

## PRESENTACIÓN

Kelsen continuará siendo, sin duda, fuente de ásperas polémicas. Es la suerte que les cabe sólo a los grandes pensadores. Este libro, esta recopilación, no tiene otro objeto que avivar la polémica. Desde el título que hemos buscado para rotular este conjunto de ensayos de y sobre él: *El otro Kelsen*. Lo cual es, obviamente, una provocación; puesto que no puede haber sino un Kelsen, como no hay sino un Marx o un Platón ¿o es que sí puede haber más de uno?

Lo que parece que no puede negarse es que hay en estos años, no digamos un "resurgir" puesto que nunca ha dejado de estar presente, pero sí un acentuado interés por Kelsen, ahora incluso más allá del ámbito de los juristas. Creo que, afortunadamente, va perdiendo el sambenito de teórico del derecho para empezar a aparecer como uno de los grandes pensadores del siglo xx sobre el fenómeno del poder: como un pensador o filósofo de la política.

Esto último sería un absurdo si nos atuviéramos a la ideología de buena parte de los autodefinidos como kelsenistas, que precisamente se apoyan en él para pregonar una ciencia jurídica al margen de la política. Y aquí se abre la cuestión: no es que haya más de un Kelsen. Pero sí hay más de una lectura de Kelsen, como las hay de Marx o de Platón.

Existe la que es posiblemente la más común de las lecturas de nuestro filósofo: la que hacen los jusnaturalistas. Los fundamentos filosóficos de esta lectura los ha denunciado el propio Kelsen, y la polémica, en suma, es la de siempre, entre metafísicos-racionalistas-totalitarios por una parte, y empiristas-relativistas por la otra. La polémica puede tener mil formas, pero la cuestión es siempre la misma: los jusnaturalistas quieren que se reconozca que existe la verdad, lo bueno y lo bello en sí. Y Kelsen lo niega, para decir que estas ideas absolutas alientan la dictadura. La polémica seguirá, aunque Kelsen sea olvidado, con otros personajes, en tanto haya quienes deseen imponer sus valores "por la razón o por la fuerza", fundándose en designios extrahumanos.

Pero el éxito del jusnaturalismo contra Kelsen, en las escuelas de derecho, no se asienta en las cátedras de filosofía del derecho, sino

en las de derecho civil. Es allí donde el jusnaturalismo tiene su "teoría" más desarrollada. Es que el código civil es jusnaturalismo en acto: es un discurso montado sobre la idea del hombre que tiene derechos que el código no hace sino reconocer. ¿Cómo explicar a alguien tan poco preparado en filosofía, como un abogado —profesor o alumno— que la equidad entre las prestaciones de acreedor y deudor no se funda en alguna "naturaleza humana" sino en la lógica de las mercancías y de la ley del valor, que se trata de una concepción histórica, cultural, de la justicia, y no de la justicia devenida código civil? No es que el jusnaturalismo apele al sentido común; es que el sentido "común" ha sido construido sobre una concepción naturalista de la ética y el derecho. No es que la relación mercantil sea "natural" o "naturalmente justa". Es que la idea de la justicia ha surgido de la relación mercantil.

No es de extrañar, por lo tanto, que el jusnaturalismo impere en las escuelas de derecho, aun cuando las cátedras de *filosofía del derecho* están hegemonizadas por los kelsenistas. Y esto sucederá mientras el derecho privado continúe siendo el núcleo de la formación de los abogados. Y seguiremos leyendo tratados, siempre muy extensos, que tal vez en el primer tomo, en la introducción, se confiesen de inspiración positivista, y luego, cuando traten de las *personas* retomen el discurso jusnaturalista.

