis...”, *op. cit.*, p. 162.

¹¹ Cristeche, Mauro, “Capital, derecho y economía. De la teoría marxista del derecho de Pashukanis a el Capital de Marx”, *revista ASTROLABIO*, 2018, p. 131. Disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/100089/CONICET_Digital_Nro.4d24371d-3a28-4c28-9e7a-3031f767a363_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

escéptica del derecho, que difícilmente puede servir como una guía para el jurista que ha de operar en él... es la tesis del carácter clasista del derecho... mientras que en su versión débil el acento se pone en la limitación del tratamiento igual en cuanto característica del derecho moderno, del derecho burgués".¹²

En ese sentido, el iusmarxismo extincionista considera al derecho –visto como un sistema jurídico- como una de esas superestructuras, al identificarlo como un mero constructo burgués, detrás del cual se ocultan intereses autónomos de las clases económicas dominantes, para perpetuarse en su poder político, económico y cultural, y así, mantener sometida a la clase oprimida y explotada del proletariado. En este pronóstico marxista el componente jurídico de la superestructura desaparecería en una fase superior denominada comunismo. A esto se le pudiera considerar como el no derecho, puesto que se le ve de manera negativa al conjunto de normas jurídicas, optando por una salida escéptica de desaparición o extinción de las normas públicas.

Admitir esta tesis, sería tanto como desconocer al derecho como un instrumento para la transformación social. Resultarían admisibles los cuestionamientos al origen, conformación y alcances del derecho, más, asentir que la respuesta a los problemas filosóficos del campo jurídico, es el aniquilamiento de un sistema que es su objeto de estudio, implicaría un sinsentido; se estaría fuera de toda lógica. Cabe la posibilidad fáctica de que todo o una parte de un sistema jurídico dado, llegue a ser producto de una clase económica dominante, sin embargo, optar por una la solución tan drástica, como el establecimiento de un régimen político donde se propicie la inexistencia del derecho como condición para la convivencia social armónica, conduce a una nación al nivel de la incertidumbre. Por lo menos esta salida marxista, desdibuja la razón fundante del derecho y del propio estado.

La justificación del nacimiento del estado moderno y del derecho, gozan de toda lógica de razonabilidad ante las constantes y periódicas pretensiones humanas de explotarse los unos a los otros. Como género humano, se encuentra en una brecha muy amplia para convertirse en una sociedad madura que no requiera de un sistema de reglas públicas que normen, reconozcan y sancionen sus conductas. La mejor

¹² Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 1a. ed., Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 2009, p. 300.

opción no sería la desaparición del derecho, sino que, a partir de la crítica que el propio iusmarxismo hace, se busquen soluciones alternas para legitimar al sistema jurídico sin pretender su aniquilación.

El iusmarxismo reformista hace un denso cuestionamiento a las demás corrientes de la filosofía jurídica por la invalidez de los instrumentos y mecanismos que utilizan para la reproducción del derecho o la creación del mismo. La persuasión iusmarxista, se centra en invalidar un sistema y un orden jurídico existentes, por el solo hecho de ser producto de intereses de grupos de individuos pertenecientes a poderíos económicos, políticos o culturales, ajenos a los intereses de la clase oprimida o proletaria.

El iusmarxismo reformista del derecho es una confirmación de que los términos de la revolución y el derecho, términos que parecen una antítesis, guardan entre sí una inexorable relación, porque no son sino un fiel reflejo de la confrontación perenne entre el propio estatismo de la norma jurídica y el dinamismo de la vida. Nace el principio, un tanto ideológico, del derecho revolucionario. En esa tesitura es que el marxismo reformado, con un matiz moderado, opta por la transformación social utilizando al derecho como un instrumento de justicia económica y no como un mecanismo de dominación absoluta; *“Horkheimer percibe que la economía es la causa fundamental de la infelicidad humana”*.¹³

A partir de dichas matizaciones al marxismo ortodoxo, sin desconocer totalmente a Marx, en la segunda década del siglo XX inició la coincidencia teórica de un grupo de profesores e investigadores alemanes que contribuyeron científicamente al Instituto de Investigación Social de la Universidad de Goethe de Fráncfort del Meno, ya que *“la transformación de la naturaleza del capitalismo entre las dos guerras, y las consecuencias de esto para la crítica marxista de la economía política, fueron el punto central en el desarrollo analítico de la Escuela de Frankfurt”*.¹⁴

