

LA CRITICA DE KELSEN A LA IDEOLOGÍA*

Clemens JABLONER**

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Ideología y crítica ideológica*. 3. *Crítica al Derecho natural*. 4. *La represalia y la causalidad*. *Bibliografía utilizada*.

1. INTRODUCCIÓN

El significado de los ensayos de crítica ideológica vinculados a la obra de Kelsen.

a) La obra científica de Hans Kelsen se concentra en la presentación amplia de la *Teoría general del Derecho* (posteriormente: *Teoría de las normas*). Desde los *Problemas fundamentales de la teoría general de las normas* (editada postumamente en 1979), Kelsen estuvo enfrascado siempre de manera sistemática en obtener resultados investigativos, que expuso y desarrollo en pequeños escritos y extensas obras. Los aportes de Hans Kelsen a la crítica ideológica, o a la “doctrina de la concepción del mundo” no se encuentran en modo alguno divorciados de su obra jurídica, sino que contribuyeron en su conjunto a proporcionarle a la teoría pura del derecho un fundamento histórico y teórico-científico. El método empleado en la Teoría pura del Derecho, que se ocupa de describir la esencia del derecho, debe ser apreciado en un ámbito jurídico, ya que éste le ofrece recia resistencia al mencionado método. En la crítica ideológica, Kelsen parte de la certeza de que tal postura no esta

* Este artículo es una adaptación de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional sobre la obra de Hans Kelsen, organizado por el Hans Kelsen Institut Stiftung de Viena, la Fiscalía General de la República de Cuba, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba. El tiempo transcurrido para la publicación de este artículo no es imputable al autor.

** Profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena.

basada en posiciones auténticamente teórico-analíticas, y/o que detrás de ellas se esconden verdaderos intereses de poder. Al reducirla a una ciencia “pura” del derecho, Kelsen puso al descubierto las realidades sociales. Además, era consciente de que los instrumentos del pensamiento humano se encuentran en un constante desarrollo (historia social del pensamiento) y de que todas las formas del pensamiento normativo —incluido el método purificado de la Teoría pura del Derecho— revelan estadios primarios en la evolución del conocimiento humano. Debemos coincidir en que Kelsen incursiono de manera amplia y profunda en esta siempre esperada relación entre escritos de crítica ideológica y Ciencia del Derecho.

En este sentido, Kelsen no sólo fue el “jurista del siglo”, sino también el filósofo, sociólogo, *teólogo* y etnólogo.

Una obra tan fecunda no se hubiera escrito en nuestros días. Los vastos conocimientos de Kelsen sobre las distintas ciencias y su magna capacidad creadora, alcanzada ya a avanzada edad, lo definen como la personificación de una clase de científico de los que hubiera sido imposible hallar hoy en día, dada la necesaria especialización de las diferentes ciencias en sus ramas.

b) Los dos lineamientos principales del pensamiento crítico-ideológico de Kelsen que referimos en seguida, constituyen argumentos básicos que deben tenerse en cuenta para el análisis posterior:

Por una parte, únicamente dentro de un determinado marco es posible exponer sólo algunas ideas fundamentales escogidas y presentarlas de manera condensada.

Por otra parte, se formulará la interrogante acerca del punto de partida ideológico personal de Kelsen. Para contestar lo cual debe afirmarse que Kelsen, en el transcurso de su carrera positivista, supo distinguir muy bien entre los artículos científicos en un sentido estricto y la presentación de sus propios valores.

Kelsen se reconocía explícitamente como partidario del estado liberal y democrático de derecho, como lo reflejara en la Constitución Federal de la República de Austria de 1920, redactada prácticamente por él. Sobre todo en su artículo “Sobre la esencia y el valor de la democracia”, en medio de la lucha ideológica del tiempo de tregua, Kelsen abogaba por el “modelo relativista del valor” de la democracia, pero nunca se afilió a movimiento o partido político alguno; no obstante su cercanía con la socialdemocracia austriaca, rechazó colaborar después de 1929, como representante en el tribunal de garantías constitucionales.

En adelante deberá ponerse en claro cuál es el concepto de “ideología” del que parte Kelsen y en qué sentido debe comprenderse su “críti-

ca ideológica” (2). Con posterioridad se mostrará la crítica de Kelsen a las ideas del Derecho natural y a los elementos jurídico-naturalistas de la teoría tradicional del Derecho público (3). El capítulo 4 de este trabajo versa sobre la doctrina de la concepción del mundo, y la teoría metafísica de las ciencias normativas.

