

AGOSTINO CARRINO

De Marx a Kelsen. Ocaso de la ideología y teoría pura del derecho en Italia

RESUMEN

Analizando las distintas y sucesivas fases de la recepción de Kelsen en Italia, tanto en la Filosofía del Derecho como en la teoría de la democracia y la Ciencia Política, puede concluirse que el pensamiento jurídico italiano está ya preparado para una valoración completa del impacto de Kelsen y del kelsenismo sobre la cultura jurídica europea del siglo XX. En todo caso, hoy es posible hablar de una nueva época de lectura de las obras de Kelsen en Italia.

Con la entrada de Kelsen en la Filosofía del Derecho italiana de los años cincuenta se trata de encontrar una ciencia del derecho, de superar las abstractas contraposiciones subjetivas para descubrir, con métodos empíricamente verificables, la realidad específica del derecho. El pensamiento de Kelsen se ofrece a la filosofía jurídica italiana como alternativa coherente a las varias formas de metafísica. Más adelante Kelsen habrá de ser criticado y censurado en Italia, desde posiciones analíticas, por irreconciliable con los postulados de la filosofía neoempirista.

El retorno de Kelsen, a comienzos de los ochenta, se produce en el marco de la crisis política y doctrinal del marxismo, y lo hace en la contracorriente que afecta a amplios estratos de la intelectualidad italiana, que tienen que enfrentarse a fenómenos radicalmente nuevos de modernización acelerada de la estructura socio-política y económica italiana. Especialmente los trabajos de Barcellona y Marramao sitúan a Kelsen en el epicentro de la fase final de la modernidad y extraen del "paradigma kelseniano" toda su capacidad hermenéutica, crítica y científica, en tanto que esfuerzo estratégico de racionalización jurídico-política.

La teoría pura del derecho de Hans Kelsen ha sufrido recientemente, en la literatura filosófico-jurídica y filosófico-política italiana, una peculiar, significativa "torsión" interpretativa. A través del uso crítico-político hecho por Pietro Barcellona en dos libros muy discutidos, *I*

soggetti e le norme (1984) y *L'individualismo proprietario* (1987), Kelsen vuelve a dar que hablar, independientemente de la ocasión del centenario de su nacimiento, de la publicación de obras póstumas o simplemente de las traducciones de sus escritos más o menos relevantes.

Hay que destacar el hecho de que, contemporáneamente a los escritos de Barcellona, el paradigma kelseniano ya había sido revisitado poco antes por Giacomo Marramao y por mí mismo: el primero en *Potere e secolarizzazione* (1983) y *L'ordine disincantato* (1985), y yo en *L'ordine delle norme* (1984), en escritos menores y finalmente en *Kelsen e il problema della scienza giuridica* (1987). Perspectivas ciertamente diversas, aunque en algunos sentidos concomitantes, de forma que podemos efectivamente hablar de una nueva época de lectura de las obras de Kelsen en Italia, tanto más significativa en cuanto que se da después de la crisis del positivismo jurídico precisamente de sello kelseniano, el fin del uso anti-ideológico de Kelsen a finales de los años setenta y el reciente interés por las temáticas neo-utilitaristas y la filosofía "liberal" anglosajona (Dworkin, Nozick y otros).

Antes de profundizar en el discurso, daré un esquema de las fases de la recepción de Kelsen en la Italia republicana. Se puede decir que la primera afecta a la filosofía del derecho y dura desde 1950 a 1975, pasando, en los años desde 1960 a 1975, a través de una crisis y un agotamiento del positivismo jurídico; la segunda, desde 1975 hasta hoy, se ocupa por el contrario de la filosofía política, articulándose a su vez en dos fases: la primera relativa al debate sobre la teoría marxista del Estado, la segunda al significado que el kelsenismo tiene para una comprensión de las categorías centrales de la modernidad: función, abstracción, artificio, orden convencional.

