

EN EL CAMINO DE KELSEN

Manuel Gonzalo Mesa Toro*

Resumen

En este artículo se pretende, recuperar si es el término preciso la discusión a partir de reconceptualizar a Hans Kelsen, toda vez que como se expresa aquí, este había sido olvidado de manera conciente por los tratadistas de derecho iniciadores de la discusión en la Universidad del Cauca, claustro académico en el cual se hicieron grandes debates a partir de que allí se contaba con los más granados tratadistas (Arturo Valencia Zea, Ernesto Saa Velasco), quienes desde sus cátedras incentivaron en sus estudiantes estas reflexiones las que permanecieron hasta que el ilustre maestro (Valencia Zea), finalmente como profesor en la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá. Debido a la acción del tiempo, maduro su discurso el que sigue vigente, y en el que las discusiones desde el derecho son aquellas que se hacen desde las ciencias sociales. Y comprender el racionalismo como el núcleo fuerte del pensamiento occidental. Actitud totalmente contraria predicada por nuestro autor, en el sentido de darle plena validez al derecho en su estructura, como producto de la cultura y creado como medio de coerción para controlar, el que es utilizado de manera adecuada o no por cada gobernante de turno. Y desde la reflexión sociológica entonces, comprenderemos mejor la esencia de esta propuesta.

Palabras clave: teoría jurídica, teoría de del derecho, positivismo jurídico, formalismo jurídico, antiformalismo jurídico.

* Abogado litigante en Derecho Administrativo, docente de la Universidad del Cauca (1970) y de la Universidad del Área Andina Sede Pereira (2007).

IN KELSEN'S WAY

Abstract

This article aims to recover if the term is accurate discussion from reconceptualize Hans Kelsen, since as stated here, this had been forgotten by commentators so conscious of law initiators of the discussion at the University of Cauca, in which academic faculty were great debates from which it was treated with more pomegranate (Valencia Arturo Zea, Ernesto Velasco Saa), who from their chairs encouraged his students in these reflections which remained until the illustrious maestro (Valencia Zea), ultimately as a professor at the law faculty at the Universidad Nacional de Colombia in Bogota. Given the time ripe his speech he remains in force, and in which the discussions from the right are those that are made from the social sciences. And to understand the heavy Rationalism as the core of Western thought. Attitude totally contrary preached by our author, in the sense of giving full effect to the right in its estructura, as a product of culture and created as a means of coercion to control, which is used adequately or not by the ruler of each shift. And since then, sociological thinking, better understand the essence of this proposal.

Keywords: legal theory, theory of law, legal positivism, legal formalism, antiformalismo legal.

Nada es más paradigmático de la “minimización” del estilo informativo postmodernista que el diccionario Larousse, en su edición internacional. Adaptable como la matriz de las “páginas amarillas del directorio telefónico” a la masificación de datos. Quisimos indagar allí sobre Kelsen, personaje de nuestro mundo del derecho, que en la vieja enciclopedia Salvat editada el año de nuestro nacimiento, 1946, y que reposa aún en la biblioteca familiar, no es reseñado.

Encontramos, para nuestra desilusión y sorpresa, que en 7 renglones de 7 palabras, se lo identifica como jurista “estadounidense de origen austríaco que vivió de 1881 a 1973, que fundó la escuela “normativista”, “que propone que el derecho se fundamenta sobre un conjunto de normas jurídicas jerarquizadas” y colaboró en la redacción de la constitución austríaca de 1920. Nada más.

A nuestra mente de viejo abogado —o de abogado viejo, sería mejor y menos pretencioso— acudieron en tropel viejos recuerdos.

La Facultad de Derecho, en Popayán, a la cual llegué en 1962, es, quizás, la que en Colombia, junto con la de la Nacional en Bogotá, y la de Antioquia en Medellín, decidió más tempranamente, cuando aún no había llegado la Fundación Ford, tratar de introducir nuevas perspectivas en la enseñanza del derecho, mediante la institución de la figura de los profesores de tiempo completo y dedicación exclusiva, dándole la oportunidad, para aquellos años, a Saa Velasco¹ y a un grupo, que con Luis Villar Borda y el malogrado Ricardo Medina Moyano, infundieron el aire de renovación. Villar y Medina posteriormente formaron en la nómina

del remozado Externado de Colombia de la mano demiúrgica de Fernando Hinestrosa². La de los Andes es otra cosa. Nació en esa primera oleada regenerativa donde se pretendía trasplantar el espíritu del sistema jurídico norteamericano³, pedagógicamente socrático y realista.

El espíritu de renovación que encontramos en la Popayán de los años 60 escondió a Kelsen dentro del closet. Curioso artificio en un claustro que acababa de ser dejado por un Arturo Valencia Zea, el mismo que López Medina, 40 años después,⁴ considera que fue el afianzador de “una teoría positivista del derecho privado que continúa moldeando la conciencia jurídica de hoy en día”, al adoptar “completamente el Kelsenismo” y dejar “a un lado casi toda la retórica antiformalista”.

Aclaremos que López Medina explica como el Valencia Zea de 1945, año de la primera edición de su curso de derecho civil, es radicalmente distinto del Valencia Zea de 1957, reimpresso religiosamente cada año por Temis, para solaz de la cátedra magistral y del entrenamiento nemotécnico de generaciones de estudiantes.