2. IDEOLOGÍA Y CRÍTICA IDEOLÓGICA

a) Para esclarecer el concepto ideología, Kelsen se basó en el tratado *La teoría general del derecho a la luz de la concepción materialista de la historia*, de 1931, en el que se apoyaron básicamente las investigaciones ulteriores. Para ello, Kelsen diferenció dos tipos de “ideologías”:

Primeramente y en un sentido muy amplio, se puede definir al derecho como ideología, en la medida en que se le atribuyan actos relevantes y sociales, por lo que, como ideología, aparece aquí el derecho en contraposición a los actos meramente naturales, con su contenido de actos sociales, con lo que el concepto del “sentido” del ser espiritual, convierte lo propiamente jurídico en un proceso social, investido de relevancia jurídica.

Con esta posición Kelsen se limita a analizar el derecho desde un prisma exclusivamente materialista, que acepta el aparato jurídico como la suma de actos perceptibles físicamente. Con base en ello hace una subordinación a los “elementos visibles”; por ejemplo, el acto de ordenar, que está orientado intencionalmente hacia la conducta de otro individuo, es decir, a la esfera “material”.

b) De este concepto de la ideología se diferencia luego el problema ideológico real en su sentido estricto, que consiste en toda “explicación del material jurídico empíricamente dado... con la tendencia a justificarlo éticamente, a esclarecerlo y del mismo modo... a ocultarlo”.

Las reflexiones de Kelsen señalan hacia una tridimensionalidad: una realidad social de actos jurídicos psíquico-físicos, en los que se manifiesta una relación de dominio, en parte política, y en parte económica; generándose un orden jurídico que determina tales actos en un sentido normativo, con carácter puramente ideológico; y además, una Teoría del Derecho que no sólo intenta integrar el derecho como ideología en un sistema unitario; sino que al mismo tiempo se esfuerza por legitimarlo y por conferirle su función de conformar las capas intermedias. Sobre este tercer eslabón, que es el “superior”, trata la crítica ideológica de Kelsen.

3. CRÍTICA AL DERECHO NATURAL

a) Para el positivismo jurídico crítico, el derecho es analizado en determinadas condiciones teórico y económico-cognoscitivas (norma fundamental), exclusivamente como un orden obligatorio positivo, por regla general eficaz e impuesto por los hombres. Esta posición, que se abordará detalladamente en otras intervenciones, excluye de alguna manera al derecho natural como fundamento del derecho.

Pero Kelsen sometió la idea del Derecho natural y su función ideológica a una severa crítica, que consistió tanto en censurar la idea del Derecho natural con ayuda de la presentación de la justicia, como también en criticar el sistema inherente.

b) Como la crítica de principios era referente también a la idea del derecho natural, que había abordado Kelsen en un anexo a la segunda edición de la Teoría pura del Derecho, con el título “El problema de la justicia”; arribó a la conclusión de que la (una) teoría de “justicia” debe exponer la (una) Teoría del Derecho natural.

La justicia, en el sentido de una norma justa reguladora de la conducta humana según sus seguidores, tiende a excluirse a sí misma como fundamento válido del Derecho; y en el sentido de una escala de valores impuesta al Derecho positivo, la norma de justicia prescribe cómo debe ser concebido el Derecho positivo desde el punto de vista de su contenido (que es válido como algo debido). La norma de justicia se refiere con ello al acto mediante el cual se aplica el derecho. En esto, según Kelsen, la teoría de la justicia no hace una distinción esencial en cuanto a si trata de encontrar el orden “justo” o “natural”, en la “naturaleza” o en “Dios”.

Para todas las teorías de justicia ocurre que, por orden “natural” debido, entienden un orden que no se basa en la voluntad humana y que por tanto no es finito; que no fue creado de manera arbitraria, sino que se deriva “de sí mismo”; deriva de un hecho fundamental de algún modo objetivo, esto es, que existe independientemente de la conciencia del hombre pero también está al alcance del hombre, puede ser reconocido por él; deriva también de un principio fundamental, que no fue creado por el razonamiento o la voluntad humanos, pero sí puede ser reproducido por ella. Este hecho objetivo, este principio básico, es la “naturaleza”, o, utilizando su expresión personificada religiosamente, “Dios”.

De manera detallada e ilustrada con ejemplos prominentes de la historia de la filosofía, Kelsen muestra que las diversas ideologías del

derecho natural constituyen en última instancia sistemas de fórmulas vacías, que finalmente pueden ser utilizados para legitimar o para combatir órdenes, según la tendencia jurídica o política, pero que sobre todo son objetivamente necesarios para justificar estructuras sociales gobernantes.

