

EL OTRO KELSEN

Óscar CORREAS *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los motivos fundamentales*. III. *Una antropología política*. IV. *Formas mentales y concepciones políticas*. V. *El otro Kelsen*.

I. INTRODUCCIÓN

El propio Kelsen parece haberlo querido así. No otro que él mismo propició esta lamentable confusión de su pensamiento con el de un positivismo, apolítico a veces, apologético del Estado burgués otras veces. Porque es justamente en la primera frase del prólogo de 1934 al libro que lo convertiría en el jurista más importante del mundo moderno, cuando escribió lo que, para muchos, constituye el núcleo de su pensamiento. Ese prólogo comienza así:

Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política. . .¹

Con esto, Kelsen se convertía en ese gran jurista, pero también se convertía en un filósofo casi desconocido. De buena o de mala intención —tengo para mí que esto último—, la insistencia de Kelsen en la "pureza" permitió a muchos soslayar el conjunto de su pensamiento, convirtiéndolo en uno de los grandes pero casi desconocidos pensadores políticos del mundo contemporáneo.

En efecto, Kelsen comenzó su libro con esa declaración. Pero, ¿por qué tanta insistencia en crear una ciencia "pura" del derecho? Y en realidad, él mismo lo dice unos renglones más adelante: explicando el porqué de las violentas oposiciones "lindantes con el odio" a su propuesta científica, dice que no puede tratarse de una cuestión me-

* Universidad Autónoma de Puebla.

¹ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho (TPD)*, UNAM, 1982, p. 9.

todológica sobre el *status* de la ciencia jurídica: por el contrario, "se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política. . . de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho. . ." Con poco que se repare en ello, este texto, a sólo pocas líneas más adelante del anterior, por lo tanto tan fundador de su pensamiento como el otro, contesta a la pregunta ¿por qué quiere fundar esa ciencia "pura"? Por una razón claramente política: la ideología jurídica no debe seguir haciendo pasar por ciencia, y por tanto ocultando bajo el prestigio de ésta, lo que no es más que el intento de justificar el poder ejercido por "alguien" que no desea confesar que lo hace. La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación "científica" a cualquier poder.

Y esto también está en las palabras iniciales de Kelsen acerca de su obra. Sin embargo, parece pasar inadvertido para dejar lugar a la idea de que el centro de su pensamiento es "a-político", "metodológico" o "científico".² Me parece que las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que él llamó *Teoría pura del derecho* como una teoría —una filosofía— de ninguna manera "pura", que, por razones políticas, intentó fundar una ciencia pura. Es decir, en este libro, donde se enuncia una teoría mal llamada "pura", lo que verdaderamente podemos encontrar, es una muy profunda, rica, densa, filosofía política, una reflexión acerca del derecho y el poder, y un intento, metodológico-científico, sí, de poner en su lugar a la jurisprudencia, que será así una ciencia que se limite a la descripción del derecho positivo, y que, no por ser tal ciencia del derecho tiene derecho a incluir subrepticamente ninguna justificación de ningún Estado. Dicho de otro modo, lo que resulta "pura" es la ciencia, no la teoría que la funda.

Como no podía, por lo demás, ser de otra forma: la fundación de una ciencia no puede ser "científica": es siempre filosófica. Pretender

² La clásica interpretación de *TPD* me parece bien testimoniada en la presentación de Rolando Tamayo y Salmorán a la versión castellana de la segunda edición: "Si en la primera edición Kelsen formula los resultados de la teoría pura del derecho, en esta segunda edición Kelsen intenta resolver los problemas fundamentales de una teoría general del derecho de acuerdo con los principios de la pureza metódica del conocimiento jurídico tratando de determinar, en un mayor grado de antes, la posición de la ciencia del derecho en el sistema del conocimiento científico. . . En esta nueva edición se revela el intento de Kelsen de no hacer simplemente una tesis más sobre derecho positivo, sino que apunta más a realizar una contribución esencial a la teoría metódica de la ciencia del derecho".

fundar científicamente una ciencia es una petición de principios. Como lo dijo, por lo demás, el propio Kelsen.³ Sólo algunos positivistas verdaderamente apologetas de la sociedad burguesa se han atrevido, sin ningún rubor, a intentar hacer creer que la ciencia no se funda en una filosofía. Y hay un género de "kelsenistas" que también suponen —o quieren hacer creer—, que una ciencia jurídica "pura" no se funda en una *filosofía* del derecho, o que una ciencia "a-política" no es política. Afortunadamente este género de positivistas apologeticos son contestados por otros positivistas no dispuestos a formar en las filas de los panegiristas del poder. Es un lamentable error, que no hace sino conspirar contra una cultura jurídica no apologetica, confundir al positivismo con ciertos positivistas, y a Kelsen con ciertos kelsenistas.

El presente trabajo da por sentado que no es necesario argumentar más el hecho de que toda ciencia se funda en una filosofía. Por lo tanto, pretende explorar en esa filosofía kelseniana que funda la ciencia pura del derecho, de la que Kelsen nunca se ocupó. Porque de lo que realmente se ocupó, no fue de *hacer* ciencia jurídica, sino de fundarla: lo que hizo fue *filosofía política*. Y esto, que parece haber quedado oculto, es "el otro Kelsen": uno de los pensadores contemporáneos más interesantes y sugestivos.

II. LOS MOTIVOS FUNDAMENTALES

Quizás su pensamiento más originario se resume en la idea de que el hombre es un ser que posee cierta "naturaleza humana" inmutable —o "mutable" pero en un futuro incierto— como han pensado desde siempre los filósofos del mundo occidental. Y esto lo convierte en un "jusnaturalista" y un "metafísico", si se quiere. En efecto, si por "jusnaturalismo" y "metafísica" hay que entender la creencia en ciertas características universales que comparten todos los hombres, Kelsen está dentro de este tipo de pensamiento. Pero, en realidad, esta convicción la comparten todos los filósofos, excepto aquellos que "no saben" o "no pueden saber" nada acerca de esencias de las que no tienen experiencia empírica. Sin duda Kelsen no está entre éstos.

Lo que sí es materia disputable entre quienes creen en una "naturaleza humana", es la característica de ella. Las notas o marcas del tal

³ H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, p. VIII: "Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la filosofía".

“naturaleza” han sido vistas de distintas maneras, y es, por lo demás, un tema clásico de la filosofía occidental. Simplificando mucho las cosas, podría decirse que si hay quienes pensaron que el hombre es “bueno” pero la sociedad lo corrompe, y otros que pensaron que el hombre es “malo”, pero que la sociedad, represión mediante, le permite subsistir, Kelsen se encuentra entre estos últimos. Si calificáramos a los primeros de “optimistas” y a los segundos de “pesimistas”, Kelsen estaría entre estos últimos; qué dirían de los otros que pecan de “ingenuidad”.

En la línea de quienes han visto al hombre como un ser “naturalmente” —originariamente— pacífico, ingenuo, amigable, de espíritu comunitario, libre, están sin duda Rousseau, Marx y el cristianismo. Sólo una “caída”, claramente histórica en los dos primeros —aparición de la propiedad en Rousseau y aparición del valor en Marx—, confusamente ahistórica y personal en el caso del cristianismo, hizo que el hombre pasara a un otro estadio donde impera la guerra, la corrupción y la maldad.

En la línea de quienes han pensado al hombre como un ser que, contradictoriamente, no puede subsistir aislado, pero al mismo tiempo no puede convivir sino conflictivamente, está, notoriamente, Hobbes. Y en esta línea hay que inscribir a Kelsen.