En la Popayán de 1962 no estaba ya el Valencia Zea de 1957, pero su espíritu seguía vagando, jugueteón, por los centenarios claustros, sin ulular el nombre del austríaco.

Lo cierto es que en los cinco años de estudios de pregrado la mención de Kelsen no pasó de ser la de la “pirámide” de Merkl para justificar el culto reverencial a un formalismo coartador. Pirámide que hoy, sin embargo, recobra importancia como sostén metodológico de la nueva visión de la jurisprudencia constitucional.

Solamente el renovador acceso, desafortunadamente inconstante, a la academia, nos permitió no olvidar al viejo maestro, hasta cuando el huracán del nuevo constitucionalismo, surgido vigoroso de la “hecatombe” que para el anquilosado edificio de la justicia significó la Carta de 1991, puso nuevamente a Kelsen en el ojo de la tormenta, para inclinar la balanza en uno u otro sentido de la hermenéutica de lo incorporado al mundo jurídico.

La obra de López Medina, valiosa, muestra en su erudito recorrido doctrinal la vigencia de Kelsen, un jurista que merece más que la reseña de postal de la cual hicimos mención al comenzar estos modestos apuntes. Aquella igualmente es digna de que la academia valore lo que el propio autor llamó “una promesa intelectual razonable que puede ahondar benéficamente los estudios de cultura jurídica en la región”, mediante el ejercicio de análisis de lo que cataloga como “teorías impuras del derecho” o “transformaciones locales de autores e ideas”.

No podemos contentarnos con ver a López Medina sosteniendo, heroicamente, una polémica con Tamayo Jaramillo, mientras sobre la jurisprudencia constitucional colombiana pende la amenaza de que un ejecutivo retardatario logre extirpar de su seno la raíz del “nuevo derecho”⁵.

El retorno a la academia nos ha devuelto a Kelsen, en una versión sorprendentemente renovada. Pero no el Kelsen del Valencia Zea de 1957, sino un Kelsen más cercano a la revolución teórica del nuevo constitucionalismo colombiano. Este, como lo explica con fruición López Medina, es el de magistrados como Carlos Gaviria, Ciro

Angarita, Eduardo Cifuentes o Alejandro Martínez, nombres a los cuales es justo agregar otros como Alfredo Beltrán o Jaime Araujo en la última época. Ellos crearon “un estilo judicial diferente”, con innovación teórica inspirada en autores de última línea como Hart o Dworkin, como Alexy o Habermas. Cada uno en su propia visión, la antiformalista, pura y simple, de Angarita y Cifuentes, la reformista – positivista de Gaviria, la “Dworkinista” de Martínez, la impetuosa de Araujo o la más metódica – menos académica – de Beltrán.

En ese recorrido de estudio para reencontrarnos con Kelsen nos hemos topado con tres visiones de su obra.

Una, la que definitivamente lo dejó en la “Teoría pura del derecho”, primera edición, la europea. Recogida por ejemplo por Recasens, García Maynez y Cossio y que es la del segundo Valencia Zea, según López Medina. Posición que fue la del marxismo – leninismo clásico, en aquel juego dialéctico de la aproximación de los contrarios.

Otra, la del Kelsen remozado, a cuya reivindicación propende, así lo entendemos, el ejercicio de López Medina.

A la primera visión parece corresponder, por ejemplo, para referirnos a escritos más cercanos en el tiempo, la de la investigadora Ana María Montoya, discípula de Villar Borda, cuando para criticar la sentencia de la Corte Constitucional sobre la norma del “Código del Menor” referente a la adopción conjunta, que no admitió la posibilidad de concedérsela a una pareja de homosexuales, se ensaña con Kelsen, atribuyéndole la paternidad ideológica de la decisión⁶.

Indudablemente, Montoya no está de acuerdo con López Medina sobre el Kelsen remozado, y por eso es tan radical en encontrar a Kelsen como inspirador de un texto jurisprudencial donde ni siquiera se lo menciona. Ni por cortesía.

En los salvamentos de voto a dicha sentencia, tampoco hay referencia a Kelsen⁷.

El Kelsen que Montoya sataniza sería en verdad, el primer Kelsen. No el remozado o el "norteamericano". El pecado está en quienes permanecieron con aquél. La solución no es botar el sofá.

El título del ensayo de Montoya conduce a pensar que ella pertenece a la escuela axiológica que en Colombia engrandeció el maestro Rafael Carrillo. Sin embargo, inmediatamente es necesario recordar que éste en su opúsculo "Ambiente Axiológico de la Teoría Pura del Derecho" de 1947, se esforzó en conciliar los dos Kelsen (CARRILLO, 1979):

"Mis puntos de vista, desarrollados en el presente ensayo quizás encuentren un reforzamiento en la actitud que el propio Kelsen ha asumido posteriormente frente al derecho. En efecto, en una serie de conferencias dadas hace poco menos de siete años en la Escuela de Derecho de Harvard, aporta Kelsen una definición de éste por referencia a un valor comunitario, abandonando, por lo tanto, su radical posición anterior: "El derecho, dice, es esencialmente un orden para promover la paz". Es decir, que el derecho es algo esencialmente referido a valores. No creo que pueda ya discutirse, ante esta última definición, el alejamiento de la concepción inmanente del derecho de Kelsen, y su giro a favor de una

interpretación trascendente. Esto sin que tal trascendencia implícita en el derecho signifique que exista otro derecho que el positivo. Pues la índole trascendente del derecho no es una condición abolicionista de su esencial positividad"⁸.