Desde hace muy poco tiempo, se va manifestando la tendencia a una revisión histórico-crítica de la teoría pura del derecho, donde convergen mis planteamientos y los de exponentes de la escuela florentina de historia del derecho: Fioravanti y Sordi. Puede decirse que el pensamiento jurídico italiano está ya totalmente preparado desde el punto de vista jurídico, histórico y filosófico para una valoración completa del impacto de Kelsen y del kelsenismo sobre la cultura jurídica europea del siglo XX.

Ojalá que esta valoración (que no podrá dejar de ser también un acto de distanciamiento) marque también, si viene y cuando venga, una salida de la crisis cultural y de identidad en la que se mueve la filosofía jurídico-política italiana de hoy y se prolonga, quizás por necesidad histórica, desde hace demasiado tiempo.

I. Kelsen y la Constitución Italiana

Como es sabido, la Carta Constitucional de la República Italiana puede considerarse resultado de un "compromiso general" de tres grandes tendencias y corrientes ideales y políticas: laica, católica y socialista.

En este compromiso, sin embargo, la componente laica resultó de algún modo minoritaria en relación con la prevalencia de las exigencias personalistas y solidaristas. Ya la inserción en el texto constitucional de una serie relevante de "principios" (1), relativos a la igualdad, a la función social de la propiedad, a la familia, a la economía, etc., muestra innegablemente la existencia de diferencias notables, como ha sido observado recientemente, "entre la función que se ha querido atribuir concretamente a nuestra Constitución y lo que, generalmente, es el significado de la Constitución en la doctrina kelseniana" (2). Por otra parte, el Constituyente italiano parece haber tenido mucho más presente la Constitución de Weimar que la austriaca de 1920, a la cual Kelsen contribuyó de forma decisiva (3).

(1) Sobre el papel de los principios en la Constitución italiana, desde un punto de vista filosófico-jurídico, *cfr.* JORI, M., *Saggi di meta-giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 301 y ss. Vide también GIANFORMAGGIO, L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, en *Riv. int. di filosofia del diritto*, 1985, 1, pp. 65 y ss.

(2) GIOVANNELLI, A., *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione 'politica' della Corte Costituzionale*, en AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, vol. I, pp. 381 y ss.

(3) Sólo desde hace algunos años, gracias sobre todo a la comparación con Schmitt, se ha empezado a estudiar al Kelsen "proyector" de la Constitución austriaca: *cfr.*, especialmente PETTA, P., *Il sistema federale austriaco*, Milano, Giuffrè, 1980; KOJA, F., *Il concetto di Costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco*, en *Diritto e società*, 1981, 1, pp. 114 y ss.

En la fase constituyente italiana, Kelsen es más conocido como doctrinario del Estado y teórico de la democracia, que por sus contribuciones a la tarea concreta de elaboración de proyectos institucionales: es cuando menos significativo, a este respecto, que en un tema tan “kelseniano” como el de la justicia constitucional, sólo una vez, en la Constituyente, se mencionara el nombre de Kelsen (4).

En realidad toda la Constitución italiana, síntesis-encuentro de ideas de matriz católica con ideas de matriz socialista, infravalora realmente el papel que ésta, en un modelo de tipo kelseniano, debería desempeñar: el de un conjunto de límites *formales* a la actividad del legislador. El dictado constitucional era y aparece cada vez más como propulsor y *teleológico* respecto a valores formalizados en disposiciones normativas. Contrariamente a las ideas de Kelsen, la Constitución italiana ha introducido en su dictado principios relativos al contenido de las leyes que, valorados según las exigencias del formalismo clásico, resultan todo menos determinados y precisos. Piénsese en el principio de la igualdad (art. 3), cada vez más citado en los casos de constitucionalidad, que Kelsen, en alusión a la Constitución de Weimar, consideraba uno de los menos compatibles con cierta concepción, propia del Estado legislativo, de la garantía jurisdiccional de la Constitución. En la experiencia constitucional italiana precisamente el recurso al principio de igualdad ha llevado y está llevando progresivamente a una extensión del control por parte del juez constitucional de la lógica misma que guía al Parlamento, censurando la coherencia del legislador y llegando a poner por encima de él la “verdadera” valoración política. Se está constatando en fin, no por casualidad, lo que Kelsen, aunque fuese en una situación histórico-social diferente, tanto temía, el “desplazamiento del poder del Parlamento a un órgano externo al mismo” (5).