Hay un segundo parámetro, simplificador también, que permite ubicar a Kelsen. Están quienes han creído ver para el futuro del hombre una redención, como el cristianismo, Marx o los libertarios anarquistas, y quienes han creído ver que el hombre no tiene otro futuro que el Estado, como Rousseau, Hobbes o Hegel. Kelsen está entre estos últimos: es pesimista y de ninguna manera aceptó nunca la posibilidad de que desapareciera el derecho, o, más en general, la normatividad.

Otro parámetro simplificador es el siguiente: hay quienes han pensado que el Estado es un valor positivo, y quienes lo han visto como negativo, como un mal necesario en el mejor de los casos. Kelsen está entre estos últimos, junto a los anarquistas y los liberales radicales. Y les reprocha a los marxistas ser apologetas del Estado porque proponen que un tipo de Estado, el de la dictadura del proletariado, conducirá a la supresión de todo Estado y a la libertad: apología del Estado y utopía filosófica.

En la línea de Freud, Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza más recóndita incluye pulsiones egoístas, violentas y anticomunitarias. Pero también, en la misma línea, que el hombre puede ser

“educado”, esto es, *reprimido*. Su conducta puede ser “controlada” socialmente, y eso es, precisamente, aquello en que consiste el derecho.

Pero, al mismo tiempo, la libertad, para Kelsen, es el valor humano supremo. Esta exigencia ética, enfrentada contradictoriamente con aquella antropología política fundamental, funda para Kelsen el valor ético-político mayor: la democracia. El hombre quiere ser libre, pero no puede subsistir sin el control social; su única esperanza, entonces, es la tolerancia democrática. Por eso es todo lo contrario de un apologeta del Estado, como se ha querido verlo: es un constante denunciador, un crítico del poder. De *todo* poder. Pero es también todo lo contrario de un ingenuo: siempre será necesario reprimir las pulsiones antisociales originarias, aun cuando se lograran suprimir las infames injusticias del capitalismo. Frente a la violencia y el egoísmo originario, la normatividad; frente al editor de las normas, la democracia.

La democracia, así, se constituye en el valor fundamental. Si la libertad es la aspiración ideal, la democracia es su posibilidad histórica. La conjunción entre naturaleza y valor, entre el originario fondo de la violencia y la exigencia racional de la normatividad. Pero con un detalle: la aspiración libertaria exige que la represión del originario natural tenga características específicamente humanas que no son sino el consenso. No se trata como en la técnica, de que, al favor de la ciencia, pueda torcerse, dominarse, reprimirse, la naturaleza, violentamente si es necesario. Tratándose del hombre, la dominación de su naturaleza debe ser, digamos “racional”; esto es, *consentida*; con la adhesión del dominado. A quienes ejercen el poder, porque siempre hay unos “quienes” aunque a veces no sean tan visibles, Kelsen ha querido quitarles una justificación “científica”: no hay ninguna ciencia, pero mucho menos la que estudia las normas, que pueda justificar el poder. Quien lo ejerza tiene que confesar que el *sentido* dado a las conductas a través del acto de su voluntad que constituye la norma, no tiene ningún asidero natural. Lo más que puede reconocerse es que, “por naturaleza”, es necesario algún sentido, algún contenido normativo. Pero ninguno en especial. Incluso las normas que establecen técnicas democráticas deben ser argumentadas, discutidas y aceptadas. Cuando Kelsen argumenta en favor de la democracia, no lo hace como científico o “puro”, sino como filósofo. Y esto no quiere decir otra cosa que quien da el sentido no debe buscar su justificación sino en el convencimiento del súbdito. Quien tenga el poder, parece decir Kelsen, confiese su arbitrariedad y busque su legitimación en el consenso; jamás en la ciencia o en la naturaleza. Que es

aquello en que consiste la política, agreguemos nosotros: en la disputa del consenso.

Pero, este Kelsen, ¿aparece en sus textos?

III. UNA ANTROPOLOGÍA POLÍTICA

Posiblemente sea una redundancia. Posiblemente ambas palabras dicen lo mismo. Posiblemente no hay filosofía política que no sea antropología ni antropología que no sea política; y seguramente no la hay al margen de una filosofía del derecho. Y Kelsen es el mejor ejemplo de ello.

Tal vez desde sus más tempranos textos, pero seguramente mucho antes de que pensara en esa suerte de resumen de su pensamiento anterior que es la segunda *Teoría pura del derecho*, Kelsen buscó al hombre "originario", sintiéndose fuertemente atraído por la visión del mundo de los pueblos primitivos. La diferencia entre imputación y causalidad, entre naturaleza y sociedad, le pareció siempre que poseía la respuesta a la pregunta fundamental sobre el hombre originario y su posterior desarrollo histórico.

En primer lugar, nunca dudó de que la explicación de la ideología está en las relaciones sociales. Sin embargo, tampoco dudó de que hay ingredientes individuales aun anteriores a la sociedad. No en el sentido de que hubiera habido hombres anteriores a toda sociedad —todos nacen en una sociedad preexistente, o sea en un orden o sistema normativo, dice contra Rousseau—, sino en el sentido de lo que llamó a veces "temores" y "deseos", seguramente con reminiscencias freudianas. La explicación de la normatividad debe ser buscada en la conjunción de sociedad e inconsciente. Veamos algunos textos.

1. *Libertad e igualdad*

Libertà ed eguaglianza, infatti, sono le idee fondamentali della democrazia e i due istinti primitivi dell'uomo come essere sociale, desiderio di libertà e senso di eguaglianza, sono quindi alla base di essa.⁴

⁴ H. Kelsen, "Democrazia e filosofia", en *I fondamenti delle democrazia*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1970, p. 150. (Versión italiana de "Foundations of democracy", en *Ethics*, LXVI, años 1955 y 1956).

A su vez, libertad e igualdad son "reacciones" frente a la coerción insita en toda sociedad:

Si trata prima di tutto, di una reazione alla coercizione insita in ogni specie di realtà sociale, di una protesta contro una volontà estranea cui la propia dovrebbe sottometersi, di una resistenza all'ordine, al disagio creato dall'eteronomia; è la stessa natura che, in cerca di libertà, si ribella alla società (*idem*).

Esta contestación "natural" de todo poder social, hace pie en deseos y temores individuales.

L'uomo sente il peso di una volontà estranea impostagli come ordinamento sociale, volontà che è tanto più insopportabile quanto più la coscienza del proprio valore respinge la pretesa di chiunge altro a rapprasantare e un valore più alto (*idem*).

Es la misma naturaleza la que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad. El peso de la voluntad ajena, impuesto por el orden social, es tanto más abrumador cuanto más intensamente se manifiesta en el hombre la conciencia del propio valer. . .⁵

Hay, por lo tanto, en el origen de lo social, un elemento individual. Una afirmación del yo frente a lo otro que tiene carácter de rechazo de la pretensión de dominarlo.

Quanto più elementare è il suo sentimento verso colui che pretende di essergli superiore, tanto più l'uomo tende a demandarsi: è un uomo come me; siamo equali; da che deriva il suo diritto a dominarmi?⁶

El peso del poder extraño sobre el yo, es tanto más abrumador cuanto más se manifiesta la conciencia del propio valer:

al rechazar la superioridad de los demás, y mientras más profundamente alientan contra el señor o el imperante los sentimientos de los súbditos: "él es un hombre como yo, y todos somos iguales. ¿De dónde emana su derecho a mandarme?"⁷

⁵ H. Kelsen, "Esencia y valor de la democracia", en *idem*, México, Editora Nacional, 1974, p. 15. (Versión castellana del original alemán de 1920.)

⁶ H. K., "Democrazia...", p. 150.

⁷ *Idem*, nota 5.