¹³ Amadeo, Javier, *Mapeando el marxismo*, en Boron, Atilo, *La teoría marxista hoy problemas y perspectivas*, 1a. ed., Buenos Aires, Fondo documental EHK, 2010, p. 71. Disponible en: https://www.abertzalekomunista.net/images/Liburu_PDF/Internacionales/Boron_Atilo/La-teoria-marxista-hoy-K.pdf

¹⁴ Benhabib, Seyla *A crítica da razão instrumental*, en Žižek, Slavoj *Um mapa da ideologia* (Rio de Janeiro: Contraponto), citado en Amadeo, Javier, *Mapeando el marxismo*, en Boron, Atilo, *La teoría marxista hoy problemas y perspectivas*, 1a. ed., Buenos Aires, Fondo documental EHK, 2010, p. 72. Disponible en:

El trabajo intelectual de la Escuela de Frankfurt permitió el nacimiento de la corriente iusfilosófica de la teoría crítica del derecho. Esta corriente promarxista moderada se propuso primeramente demostrar que el derecho como conjunto normativo no es neutro y que debería buscar la emancipación social; *“para Adorno y Horkheimer la sujeción al mundo tal como aparece no es más una ilusión real que puede ser superada por el comportamiento crítico y la acción transformadora: es una sujeción sin alternativas, porque la racionalidad propia de la teoría crítica no encuentra bases concretas en la realidad social del capitalismo administrado, dado que ya no son discernibles las tendencias reales de la emancipación”*.¹⁵

El ejercicio crítico a los sistemas normativos a través de esta teoría, permite identificar las élites de poder económico, cultural o político que obstaculizan la emancipación de los pueblos. Como escuela del pensamiento jurídico descubre la deslegitimación jurídica, ante la desconexión que pueda llegar a tener con la sociedad destinataria; más, ya no visualiza como solución última la extinción del derecho. El iusmarxismo dio la pauta para la creación de la teoría crítica del derecho que posteriormente, sentó las bases de la teoría discursiva del derecho expuesta por Jürgen Habermas.

Para Habermas se trata de constatar que el enfrentamiento de las tareas clásicas que la propia teoría crítica se planteó desde sus orígenes requería una ampliación de sus temas y la búsqueda de un nuevo paradigma explicativo. ...llevaban a que fuese puesta en riesgo la propia posibilidad de la crítica de la emancipación,... Para Habermas, son las propias formulaciones originales de Marx las que tienen que ser abandonadas. ...para él, los conceptos originales de la teoría crítica no son lo suficientemente críticos frente a la realidad, porque ignoran aspectos decisivos de las relaciones sociales.¹⁶

La teoría discursiva ya no deposita la legitimación del derecho en la autoridad legislativa, opta por la comunicación de los sujetos activos de una sociedad, a través

https://www.abertzalekomunista.net/images/Liburu_PDF/Internacionales/Boron_Atilo/La-teoria-marxista-hoy-K.pdf

¹⁵ Amadeo, Javier, *“Mapeando el marxismo...”*, op. cit., p. 74.

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

de una democracia deliberativa que produzca normas jurídicas a partir de constructos dialógicos.

III. LEGITIMACIÓN DEL DERECHO DESDE LAS POSTURAS IUSREALISTAS

Esta escuela filosófica del derecho, que no goza de una extensa antigüedad como otras corrientes del pensamiento jurídico, se centra principalmente en conceptos tales como la ley como un hecho social: su vigencia, su observancia, su sistematicidad y su eficacia. *“Con la expresión <<realismo jurídico continental>> se hace referencia a ...el derecho – no como valor (iusnaturalismo) ni como norma (positivismo jurídico) sino – como hecho; esto es, como realidad empírica situada en el mundo natural y percibida a través de los sentidos”*.¹⁷

A decir de algunos pensadores propios del realismo jurídico, llegan a considerar que lo producido por éste, no corresponde a la ciencia jurídica en sí, sino, al realismo sociológico -a la sociología-, que ya forma parte de otra rama del conocimiento científico social, considerando al derecho y su consecuencia sólo como un hecho social más, objeto de estudio de la teoría social. Razón por la que se apartan de las valorizaciones morales del derecho. Por ello, *“...los realistas, con la intención de eliminar por completo los juicios de valor del campo de la ciencia jurídica, emprendieron un ataque muy severo a lo que denominan el método de la justicia”*.¹⁸