Lo que el jusnaturalismo lee en Kelsen, es su supuesto rechazo a hablar de justicia. Lo cual es falso. Se trata simplemente de una ignorancia, de buena o de mala fe. Que tratándose de ignorancia, en el campo de la filosofía y la ciencia, no puede saber cuál es peor, si la de buena o la de mala fe. Kelsen no sólo no rechaza el tema, sino que lo ha tratado profusamente. Sólo que no dice lo que los jusnaturalistas quieren oír: no es que no trate de la justicia, sino que dice que no existe una justicia al margen de los hombres, de las disputas entre los hombres acerca de lo que eso es. Lo que Kelsen hace es sacar el tema del terreno de la metafísica para ponerlo en el terreno de la política. Y eso claro que no les gusta a los jusnaturalistas, y por eso dicen que Kelsen se niega a tratarlo.

Por su lado, buena parte de los kelsenistas hacen lo mismo. Como Kelsen dijo que quería fundar una ciencia que describiera las normas, no que las justificara so pretexto de cientificidad, entonces estos kelsenistas dicen que la ciencia jurídica no tiene nada que ver con la política. Lo que ocultan es la diferencia entre ciencia y teoría de una ciencia. La *Teoría "pura"* no es una ciencia sino una filosofía política

que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica: quiere quitar a los juristas la posibilidad de incluir, en la *descripción* de las normas, su *justificación*, cosa que es la que hacen principalmente los jusnaturalistas, pero también —según Kelsen— los marxistas y otros totalitarios. O sea que quien es “pura” es la ciencia, no la teoría. Pero en realidad estos pseudokelsenistas utilizan esta idea, tergiversada, para impedir cualquier discusión —“sociologizante”, le dicen— acerca del contenido del derecho. Y, además, quieren hacer creer que no pronunciarse ¡es una actitud no política!

Lo que estos kelsenistas ocultan es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen. Por eso nunca citan los otros trabajos de Kelsen, ni las partes urticantes de la propia *Teoría pura del derecho*.

Sin embargo, también hay que decirlo, desde luego que sí existen los kelsenistas fieles al espíritu del maestro. Los que sí estudian y hablan de esos otros escritos, los que no aceptan que el derecho ni su ciencia puedan ser apolíticos, y que, finalmente, no utilizan dictatorialmente sus puestos en las cátedras que controlan.

Por parte de los marxistas y otros “sociologizantes” la relación es más complicada aún. Por una parte, igual que los jusnaturalistas acusan a Kelsen de “formalismo” a ultranza, y por tanto de despreocupación de la “cuestión social”; sobre esto hay que decir lo mismo: es ignorancia. Pero, además, le acusan de justificar con su formalismo todo Estado, cuando, con su formalismo, Kelsen precisamente hace lo contrario: quitar apoyo a cualquier Estado. Y quizás esto es lo que resulta intragable para el marxismo estatólatra.

Pero, finalmente, lo que este marxismo oculta, o no quiere leer, en Kelsen, es lo mismo: el carácter radicalmente político que le atribuye al derecho, al punto de identificar al Estado con el orden jurídico. Se trata del género de marxistas que ha sostenido siempre el carácter secundario y posterior de la ideología; aquellos para quienes el derecho responde a las excitaciones de la base, lo cual, sin dejar de ser aceptable, oculta el fenómeno del *poder*, que se ejerce, finalmente, a través de la ideología del que está sujeto al poder; a través precisamente de las normas. Por esto, para no perder la especificidad del derecho, del sentido con que éste se dirige a los hombres, Kelsen ha defendido siempre la consideración de la normatividad como *validez*, aun cuando ésta esté condicionada por la *eficacia*.

Lo que este género de marxistas no quiere ver en Kelsen es que es precisamente su teoría, la que politiza el derecho justamente como un marxismo aceptable debería hacerlo: como ideología, como forma ideal

que *hace actuar* según lo quiere la "voluntad" que ha puesto tales y no otros contenidos en las normas. Creo que la de Kelsen es la mejor interpretación, en lo que se refiere al derecho y el Estado, del Marx que buscaba una diferencia entre los procesos económicos y los procesos políticos en aquel celeberrimo pasaje de la base y la superestructura.