Desde luego, es totalmente disputable la idea kelseniana de que el sentimiento de igualdad sea un dato "natural". Sólo estamos viendo aquí los fundamentos filosóficos de su pensamiento político, y en última instancia, las razones que lo condujeron a intentar formular una ciencia del derecho "pura".

Entre libertad e igualdad hay una relación de parentesco: "Così l'idea negativa di uguaglianza sostiene l'idea altrettanto negativa di libertà".⁸

Es decir, se trata de ideas "negativas", de resistencia, ancladas en el "espíritu humano":

La importancia inmensa, casi inconcebible, que posee la idea de libertad en la ideología política, solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano, y en aquel instinto primitivo hostil al estado que enfrenta al individuo con la sociedad.⁹

"Sentimientos" e "instintos"; he aquí las palabras usadas por Kelsen a la hora de fundamentar su filosofía política. También los "temores" y los "deseos": "Le idee dell'uomo in relazione a ciò che deve essere e a ciò que debe essere fatto hanno la loro origine, como ho già accenatto, nei suoi desideri e timori".¹⁰

2. La imperfección humana. La maldad

Ahora bien, en estos textos sobre la democracia que hemos repasado, la igualdad y la libertal, aun como *sentimientos* antiestatales, aparecen cargados de un sentido positivo; precisamente porque se trata de fundar la democracia. Pero en otros textos donde la cuestión es otra, donde de lo que se trata es de polemizar contra los totalitarismos, estos datos "primitivos" del hombre, aparecen cargados de sentido negativo; porque en estos casos de lo que se trata es de combatir las *utopías*, que se fundan en la idea del hombre originariamente "bueno":

...la idea del derecho natural presupone evidentemente que tal diferencia de opiniones, es decir, un litigio entre el pretensor y el obli-

⁸ H. K., "Democrazia...", *cit.*, p. 150.

⁹ H. K., "Esencia...", *cit.* p. 18.

¹⁰ H. K., "Democrazia...", *cit.* p. 152.

gado, es cosa excluida; y este supuesto se da bajo la idea de que las partes poseen las condiciones de entendimiento y voluntad exigibles, que son sabias y buenas, y ambas en el mismo grado; en una palabra, que son perfectas... *Precisamente en tal idea y no en ninguna otra cosa es donde reside la esencia de toda utopía.* Si se abandona este supuesto como contradictorio con la experiencia... el abandono de la utopía de los hombres sabios y buenos, significa... un nuevo paso hacia la positividad.¹¹

Y más adelante:

Esta posibilidad de una contradicción del grado individual de la ordenación jurídica con el grado general, igualmente fatal cuando se trata de la realización del derecho positivo como del derecho natural, encuentra su razón ineliminable en la insuficiencia del hombre, que puede ser equivocado y malo (p. 39).

Pero es principalmente en su crítica a la utopía marxista de la desaparición del Estado, donde Kelsen muestra el lado negativo de la naturaleza humana.

... esta ceguera de una teoría social, que ve todo únicamente en la pantalla gris de lo económico, consiste en el hecho de que, para explicar las relaciones externas, no recurre a la naturaleza espiritual del hombre, sino por el contrario, hace responsable a las relaciones externas y a las relaciones de producción de la inadaptación de esta naturaleza. El capitalismo malvado hace malo al hombre, lo vuelve delincuente, una persona socialmente dañina; esto es lo que enseña el marxismo. Sólo que tal vez, el capitalismo sólo es posible porque este sistema reprobable de explotación corresponde sin embargo en cierto modo a la naturaleza del hombre, porque existe en el hombre un impulso irresistible a hacer que los demás trabajen para uno, o más bien, en términos generales, a utilizar a los demás hombres como medio para los propios fines... La confianza de una comunidad solidaria, en la que todos tienen *una sola* y, en consecuencia, *buena* voluntad, se basa o en el desconocimiento de la naturaleza humana o en la confianza en la posibilidad de su cambio radical.¹²

¹¹ H. Kelsen, "La idea del derecho natural", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Editora Nacional, 1974, p. 37.

¹² H. Kelsen, *Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI Editores, 1982, p. 275.

Y sobre la posibilidad de un cambio en la naturaleza humana, en la nota 102 de la página siguiente dice:

No se puede afirmar por cierto que la naturaleza humana sea simplemente inmutable. Pero nadie puede decir de qué manera se transformará... Y por esta razón —si no se quiere caer en fantasías utopistas— es necesario contar, por el momento, con la naturaleza humana que conocemos. Debe aceptarse ciertamente que la criminalidad *actual* que en gran parte —¡aunque no del todo!— se deriva de la necesidad económica, desaparecerá en una sociedad comunista. Pero ante un “ordenamiento social fundamentalmente distinto...” (cita aquí palabras de Max Adler, O. C.) surgirá precisamente una “criminalidad” completamente distinta, prescindiendo completamente del hecho de que la causa de numerosos delitos se encuentra en circunstancias que ni siquiera el ordenamiento comunista eliminará, como por ejemplo, los delitos de celos, de ambición, los delitos con fondo sexual, etc... Yo sólo digo que una realización a-estatal del socialismo es imposible si se toma en cuenta la naturaleza humana que conocemos, y no he dicho ninguna palabra que ponga en duda la posibilidad de la teoría económica del socialismo. Es más, creo directamente que sólo se le presta un buen servicio al socialismo cuando se lo libra de la esperanza utopista de una sociedad anarquista-solidaria, en la que todos los hombres sean un pueblo de hermanos.

Ahora, en la crítica del marxismo, el instinto natural de libertad y afirmación del yo aparece como la cuestión de la propiedad:

Es ciertamente una miopía presumir... que el instinto de propiedad ha sido producido *artificialmente* por el ordenamiento económico capitalista. En este caso se trata seguramente de un instinto elemental del hombre, y no de una consecuencia, sino por el contrario de una condición previa, de un fundamento espiritual del ordenamiento económico capitalista. Esto no puede ser de hecho una justificación de la propiedad privada o directamente del ordenamiento económico del capitalismo.¹³

Y seguidamente, una idea más general: sólo la coerción puede zanjar la oposición entre individuo y sociedad:

¹³ H. K., *Socialismo y Estado*, cit. p. 301.

Todas las civilizaciones progresan sólo en la lucha, en la remoción o limitación de los instintos humanos. Pero este reconocimiento hace inevitable la conclusión de que sólo un ordenamiento *constructivo* hace posible una condición social en la que hay poca cabida para un instinto original del hombre... (*idem*).

3. La búsqueda de la felicidad

Como se ve, en los textos en que defiende la democracia, el hombre natural tiende a la libertad, mientras que en aquellos en que ataca los totalitarismos, el hombre natural es "malo" en el origen. Pero en ambos casos, está enfrentado al Estado, esto es, a la coerción generada por la sociedad. En ambos casos, el individuo se opone a la sociedad como yo frente al otro social. Sólo que en el primer caso para fundar la democracia y en el otro para fundar la coerción social. Aunque con poco que se piense, en ambos casos se trata de la coerción que permite la vida social. Y esto, porque en el hombre el "... anhelo de justicia es el eterno anhelo humano por la felicidad, la felicidad que el hombre aislado no puede hallar y que por eso la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social".¹⁴

He aquí otro dato natural que funda al Estado:

Resulta evidente que no puede haber un orden "justo" mientras el concepto de felicidad sea entendido en su sentido original restringido de felicidad individual, cualquiera sea el modo como la conciba el individuo. Porque entonces se hace inevitable que la felicidad de uno pueda, en algún momento, ser incompatible con la de otro... La felicidad que un orden social puede asegurar, sólo puede ser felicidad en el sentido colectivo... (*idem*).