Con ello somete a un riguroso análisis, en especial a aquél filósofo de quien partieron las especulaciones acerca de la justicia y el Derecho natural, que fue Platón, ocupándose de criticar su teoría de la justicia. Incluso, bajo la influencia de Sigmund Freud, con quien mantuvo vínculos y en cuya revista publicó artículos, dedicó a la crítica fundamental de Platón su última obra, publicada póstumamente en 1985, *La ilusión de la justicia*, mostrando la extraordinaria importancia que el principio de la retribución tiene para la presentación de la justicia de Platón. De acuerdo con ideas místicas-religiosas y viejas, las almas que han cometido agravio, serán juzgadas en el otro mundo. Sin embargo, la cuestión decisiva a la escala de la justicia queda sin respuesta.

Surgió el problema de la igualdad, que identifica con la justicia, así como su tratamiento en la forma de diferenciar entre igualdad aritmética y geométrica (a cada cual su merecido); pero no condujo a despejar la clave del problema, sino que lo traslado a una esfera del conocimiento totalmente secreta, que por lo general apenas se toca.

c) Singular importancia ideológica reviste también la crítica de Kelsen al sistema inherente, formulada de manera elocuente e ilustrada con ejemplos del Derecho natural, en el tratado *La idea del Derecho natural* en 1928. El tema central de sus reflexiones lo constituye la consideración de que, para cada orden normativo —ya sea de un sistema de Derecho positivo o de Derecho natural (como se prevé en la crítica al sistema inmanente)— es necesario dividir al orden jurídico en dos niveles que son: el de las normas generales abstractas y el de la ejecución concreta individual de esas normas.

Para el caso de que se considerase válido materializar el Derecho con base en las circunstancias del hecho, Kelsen plantea la “interrogante de si el Derecho natural puede confirmar la existencia de toda ‘positividad’ o si, conforme a su idea, debe catalogársele como un sistema de normas independientes, distinto del Derecho positivo”.

En este análisis sale a la luz un aspecto importante de la Escuela de Viena, que consiste en el conocimiento de que el acto de ejecución decretado por el juez, no se da como una mera separación lógico-mecánica de la ley general, sino como un acto de voluntad tendiente a elaborar normas jurídicas.

Si resulta necesario un acto de esa naturaleza para la aplicación objetiva del derecho, entonces la obra humana debe ocupar el segundo nivel y en este sentido, su orden no puede ser “natural” en el sentido estricto de la palabra, sino “artificial”.

De aquí resulta que el Derecho natural deriva, en el nivel de la norma individual, a un Derecho “positivo”, es decir, determinado por actos humanos.

Queda demostrado que es totalmente utópica la postura según la cual las normas del Derecho natural se realizan de inmediato, mediante el propio cumplimiento del deber (renuncia a los jueces), porque, citando a Kelsen, “inclusive si consideramos que los hombres poseen esa cualidad, que la aplicasen realmente y en la medida necesaria, tal como lo presupone la idea del Derecho natural, y que por lo tanto pueden renunciar a los jueces, nos surge la incógnita de la vivencia, en el sentido de capacidad de razonamiento, y de facultades de la voluntad.

Lo que en primer lugar debe destacarse, es un acto del proceso de individualización, que es la confirmación del conocimiento de la causa. Para continuar con el ejemplo del derecho natural, *pacta sunt servanda*, dos personas firman un contrato; una de las partes niega que el contrato se haya celebrado definitivamente, alegando que sólo hubo conversaciones aisladas; o bien surge una controversia de opinión sobre el contenido del contrato, o acerca del monto de remuneración del trabajo. Tales diferencias pueden radicar tanto en el deficiente conocimiento de los contratantes en cuestión, como también en su mala voluntad. La idea pura del Derecho natural presupone abiertamente que tales divergencias quedan excluidas, lo que a grandes rasgos presupone que las partes en litigio poseen las cualidades necesarias del razonamiento y la voluntad; de que los contratantes son buenos e inteligentes, y por supuesto ambos en igual medida. Especialmente en esta premisa se hace patente que los intereses del hombre empañan la valoración de sus hechos, y que éstos son capaces de reconocer la pura verdad”.

Pero como por debajo del Derecho natural existe necesariamente un rango de normas jurídicas positivas, esto es, creadas por la voluntad humana, esta postura puede ocasionar un alejamiento en la relación de legitimación, de modo que se elimine paulatinamente el cuestionamiento acerca de si el Derecho positivo se encuentra legitimado.

Como la comprensión del Derecho natural se reserva de aquellos que elaboran el Derecho positivo, aquél pervierte los argumentos de la legitimación.