Desde luego que Kelsen es uno solo. Pero no puede negarse que, por otra parte, hay varias lecturas de él. Curiosamente, las tres que hemos recordado ocultan, o no leen, el mismo sector de su pensamiento: su filosofía política (que es la que, por cierto, ilumina todo lo demás, como es propio y natural en todo pensamiento). Por razones cuya similitud puede analizarse, estas tres lecturas pasan por alto que la teoría kelseniana pone el fenómeno político, el poder, en el radical inicio de su concepción del derecho: las normas, dice decenas de veces, son el sentido de actos de voluntad, voluntad cuyo objetivo es el control social. Este es el núcleo de su filosofía, y su clave está en el concepto de *voluntad*, todo lo metafísico que se quiera, pero con el cual se expresa el hecho simple, y conocido desde siempre, de que unos hombres dominan a otros, y estos otros se rebelan a veces y otras veces aceptan la dominación.

Los jusnaturalistas dicen que esta dominación *debe ser* "justa". (Puesto que no niegan la legitimidad del Estado que para ellos siempre "debe" tender al bien común). Con lo cual justifican un cierto tipo de orden de dominio: justamente aquel cuyo contenido coincide con la particular concepción del jusnaturalista de que se trate. Así es como se multiplican las concepciones jusnaturalistas: las hay de católicos, de nazis, de empresarios; los militares y los policías actúan siempre según la justicia —dicen ellos, claro—; y todos con algo en común: lo que ellos dicen que es lo justo, *no se discute*. (Si ellos están en el poder, claro). Es decir, está al margen de la política, de la lucha ideológica. Lo que sucede es que están dispuestos a matar a cualquiera que opine lo contrario. Nomás hay que ver cómo "las gastan" cuando tienen el poder, para tener una confirmación de lo mucho que aprecian su justicia.

Lo que Kelsen hace, frente a ello, es *politizar* el contenido de la justicia: lo único justo es que todos tienen el derecho a proponer su concepción de lo justo en la arena política; y el que convenza a más conciudadanos debe disponer del poder mientras mantenga el consenso para su gobierno. Es esta la única manera, piensa Kelsen —y millones pensamos como él— de mantener la paz, de superar los conflictos en-

tre las distintas voluntades que quisieran establecer las normas según las cuales los otros deben regir sus conductas.

Esto, que es la politización radical de la discusión sobre el contenido del derecho, es lo que desespera a los jusnaturalistas.

Frente a ellos, los kelsenistas adoptan una posición relativista, y a primera vista democrática: lo justo y lo bueno, es relativo. Pero del derecho puede haber una teoría que hable de las normas en general, sin tener por ello que pronunciarse acerca de la justeza de su contenido. Lo importante es no pronunciarse sobre los efectos de estas normas de aquí y ahora. Lo cual es una trampa, puesto que no pronunciarse sí es un pronunciamiento. Pero la cuestión no está tanto allí, sino en que se *oponen a quienes sí quieren pronunciarse*. Con un argumento sutil: "eso es otra ciencia, que nada tiene que ver con la ciencia del derecho". Es sutil, porque el argumento dice que hay sólo una ciencia jurídica, por casualidad la que ellos practican. Y, además, sin negar la sociología o que la política pueda ser objeto de estudio, sí niegan un espacio para ello allí donde pueden ejercer algún control sobre qué se debe y qué no se debe estudiar respecto del derecho. Para ellos no hay ciencias jurídicas, sino *la* ciencia jurídica: la que ellos practican y leen en Kelsen. Cualquiera puede comprobarlo: basta con buscar en sus escritos citas del otro Kelsen —de los artículos que publicamos en este libro, por ejemplo—, para comprobar si es o no parcial su lectura. Desde luego, pueden decir que en ellos Kelsen no habla de ciencia jurídica. Sí; es cierto. De *esa* ciencia, no. Pero entonces no hablan de lo mismo que habla Kelsen, para quien el derecho es una técnica social que consiste en normas, que tienen el efecto, en la conducta de los dominados, de hacer que éstos se comporten como quiere el dominador.