Este dato natural "felicidad", que sólo puede alcanzarse socialmente, aparece en los textos sobre la democracia, como el problema de que para seguir siendo libres e iguales, es necesario un Estado: "Del supuesto de nuestra igualdad —ideal— puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie. Pero la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno".¹⁵

¹⁴ H. Kelsen, "La justicia platónica", en *La idea...*, *cit.* p. 210.

¹⁵ H. K., "Esencia...", *cit.* p. 16.

4. *La democracia*

Ahora bien, este dominio necesario debe tener ciertas características para que pueda decirse de él que es conforme a la naturaleza humana, conforme con el anhelo de felicidad, que sólo se consigue en sociedad, pero a la vez conforme con el anhelo de libertad. A desarrollar esta idea está dedicado el texto denominado "Esencia y valor de la democracia", que con reminiscencias hegelianas y marxistas, constituye uno de los más bellos y contundentes panegíricos de la democracia moderna.¹⁶

Y digo que con reminiscencias hegelianas y marxistas, porque el tipo de razonamiento es típicamente dialéctico.

1º El paso de la libertad natural a la libertad política

Si la sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio . . . y por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en la libertad social y política (p. 16).

Al mismo tiempo, hace aparecer aquí la diferencia entre naturaleza y sociedad, que es otro de los motivos fundamentales de su pensamiento filosófico:

A la *ley de causalidad* se contraponen la *norma*. Desde el punto de vista de la Naturaleza, y en un sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la sociedad, la negación de las leyes naturales. El "retorno a la naturaleza" (o la "libertad natural") sólo significa ruptura de los vínculos sociales, mientras que el acceso a la Sociedad (o sea a la libertad social) significa ruptura con las leyes naturales (p.17).

El paso de lo natural a lo social es mostrado también como una *desnaturalización*:

El paso de la formación germánica a la llamada idea clásica del problema de la libertad es sólo el primer peldaño de aquel inevitable proceso de transformación, de aquella desnaturalización a que está

¹⁶ *Idem.*

sujeto el instinto primitivo de libertad en el camino que recorre la conciencia humana desde el estado de naturaleza al estado de orden político coactivo (p. 18).

2º De la libertad política —autogobierno—, al gobierno de la mayoría

La libertad natural, trastocada en libertad política, significa el autogobierno. La idea de la libertad

...solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al estado que enfrenta al individuo con la sociedad. Y sin embargo, este pensamiento de libertad, por un fenómeno casi misterioso de autogestión se trueca en el mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro de la sociedad. La libertad de la *anarquía* se transforma en libertad de la *democracia* (p. 18).

Esta *posición* del individuo en la sociedad es la posición de quien se autogobierna. Ello implicaría entonces la *unanimidad*; pero como ello no es posible "dada la comprobada diversidad de los intereses", entonces resulta que el autogobierno se trueca, en este viaje de la idealidad a la realidad, de la naturaleza al Estado, en gobierno de la mayoría. El orden, creado por unanimidad, es regentado por mayoría.

En cuanto la democracia, inspirándose, al menos hipotéticamente, en la idea de la libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad, viene a conformarse con una mera aproximación a la idea original. Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interpreta como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la voluntad de la mayoría (p. 21).

Así es como el principio del gobierno de las mayorías se deriva de la libertad y no de la igualdad:

La sola idea de que, si no todos, sean libres el mayor número posible de hombres, es decir, el menor número de ellos tenga una voluntad opuesta a la voluntad general del orden social, conduce, de un modo lógico, al principio de la mayoría (p. 23).

3º Del gobierno de la mayoría a la desaparición del individuo

La transformación del concepto de libertad, pasando de ser representativo de la no sumisión del individuo a la autoridad del Estado, a concebirse como una cooperación del individuo en ésta, refleja el tránsito del liberalismo a la democracia (p. 24).

Ya estamos en la democracia, que consistiría en la participación del dominio en la dominación. Sin embargo, existe una "inevitable discrepancia entre la voluntad individual" y el Estado, cuya "voluntad" prevalece, aun en la democracia, sobre la primera. La democracia, así, es compatible incluso con el total aniquilamiento de la libertad individual (p. 24).

Esta desaparición del individuo corre pareja con la despersonalización del poder.

La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático. La personificación del Estado... tiene también, sin duda, su raíz en esta ideología de la democracia (p. 26).

La libertad del individuo, trastocada en libertad del ciudadano, desaparece tras la idea de la libertad del Estado, de la colectividad, por una suerte de desenvolvimiento "automático" que este concepto —libertad— "recorre a impulso de su lógica inmanente" (p. 27). Éste es el último grado en la metamorfosis de la idea de libertad: "el lugar de la libertad del individuo es ocupado por la soberanía del pueblo" (p. 27).

Obsérvese en lo dicho hasta aquí, que para Kelsen, panegirista de la democracia, en un escrito tendiente a fundarla y defenderla, de todos modos resulta la democracia una "desnaturalización" y una forma de subrayar la libertad del hombre. No hay ni una gota de concesión: el Estado, aun el democrático, es lo contrario al anhelo natural de libertad. Aunque sea necesario para convivencia. Será necesario; pero es un mal.

4º Del pueblo a los partidos

El pueblo, que ha ocupado ahora el lugar de la libertad, tampoco existe como unidad. Por lo tanto, el Estado nunca puede hablar por

el pueblo. Porque éste sólo existe como conjunto de individuos, pero son todos los miembros del pueblo los que participan en la formación de la voluntad estatal. Los niños, los ancianos, los enfermos, y antes las mujeres como aun antes los esclavos, no tienen participación. Esta es la primera metamorfosis de la idea de pueblo.

La segunda consiste en que los ciudadanos están agrupados en sectores y clases enfrentados entre sí por intereses de distinta naturaleza. Y si esto es así, la única manera de que "el pueblo" pueda participar en la formación de la voluntad del Estado, es su distribución en partidos políticos. Y aquí Kelsen se enfrasca en una prolongada defensa de los partidos políticos, contra otros teóricos que, por lo visto, entonces eran los mismos de ahora: los defensores de las formas corporativas de gestión. Se adivina aquí su lucha contra el marxismo, y sus argumentos son los mismos que defendemos los demócratas latinoamericanos contra nuestros sempiternos fascistas.

En este punto, vale la pena detenerse para analizar un texto que, junto con tantísimos otros, abonan la hipótesis de este trabajo: la teoría pura del derecho es una filosofía política y no un rechazo de la política. Dice Kelsen:

Triepel ha reprochado en ocasiones a mi *Reine Rechtslehre* (Doctrina del derecho puro) su formalismo, contraponiendo a ella una doctrina de derecho estatal, "más acomodada a la vida" que se propone "relacionar intimamente las normas de derecho estatal con las fuerzas políticas" que las crean y elaboran... (p. 41).¹⁷

Este párrafo termina así: "...semejante método pretende aislar el derecho político de la política..."