Ya se avizoraba el Kelsen de 1960.

Encontramos a Correas, argentino residenciado y edificado en México. Es nuestra tercera visión.

Alguna mención hay en López Medina de éste autor. Lo ubica entre los receptores "pop" de la teoría Kelseniana.

"Finalmente, en el tercer y último de los períodos de recepción académica, la mayor parte del trabajo llevado a cabo por los Kelsenistas locales fue dirigido a contrarrestar parcialmente la lectura formalizante de los dos primeros períodos de recepción. El propósito era (y todavía lo es) ofrecer una interpretación crítica y desformalizadora de la TEORÍA PURA DEL DERECHO. Esta nueva interpretación estaba dirigida a aliar a Kelsen, no con el proyecto de confirmación de la hegemonía del tradicionalismo jurídico local, sino a favor de una crítica del mismo. Esta lectura antihegemónica de la obra de Kelsen la inició Luis Nieto Arteta y todavía la producen filósofos del derecho muy cualificados como Carlos Gaviria en Colombia, y Oscar Correas en México"⁹.

"Los receptores académicos contemporáneos típicamente proceden a la reconstrucción de un Kelsen más complejo mediante la utilización de varias estrategias: (i) en primer lugar,

buscan reubicar a Kelsen en los contextos originales de producción de su obra, especialmente en los círculos intelectuales de un muy polifacético modernismo centroeuropeo (con capital en Viena) propio de los años veinte y treinta: por tanto, la lectura contemporánea local de Oscar Correas enfatiza la conexión entre Kelsen y Freud; en un enfoque similar Carlos Gaviria subraya los lazos existentes entre el antiformalismo de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen y los aportes innovadores de Wittgenstein en la filosofía de lenguaje o del movimiento de la BAUHAUS en arquitectura y diseño...”¹⁰.

Según Gil Olivera, Nieto Arteta, con Rafael Carrillo y Danilo Cruz Vélez, representan “la verdadera ruptura con la tradición neotomista en nuestro país”¹¹.

Nieto Arteta, de quien Gonzalo Cataño recuerda como en 1946 fue sindicado de inventar al desconocido Kelsen, aspiraba, según Gil Olivera, a “superar a Kelsen sin abandonarlo”¹² y por ello percibía que “la teoría pura del derecho tiene una doble cara: por una parte, constituye el descubrimiento de la lógica jurídica y por otra es también una ontología jurídica, aunque no una ontología de las meras significaciones conceptuales; no una “geometría de las normas”, en el sentido de Scheler. Es así como NIETO ARTETA aporta lo que ha denominado “realismo ontológico”; utilizándolo como método fenomenológico, elimina el idealismo de KELSEN y el de HUSSERL. Quiere que la teoría pura del derecho de KELSEN se libere de la epistemología idealista trascendental neokantiana”¹³.

Correas esboza cómo para la filosofía del derecho jusnaturalista, imperante

en América Latina para su época de estudiante de derecho, Kelsen es el enemigo porque “se niega a tratar los problemas de la justicia en el derecho”.¹⁴ Pero que para los catedráticos kelsenistas, es “un pensador a-político, alguien que ha dedicado su vida a hacer que la ciencia del derecho no se contamine con nada. Es decir, que se ocupe solamente de describir normas válidas. Lo cual convierte a Kelsen en su contrario: un apologeta del estado y el poder tal cual es”¹⁵.

Correas, de formación marxista, sin embargo, es crítico:

“En el poco frecuente caso de que haya un acercamiento a Kelsen desde una posición marxista, la suerte es parecida, puesto que, como es sabido, es tradicional para los juristas de esta corriente presentar a Kelsen como quien promueve una ciencia jurídica que no se ocupa, ya no de la justicia, sino de las relaciones sociales que determinan el contenido de las normas. Lo cual es cierto, por otra parte, pero sólo por lo que hace a lo que Kelsen propone para la dogmática jurídica: jamás ha dicho que no hay que estudiar la causa y el contenido de las normas jurídicas”¹⁶.

Pretende sustentar la tesis de que el pensamiento de Kelsen “no sólo no es contradictorio con el de Marx, sino que resulta complementario, si se aceptan las mutuas correcciones que resultan necesarias”¹⁷.

Aclara, y esto es necesario sentarlo, que cuando él habla de marxismo descarta el marxismo-leninismo y se refiere a una izquierda “que haya abandonado completamente el autoritarismo y la estatolatría; una izquierda que acepte considerar, como bien lo recuerda Kelsen,

las raíces libertarias del pensamiento socialista. De otra manera, desde luego que no podrá haber arreglo alguno entre Kelsen y el marxismo”¹⁸.

Para precisar la visión de Correas sobre Kelsen es necesario entender la suya propia.

