

# LA FUNCIÓN POLÍTICA DEL DERECHO: OTRA LECTURA DE KELSEN

Dante Cracogna

## I

Resulta un lugar común destacar el esfuerzo de Kelsen por lograr una ciencia jurídica depurada de toda contaminación con otras disciplinas. Desde su primera obra de importancia puntualiza ya con toda claridad el objetivo que se propone alcanzar y que constituirá una constante a lo largo de toda su obra.<sup>1</sup> Y en el prólogo de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, publicada en 1934, afirmaba: "Hace ya más de dos décadas que emprendí la tarea de desarrollar una teoría pura del derecho, esto es, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico natural, y consciente de su peculiaridad en razón de la legitimidad propia de su objeto."<sup>2</sup>

Si este declarado propósito fue el norte de su actividad intelectual durante más de seis décadas y le permitió dejar el legado de una obra monumental—destacada como la contribución más relevante de este siglo a la Teoría General del Derecho— cabría preguntarse si es posible considerar que exista una lectura diferente de este autor; si su voluntad de lograr una ciencia jurídica pura lo alejó definitivamente de enfoques políticos. Más aún, podría cuestionarse si sus mismas obras principales son susceptibles de una interpretación distinta de la tradicional que deje asomar un Kelsen *político* en el que se desvanezca el halo de pureza metódica y emerja un pensador político, interesado y comprometido con el discurso del poder.

Es del caso mencionar que este enfoque no es novedoso. Todo lo contrario, desde época temprana y en forma persistente, Kelsen ha sido blanco de fuertes

1 Kelsen, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Trad. de la 2ª edición alemana de Wenceslao Rocés, con notas, revisión y presentación de Ulises Schmill. Ed. Porrúa. México. 1987. Caps. I y II.

2 Kelsen, Hans. *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. Trad. Jorge Tejerina. 2ª edición. Losada. Buenos Aires. 1946. p. 17.

críticas, precisamente porque se lo acusó de disimular bajo su pretensión de neutralidad y pureza científica una posición política determinada. Estas duras críticas provienen de distintos ángulos políticos e ideológicos, según las etapas de la vida y la producción kelseniana; y ella mereció una temprana réplica.<sup>3</sup>

Sin embargo, aquí no se trata de sumar algún ingrediente más a esa crítica que suele estar teñida de un fuerte matiz político y es siempre posible de realizar respecto de un determinado autor con solo ubicarse en una cierta plataforma ideológica para desde allí formularla. Se trata, en cambio, de observar y analizar la obra kelseniana desde ella misma, internamente, sin sujeción a condicionamientos externos o ideas preconcebidas.

## II

La cuestión planteada admite un doble (o alternativo) enfoque, según se analice la obra kelseniana a través de un corte vertical (de acuerdo con la época de su producción) u horizontal (conforme con el contenido temático del conjunto de ella).

Hay autores que privilegian el primer enfoque,<sup>4</sup> el más difundido por otra parte, destacando que las obras de orientación y contenido político aparecen durante la etapa más temprana de la vida de Kelsen. Puntualizan que posteriormente sus inquietudes se concentraron en aspectos predominantemente metodológicos y lógicos, cuya cifra está representada por su obra póstuma: *Allgemeine Theorie der Normen*.<sup>5</sup> Se trataría, pues, de una suerte de parábola que al comienzo toca los temas políticos y hacia la plenitud y el final se aleja de ellos. Podría interpretarse como una inquietud de cierta etapa de la vida o bien como la respuesta a determinados estímulos ambientales o de circunstancias, tales como el ascenso del comunismo en Rusia y el auge del fascismo en Italia.

3 "No hay en general dirección política alguna donde no se haya sospechado de la teoría pura del derecho. Mas esto prueba precisamente su pureza, mejor de lo que ella misma pudiera." (Kelsen, Hans. *Op. y loc. cit.* p. 21).

4 Métaill, Rudolf A. *Hans Kelsen. Vida y obra*. Javier Esquivel. UNAM. 1976. p. 116 a 117. cit. *Socialismo y Estado* (1920). *Marx o Lasalle* (1924). *El problema del parlamentarismo* (1925). *La teoría general del derecho a la luz de la concepción materialista de la historia* (1930). *Forma del Estado y concepción del mundo* (1933). También merecen mencionarse: *El concepto de Estado y la psicología social* (1922) y *Dios y Estado* (1923), entre otros de la misma época sobre los cuales se han ocupado Enrique Marí y otros en *Derecho y psicoanálisis*. Hachete. Buenos Aires. 1987 y *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1991.

5 Kelsen, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Manzsche Verlags-Und Universitatbuchhandlung. Wien. 1979.

El otro enfoque, en cambio, se vuelca sobre la obra misma de Kelsen en su conjunto —no solo sobre ciertos libros o artículos— escudriñando en ella el contenido o la orientación política. Trata de oradar su superficie, aparentemente sin fisuras, para penetrar las entretelas íntimas y sacar a la luz lo que constituye su pensamiento político no manifestado expresamente, o aun negado.<sup>6</sup>

Esta es, sin duda, la tarea menos desarrollada y más rigurosa; pero por ello mismo la más apasionante, pese a sus dificultades. Y no debe amilanar la posibilidad de conclusiones sólo provisionarias y susceptibles de rectificación.