Obsérvese: Kelsen dice que quienes quieren aislar el derecho de lo político son sus adversarios; no él. Y sus adversarios son los nazis —pero también los marxistas, a quienes, en esta cuestión, Kelsen identifica con aquéllos— que sostienen lo que para Kelsen es *jusnaturalismo*. ¿Por qué lo dice? Es fácil verlo, si se tiene buena voluntad; los jusnaturalistas dicen que es derecho sólo el que responde a alguna forma de esencia que se propone como justa. Así los nazis, para quienes es justo lo que se compagina con la raza, el espíritu del pueblo, etcétera. Este jusnaturalismo enfrenta a la teoría pura que dice que

¹⁷ Sin ánimo de provocar: si no hubiéramos dicho que aquí Kelsen está peleando contra el nazismo, si no apareciera en la cita el nombre de su contrincante teórico ¿no parecería éste un reproche a Kelsen proveniente de cierto marxismo?

cualquier contenido puede ser derecho. Esto es calificado de "formalismo". Y se enfrenta a esto una ideología según la cual el derecho debe "acomodarse a la vida". Pero "la vida" —o cualquier otra cosa— resulta ser lo que *algunos* dicen que debe ser. Y eso que, subjetivamente, califican como justo, lo elevan a categoría absoluta que *no se puede discutir*. Es decir, ¡expulsan la política de la discusión sobre el derecho! ¿Por qué la expulsan? Por eso: por sustraer el derecho a la discusión política, donde lo que vale es el convencer a los otros de que lo que proponemos es justo. En cambio los jusnaturalistas no aceptan esa discusión, puesto que lo justo ha sido previamente sustraído y colocado como absoluto. Sólo una teoría "pura" permite discutir, políticamente, el contenido del derecho. Precisamente porque separan la forma del contenido. Claro está, esa discusión no será "científica" según Kelsen; esa discusión será *política-ética*, filosófica. Kelsen parece decir: salgámonos del campo de la ciencia. Pongámonos, todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política: confrontemos nuestras ideas de justicia, todas las cuales tienen el mismo derecho a existir, y ganemos el consenso de nuestros conciudadanos. Y respetemos el resultado. Eso *se llama democracia*.

La teoría pura del derecho es una defensa de la democracia. ¿Hay algo más "político" que eso? Lo dice Kelsen, en la misma página:

Temo que la doctrina del derecho estatal de Triepel... padece de un formalismo mucho más distanciado de la vida que la doctrina del derecho puro, pues ésta sólo pretende ser una teoría del derecho positivo, y seguramente será siendo útil aun cuando adopte un contenido no ajustado a criterios teóricos. Precisamente lo que motiva su "pureza" es que prefiere ser tachada de formalista —aunque inmerecidamente y sin que Triepel justifique ese reproche—, antes de consentir en ceñirse a una "vida" que le sea políticamente simpática y de tratar de poner las normas del derecho estatal en estrecha concordancia solamente con aquellas "fuerzas políticas" que subjetivamente considere estimable (p. 41).

5º De los partidos políticos al principio de la mayoría

Los partidos políticos actúan en un parlamento, que es el encargado de decir la voluntad estatal. Pero como el Parlamento lo forman los diputados de los partidos, la manera de formar esa voluntad, más cercana a la idea de la participación del gobernado, es el respeto al principio según el cual la voluntad del Parlamento está formada por la

opinión de las mayorías. El parlamentarismo es una *técnica* social, la que más aproximadamente, cree Kelsen, pero también todos los demócratas del mundo, respetan el anhelo natural de libertad.

Ha sido un viaje, éste, desde la naturaleza humana hasta una *técnica* social —eso es el derecho, una *técnica* social— que permite la mejor manera de convivir políticamente de acuerdo con esa naturaleza humana. Se trata, pues, de una fundamentación jusnaturalista de la democracia. Jusnaturalista en el sentido de que la democracia es un *contenido* de normas ajustado, “lo más posible”, a la naturaleza humana. Y esto no es otra cosa que *filosofía política*, o, tal vez, como dijimos al principio, una *antropología política*.

IV. FORMAS MENTALES Y CONCEPCIONES POLÍTICAS

En su defensa de la democracia, Kelsen ha llegado aún más lejos hurgando en lo más recóndito del alma humana, por más que eso pueda causar escozor a algunos kelsenistas que quisieran verlo únicamente hablar de la estructura de la norma jurídica. En estos escritos, Kelsen está siempre luchando, desde su trinchera de filósofo, jurista y sociólogo, contra sus jurados enemigos: los nazis. (Aunque, habrá siempre que repetirlo, Kelsen equipara con los nazis, a los que hoy llamamos stalinistas, y que él llama marxistas-leninistas o comunistas).

En esta búsqueda de explicar y combatir el totalitarismo, se encuentran textos ciertamente extremos.

Estas dos nociones (se refiere a dos nociones griegas: *psykhe* y *thymos*, O. C.) son los productos de dos tendencias diferentes del espíritu humano... la tendencia intelectualista y racional que se manifiesta en el pensamiento cognitivo por una parte, y por la otra, el componente emocional que tiene su fuente en la voluntad y en la vida afectiva.¹⁸

Ni más ni menos: hay un espíritu que tiene tendencias dispares; una produce el conocimiento, la otra la “emoción”. Pero hay más:

La primera de estas tendencias desemboca en la noción de un mundo exterior enteramente independiente de nuestros deseos y temores, de una naturaleza regida solamente por las leyes de la causalidad objetiva (*idem*).

¹⁸ H. Kelsen, “El alma y el derecho”, en este mismo volumen.

Ésta es la "tendencia" a la ciencia; la tendencia racional. Pero también, como veremos, la "democrática".

Por el contrario, la otra tendencia engendra un conjunto de nociones cuya verdadera función no es de ningún modo la de dar una explicación del mundo ni la de satisfacer nuestra curiosidad científica, sino que cumplen un papel muy diferente; esta tendencia engendra la representación de lo que, por un lado, es útil y deseable, pero que por el otro es nocivo y terrible. . . de lo que es moralmente bueno o malo (*idem*).

En esta "tendencia" intentará Kelsen buscar la explicación de la existencia de esos insólitos personajes que son los jusnaturalistas, los totalitarios, los amantes de los caudillos, de las insignias, de los sumos sacerdotes. Para Kelsen, la democracia es razón y el nazismo emoción.

Mientras que la tendencia racionalista del espíritu alcanza a la noción de la naturaleza regida por la ley de la causalidad, la tendencia emocional produce por su parte la noción de una naturaleza regida por leyes morales o normas (*idem*).

Una sociedad regida por normas es la fuente originaria del jusnaturalismo que ve en la naturaleza la fuente de las normas. Y después de todo, quienes ven en la raza la fuente de la justicia, ¿no buscan las normas en la naturaleza?

Kelsen tilda de primitivas estas concepciones surgidas de la emotividad; primitivas en el sentido de ser propias del hombre primitivo. Y ve como progreso el desarrollo histórico de la otra tendencia. (En esto Kelsen es muy europeocentrista, aunque por otra parte, con reminiscencias de Nietzsche, combate las ideas del orden y la razón occidental.) Pero, ve también que

la tendencia ya desarrollada hacia el conocimiento racional del universo es todavía hoy, en el hombre medio de la civilización moderna, mucho más débil que la tendencia afectiva que le empuja a establecer juicios de valor, a buscar en los intereses colectivos la justificación de sus intereses individuales (*idem*).

Siempre presente el defensor de la libertad individual, califica de primitivismo la búsqueda de la supremacía de lo colectivo sobre lo

personal. Y este primitivismo, aún hoy campeante, es lo que permite la existencia de los totalitarismos contemporáneos.

Estas dictaduras contemporáneas pueden existir porque hay un tipo de hombres que tienen cierto "carácter" que los hace amar la autocracia.

La radical desigualdad entre quien dirige y los que son dirigidos, es el supuesto apriorístico de esta forma de Estado (se refiere a la autocracia, O. C.) que corresponde, en el sentido caracterológico, al tipo de personas que posee una muy acentuada conciencia de sí misma.¹⁹

En cambio, el carácter del hombre que ama la democracia, es el de

aquella persona en quien la experiencia de sí mismo no es tan fundamental ni tan rotundamente diferente de las demás experiencias, las experiencias de los demás... Es el tipo de personalidad... el tipo de hombre que, al mirar hacia el otro, oye una voz dentro de sí que le dice: ése eres tú... experimenta al otro... como un igual y un amigo, y no se siente único, sin comparación y sin igual (*idem*).