Correas, de Córdoba, en Argentina, se nutrió, según lo dice en su propia presentación¹⁹, del jusnaturalismo cristiano jesuita para encontrarse primero con el conservadurismo católico y luego con la realidad de las dictaduras militares de derecha en el cono sur. Las que lo obligaron a emigrar a Méjico, el asilo de la intelectualidad latinoamericana, después de estudiar en Francia.

Es diciente que Kelsen, judío, también se hubiera tropezado al salir de la universidad, con el cerco del fascismo en ascenso y con la abierta persecución del nazismo, que lo llevó a Norteamérica. Correas en la calle encontró el pensamiento marxista en la aproximación de éste “a los espíritus cristianos contestatarios”, que rápidamente evolucionó hacia una militancia de izquierda más beligerante. Culminó los estudios de derecho pero derivó hacia la filosofía para, ya estando en Méjico, en Puebla, dedicarse por entero a la del derecho, siempre bajo la identidad marxista.

Afirma que fue conducido:

“a comprender el racionalismo como el núcleo fuerte del pensamiento occidental. Podemos decir que ese fue el último paso que me condujo a una filosofía del derecho que, como no podía ser de otra forma, está comandada por la actitud antirracionalista y democrática de Kelsen”²⁰.

Correas expresa que su pregunta medular en ese momento

“muy marxista por cierto” fue la de “¿por qué el derecho dice lo que dice, y no otra cosa?”²¹.

Y que fue en Kelsen donde encontró

“que la pregunta que siempre he intentado responder... pertenecía a la sociología jurídica”²².

Así, por ese camino, Correas llega a promover la idea “de que la normatividad es una técnica de control social” y resume su idea contestataria expuesta en la obra “Teoría del derecho”²³.

“Las normas sólo existen porque alguien “las lee” en textos: el derecho dice solamente lo que alguien dice que dice; las normas no pertenecen a un sistema porque disponen de ciertas características sino porque alguien dice que pertenecen; las normas no son válidas por alguna propiedad que les es inherente, sino porque alguien las usa o dice que son válidas. Lo importante es darse cuenta de que el derecho es, en verdad, un instrumento de control social, y que ese control sucede en su uso”.

Correas termina diciendo que:

“Si se me preguntara mi filiación teórica, tendría que mencionar, sin duda, a Weber, Kelsen y Marx. Más allá, por filiación filosófica, de fondo me convencen Gorgias, Hume, Nietzsche y, menos estudiados, Freud y Foucault”.

Se lamenta de que los estudios de filosofía de derecho sean incipientes en México

frente a cierto avance en Argentina, para deducir que:

“Claro que hay que buscar las razones de nuestro retraso en peculiares características de la política del país. La formación de los abogados es un tema central en el ejercicio del poder en una sociedad y en este respecto el poder ha sido implacable... ¿Qué esperar de la enseñanza del derecho? Poco. Los abogados son los funcionarios del sistema; por tanto, son sus apologetas naturales. No puede esperarse una transformación total de esto. Pero sí puede esperarse incidir en la formación de alguna parte del alumnado, interesado en la democracia y el cambio social. La tarea vale la pena. Lo que podemos hacer, los dedicados a la filosofía del derecho, es dar clases lo mejor posible, escribir artículos y libros modernos, y tener una actitud receptiva y generosa para con los estudiantes. Ser tolerantes y amigos entre nosotros, discutir respetuosamente, no descalificar ni ningunear tendencias, actitud en la que son tan fervientes los iusnaturalistas y los analíticos”²⁴.

Lo que Correas comenta para el caso mejicano es perfectamente aplicable al caso colombiano, donde el Estado es el mayor empleador de una superpoblación de abogados y donde el esfuerzo renovador de la jurisprudencia, como el que se hizo con la constitucional, es guillotinado con la farsa de la terna que no fue terna, para proveer un cargo en la alta Corte. (Lo que no implica descalificar a González Cuervo).

Pero regresemos al Kelsen que reencontramos en los textos de Correa, el Kelsen compatible con el marxismo,

el Kelsen que encontró en la Sociología Jurídica las respuestas a la pregunta fundamental de la iusteoría.

“... 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. El objetivo de fundar ciencia pura del derecho no es justificar todo poder, como se ha dicho, sino lo contrario: despojar de toda justificación “científica” a cualquier poder”²⁵.

Kelsen busca depurar la ciencia jurídica, resaltando su sentido auténtico e intransferible, útil para interpretar las situaciones de hecho, con base en la norma originaria. La norma irradia sentido jurídico sobre la situación de hecho²⁶.

Así, y no como una teoría que fetichiza la norma olvidando la realidad o la justicia debe entenderse la “Teoría Pura del Derecho”.

La ubicación de Kelsen en la teoría política y filosófica es admirablemente resumida por Correas:

“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 todo caso 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 entre quienes eso piensan... Lo que sí es materia disputable entre quienes creen en una naturaleza humana, es la característica de ella. Las notas o marcas de tal 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 que 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 como "optimistas" y a los segundos como "pesimistas", Kelsen estaría entre estos últimos; los cuales dirían que los otros pecan de ingenuidad"²⁷.