Por su estrecha cercanía del realismo jurídico con la corriente iusfilosófica del positivismo ideológico, la moral se encuentra expulsada como referente obligado para la concepción o producción de marcos jurídicos. *“El realismo jurídico es una visión abiertamente positivista sobre el derecho. Sin duda, no todos los juristas positivistas*

¹⁷ Barberis, Mario, *El realismo jurídico europeo – continental*, en Fabra Zamora, Jorge Luis Núñez Vaquero, Álvaro (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 1. México, UNAM, 2016, p. 227. Disponible en: <https://arts.units.it/bitstream/11368/2841736/1/realismocontinental.pdf>

¹⁸ Olivecrona, Karl, *“The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt”*, pp. 127-128, en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. III, 1959 citado en Campos Zamora, Francisco J., “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de ciencias jurídicas*, No. 122, San José, 2010, p. 209. Disponible en: <https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562/12850>

son realistas, pero todos los realistas son positivistas <<duros>>".¹⁹ Aparte de ello, consideran al derecho como un hecho social, más que es observable, medible e investigable, no desde una ciencia jurídica *ex profeso*, si no desde la propia sociología especializada en temas jurídicos.

...se caracteriza por sostener una perspectiva escéptica ante una caracterización del derecho entendido como conjunto definido e identificable de normas jurídicas generales, y por situar su punto de mira principal en la labor de los jueces (en la interpretación de textos normativos y en la aplicación de normas), más que en las normas mismas.²⁰

El realismo jurídico parte de la idea de que el derecho como sistema jurídico, es un hecho social, objeto de estudio e investigación. Cómo se observa, cómo se aplica y cómo se interpreta en el ámbito de la práctica forense y judicial, es su principal objetivo de investigación. Las reglas y las razones jurídicas que son tomadas en consideración por personas que asumen cargos de administradores de justicia, al momento de fallar en los hechos que se les presentan, son el principal objeto de estudio de su investigación jurídica.

Principalmente centran sus investigaciones y posturas teóricas en la maximización del poder estatal para generación de cuerpos normativos y en los entretelones que implica el sistema judicial para el desarrollo de la actividad jurisdiccional; además, la identificación de las demandas o necesidades sociales que requieren un nivel de atención y respuesta por parte de los órganos del poder público a través de marcos normativos eficaces y funcionales.

Ross rechaza la idea de validez como categoría y señala que quienes consideran que el objeto de la ciencia del derecho es su validez (como por ejemplo Kelsen) son idealistas porque validez significa entre otras cosas fuerza

¹⁹ Millard, Eric, "Positivisme logique et réalisme juridique", *Analisi e diritto*, pp. 177 – 189, citado en Guastinni, Ricardo, "El realismo jurídico como teoría positivista del derecho", *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, Vol. 1, No. 1, 2021, p. 224. Disponible en: <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/31/139>

²⁰ Martí, José Luis, "El realismo jurídico ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?", *ISONOMÍA*, México, No. 17, 2002, p. 261. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182002000200259&script=sci_arttext

obligatoria y por tanto obligación moral. Pero quizá Kelsen no esté tan lejos de la posición de Ross. Puesto que una de las condiciones para que pueda existir un ordenamiento jurídico es su efectividad general.²¹

Algunos principales autores, como Alf Ross y Karl Olivecrona, dirigen su capacidad científica en afirmar tesis relativas a la eficacia legal y al propio cumplimiento de las normas jurídicas, por parte de sus destinatarios finales. Muchos de los análisis que se realizan, se construyen a partir de investigaciones emprendidas por juristas y no por académicos con profundo arraigo filosófico. Se proyecta a la eficacia normativa como uno de los elementos para validar o legitimar las leyes. Si las normas jurídicas resultan eficaces, es decir, que sí resuelven la problemática social para la que fueron creadas, entonces para el realismo jurídico sí se encuentran legitimadas en un determinado sistema social.