El lugar central que ocupa el legislador en el sistema jurídico kelseniano parece hoy un recuerdo del pasado o incluso una utopía decimonónica, frente a la emergencia de un papel preponderante del ejecutivo (piénsese en el uso a veces paroxístico de los decretos-ley) y de los aparatos administrativos. El juez constitucional italiano no recurre

(4) Cfr. D'ORAZIO, E., *La genesi della Corte Costituzionale*, Milano, 1981, p. 81.

(5) KELSEN, H., *Chi dev'essere il custode della Costituzione? (1931)*, en *La giustizia costituzionale*, trad. it. de C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 254.

ciertamente a aquel “Volksgeist” que Kelsen interpretaba como una recaída en formas premodernas y autoritarias de los modelos jurídico-políticos, y sin embargo la emergencia de una función legislativa no sólo negativa (6), sino directamente creativa por parte del juez constitucional, demuestra cómo también, en el ordenamiento italiano, la función de los principios facilita una actividad de suplencia respecto del legislativo. Si la concepción kelseniana de la justicia constitucional tenía por finalidad consolidar las estructuras del Estado legislativo, está claro que justamente el referente específico —el Estado legislativo— parece hoy en discusión. En Kelsen la garantía jurisdiccional de la Constitución tenía el sentido de limitar la autonomía de la Administración; hoy, en Italia, la función de este juez parece ser más bien la de garantizar una legislación fundada en principios.

Se comprende entonces cómo entre los juristas presentes en la Asamblea Constituyente, el que parecía más sensible a la elección de Kelsen, Piero Calamandrei, defendiera arduamente la exclusión de los principios del dictado constitucional, precisamente según las exigencias de la teoría pura del derecho. Pero también hay que decir que precisamente las propuestas de Calamandrei, cuyos análisis sobre la justicia constitucional resultan sensiblemente similares a los de Kelsen (7), fueron las menos recogidas en la Carta Constitucional.

De todos modos, una cierta influencia indirecta del kelsenismo en el dictado constitucional puede rastrearse en lo que se refiere al problema del compromiso y de las garantías que una justicia constitucional debe dar para el mantenimiento de tal lógica del compromiso, que como es sabido es uno de los puntos cardinales de la teoría kelseniana de la democracia. A pesar del gran límite de la teoría kelseniana del “guardián de la Constitución”, que según el jurista austriaco debería tener por finalidad garantizar la forma constitucional sin operar en el ámbito de los valores que informan la Constitución, el tema del compromiso es un dato relevante de la experiencia constitucional italiana.

(6) Sobre el tema, *cfr.* GIOVANNELLI, A., *op. cit.*, pp. 387 y ss. (con bibliografía).

(7) *Cfr.* CALAMANDREI, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950.

Y, sin embargo, esta homología con el modelo kelseniano parece ser también la única que se pueda constatar hoy, en la medida en que la mayoría de las veces esta función de garantía del compromiso es accidental respecto a la exigencia primaria que hoy se subraya: la de una transformación según los “principios”, sancionados por la Constitución, de la vida social. De aquí el papel más significativo y relevante que parece desempeñar Carl Schmitt, considerado en la cultura jurídica italiana gracias sobre todo a Mortati, más una “versión” del institucionalismo que el “Kronjurist” de la época nazi (8).

Si Kelsen es el teórico de la “forma” y Schmitt el teórico de la “existencia”, de la concreción, resulta más que evidente que el significado de la teoría pura del derecho tenía que ir menguando a medida que las exigencias sociales de decisiones concretas crecían. Y todo esto se daba, sin embargo, sobre la premisa, advertida por la mayoría de los juristas italianos, especialmente los iuspublicistas, de que Kelsen es ya un clásico del pensamiento jurídico, cuya doctrina puede ser criticada y rechazada, nunca ignorada. Es suficiente, para darse cuenta de ello, leer las voces de derecho público de la *Enciclopedia del diritto*, desde Crisafulli a Mortati o Modugno, autores para los que teoría pura del derecho es un punto de referencia absolutamente indispensable. Kelsen, ha escrito uno de los máximos constitucionalistas italianos, exactamente Vezio Crisafulli, es moderno “como puede serlo un clásico, que si bien pertenece al siglo XX, compendia en una síntesis rigurosamente lúcida los resultados de una casi secular evolución del pensamiento jurídico” (9). Pero aún más significativa es la constante permanencia del modelo iuspublicista kelseniano en trabajos de derecho comparado, entre los que basta recordar el de Antonio La Pergola (10).