Correas dice que en la primera línea están Rousseau, Marx y el pensamiento judeocristiano Solo la caída (histórica en Rousseau – aparición de la propiedad – y en Marx – aparición del valor- ; y ahistórica y personal en la religión cristiana– el pecado original –) "hizo que el hombre pasara a un otro estadio donde impera la Guerra, la corrupción y la maldad"²⁸.

En la segunda, la del ser social pero en conflicto, está, según Correas, "notoriamente, Hobbes. Y en esta línea hay que inscribir a Kelsen"²⁹.

En otro parámetro, según Correas, hay 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 estado, o, más en general, la normatividad"³⁰.

Otro parámetro, según Correas,

"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-leninistas ser apologetas del estado que en forma de dictadura del proletariado suprimirá el estado y la libertad.³¹.

Correas agrega:

"En la línea de Freud, Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza más recóndita incluye pulsiones egoístas, violentas, 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, lo que es el derecho: una técnica de control social.

Pero al mismo tiempo, la libertad, para Kelsen, es el valor humano supremo...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 lo contrario de un ingenuo; siempre será necesario reprimir las pulsiones antisociales originarias, aún cuando se lograra suprimir “la infame injusticia del ordenamiento capitalista de la sociedad”. Frente a la violencia y el egoísmo originario, la normatividad; frente al edictor 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 a favor de la democracia, no lo hace como científico “puro”, sino como filósofo. Y esto no quiere decir otra cosa sino que quien da el sentido no debe buscar su justificación sino en el consentimiento 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 consenso³².

Democracia que según afirma Correas, es para Kelsen, al final, el gobierno de la mayoría. Ya que nunca habrá unanimidad “dada la comprobada diversidad de intereses”, el orden, fruto de la libertad natural, trastocada en libertad política y autogobierno, creado por unanimidad, es regentado por la mayoría.

Esa diversidad de intereses, concepto que para Correas es el mismo marxista de la “contradicción social” hace que Kelsen y Marx no resulten incompatibles.

Para Kelsen el principio de gobierno de las mayorías proviene 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 mayoría³³”.

Y:

“La transformación del concepto de libertad, pasando de ser representativo de la no sumisión del individuo a la autoridad del estado, a concebirse como un cooperación del individuo en ésta, refleja el tránsito del liberalismo a la democracia³⁴⁷”.

Correas señala:

“Ya estamos en la democracia, que consistiría en la participación del dominado en la dominación. Sin embargo, existe una “inevitable discrepancia entre la voluntad individual” y el estado, “cuya voluntad” prevalece, aún en la democracia, sobre la primera. La democracia, así, es compatible incluso con el total aniquilamiento de la libertad individual. Esta desaparición del individuo corre parejo con la despersonalización del poder³³⁵”.

Y cita nuevamente a Kelsen:

“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 democracia³⁶⁷”.

Continúa Correas, comentando:

““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”... 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 subyugar la libertad del hombre. No hay ni una gota de concesión al estado: aun el democrático es lo contrario del anhelo natural de libertad. Aunque sea necesario para la convivencia. Será necesario pero es un mal³³⁷”.

Como aprendemos del admirable estudio de Correas, Kelsen no es ni el enemigo de la justicia que algunos jusnaturalistas creen ver, ni el apologeta del estado y el poder que sus discípulos radicales invocan.

Este mismo lo dijo en “Qué es la justicia”: “Yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia³³⁸”.

Pero ante todo, quien creía, sinceramente, que cada uno tiene su propio concepto de la justicia, y además, tiene derecho a tenerla.

Un Kelsen universal, cuyo aporte al nuevo orden mundial, no ha sido reconocido por la opinión oficial. Tal vez porque no fue ni político ni estadista.

Villar Borda recuerda como Habermas revive las ideas de Kelsen – las que llama “antecedentes doctrinarios de la

Organización de Naciones Unidas” – sobre “un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria”, fruto de un consenso mayoritario, que significará renunciar a la guerra (la “paz perpetua” de Kant). Y sobre un gobierno mundial (el cual Kelsen veía difícil de instalar). La Corte Penal Internacional, la cual EE.UU. aún no acepta, es el sueño realizado de Kelsen. Lástima que su “eficacia” sea selectivamente reducida.

Juan Ramón Capella al presentar a Correas dice que:

“...el Kelsen preferido de Correas no ha sido el analítico, el discutido por Ross (o ante el que Hart cae de la silla), sino el filósofo del estado y de la política, el que maneja palabras como “alma”, “Dios”, “socialismo” o “psicología³⁹”.

Es el Kelsen que por judío fue perseguido por el nazismo; el que para polemizar con los marxistas, estudió a Marx; el que buscó acercarse a Freud; el que tuvo la honestidad intelectual de revisar en 1960 lo que había escrito en 1934; en fin, el que prefirió morir en la rebelde Berkeley antes que en la acartonada y capitalista Harvard.

El esfuerzo de Correas no se limita únicamente a conciliar a Kelsen con el marxismo.

Su lectura paralela lo llevó al convencimiento de que Kelsen fue “el más importante de los teóricos del estado” en el siglo XX.