También, esta escuela jurídica – sociológica, tiene como principal encomienda, identificar una serie de necesidades sociales que son presentadas o visibilizadas por la propia teoría social, para luego verificar a través de sus metodologías de investigación, el grado de cumplimiento, obediencia, observancia y eficacia. Es decir, básicamente la mayoría de sus trabajos académicos, se centran, en encontrar respuestas eficaces a los requerimientos de una sociedad. Qué tan útil o eficaz, se ha convertido una norma jurídica, para satisfacer una problemática manifestada por la sociedad.

El realismo jurídico no escudriña el nacimiento constituyente de la norma primaria ni la reproducción jurídica de las normas secundarias; en un nivel de indiferencia, reconocen que existe una regla jurídica de reconocimiento escalonado de validez en un orden jurídico. Alf Ross sostiene que el término validez, “...*nada tiene que ver con un enunciado normativo de un deber de obediencia al derecho, en el sentido moral de la palabra. Esta idea característica del pensamiento jusnaturalista y*

²¹ Calsamiglia, Albert, “Notas sobre el realismo jurídico”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, España, No. 6, 1983, p. 145. Disponible en: https://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s_1983v0/06p139.dir/Cuadernos_1983v006p139.pdf

cuasipositivista no tiene cabida en una teoría del derecho basada en principio empiristas".²²

Aunado a lo anterior, parte del principio del relativismo moral, pues se reduce la validez o la legitimidad del derecho a la existencia de las normas y la justicia a la legalidad o cumplimiento de la ley. Se rechazan conceptos o leyes universales y planteamientos ideológicos o metafísicos al derecho positivo. En el positivismo jurídico, el depósito de la validez de la norma jurídica recae en la propia existencia de la misma: la norma vale o se encuentra legitimada si es que se atendió a los requisitos preestablecidos para su producción legislativa. Y sólo el derecho puede surgir del derecho: autopoiesis.

Para el realismo jurídico, la validez o legitimidad del derecho, yace en su grado de observancia y de eficacia para lo cual fue creada; independientemente de que los preceptos jurídicos hayan sido producto de una decisión unilateral de los poderes públicos o que se haya considerado alguna intervención de la sociedad en el proceso creacional.

Dentro de sus dos principales movimientos internos del realismo jurídico – iusrealismo, como suelen llamarle algunos tratadistas-, tales como el alemán, el estadounidense y el escandinavo, no enfocan sus estudios al origen de los sistemas jurídicos, su validez o legitimación. Sí tienen una clara postura en relación a la prohibición del uso de valores o postulados universales que sirvan de apoyo para la configuración, procuración o aplicación de las normas jurídicas, dado que llega a considerarse esta escuela jurídica, como una escisión del positivismo jurídico. Sin embargo, sí tiene en la actualidad rasgos distintivos que la hacen consolidarse como una corriente autónoma del pensamiento jurídico.

Desde la perspectiva del realismo alemán *"en esa línea, es precisamente a partir del <<segundo>> Rudolf Von Jhering que puede hablarse de un espíritu realista alemán, para este autor, la vida y la verdad del derecho radican en su efectiva realización, ese es el derecho mismo. Aquello que no sucede en la realidad, y se*

²² Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 1a. ed., Distrito federal, editorial Fontamara, 2006, p. 24.

*encuentra sólo en el papel, es una <<mera apariencia del derecho>>”.*²³ La realización del derecho se centra en la observancia de la ley. El nivel de cumplimiento de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios estaría validando a un sistema jurídico. La legitimación del derecho desde esta trinchera teórica se fundamenta en el nivel de acatamiento de las leyes.

Por otro lado y en relación al realismo estadounidense, este se centra en “... *La concepción del derecho como un fluir, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho...*”.²⁴ Para esta corriente teórica, el derecho no es materialmente la norma pública, sino lo que el operario de la justicia jurisdiccional argumente y razone en las diferentes resoluciones. Para el realista estadounidense el derecho es la adaptación fluida de la norma jurídica a cada uno de los casos resueltos en las sentencias de los órganos jurisdiccionales. A manera de descripción, no es el legislador quien crea el derecho, sino el juzgador que lo configura a través del razonamiento lógico de sus determinaciones judiciales.