(8) Cfr. CASTRUCCI, E., *Dalla Costituzione dello Stato all'ordine della Terra. Appunti sulla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Florencia, 1987. Vide también, F. Mercadante, *Carl Schmitt tra i 'vinti che scrivono la storia'*, epílogo a SCHMITT, C., *Ex Captivitate Salus*, trad. it. de C. Mainoldi, Milano, Adelphi, 1987, pp. 103 y ss.

(9) CRISAFULLI, V., s.v. *Costituzione*, en *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1976, vol. I, p. 22.

(10) LA PERGOLA, A., *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969. La presencia del kelsenismo en este autor está puesta de relieve por FROSINI, V., *La problematica dottrina del rapporto fra diritto interno e diritto internazionale*, en *Riv. int. di fil. del diritto*, 1987, 1, pp. 90 y ss.

II. Kelsen y la filosofía del derecho italiana

1. En 1940 un jurista menor ligado a la ideología del régimen fascista, Giuseppe Maggiore (11), pensó escribir el “*de profundis*” de la teoría pura del derecho, aun reconociendo que el pensamiento de Kelsen había sobrevivido en varios aspectos, también en Italia, al advenimiento del Estado totalitario y a la afirmación de la “gran alternativa al pensamiento kelseniano en el conjunto del pensamiento jurídico italiano” (12): el institucionalismo de Santi Romano, ciertamente el jurista más ilustre y agudo de la Italia de entreguerras.

En el mismo año un estudioso del derecho público de envergadura bien distinta, Costantino Mortati, publicaba un libro que fue famoso dentro de la literatura iuspublicística italiana, *La costituzione in senso materiale*, que celebraba, a través de Santi Romano y Carl Schmitt, la idea de una concreción contrapuesta al formalismo del normativismo abstracto, es decir, a su máxima expresión teórica como era, precisamente, la teoría pura del derecho (13).

Sin embargo, también durante el régimen fascista el nombre de Kelsen había surgido difundiéndose en la cultura jurídica italiana, primero gracias a Arnaldo Volpicelli (realmente un crítico de las posturas parlamentarias de Kelsen) y además por Renato Treves (14). Los juicios y las valoraciones de Kelsen, en el ámbito de la filosofía del derecho, eran a menudo negativas (baste mencionar, por curiosidad histórica, que incluso el que luego sería máximo representante del kelsenismo en Italia, Norberto Bobbio, en 1934 tomaba una postura contraria a Kelsen, en la polémica de éste con Rudolf Smend (15), pero difícilmente,

(11) MAGGIORE, G., *Quel che resta del Kelsenismo*, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, CEDAM, 1940, vol. 1, pp. 50 y ss.

(12) FROSINI, V., *Saggi su Kelsen e Capograssi*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 40.

(13) MORTATI, C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

(14) Sobre la suerte de Kelsen en Italia, cfr. LOSANO, M. G., *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Comunità, 1981, pp. 179 y ss.; RICCOBONO, F., *Kelsen in Italia*, en AA.VV., *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 199 y ss. (el volumen recoge las actas del Convenio kelseniano romano de 1981).

(15) “... el historiador, en vez de indignarse con el Kelsen que está en contra de Smend, no puede dejar de entender y justificar el valor histórico de una reacción hacia el formulismo vacío kelseniano, reacción cumplida a través de una previa aceptación e la realidad espiritual que de por sí da vida y significado a las formas puras del saber abstracto”: BOBBIO, N., *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia giuridica e sociale*, Turin, Giappichelli, 1934, pp. 62-63.

dadas las relaciones tan estrechas que la cultura italiana conservaba con la cultura en lengua alemana, podía prescindirse de una doctrina como la de Kelsen, que en Alemania, en Austria y en otros lugares ya hacía correr ríos de tinta.