Es claro en que “La discusión con sociólogos y politólogos comienza siempre con nuestra insistencia en, y su negativa a, considerar el derecho como

fenómeno relacionado con el poder”.⁴⁰ Discusión aquella que Correas soluciona con una simbiosis de la filosofía y la sociología: “Las instituciones no pueden ser otra cosa que conjuntos de normas”. Ni todo es derecho ni “la sociedad no se agota en el derecho”. En Kelsen está la respuesta según el profesor argentino-mexicano.

Cuando Correas estudia la eficacia del derecho dentro de la “Teoría Sociológica” precisa a Kelsen:

“Me parece que el principal incentivo para estos estudiosos, es la tozuda insistencia con que Kelsen ha dicho y repetido que la **eficacia** – “un mínimo” a veces, “general” otras veces – es **condición** de la **validez** de las normas jurídicas. Vistas las dificultades del tema, ¿cuál es el concepto de **eficacia** al que Kelsen hace jugar tan importante papel en su sistema? Creo posible sostener que en Kelsen hay dos conceptos de eficacia:

- a) Una norma es válida si es eficaz.
- b) Una norma es válida si pertenece a un sistema jurídico eficaz “ en general “ o “mínimamente”⁴¹

Problemas como el de graduar, por ejemplo, el mínimo, según Correas los deja Kelsen a los sociólogos del derecho. El de precisar la “eficacia del sistema” (que Correas asimila al de “hegemonía” en Gramsci) también lo involucra como objeto de la sociología jurídica.

Aportes teóricos como el del López Medina son útiles, pero difíciles de digerir en una post-modernidad donde el academicismo pierde terreno. El

camino que abre Correas, a través de la sociología jurídica, es, en nuestro criterio, más práctico para formar las nuevas generaciones de abogados, los del siglo XXI, más “problemático y febril” que el de Discépolo y donde las soluciones no dan espera.

La sociología jurídica es derecho de campo, no de sala.

Levi-Strauss enseña:

“...Marx fue el primero en utilizar de forma sistemática en las ciencias sociales el método de los modelos. Todo EL CAPITAL, por ejemplo, es un modelo construido en el laboratorio, que su autor hace funcionar para luego confrontar los resultados con los hechos observados. También encontré en Marx una idea fundamental: que no se puede comprender lo que pasa en la cabeza de los hombres sin referirlo a las condiciones de su existencia práctica...”⁴².

El derecho como producto social sólo puede tener vida en referencia a esas condiciones de la existencia práctica. Para conocerlas, para identificarlas, para entenderlas, es básica la sociología jurídica.

Nuestro propósito, es mostrar como la nueva pedagogía del derecho, presente en programas como el de la Fundación Universitaria del Área Andina, el pedagógico del aula, con énfasis en la investigación y en la participación activa y preponderante del alumno, dirigido hacia la defensa de los derechos humanos, permitirá la fluidez de la comunicación o interacción sociedad-jurista-justicia, que la metodología magistral de antaño

cercenaba, parcelando las funciones de cada componente de dicha tríada.

Fluidez, que tampoco puede significar la destrucción de la norma, una anarquía jurídica.

El mismo Levi-Strauss explicaba el mecanismo mental desde su mirada de antropólogo:

“Cada cultura se desarrolla gracias a sus intercambios con otras culturas. Pero es preciso que cada una ponga cierta resistencia, porque en caso contrario, muy pronto, no tendría nada que le pertenezca propiamente para intercambiar. La ausencia y el exceso de comunicación tienen sus peligros”⁴³.

Kelsen fue víctima de la vieja pedagogía.

“Kelsen llegó a la Facultad de derecho con el firme propósito de poder ser un abogado y con la oculta esperanza de convertirse en juez.

Su primera impresión de las clases de la facultad fue de amarga decepción, pues los que enseñaban el derecho romano lo hacían sin atender a la relación con la cultura antigua, ni a la importancia de la sociedad de su tiempo”⁴⁴.

La evolución de la “Teoría Pura del Derecho” (abjuración la llama Mejía Quintana)⁴⁵ hacia la norma con contenido material y no simplemente lógico-formal, debe entenderse con las herramientas de la sociología jurídica.

La Teoría de Hart sobre la “regla de reconocimiento” reposa, indudablemente, sobre un análisis sociológico de la

actividad de los operadores jurídicos. Acompañado, como explica Mejía Quintana, de la dosis de “derecho mínimo natural como elemento extra sistémico de corrección moral”.

El Kelsen así recobrado sigue, sin embargo, siendo el que, según Kaufmann⁴⁶, “navega bajo la bandera de la RACIONALIDAD”, al igual que la “libertad valorativa” de Weber, el relativismo de Radbruch, el “racionalismo crítico” de Popper, el analismo riguroso de Hart, el constructivismo o el “discurso racional” de Habermas.