Ya vimos antes cómo la democracia nace de ver en el otro al igual. En cambio, la dictadura nace de "La incapacidad o el rechazo del reconocimiento del tú, como semejante al yo originariamente experimentado" (*idem*).

Para esta personalidad "tampoco pueden la libertad y la paz figurar como valores políticos para ella, por su poderosa tendencia a la agresión y su intenso afán de poder" (*idem*).

Bien; pero ésa es la personalidad del que manda. Ahora ¿cuál es la del que ama ser mandado?

Una de las formas características de potenciar la conciencia de sí mismo es que el sujeto se identifique con su super ego o ego ideal, y que el dictador revestido de poder irrestricto represente para él el ego ideal. No se trata en modo alguno de una contradicción y —psicológicamente hablando— no es sino lógico que precisamente este tipo de persona sea la más ávida de una estricta disciplina y una obediencia ciega, y que encuentre su felicidad tanto en obedecer órdenes como en darlas (*idem*).

¹⁹ H. Kelsen, "Forma de Estado y visión del mundo", en este mismo volumen.

Nuevamente las tendencias originarias de la racionalidad y la emotividad desbordada.

En la autocracia no hay oposición tolerable; en ella no hay discusión ni solución de compromiso, sino decretos... el primado del querer sobre el conocer tiene como consecuencia que sólo lo que es bueno puede darse por verdadero; pero nadie, sino la autoridad del Estado decide lo que es bueno (*idem*).

Por el contrario, la democracia es racionalidad:

El principio vital de toda democracia, por lo tanto, no es, como se ha supuesto a veces, la libertad económica del liberalismo, porque puede darse tanto en una democracia socialista como en una liberal, sino más bien la libertad religiosa y de conciencia, el principio de tolerancia y, más especialmente, la libertad de la ciencia, conjugada con la creencia en su posible objetividad (*idem*).

Por eso, por su racionalidad, la democracia se basa en el derecho:

...el racionalismo de la democracia se muestra con particular claridad en el empeño por establecer el orden gubernamental como un sistema de normas generales preferentemente secretas (*ibidem*).

No en vano la primera rebelión democrática de que tenemos conocimiento en el mundo occidental, que terminó precisamente con las leyes de Solón, tuvo como objetivo escribir y publicar las normas que anteriormente eran secretas y estaban en el exclusivo conocimiento de los nobles. En cambio, la autocracia abomina el derecho que coarta su arbitrariedad.

La autocracia desdeña tales racionalizaciones del orden común. Evita siempre que puede el vínculo entre el gobernante y sus asistentes. El acto concreto del Estado se considera no como la ejecución previamente calculada de una ley que ya lo tenía previsto, sino como la creación libre e intuitiva del gobernante. Una de las máximas fundamentales de la autocracia es garantizar el aparato gubernamental... la más amplia libertad de discreción... Si llegan a promulgarse leyes, el gobernante posee la prerrogativa ilimitada de hacer todas las excepciones que le parezca... (*ibidem*).

No deja Kelsen de llamar la atención acerca de un tema de gran actualidad en el pensamiento político, como es la observación de que el poder se rodea de elementos místicos e irracionales, que han dado en llamarse hoy "el imaginario social".²⁰ Es sobre todo la dictadura la que recurre a tales formas de manipulación.

Generalmente, en la democracia, el trasfondo racionalista y crítico está vinculado a una cierta hostilidad, o desagrado, por la ideología, mientras que la autocracia pone el mayor empeño en rodearse de ideologías místico-religiosas particulares, y de hecho actúa con mucho más severidad contra los intentos de intromisión con estas ideas, soporte de poder, que contra los ataques a sus intereses inmediatos de gobierno. La batalla en la que la democracia se impone a la autocracia es, en gran medida, dirigida por el llamamiento a la razón crítica como tribunal supremo contra las ideologías que apelan a las fuerzas irracionales del alma humana (*ibidem*).

Piénsese, en efecto, en esos boatos que nos parecen tan ridículos a los demócratas, como el casi patológico gusto por las insignias de diseños estafalarios, por cierto color de camisas, tan propios de nuestros fascistas criollos; o en el insoportable uniforme de los militares que atrae tanto a ciertos caracteres; o el ridículo disfraz de obispos y cardenales que es tan insólitamente imponente para algunos; ¿cómo no recordar a este Kelsen que, antes que Foucault y Lacanes destacó que sin tener en cuenta estas recónditas hoquedades del espíritu humano, no habría ninguna explicación para el amor al poder?

Esta dicotomía originaria entre ciencia y ética, tendencia cognitiva y tendencia emocional, democracia y totalitarismo, relativismo y metafísica, aparece también como la cuestión de la concepción del individuo frente a la masa. Kelsen rechaza toda forma de hipótesis consistente en atribuir algo así como un "alma" a las masas, y recurre a Freud para explicar los fenómenos de caudillaje en los que, como acabamos de ver, encuentra bases para el desarrollo del totalitarismo. Nuevamente combate a quienes, a través de estas hipótesis, en el fondo, no hacen sino justificar estas formas de poder antidemocráticas.

...el análisis psicológico de Freud ha suministrado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus ele-

²⁰ Véase Enrique Mari, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", en *Doxa*, nº 3, pp. 93 y ss.

mentos psicológicos individuales las hipótesis revestidas con toda la magia de las palabras antiguas, Dios, la sociedad y el Estado.²¹

Lo que Kelsen defiende es la inexistencia de poderes por encima del hombre, tales como Dios, la sociedad o el Estado. Éstas no son otra cosa que creaciones humanas, de esta parte irracional y emotiva del alma, que tan bien manipulan los dominadores. Pero la razón, la ciencia, la democracia, pueden combatir eficazmente estos mitos alienadores de la libertad humana.

Y quienes postulan la existencia de "masas" por encima o más allá de los individuos contribuyen a fomentar estas ideologías místico-religiosas.

No es que haya grupos o clases sociales. Sólo que no son entidades; entidades son sólo los individuos. Y si el individuo llega a disolverse en la masa, al punto de gritar o aplaudir desafortadamente a un conductor carismático, que puede no ser otra cosa que un dictador y un asesino, es porque algo en el individuo, en su naturaleza recóndita, lo ha llevado a ese estado de exaltación o locura. Conocer el mecanismo es, pues, una forma de evitar la repetición de tales procesos políticos que luego los individuos son los primeros en lamentar.

Y aquí aparece Freud en el horizonte intelectual de Kelsen, mucho más allá del limitado círculo de pureza en que se mueven la mayoría de los kelsenistas. La autoridad del padre es un dato *natural*. El hombre es, originariamente, un animal de horda, con esta tendencia a la aceptación de un jefe. Pero esta aceptación de un padre tiene su origen en la sustitución que el psicoanálisis "ha comprobado", dice Kelsen, haciendo fe de las propuestas freudianas, de las tendencias sexuales por otro ideal del yo. Una masa es un conjunto de individuos que han sustituido a su ideal del yo por el ideal de la masa, personificado por el conductor, y por consiguiente se han identificado entre sí (*ibidem*). Esta "masificación" es calificada de regreso al primitivismo, mientras que lo democrático sería, conforme a lo que hemos visto antes, una "desnaturalización", ahora en el sentido de una progresiva racionalización, que permitiría pensar en un futuro sin caudillos.

²¹ H. Kelsen, "El concepto de Estado y la psicología social. Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud", en este mismo volumen.