Lo cual es más cierto aún en lo que respecta a los estudios del derecho internacional, en los que Kelsen fue siempre, a pesar del increíble desinterés de los mismos filósofos del derecho estudiosos de Kelsen por lo que, a mi modo de ver, es el núcleo de la teoría pura del derecho, punto de referencia esencial en el debate científico, desde Balladore a Ago, Giuliano y otros.

No obstante las prematuras declaraciones de muerte de un Maggiore o las alternativas institucionalistas de un Romano, con sus críticas a las "vacías" abstracciones kelsenianas y en defensa del Estado administrativo, la cultura jurídica de la Italia democrática registra casi repentinamente una vuelta a Kelsen, aunque estuviera enmarcada por una visión lineal que hacía de él más el continuador de experiencias ya consolidadas que un renovador de los estudios jurídicos. Hago alusión a dos escritos de Vittorio Emanuele Orlando, uno sobre la revolución y el derecho, el otro sobre Georg Jellinek. Orlando ponía a Kelsen en una línea siempre evolucionista del pensamiento iuspublicístico muy simplificada (16), convirtiéndolo *tout-court* en el resultado natural y coherente de la línea de la autonomía del método jurídico, que ya hacia finales del siglo pasado había encontrado precisamente en Orlando a su máximo exponente en la cultura italiana: "Así aquel pensamiento dominante de mi primer discurso en 1885 que tendía a la afirmación de una autonomía metodológica del derecho, es retomado y conducido [por Kelsen] hasta consecuencias lógicamente extremas" (17).

Sean cuales fueren los límites de esta recuperación de Kelsen en Italia por parte del viejo Maestro de la Italia prefascista, la semilla de un renovado interés por el jurista austriaco ya estaba echada.

(16) "¿Cuántos juristas italianos se han acostumbrado a pensar en Kelsen por medio de estas páginas?": así, FIORAVANTI, M., *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica*, en AA.VV., *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 53.

(17) ORLANDO, V. E., *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale* (1949), en *Scritti giuridici vari* (1941-1952), Milano, Giuffrè, 1956, p. 125.

Uberto Scarpelli, en 1953, dedicaba un capítulo de su libro *Filosofía analítica e giurisprudenza* a “La filosofía analítica y la vuelta a Kelsen”, mientras que contemporáneamente, en torno a la traducción italiana de la *General Theory of Law and State*, se encendía la aguda polémica entre Giuseppe Capograssi, el filósofo de la experiencia jurídica de orientación católica, y Norberto Bobbio, que desde hacía algunos años se había desplazado a posiciones afines a las de la filosofía analítica del lenguaje (18).

La “vuelta a Kelsen”, en la Italia de los años cincuenta, queda así indisolublemente ligada al nombre de Bobbio y de su escuela. En la filosofía del derecho, se trata de encontrar la posibilidad de una ciencia del derecho, o sea, de superar las abstractas contraposiciones subjetivistas para descubrir, con métodos empíricamente verificables, la realidad específica del derecho. El positivismo jurídico de Kelsen se convierte así en un instrumento refinado para una lucha contra las ideologías en general, sean metafísicas o de izquierdas, en nombre de las exigencias de una ciencia avalorativa y no descriptiva. En la filosofía política el tema es la defensa de la democracia, es decir, la distinción entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, tema que cobrará toda su importancia sobre todo hacia la mitad de los años setenta, cuando Kelsen sea en Italia el agudo crítico de la ideología y de la insuficiencia de la teoría marxista del Estado.

2. La filosofía del derecho italiana que había vivido la experiencia de los recientes y trágicos acontecimientos europeos y mundiales, pero que no por ello tendió a asociarse al renovado iusnaturalismo jurídico que creía poder apelar a valores suprajurídicos para contrastar tendencias y caídas autoritarias, se volvió hacia un positivismo jurídico en que confluían dos filones de pensamiento: el neopositivismo lógico y el “normativismo” de Kelsen. A partir de lo que ha sido definido como el “manifiesto programático” (19) del nuevo positivismo jurídico italiano,

(18) CAPOGRASSI, G., *Impressioni su Kelsen tradotto* (1953), en *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 313-356; BOBBIO, N., *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 145-162.