Esa nueva visión de Kelsen me trajo a la memoria lo que Estanislao Zuleta, el gran maestro de la intelectualidad progresista en Colombia, escribía (mejor, exponía) sobre ese otro judío vital en el pensamiento moderno, Thomas Mann:

“Thomas Mann señala en un texto sobre Goethe que esa civilización (la capitalista) ha producido contradicciones extravagantes: un grado de racionalidad creciente en la posibilidad de conocer la naturaleza y un grado de irracionalidad creciente en el desarrollo de la sociedad misma y de las relaciones con los hombres. El pensaba que era una sociedad explosiva, y que un MUNDO SOCIAL (esas son sus palabras), un mundo racionalmente organizado sobre bases sociales vendrá, violenta o pacíficamente, pero de todas maneras vendrá. Lo que permite a Thomas Mann una mirada tan aguda sobre el mundo capitalista, sus consecuencias individuales, sus efectos sobre la vida personal, sobre las relaciones amorosas y sobre las formas de existencia cotidiana, es la capacidad de ver esa vida como un momento histórico en perspectiva;

en una -palabra, lo que permite a Thomas Mann esa visión tan aguda del mundo capitalista, es que él tiene lo que Musil llamaba *el sentido* de la posibilidad. Musil nos dice que así como existe un sentido de la realidad, también debe existir uno de la posibilidad; es necesario aprender a ver qué otra forma de relación entre los hombres es posible”⁴⁷.

Kelsen reunió los dos sentidos: el de la realidad a través de su positivismo – el puro o el renovado – y el de la posibilidad – si lo miramos como sugiere Correas – cuando valora la “eficacia” de la norma.

Creemos que esta recuperación de Kelsen sea un buen tema de investigación en un momento de la historia y del derecho donde cada segundo mantiene mucha más vigencia el evangelio comunista de que “Todo lo sólido se desvanece en el aire”.

Lo que está pasando con el concepto de delito político en Colombia confirma esta apreciación. Ya lo dijo Foucault⁴⁸.

“...Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ella una historia externa, exterior, de la verdad...Las prácticas judiciales...creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”.

BIBLIOGRAFÍA

- Carrillo, R. (1979). *"Ambiente Axiológico de la Teoría Pura del Derecho"*. Universidad Nacional de Colombia. Biblioteca Filosófica. Bogotá
- Correas, O. www.oscar-correas.com.mx.
- Correas, O. (1994). *"Kelsen y los Marxistas"*. Ediciones Coyoacán. México.
- Correas, O. (2002). *"Sociología del derecho y Crítica Jurídica"*. Editorial Fontanara. México:
- Daza Daza, E. (2005) *"El saber en el Estado Social de Derecho"*. *"Memorias del Tercer Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Barranquilla 2004"*. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Foucault, M. (1991). *"La verdad y las formas jurídicas"*. Gedisa Editorial. Barcelona.
- Gil Olivera, N. A. (2003). *"Derecho y Dignidad. Ensayos de filosofía política"*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- Gil Olivera, N. A. (2005). *"Jusfilosofía en Luis Eduardo Nieto Arteta"*. *"Memorias del Tercer Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Barranquilla 2004"*. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Kaufmann, A. (2007). *"La Filosofía del Derecho en la posmodernidad"*. Monografías Jurídicas Temis. Bogotá.
- Levi-Strauss, C. (1990). *"De cerca y de lejos"*. Alianza Editorial. Madrid.
- Lopez Medina, D. E. (2005). *"Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana"*. Uniandes. Legis. Uninacional de Colombia. Bogotá.
- Mejía Quintana, O. (2005). *"Memorias del Tercer Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Barranquilla 2004"*. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Montoya, A. M. (2003). *"Los valores como problema y la teoría pura del derecho expuesta por Hans Kelsen"* en *"Teoría e Investigación en Sociología Jurídica"*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Págs. 197 a 227.
- Navarro, P. J. (1937) *"Constitución Política de la República de Colombia – 1936 – Historia – Procesos – Comentarios"*. Talleres Gráficos "Mundo al Día". Bogotá.
- Rodríguez Garavito, C. A. (2006). *"¿ Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia"*. Ed. Norma. Bogotá.
- Villar Borda, L. (1998). *"Derechos Humanos: responsabilidad y Multiculturalismo"*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Zuleta, E. (1977). *"Thomas Mann, la Montaña Mágica y la Llanura prosaica"*. Instituto Colombiano de Cultura. Colección Autores Nacionales. Bogotá.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 El constitucionalismo colombiano está en mora de reconocer el aporte de Ernesto Saa Velasco a su desarrollo. Muchos años antes del acontecimiento de 1991, quienes fuimos sus alumnos pudimos liberarnos, de su mano, de la coyunda del conservadurismo. Y ver en la vieja Constitución del 86, maquillada en 1936, una dinámica interior que permitió, por ejemplo, a partir de 1980, construir en la jurisdicción contencioso-administrativa, la más avanzada jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado, para muchos superior inclusive a la francesa, madre nutricia. Ello en cabeza de iconoclastas antiformalistas como Uribe Acosta, Valencia Arango, Betancur Jaramillo y Suárez Hernández, para solo mencionar unos pocos, sucesores de profetas como Rojas Arbeláez y Portocarrero Mutis, por ejemplo.
Se preparó así la revolución constitucional que, pese a sus imperfecciones, triunfó con la nueva Carta Magna y su, hoy pacíficamente desarrollado, artículo 90.
- 2 Villar Borda, después de su paso por Popayán, estudió en Alemania y se convirtió en un gran estudioso de Kelsen, a quien siempre consideró "el positivista radical",

aunque reconoce el cambio fundamental de su doctrina en 1960 y valora, de todas maneras, el propósito de Kelsen de “sustraer al máximo” la ciencia del derecho “de dependencias políticas e ideológicas que desvían su auténtico objetivo de conocer y describir el derecho”, cuyo resultado es para Villar “paradójico”. (Villar Borda, 1998. p. 86)