Con buena parte de los marxistas ha pasado lo mismo. Les ha quedado oculto el Kelsen que hace precisamente eso que le reclaman: hablar del derecho como espacio político, donde se enfrentan clases sociales, partidos y concepciones del mundo.

Pero hay algo más en este interés por rescatar esos otros escritos, que iluminan de otra manera los libros más conocidos de Kelsen. Y es que se trata de un pensador que habla, y vale la pena escucharlo, del gran tema de nuestro tiempo, del que se ocupan Heidegger y Foucault, Gramsci y Marcuse, Weber y Freud: del destino de nuestra civilización.

Me parece que la pregunta con que finaliza el siglo xx es acerca de las alternativas frente al fracaso de la economía y de la técnica. La

economía prometió la solución del bienestar material, y nunca ha habido tanta hambre como ahora; la técnica prometió el *confort*, y nos dio bombas y contaminación a millones de seres humanos. Y detrás de ellas estaba la ciencia, la razón. Por todas partes, marxistas y no marxistas dijeron que la inteligencia aplicada resolvería los problemas. Bastaba dirigir los procesos económicos —o dejar que se dirigieran solos, según el gusto— para que el futuro prometiera un mundo mejor y para que todo se diera por añadidura. O bastaba dirigir los procesos sociales —la lucha de clases, queríase decir— para que llegara la revolución que liquidaría las clases, la desigualdad, el derecho y el Estado. Sueños. Sueños de la razón.

Al finalizar el siglo xx, la razón retrocede ante la aparición de otros actores que no habían sido tomados en cuenta, por metafísicos, como la voluntad de poder, el inconsciente, el deseo, el mito, conceptos todos de origen irracionalista, pero cuya presencia no puede explicarse sin el fracaso de la ciencia y de la técnica. Todos estos conceptos fueron explorados por Kelsen, aun cuando fuera un racionalista que confiaba en la ciencia. Y no es cierto que no tratara estos temas al final de su vida. Al contrario: tanto lo hizo, que el papel que le adjudicó en su obra póstuma a la voluntad, desilusionó a alguno que condenó a la *Teoría pura* al irracionalismo.

Estos conceptos, oscuros, que hoy ocupan a los filósofos que no son apologetas del mundo capitalista, tienen algo en común: abren el espacio de lo político como el lugar donde se juega el futuro de la humanidad, precisamente por el fracaso de la economía y la revolución que la razón prometió guiar. Ahora parece que ya sabemos que no basta la técnica que planifica ni la "dirección *consciente* del proletariado". Hay algo más, que estuvo siempre allí: el hombre y su voluntad de poder, sus deseos, sus mitos. El hombre al que no le basta la planificación racional porque no es tan racional como se creyó; el hombre al que no le basta que le expliquen la conveniencia de la revolución, al parecer porque no es tan racional como para querer lo que la revolución le ofrece.

En América Latina, la lógica revolucionaria cayó en Bolivia en 1967, aunque fueron necesarios diez años más para su derrota completa. La "lógica" era simple: la situación "objetiva" permitiría que los obreros y campesinos, tan pronto el nuevo intelectual, el guerrillero, les explicara la necesidad de la revolución y les mostrara el camino, seguirían inmediatamente a sus bienhechores hasta la victoria final. Pero no fue así: con excepción de Nicaragua, después de Cuba, no

hubo ninguna victoria final. La razón había fracasado. Y diez años después, la razón económica también nos condujo al rincón contrario del prometido.

Al mismo tiempo, a cambio, aparecieron en nuestro horizonte intelectual nombres que han signado el pensamiento latinoamericano: Foucault y el poder por todas partes; Freud y el deseo, una posibilidad de entender a los torturadores y la adhesión a los caudillos; Gramsci y el "todo es política" y el "no hay solución sin una nueva cultura". Pensadores éstos no necesariamente coetáneos de las derrotas latinoamericanas, pero que adquirirían nueva fuerza en la encrucijada. Todo mientras los Octavio Paz, García Márquez o Vargas Llosa nos mostraban un espejo en el que vimos que la razón, en América Latina, es sólo *una* variable entre muchas otras. Y el viejo Nietzsche apareciéndose burlescamente tras los cuadros de Hegel, sin que terminemos de animarnos a invitarlo a la mesa.