(19) PATTARO, E., *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, en SCARPELLI, U. (a cargo de), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, p. 455. [Tal fue que así porque aparte del contenido propiamente jurídico, el reclamo al empirismo lógico, presente en aquel escrito, constituía efectivamente el reclamo a una filosofía entre las más idóneas a la mentalidad, a las ideas y a las exigencias culturales del “intelectual no marxista”] (*ibidem*).

el ensayo de Bobbio *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950) (20), el pensamiento de Kelsen se presentaba como una alternativa coherente a las varias formas de la metafísica.

Hay que decir que la recepción de Kelsen, entre finales de los años cuarenta y los cincuenta, debe mucho, una vez más, a Renato Treves (21) y luego a Uberto Scarpelli, el cual, de algún modo, es el investigador que marca el “signo” de la suerte del austriaco en Italia, aunque sea Bobbio el que lo difunda más ampliamente. A diferencia de Orlando, que había situado a Kelsen en una línea ideal de “rebelión de los juristas” contra la filosofía del derecho, Scarpelli, en el ya citado *Filosofia analitica e giurisprudenza*, ofrece una presentación corregida de Kelsen, que permite una formulación de su pensamiento bajo el ropaje de una “sintaxis del lenguaje jurídico” (22).

El Kelsen que de este modo es introducido en Italia, es el americano de *Society and Nature*, de la *General Theory of Law and State*, de *Science and Politics* —trabajos que son traducidos todos en esos años—, que ya han entrado en contacto con las corrientes neopositivistas transplantadas en los Estados Unidos. Y sin embargo la alianza entre normativismo kelseniano y filosofía analítica no era algo que pudiera resolverse tan fácilmente. Como observara Pattaro —desde el presupuesto previo de la filosofía jurídica *realista* aceptada por él—, “a la larga, las premisas metodológicas del neopositivismo y de la filosofía analítica se han revelado como una especie de caballo de Troya en la ciudadela kelseniana” (23).

La contradicción entre normativismo kelseniano y filosofía analítica del lenguaje aparece con claridad ya en Scarpelli, que contra el idealismo crítico de Kelsen esgrime el principio del neopositivismo lógico según el cual “las formas en las cuales es ordenada la experiencia son variables, y son elaboradas cada vez con la actividad constitutiva del lenguaje” (24). Un principio que se opone obviamente al otro, genérica-

(20) SCARPELLI, U. (a cargo de), *op. cit.*, pp. 287-324.

(21) Cfr. TREVES, R., *In torno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, en *Riv. int. di filosofia del diritto*, 1952, 3, pp. 177-197.

(22) SCARPELLI, U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, Nuvoletti, 1953, p. 57.

(23) PATTARO, E., *op. cit.*, p. 464.

(24) SCARPELLI, U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, *cit.*, p. 58.

mente neokantiano, de Kelsen, según el cual la experiencia es el producto de síntesis categoriales *a priori*. Más que de error de la filosofía analítica del derecho en la recepción de la teoría pura, puede hablarse aquí de una “distracción necesaria”, en la medida en que no se ha sabido o no se quiso o no se supo llegar hasta el fondo de la evolución del pensamiento kelseniano, y comprender, por ejemplo, que la *General Theory of Law and State* fue una obra extemporánea y condicionada por exigencias prácticas de la vida de Kelsen, y que la inclusión, en el mismo libro, del ensayo de 1928 sobre los fundamentos del iusnaturalismo era cuando menos problemática, ya que significaba presentar juntos dos trabajos pensados y escritos en ambientes intelectuales y con referencias culturales completamente diferentes. No es casual que Scarpelli critique en buena parte precisamente el ensayo de 1928, considerado *tout-court* “documento del reciente y maduro pensamiento del autor” (25), porque se había incluido como apéndice en la *General Theory* de 1945.