- 3 Proceso, lamentablemente frustrado, bien descrito por César Rodríguez Garavito. “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo” en Rodríguez Garavito, 2006.
- 4 López Medina, 2005.
- 5 En lo que resta de este año del 2008 el uribismo podrá reintegrar la Corte, para su manipulación.
- 6 Corte Constitucional. Sala Plena. Exp. D-3378. Sentencia del 2 de agosto de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 7 Los salvamentos de voto fueron de los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdova Triviño y Eduardo Montealegre Lynett, uno. El otro, de Jaime Araujo Rentería. Sorprendentemente, Alfredo Beltrán Sierra adhirió a la posición mayoritaria. Es posible que la postura de Montoya esté condicionada por el hecho de ser el ponente de la discutida sentencia Monroy Cabra, quien como doctrinante había sido partidario del Kelsen puramente positivista. Un Monroy Cabra bien diferente es el que reconoce un Kelsen que con Cossio, Austin, Hart y Dworkin “coincidieron en sostener que la interpretación judicial requiere no sólo de un acto intelectual de conocimiento, sino también de un acto de voluntad porque el juez es creador del derecho. Incluso, se advierte que las diferencias que surgieron entre estos juristas radican en establecer el margen de libertad con la que actúa el juez y la forma cómo deben resolverse los asuntos de mayor complejidad jurídica, pero no discuten sobre la existencia de la labor creativa del juez en la interpretación de la ley y su carácter vinculante”. (Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. expediente D-6224. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 del Código Civil. Demandante: Guillermo Otálora Lozano. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- 8 Daza precisa: “Por ello, acertadamente, el maestro Rafael Carrillo manifiesta que la teoría pura del derecho de Kelsen respiraba aire del ambiente axiológico social de ese entonces, donde por, la necesidad ideológica de perpetuar relaciones, por demás deshumanizantes, se debía aislar el saber de todo aquello que lo contaminara en aras de buscar la verdad real y objetiva”. Concepto que coincide con el de Arnold Brecht, y hasta con el de Piaget cuando explica la procedencia que de la categoría del “sollen” o “deber ser” tiene la norma. Sobre la visión axiologista de Kelsen recomendamos la lectura del admirable artículo del profesor Juan Antonio García Amado publicado en “Ámbito Jurídico” – Legis. 2008 y titulado “Defensa de Kelsen frente a ignorantes y cretinos”.
- 9 López Medina (2005): 354
- 10 López Medina (2005): 355
- 11 Gil Olivera (2005):122
- 12 Gil Olivera (2005):127
- 13 Gil Olivera (2005): P. 132
- 14 Correas, 1994. Prólogo. p. 9.
- 15 *Ibíd.*
- 16 *Ibíd.*
- 17 *Ibíd.* p.10
- 18 *Ibíd.*
- 19 Correas, Oscar. Presentación de su página www.oscar-correas.com.mx
- 20 *Ibíd.*
- 21 *Ibíd.*
- 22 *Ibíd.*
- 23 *Ibíd.*
- 24 *Ibíd.*
- 25 Correas, Oscar (1994). p. 70

- 26 En un debate durante el trámite de la Reforma Constitucional de 1936 el senador Gerardo Molina dijo: "Estimo, por consiguiente, que cuando una nueva fuerza política ha llegado al Poder, tiene que expedir un nuevo estatuto, porque entonces no habría ocurrido nada, no habría pasado nada. ¿Qué nos enseña la tradición jurídica del país? Que cuando un partido llega al poder dicta una Constitución nueva". Replicado por Darío Echan día, a la sazón Ministro de Educación y quien como representante del Gobierno intervenía en la discusión de la reforma, en el sentido de que "Eso no es tradición jurídica. La espada del Gran General Mosquera es lo menos jurídico que hay en el país", Molina remató diciendo: "Pero fue un hecho. Y eso es el derecho. La expresión jurídica de un hecho consumado". (Navarro, Pedro Juan, 1937, 209)
- 27 *Ibid.* p. 71 y ss
- 28 *Ibid.* p. 72
- 29 *Ibid.*
- 30 *Ibid.*
- 31 *Ibid.*
- 32 *Ibid.* : 73 y 74
- 33 Cita que trae Correas *ibid.*: 84
- 34 *Ibid.*
- 35 *Ibid.* : 84
- 36 Cita que trae Correas. p. 84
- 37 *Ibid.* p. 85
- 38 Kelsen. 2001
- 39 Correas. 2002. p. 10
- 40 Correas. (1994) Prólogo. p. 13
- 41 Correas. 2002. p. 76
- 42 Levi-Strauss, 1990. p. 149.
- 43 *Ibid.* p. 205
- 44 Gil Olivera, 2003. : 49
- 45 Es interesante el análisis de Mejía Quintana Oscar "La Norma Básica como problema iusfilosófico" (Mejía Quintana, 2005): 195 y ss.
- 46 Kaufmann. 2007. p. 20
- 47 Zuleta, 1977. p. 48
- 48 Foucault, 1991. p. 17