Desde esta perspectiva el realismo jurídico sostiene que el derecho se produce a partir de las resoluciones jurisdiccionales y que muchas de estas, están razonadas a partir de la cognición del juez “*Jerome Frank para quien – según la vulgata – las decisiones judiciales dependerían fundamentalmente de qué ha desayunado el juez por la mañana (jurisprudencia digestiva)*”²⁵ o peor aún, que “*los jueces ejercen una discrecionalidad sin límites ...obteniendo decisiones basadas en sus gustos y valores personales ...que son finalmente racionalizadas ex post facto mediante reglas y razones jurídicas*”.²⁶

²³ Campos Zamora, Francisco, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de ciencias jurídicas*, San José, No. 122, 2010, p. 199. Disponible en:
<https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562/12850>

²⁴ Lewellyn, Karl, “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1931, p. 1236-1238. Citado en Campos Zamora, Francisco J., “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de ciencias jurídicas*, No. 122, San José, 2010, p. 206. Disponible en:
<https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562/12850>

²⁵ Núñez Vaquero, Álvaro, “El realismo jurídico de Brian Leiter”, *Revista Diritto e questioni pubbliche*, No. 10, Palermo, 2011, p. 440. Disponible en: www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/3-09_studi_a_nunez_vaquero.pdf

²⁶ Leiter, Brian, “*Naturalizing Jurisprudence*”, *Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 287, citado en Núñez Vaquero, Álvaro, “El realismo jurídico de Brian Leiter”, *Revista Diritto e questioni pubbliche*, No. 10, Palermo, 2011, p. 440. Disponible en: www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/3-09_studi_a_nunez_vaquero.pdf

En el realismo escandinavo, se puede interpretar que la legitimación del derecho no se encuentra en las valorizaciones morales que de manera intrínseca contenga la ley, como sucede con el iusnaturalismo.

De manera similar a los positivistas lógicos sostienen que los juicios de valor en el derecho son únicamente juicios que corresponden a la forma verbal del mismo; por tanto, la discusión sobre el contenido de los principios de justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad.²⁷

De una manera aproximada, acorde a esta corriente teórica, se tendría una norma jurídica legitimada si es que se diera una efectiva realización del derecho, cuyo alcance de la realización estaría situado en el terreno de lo social al observar las consecuencias positivas o negativas del derecho. En este orden de ideas, el derecho estaría legitimado por su grado de funcionalidad social y su nivel de eficacia en la sociedad.

IV. CONCLUSIONES

Respecto del iusmarxismo, se debe reconocer que en buena medida la problematización y argumentación del presente producto de investigación, se desarrolló desde la teoría crítica del derecho. Sin embargo, es evidente que la corriente marxista del extincionismo del derecho y su inminente desaparición como instrumento de transformación social, resulta inviable. La vertiente marxista del extincionismo permite comprender que la mera existencia del derecho, sí puede llegar a hacer de este, un instrumento social de dominio con los que se legitiman ciertos grupos de poderío hegemónico, pero resulta a todas luces, un absurdo tener como propósito final su desvanecimiento.

²⁷ Olivecrona, Karl, *op. cit.*, p. 209.

Una alternativa útil para el rendimiento de cuentas del estado moderno, puede ser la teoría crítica del derecho que plantea evidenciar la deslegitimación de diversos sistemas o cuerpos jurídicos, con la esperanza de que por medio del derecho, como instrumento estatal o social, se alcancen postulados teleológicos como la paz, la justicia social y la emancipación de los individuos y los pueblos.

La teoría discursiva del derecho, lejana ya del iusmarxismo, pero su autor principal, en alguna medida con cierta tradición jurídica heredada de la Escuela de Frankfurt y su teoría crítica, abandona la revolución y dictadura del proletariado y se inclina por la masificación de la construcción del derecho. La legitimación del derecho será en la medida del grado de intervención social en su etapa creacional, por medio de los discursos que de manera intersubjetiva conformen las nuevas verdades dialógicas.

La legitimación del derecho desde la óptica del realismo jurídico resulta un tanto compleja, en virtud de que no es un término común en los reportes de las investigaciones de sus intelectuales. No existe una serie de elementos teóricos que conformen un denominador común que distinga a los realistas, pero las críticas hechas al positivismo jurídico y al naturalismo jurídico permiten advertir una cierta identidad en sus teorizaciones. A partir de la argumentación metateórica del iusrealismo, se infiere que el derecho resulta aceptable o legitimable si es ampliamente observado, si es un producto judicial o si resulta eficaz.