Por otra parte ha de tenerse presente que —a pesar de los numerosos e importantes estudios realizados sobre la obra de Kelsen— ésta es tan vasta, rica y variada, que sería ingenuo pensar que se han agotado todas sus posibles resonancias teóricas. Por el contrario, existen todavía muchos ámbitos y pliegues que aguardan ser iluminados por un análisis profundo y renovador que planifique sus virtualidades.

En términos generales, puede decirse que la primera aproximación a Kelsen ha consistido en considerar su aporte a la constitución de una ciencia *pura* del derecho y sobre él versan predominantemente los estudios realizados. Esta fuerte oleada todavía continúa, alentada por el volumen y calidad de la obra; pero en una segunda andana han comenzado a surgir los estudios acerca de Kelsen como pensador no sólo jurídico sino también, y preponderantemente, *político*. Esta corriente innovadora se halla en sus primeros y vacilantes escauceos, a diferencia de la anterior ya firmemente desarrollada y consolidada.

Quedará, no obstante, siempre flotando la duda acerca de si Kelsen deliberadamente no hizo patente su pensamiento político o si éste ha quedado involuntariamente disuelto en su monumental obra jurídica emergiendo solamente en forma esporádica a propósito de determinados temas.

## III

Kelsen expresa con toda claridad que "el derecho no es una teoría como producto del conocimiento sino una institución social establecida por actos de voluntad",<sup>7</sup> por lo que resulta indudable que —contrariamente a una difundida convicción— para este autor el derecho no es una construcción lógica *more geométrica* sino producto de un verdadero hecho (*acto de voluntad*). "El derecho

6 Cfr. Correas, O. *El otro Kelsen*. UNAM. México. 1989. p. 27 y ss.

7 Kelsen, Hans. *La teoría comunista del derecho y del Estado*. Trad. de Alfredo Weiss. Emecé. Buenos Aires. 1957. p. 129.

aparece así como la organización de la fuerza. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza a favor de las diversas comunidades jurídicas.<sup>8</sup> Consecuentemente, la ciencia jurídica se halla compelida a atender a ese objeto de estudio y no puede limitarse a mera lógica.

Por ello, la dedicación predominante de Kelsen a la lógica jurídica en sus últimos años (rematando en la *Allgemeine Theorie der Normen*) no debe inducir a creer ligeramente que hubiera variado su concepción fundamental. Él mismo se encarga de refutar esa conclusión cuando responde a los que sostienen que la aplicación de la informática a la solución de los conflictos demuestra que el derecho es, en definitiva, reducible a la lógica. Responde Kelsen a Klug al respecto:

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 edición de esta norma cuál es la norma conforme a la norma general. Si, por algún motivo, este órgano no dictara —como un acto de voluntad, cuyo sentido es esta norma— la “norma” indicada 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.<sup>9</sup>

Por su parte Losano, en un trabajo cuyo título es revelador —*La dottrina pura del diritto dal logicismo all irrazionalismo*— afirma que Kelsen describió una parábola que va desde una construcción lógica jurídica impecable a un progresivo irracionalismo en su última etapa.

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 empa a la *Teoría General de las Normas* separa definitivamente los destinos de la teoría pura del derecho de los de la informática jurídica.<sup>10</sup>

Se advierte fácilmente la paradoja existente acerca del interés de Kelsen en la lógica jurídica: mientras la mayoría de los autores —y particularmente sus críti-

8 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la edición francesa de Moisés Nilve. Eudeba. Buenos Aires. 1960. p. 74 a 75.

9 Correas, O. *Op. cit.* p. 51.

10 Losano, Mario. *La dottrina pura del diritto dal logicismo all irrazionalismo. Estudio introductorio a Hans Kelsen. Teoría Generale delle Norme*. Trad. Mirella Torre. Einaudi. Torino. 1985. p. 29.

cos marxistas— lo interpretan como una exacerbación del formalismo, otros, en cambio, puntualizan que sucumbió al irracionalismo y él mismo señala que no se trata sino de la afirmación de su concepción del derecho como acto de voluntad (expresión de poder).

#### IV

Algunos aspectos particulares de la obra de Kelsen revelan nítidamente su concepción filosófica política, a saber:

1. La crítica a todos los dualismos en la teoría del derecho (derecho natural y derecho positivo, derecho subjetivo y derecho objetivo, persona física y persona jurídica, derecho nacional y derecho internacional, etc.) pero, particularmente el ataque kelseniano al dualismo Estado-derecho constituye una muestra acabadamente representativa de su posición. Sostiene claramente que “el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico” y señala que el sistema de normas puede ser considerado como una serie de actos psicofísicos que se motivan unos a otros y concluye “es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología”.<sup>11</sup>

2. La fundamentación última del ordenamiento jurídico descansa en la Grundnorm, cuya naturaleza —en la primera etapa de su obra— era la de un supuesto gnoseológico que permite concebir como una actividad a un conjunto de normas. De tal manera, el fundamento último del derecho es de carácter normativo y no exorbita el mundo del deber ser, a diferencia de lo que sucede con las teorías iusnaturalistas.<sup>12</sup>