La política en el sentido de Gramsci, el poder por todas partes, el individuo que conserva el secreto final de los procesos sociales, son los temas a los que nos reconduce el fin del siglo xx. Desde luego, no todos piensan así; al contrario; tal vez sólo algunos. Pero, precisamente, de lo que se trata, es del debate. Y en este debate es que es bienvenido Kelsen.

Este otro Kelsen, que nos propone al derecho como espacio y resultado, siempre provisorio, de la política; que propone al derecho como mecanismo de la democracia, antiestatalista, pero sin ingenuidades anarquistas; que nos propone el derecho internacional como posibilidad para la paz, que por ser la única posibilidad no tiene nada de ingenuidad. Este otro Kelsen que desconfía de las computadoras para recordarnos que detrás de cada una de ellas hay un individuo que la maneja, una voluntad que puede o no hacer andar la razón envasada; que nos propone el mito de dios parejo al del Estado; que piensa las normas como un acto de voluntad que da el sentido a la conducta de otros, es decir, como un acto de dominación; que muestra la radical irracionalidad de la interpretación y la aplicación de la ley, que no son sino actos políticos legitimados; que nos propone la *grundnorm* al final, como una ficción que actúa en nuestra conciencia invistiendo a otro de una autoridad que no posee por sí mismo; que nos muestra a todos nosotros nuestro *rol* de órganos del Estado, de cuidadosos vigilantes del cumplimiento de la ley que nos domina; que nos propone al Estado como acto ideológico de "imputación"; que explora la psicología individual de los totalitarismos y su "visión del mundo"; que nos

muestra al derecho subjetivo como técnica de la sociedad capitalista, esto es, al *sujeto* como creación histórica, mucho antes que Foucault. Este otro Kelsen que no leen, o no quieren leer, ni los jusnaturalistas ni algunos kelsenistas ni algunos marxistas, es quien aporta el punto de vista teórico del derecho en este concierto de pensadores que, como Gramsci, Freud o Foucault, proponen la política y el individuo frente a la racionalidad de los procesos sociales que se suponían ineluctables.

En este contexto proponemos estos textos de y sobre Kelsen. Tenemos mucho que agradecer a quienes nos permitieron finalmente ofrecer el libro. Renato Treves nos cedió los derechos de los cuatro artículos que sobre Kelsen aparecieron en *Sociologia del Diritto*. Carlos Cárcova nos envió desde Buenos Aires las traducciones del artículo sobre Freud y sobre el concepto sociológico y jurídico del Estado. Escribimos al Instituto Kelsen de Viena invocando, con su autorización, el nombre de Roberto Vernengo, y el doctor Robert Walter nos remitió los originales de *Dios y Estado* y el artículo sobre Weber, al mismo tiempo que una bibliografía kelseniana de su autoría. El licenciado José María Cajica nos abrió las puertas de su biblioteca personal, donde encontramos la revista *Sociologia del Diritto*, una gran bibliografía de y sobre Kelsen, al mismo tiempo que por su intermedio conocimos a Treves, iniciando así esta búsqueda que no acaba aquí. En fin, lo que hoy —marzo 1988— entregamos a la consideración de alguna editorial, es el fruto de varios años de trabajo, de búsqueda de ese otro Kelsen que no nos mostraron en la Facultad de Derecho, que nos ha costado mucho tiempo descubrir y sobre todo aceptar que no conocíamos, y leerlo sin los prejuicios que aprendimos de los jusnaturalistas, los kelsenistas y los marxistas. Que otros no tengan que recorrer un camino tan largo, sería la mejor retribución de nuestro trabajo.

Óscar CORREAS