V. EL OTRO KELSEN

El repaso de estos textos nos muestra una larga vida dedicada a defender la democracia, a fundarla filosóficamente en una concepción del hombre, a disipar las brumas místicas de donde proceden los fetiches religiosos y políticos. Aparece así una faceta de Kelsen que no es, de ninguna manera, la escolar.

Este Kelsen —o esta lectura de Kelsen, si se quiere—, revela a un filósofo, un politólogo, y también a un espíritu político, es decir, alguien que está en la lucha por el triunfo o la hegemonía de ciertas ideas. Kelsen está en la lucha por la democracia en contra de los totalitarismos contemporáneos.

Si esto es así, enfrentados a la lectura de su libro más conocido, *Teoría pura del derecho*, podemos aceptar dos posiciones: 1) leerlo como un texto "científico" o "metodológico", que forma parte de otra faceta que no es la del Kelsen politólogo, sino la del profesor-científico-jurista; 2) leerlo como un escrito más del filósofo político, defensor de la democracia. Ambas lecturas son posibles. Y seguramente quienes optan por una rehazan la otra como "tergiversación". Creo que la primera es la lectura escolar; la lectura tradicional. Aunque hay distintas tradiciones. Para los kelsenistas —algunos al menos—, este libro es un ensayo científico-metodológico siempre perfectible (por ellos). Para los jusnaturalistas es un ensayo científico pero equivocado, por fundarse en una filosofía reprobable. Y para los marxistas es el ensayo de fundar una ciencia "formal" que desatiende los problemas sociológicos. Me parece posible afirmar que las tres tradiciones, en alguna de las cuales nos hemos formado todos, propone una lectura parcial de Kelsen. Me parece perfectamente sostenible que la *Teoría pura del derecho* es un texto que debe leerse como siendo la segunda parte del pensamiento de su autor. La primera parte es su pensamiento filosófico-político, que hemos recordado someramente en este ensayo. La segunda parte es la consecuencia de la primera: *Teoría pura del derecho* es un libro de filosofía política, que por razones políticas funda una ciencia "pura", es decir, reducida a describir normas y no a opinar si son o no justas.

Desde luego que me doy cuenta de las objeciones que pueden hacerse a este planteo. Por ejemplo, alguien podría decir que las preocupaciones del Kelsen político son las de su juventud. Podría hablarse de un "primer Kelsen", algo así como del "joven Marx". Y podría

decirse que el científico, en la plenitud de su pensamiento, ya no regresó a aquellas primeras preocupaciones.

Me parece que esa objeción es desmentida por los mismos escritos kelsenianos. Pero supongamos que pueda decirse que el último Kelsen no reproducía ya al primero. Por ejemplo, al final de su vida, Kelsen escribió: "Si hoy pudiera empezar desde el principio, estudiaría, antes que cualquier otra cosa, lógica matemática".²² ¿Acaso hay algo más alejado de la política que la lógica? El último Kelsen murió estudiando lógica, al parecer. ¿Qué es lo que lo condujo hasta allí, después de haber criticado tan brillantemente a Max Weber, combatido a los nazis, explorado el psicoanálisis, la antropología, Platón y Aristóteles, denunciado a Dios y a la teología? Vale la pena detenerse en este problema.

Lo que lo condujo hasta allí fue sin duda el ruido que venía haciendo la lógica jurídica desde hacía un tiempo. Pero, ¿qué vio Kelsen que le preocupara tanto? Lo que tanto le preocupa es el tipo de consecuencias que surgen de la pretensión de los lógicos de aplicar la lógica al derecho.

Mario Losano narra, con mucha precisión y claridad, la cuestión.²³ Kelsen dialoga epistolarmente con su colega Ulrich Klug. La pregunta: ¿Pueden aplicarse las reglas de la lógica al derecho? Klug, desde luego durante varios años de relación epistolar, intenta convencerlo de que sí. Pero no lo consigue. Porque para Kelsen las normas son producto de actos de voluntad y, en último término, son *arbitrarias*; dependen; en su contenido, de quien posea el poder. Y esto aun en el caso de las decisiones judiciales, que es lo que tienen en la mira esta discusión, tanto Kelsen como Klug. Como lo explica Losano:

Para Kelsen la decisión judicial basada en la analogía no es deducción sino establecimiento de nuevo derecho²⁴. . . al derecho no se aplican ni el principio de no contradicción, ni las reglas de inferencia; el razonamiento por analogía y el *argumentum a maiore ad minus* no son los instrumentos propios de una lógica específicamente

²² Citado por Mario G. Losano en "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo", en *Doxa*, nº 2, p. 55 y ss. (La frase de Kelsen en p. 66).

²³ Véase el artículo citado anteriormente, que, traducido al castellano por *Doxa*, es el prólogo de Losano a la edición italiana de *Teoría general de las normas*.

²⁴ Aquí Losano cita "Derecho y lógica", que es un escrito posterior a *Teoría pura del derecho*. Pero esta doctrina es anterior. Está en el párrafo 35-g en el subtema titulado "El carácter constitutivo de la sentencia judicial" del libro "metodológico" (*TPD*, p. 246).

jurídica, sino únicamente biombos tras los que se ocultan actos de voluntad del juez.²⁵

En efecto, desde siempre Kelsen ha sostenido que las normas son productos de la voluntad de poder de "alguien", que no se muestra, y que incluso el derecho contribuye a ocultar. Pero Losano dice que las "últimas concepciones kelsenianas sitúan la noción de voluntad en el centro de la teoría pura del derecho" (*idem*). En realidad ¡siempre ha sido así!

En la discusión con Klug, éste le hace a Kelsen un argumento imbatible: tan es posible aplicar la lógica al derecho, que es lo que se hace en la informática jurídica:

En esta aplicación mecánica del derecho se programa como premisas oraciones generales de deber ser (normas generales). Tras la introducción de los datos del caso concreto, la máquina proporciona la oración de deber ser dirigida al individuo (norma individual) (*ibidem*, p. 65).

Y Kelsen, tozuda pero genialmente, contesta:

...sobre el caso citado por usted del empleo de ordenadores para la aplicación del derecho quisiera observar que la construcción del ordenador parte evidentemente del presupuesto de que los principios de la lógica de proposiciones son aplicables a las normas de derecho positivo. Este presupuesto carece de fundamento. En todo caso, aun admitiéndolo, el ordenador no proporciona la norma individual, vinculante para las partes, sino que se limita a decir al órgano competente para la edicción de esta norma cual es la norma conforme a la norma general. Si, por algún motivo, este órgano no dicta —con un acto de voluntad, cuyo sentido es esta norma— la "norma" indicado por el ordenador, ésta no es válida, ni su validez vinculante para las partes puede obtenerse con su razonamiento lógico o con la simple actividad del ordenador (*ibidem*, p. 66).

Éste es el Kelsen de siempre. Tan luego a él venirle con eso. A él, que denunció desde siempre que detrás de una norma siempre hay una voluntad de poder, ¡querer ahora ocultarle el poder detrás de una máquina!

²⁵ M. G. Losano, *op. cit.*, p. 68.