En efecto, la recepción de Kelsen en Italia, en los primeros cincuenta, se da sobre la base de una exigencia general (advertida especialmente por Bobbio) de claridad y de rigor (que a Kelsen, perfecto ejemplo de logicismo deductivo, no faltaron nunca), pero sin una confrontación rigurosa con todo el pensamiento del jurista austriaco tal y como se había formado y madurado en los años diez, veinte y treinta del siglo. Scarpelli mismo se limita a tomar nota de las incongruencias de Kelsen desde el punto de vista analítico, sin llegar en cambio a una toma de posición clara sobre la teoría pura del derecho. A esto contribuía también el interés de Treves por la sociología del derecho. El único que, en aquella fase, estaba en condiciones de profundizar en las aporías del pensamiento kelseniano, se encontraba en la extraña situación de tener que subrayar las aportaciones que, *a negativo* podía dar ahora Kelsen a la joven disciplina sociológico-jurídica.

No quiero decir que el positivismo jurídico italiano de orientación analítico-lingüística, que en este periodo es el más receptivo con respecto a Kelsen, haya cometido un error; cierto es que lo que necesitaba la filosofía analítica italiana en estos años lo tomó de hecho de Kelsen, pero sin darse cuenta de que muchas de las preguntas y de las respues-

(25) *Ibidem*.

tas que encontraba en él, eran preguntas y respuestas que ella misma introducía en la teoría pura del derecho. No es casualidad que investigadores como Scarpelli sigan su propio camino independientemente de Kelsen, aunque en su compañía.

Más marcada es la influencia de Kelsen sobre Bobbio, el cual no fue, en mi opinión, tanto un filósofo analítico como un “traductor” del kelsenismo en una perspectiva analítico-lingüística (26). De modo que pudo escribir y publicar dos libros, *Teoria della norma giuridica* y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, en 1959 y en 1960, marcadamente kelsenianos; ambos parecen más exposiciones y comentarios de la *General Theory of Law and State* que otra cosa.

3. Pero son precisamente éstos los años en que Kelsen empieza a ser sentado en el banquillo de los acusados, inculpándosele, como lo haría Leoni por ejemplo, de “incongruencias” y “oscuridad” (27), y los años en que también se inicia la recepción de las tesis de Herbert Hart, de algún modo un jurista post-kelseniano, sobre las normas como práctica social y la descripción del derecho como (también) descripción sociológica (28). La entrada de Hart en la cultura jurídica italiana lleva a tomar conciencia del kelsenismo desde un punto de vista analítico. De modo que el mismo positivismo jurídico, que Bobbio pretendía asociar a la filosofía analítica en un intento de construcción de una ciencia avalorativa del derecho, “explota” cuando entra en contacto con las exigencias de construcción descriptiva de las normas jurídicas como necesidad política e ideal. El resultado de este proceso está documentado en el libro de Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico?* (29), de 1965, al que siguió una dura confrontación que también alcanzaba al libro de Bobbio del mismo año, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (30).

En Scarpelli el positivismo jurídico viene dotado de una naturaleza *prescriptiva*, con la consecuencia de que aquél debe ser desarrollado en

(26) Cfr. GUASTINI, R., *Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria generale del diritto. (I) 1949-1960*, en *Materiali per la storia della cultura giuridica*, vol. VII/1, 1978, pp. 301 y ss.

(27) LEONI, B., *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto* (1960), en *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 187-202.

(28) Cfr. JORI, M., *Saggi di metagiurisprudenza, cit.*, pp. 109 y ss.

(29) SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Comunità, 1965.