El hecho de que una nación acate de manera amplia un dispositivo legal no significa que el precepto jurídico sea legítimo. Existe un alto grado de observancia legal, que tiene como base una obediencia fundada en el miedo social; se cumple con la ley por temor a la sanción estatal, no porque los individuos estén de acuerdo con su contenido y alcances. Una norma jurídica verdaderamente legitimada, es aquella en la que la sociedad destinataria de la misma, consiente su redacción y asiente su puesta en vigencia.

Legitimar o validar solo como derecho a lo que produzcan en sus resoluciones los jueces, es tanto como abandonar el criterio republicanista al sustituir a los juzgadores o a los ciudadanos, y suplantar la facultad de producir y reproducir al

sistema jurídico. Considerar que el derecho se legitima a partir de los criterios unilaterales de los juzgadores, sería tanto como individualizar la producción normativa jurídica al pensamiento unilateral y subjetivo, y monarquizar los contenidos de los preceptos legales.

La validación de un sistema normativo jurídico de acuerdo a su nivel de eficacia social, resulta un tanto aceptable. Si las leyes están abatiendo de manera positiva las problemáticas sociales por las que fueron creadas, se encuentran ante una realización del derecho como lo sostiene el realismo jurídico. Sin embargo, parámetros o mediciones de eficacia se concentran en el investigador, y no tienen un efecto vinculante o práctico con la sociedad. Ello no quiere decir que no sea válido o que sea inútil, sólo que pudieran existir otras esquemas o mecanismos democráticos más efectivos con los cuales se pudieran determinar de una manera más ágil y convincente el grado de legitimación social que tiene el derecho de un país.

V. FUENTES CONSULTADAS

- AMADEO, Javier, *Mapeando el marxismo*, en Borón, Atilo, “La teoría marxista hoy problemas y perspectivas”, 1a. ed., Buenos Aires, Fondo documental EHK, 2010.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 1a. ed., Barcelona, editorial Ariel Derecho, 2009.
- , *Marxismo y Filosofía del Derecho*, 1a. ed., Distrito federal, editorial Fontamara, 1995.
- BARBERIS, Mario, *El realismo jurídico europeo – continental* en Fabra Zamora, Jorge Luis Núñez Vaquero, Álvaro (coords.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 1, 1a. ed., México, UNAM, 2016.
- BENHABIB, Seyla, “A crítica da razão instrumental” en Žižek, Slavoj Um mapa da ideologia, Río de Janeiro, *Contraponto*, 1999.
- BURNS, Emilie, *Introducción al marxismo*, 1a. ed., México, Editorial Grijalbo, 1972.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Notas sobre el realismo jurídico”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, No. 6, España, 1983.
- CAMPOS Zamora, Francisco, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de ciencias jurídicas*, No. 122, San José, 2010.
- CRISTECHE, Mauro, “Capital, derecho y economía. De la teoría marxista del derecho de Pashukanis a el Capital de Marx”, *revista ASTROLABIO*, 2018.
- CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Contornos para una sociología jurídica*, 1a. ed., México, IIJ UNAM, 2021.
- , “Importancia de Evgeni Pashukanis en la comprensión del Derecho”, México, IIJ UNAM, 2021.

LEITER, Brian, “*Naturalizing Jurisprudence*”, *Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007.

LEWELLYN, Karl, “*Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*”, *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1931.

MARX, Carlos, *Miseria de la filosofía*, 1a. ed., Madrid, Biblioteca Edaf, 2004.

MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *La ideología alemana*, 4a. ed., Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1974.

MARTÍ, José Luis, “El realismo jurídico ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?”, *ISONOMÍA*, No. 17, México, 2002.

MILLARD, Eric, “Positivisme logique et réalisme juridique”, *Analisi e diritto*, (citado en Guastinni, Ricardo, “El realismo jurídico como teoría positivista del derecho”, *Revista Cubana de Derecho*, Vol. 1, No. 1, La Habana, 2021.

NÚÑEZ Vaquero, Álvaro, “El realismo jurídico de Brian Leiter”, *Revista Diritto e questioni pubbliche*, No. 10, Palermo, 2011.

OLIVECRONA, Karl, “*The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*”, en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. III, 1959.

PASHUKANIS, Evgeni V., *Teoría general del Derecho y Marxismo*, 1a. ed., LABOR Universitarias, Barcelona, 1976.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 1a. ed., Distrito federal, editorial Fontamara, 2006.