Sin embargo, la condición necesaria para formular la hipótesis de la norma básica es que de la primera constitución emane un orden jurídico eficaz en su conjunto. Eso significa la existencia de un *hecho*: la obediencia al constituyente originario que es quien tiene el poder suficiente para imponerse y lograr la sumisión o acatamiento del resto de la comunidad. Aparece, pues, el fenómeno del poder por detrás de la norma, tal como expresamente Kelsen lo reconoce al afirmar que toda norma es producto de un acto de voluntad y asumir la teoría de la ficción para explicar la Grundnorm.<sup>13</sup>

11 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 2ª edición. Trad. Roberto Vernengo. UNAM. México. 1979. p. 195 a 197.

12 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 2ª edición. cit. p. 211 a 214.

13 Cfr. Casamiglia, Albert. “Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica”. Ariel. Barcelona. 1978. p. 195 y ss. y Cracogna, Dante. “Acerca del concepto de constitución Carl Schmitt y Hans Kelsen”. *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso. No. 23. 1983. p. 161 y ss.

Con mayor claridad aún se manifiesta el aspecto político en la sustitución de la primera constitución por medios no previstos en el ordenamiento, es decir cuando se produce la quiebra de la cadena normativa por virtud de un hecho revolucionario.

3. Sostiene Kelsen que el ordenamiento jurídico nacional es susceptible de ser fundado en el derecho internacional, superando así la tradicional dicotomía y reduciendo a una sola unidad la totalidad de los ordenamientos existentes.

No obstante, al remontar las distintas escalas del ordenamiento jurídico internacional se arriba a una norma básica que es de carácter consuetudinario, es decir, fundada en un hecho: la conducta de los Estados. De manera que nuevamente se encuentra en la base —o en la cúspide— del ordenamiento una manifestación de fuerza o de poder, es decir un dato típicamente *político*.<sup>14</sup>

4. Distingue Kelsen entre la interpretación científica y la que llama *auténtica*.<sup>15</sup> La primera es la que desarrolla el estudioso del derecho en tanto que la segunda es realizada por quien crea la norma. Por ello es que la interpretación auténtica es siempre un acto de voluntad (creadora) emanado de quien tiene el poder (competencia) para esa actividad. Ese acto de voluntad se manifiesta prefiriendo entre varias opciones posibles. Así, pues, se trata de una actividad eminentemente política, como toda la que emana del poder.

Asimismo, aunque la función científica debe limitarse a señalar las opciones viables, también el abogado y el teórico del derecho llegan a incurrir en actos que Kelsen califica de *políticos*. En efecto,

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.<sup>16</sup>

Resulta claro que Kelsen apunta a desnudar toda pretensión de vestir a la política con el prestigio de la ciencia. Esta es, precisamente, la fundamentación de su teoría *pura*.

14 Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. de Eduardo García Maynez. UNAM. México 1979. p. 440.

15 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 2ª edición. cit. p. 348. Ver sobre este tema: Cracogna, Dante. "La interpretación del derecho en Kelsen" en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1989. p. 41 y ss.

16 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 2ª edición. Cit. p. 356.

Kelsen dedicó varias de sus obras a cuestiones eminentemente políticas, por lo cual puede sostenerse que el tema no le resultó indiferente ni ajeno. En tales casos trató acerca del poder afirmando ciertas posiciones y criticando otras, especialmente la teoría política del marxismo y algunas tesis iusnaturalistas, pero de su conjunto puede extraerse una verdadera *filosofía o antropología política*.<sup>17</sup>

En dichas obras distingue Kelsen el derecho y la política denunciando el poder (la fuerza) detrás del primero y su crítica se orienta a poner en evidencia la dominación que el poder ejerce y que la ciencia del derecho no justifica sino, simplemente, describe.

Cabe interrogarse si la distinción entre derecho y política es, a su vez, *política* y entraña un ataque al poder; pero esto es materia para ulteriores análisis. Lo que sí surge con claridad es que para Kelsen el poder —inevitablemente en todo caso, casi como un mal necesario— encuentra su única justificación posible en la democracia. Esta constituye la sola legitimación plausible del Estado puesto que, coexistiendo múltiples y diversas opiniones, únicamente la transacción, el compromiso, la tolerancia que implica la democracia, pueden hacer soportable la existencia del poder. De allí que buena parte de sus obras eminentemente *políticas* se hallen dedicadas a la defensa de la democracia.<sup>18</sup> En la parte final de su brillante opúsculo sobre la justicia proclama Kelsen: *Como la democracia es por su naturaleza íntima libertad y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable para la ciencia que la democracia*.<sup>19</sup>

17 Correas, O. *Op. cit.* p. 32 y ss.

18 La exposición más acabada del pensamiento de Kelsen en la materia es su *Esencia y valor de la democracia*. Trad. de la 2ª edición alemana de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Labor. Barcelona. 1934.

19 Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Trad. Ernesto Garzón Valdez. Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 85.