Y obsérvese que el argumento de la informática es irrefutable: si la máquina *lo hace*, ¿cómo negar que la lógica sí se aplica a las normas? Pero es que Kelsen no está negando la máquina, sino que está negando que eso sea el derecho. Lo que está en juego no es la lógica sino la concepción del poder y del derecho. No es que, como dice Losano, sean "comprensibles... las dudas del jurista ya octogenario en relación con este nuevo sector de la ciencia jurídica" (*idem*). No es que Kelsen sea ya un viejito que no alcanzaba a entender o a vislumbrar. No. Es que Kelsen era un clásico. Tal vez el último clásico de la filosofía política de este siglo. Aquí hay algo a lo que tozudamente Kelsen se aferra; que no quiere soltar. Detrás de Aristóteles, de Maquiavelo, de Hobbes, de Marx, de Nietzsche, junto con Max Weber y Freud, adelante de Foucault, Kelsen defiende la idea y denuncia la realidad de la *voluntad de poder*, de la *dominación* de "alguien" que ejerce el poder sobre los demás. Ideas muy metafísicas por lo demás; pero que este positivista veterano de cien combates contra la metafísica jusnaturalista no quiere soltar. Sí. Un octogenario. Pero, ¡bravo por el viejito! Mientras que Losano se siente defraudado:

De esta forma, mientras que el logicismo de la teoría pura en su versión clásica fue para mí un incentivo para ocuparme de la informática jurídica, la referencia constante a la voluntad del legislador que empapa a la *Teoría general de las normas* separa definitivamente los destinos de la teoría pura del derecho de los de la informática jurídica (*idem*).

¡Qué bueno! Finalmente, Kelsen no murió estudiando lógica. Murió peleando contra el Estado, denunciando el poder, contra quienes quieren ocultarlo, ahora tras las máquinas o fórmulas matemáticas. Si antes luchaba contra Dios, la naturaleza, la sociedad, el partido, la clase, la raza, la nación, que justificaban un derecho, un poder, ocultando al dominador, ahora luchaba contra las máquinas que pretenden hacernos creer que una norma puede ser "lógica". Tal parece que las máquinas nos dirán cuál es el derecho sin contradicciones, sin pasar la arbitrariedad de un juez o funcionario. Ahora tendremos normas "verdaderas". Lo cual a Kelsen le parecía un desatino: la norma es un acto de poder, y el que lo produce no tiene ningún otro "derecho" a hacerlo que el consenso democrático.

Pero podría decirse que éste no es el Kelsen de *Teoría pura del derecho*, que es un libro metodológico y a-político. Tomemos entonces otros ejemplos que sí están en ese libro. La interpretación del derecho por ejemplo, un tema "técnico". Kelsen plantea allí, que la tarea de los juristas es una tarea *política*. Si se trata de la creación del derecho por el legislador, no hay duda de la politicidad del acto. Si se trata de un juez, lo que éste hace es elegir entre varias interpretaciones posibles, y producir, por un acto de voluntad, una norma individual. Es también un acto político. Lo que hay que distinguir aquí, es el papel de la ciencia. La ciencia no crea derecho. El científico, para serlo, debe limitarse a mostrar cuáles son las opciones entre las que el juez puede elegir. Pero

el abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función científico-jurídica, sino una función científico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho.²⁶

Es la última página. Igual que en la primera, la cuestión es quitar a la política el apoyo del prestigio de la ciencia. O, lo que es lo mismo, mostrar el acto de poder sin permitirle que se esconda, que se revista de científicidad. Y no es, como algunos creen, que esté por la no-política. La actividad política del jurista es lícita: "Naturalmente, ello no les es negado. Sólo que no deban hacerlo en nombre de la ciencia" (*idem*).

Lo que no hay que dejar pasar es la idea tradicional, que sirve para dar la sensación de seguridad jurídica, o de que el que posee el poder es "justo", de que una sola interpretación es la correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Eso es mentira, "Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica" (*idem*).

Esto al final. Pero podemos remontarnos al principio. A la distancia, frecuentemente vista como metodológica o epistemológica, entre naturaleza y sociedad, entre ser y deber. ¿Por qué tanta insistencia? Ciertamente que la distinción le ha servido durante su larga vida, para, no

²⁶ TPD., p. 356.

saliéndose de ella, mantener una coherencia ejemplar. Claro que tiene valor metodológico. Pero, ¿sólo es un método?

En muchos lugares puede encontrarse la cuestión política que subyace a esta distinción. Veamos un aspecto simple del asunto. Kelsen quiere mantener esa distinción para que nadie, por el hecho de dominar, pueda decir que tiene derecho a dominar. Estará obligado a confesar que domina y a buscar el consenso en otra parte que en la ciencia, en la moral o en el derecho. La machacona tozudez con que ha combatido el sincretismo "metodológico", con que ha defendido la diversidad entre punto de vista sociológico y punto de vista normativo —político— del Estado, tiene esa faceta no "metodológica".

Esto se puede decir de varias maneras. Por ejemplo: la sociología puede señalar a los individuos que ejercen el poder. La ciencia jurídica puede decir cómo *deben ser* designados los que *deben ejercer* el poder. Pero no puede decir que Juan o Pedro *deban ejercer* el poder. Decirlo, lo diría un juez, en un *acto político*, no científico.

El Estado, desde el punto de vista natural, causal, es un poder, una fuerza, que ejerce "alguien" contra los demás. El Estado, desde el punto de vista normativo, es un orden; es *derecho*. Quienes quieren ver el derecho distinto que el Estado, quieren *justificarlo*. Quieren ver el derecho distinto que el Estado para después cruzarse al punto de vista sociológico y santificar el Estado existente. O sea: dicen que el Estado es un poder físico, natural (punto de vista sociológico); luego dicen que ese poder crea un derecho, y luego se somete a él.

Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho. En igual medida, y en tanto la legitimación religioso-metafísica del Estado pierde eficacia, esta teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado.²⁷

Esto ha podido suceder por el sincretismo "metodológico". Por eso no hay que permitirlo. Por eso es necesario sostener la separación a toda costa. No hay ninguna manera en que el poder físico puede santificarse por el derecho, si mantenemos la distinción. El poder creará derechos. Sí. Pero no habrá una ciencia de ese derecho que justifique a su creador si esa ciencia se mantiene en su carril. Habrá otra ciencia que mostrará la creación del derecho como un fenómeno natural, sujeto a causas y efectos. Pero esa ciencia, la sociología jurídica,

²⁷ *Ibidem*, p. 290.

tampoco podrá decir que ese derecho es justo o injusto, si se mantiene en su carril. Sólo la política, que no es ciencia sino acción, podrá juzgar la legitimidad del poder. Y Kelsen tiene una filosofía para juzgar: el orden es legítimo si ha sido creado democráticamente.

Estos temas, con sus facetas ético-políticas, pueden leerse en *Teoría pura del derecho*. Desde luego, pueden no verse o no encontrarse si el lector no quiere. En tal caso, el Kelsen político es otro Kelsen. Pero si queremos leerlo como un libro de filosofía política, entonces el otro Kelsen es el Kelsen, un único Kelsen, que siempre ha sido un filósofo político. Es "otro" simplemente porque es distinto del escolar.

Y si aun así se dijera que esta lectura es una tergiversación, permítaseme citar el testimonio de alguien que sin duda sabe mucho acerca del punto:

Si siempre han sido los detentadores del poder según el orden estatal vigente quienes se han opuesto a todo intento por modificar este orden esgrimiendo argumentos extraídos de la esencia del Estado, y quienes han declarado absoluto ese fruto contingente de la historia que es el contenido del orden estatal, porque estaba acorde con sus intereses, esta teoría, en cambio, que declara al Estado como orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado, esta teoría que por tanto no deja al Estado más que el criterio formal de supremo orden coactivo, descarta uno de los obstáculos políticos más poderosos que en todas las épocas han servido para trabar cualquier reforma del Estado en beneficio de los gobernados. Pero es precisamente por ello que esta teoría se revela como teoría pura del derecho, pues sólo arruina la abusiva utilización política de una pseudo teoría del Estado.²⁸

²⁸ H. Kelsen, "Dios y Estado", en este mismo volumen.