(30) BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

un nivel ético-político, caracterizado por la aceptación de los valores de la democracia y de la constitucionalidad: “Afirmar, en clave de positivismo jurídico, que el derecho es un conjunto de normas producidas por órganos competentes y procesos autorizados en sus relaciones jerárquicas, ha sido una manera de intentar mantener (...) el primado de la legislación, constitucional y ordinaria” (31). El derecho vuelve a entrar así en el mundo de los valores. En efecto, es esta la tesis de Kelsen: el derecho es un valor, el único valor que se puede construir científicamente, el único valor objetivo. Está claro, sin embargo, que la tesis de Kelsen no puede conciliarse con la posición analítica. Una filosofía neoempirista debe rechazar esta hipótesis de una distinción entre valores subjetivos (los juicios de valor referidos a justicia) y los valores objetivos (los juicios de valor referidos a la legalidad). Como observaba Pattaro, “los juicios de valor jurídicos, como todo juicio de valor, expresan un valor subjetivo”. “Según la filosofía neoempirista, los valores jurídicos no son menos subjetivos que los morales o políticos, o sea, no son objetivamente cognoscibles como valores” (32).

El momento ideológico de la teoría pura del derecho emerge así, gradualmente, dentro de la tendencia no “metafísica” de la filosofía del derecho italiana, bien siendo conscientemente adaptado, como en el caso de Scarpelli, a fines de política del derecho, bien siendo rechazado como momento simplemente inconciliable con una perspectiva analítica de conocimiento de los significados del derecho.

La crítica a Kelsen y al kelsenismo encuentra su máxima expresión, siempre desde un punto de vista filosófico jurídico, en Giovanni Tarello (prematuramente desaparecido en 1987) y en Enrico Pattaro.

Ya en 1974 (una fecha relevante en nuestra reconstrucción porque es prelude de una *querella* sobre la doctrina marxista del Estado) Tarello, en su comunicación sobre “Il diritto como ordinamento” en el décimo Congreso Nacional de Filosofía Jurídica y Política, tomaba una postura netamente crítica con respecto a Kelsen y a la teoría jurídica kelseniana, afectada de “idealismo” y marcada por una “fuerte carga ideológica”. Kelsen era acusado de haber optado por una ideología que

(31) SCARPELLI, U., *Filosofía e diritto*, en AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Nápoles, Guida, 2.ª ed., 1987, p. 205.

(32) PATTARO, E., *op. cit.*, pp. 474 y 475.

asignaba al derecho caracteres específicos “aptos para ocultar las eventuales fracturas, antinomias y lagunas” (33). La tesis es reiterada en un escrito posterior: el resultado de Kelsen “es un resultado idealista: porque lleva a dar, a exigencias prácticas, una respuesta que nada tiene que ver con exigencias prácticas, todo lo contrario, que es una respuesta especulativa” (34).

En el mismo año Scarpelli lleva a su punto de madurez todo lo que estaba implícito en la unión forzada entre normativismo kelseniano y filosofía analítica: la superación de la teoría pura del derecho. La crítica analítica a Kelsen se encuentra con la marxista, aunque con la diferencia de puntos de partida y trayectorias de ambas: la teoría kelseniana es reconocida como una teoría que ejerce una “función política” (35). Scarpelli vuelve a situar a Kelsen en sus coordenadas kantianas y neo-kantianas, dentro de las cuales, y a pesar de obras de “cadencia analítico-lingüística”, como ahora es reconocida la *General Theory of Law and State* (36), los conceptos son formas *a priori*, trascendentes, lo cual no concuerda con la filosofía analítico-lingüística, para la que la teoría debe ser justificada *pragmáticamente*, siendo lógicamente arbitraria.

Lo que queda de Kelsen en Scarpelli es, a mi modo de ver, muy poco, aunque este “poco” Scarpelli lo considere “lo más importante”: una teoría elaborada por un intelecto de extremo rigor, “capaz de funcionar como estructura de sostén para la racionalización de la praxis en la jurisprudencia teórica y en la jurisprudencia práctica” (37). La teoría de Kelsen resulta finalmente más un “pretexto” para la filosofía analítica del derecho, que una ciencia rigurosa.

Los escritos de Scarpelli, Tarello y Pattaro (38), cada uno desde la perspectiva propia de los planteamientos teóricos de cada autor, señalan el fin del kelsenismo, por lo menos en la filosofía neoempirista del

(33) TARELLO, G., *Il diritto come ordinamento*, en *Atti del X Congresso Nazionale de Filosofia Jurídica y Política*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 76.

(34) *Ibidem*, *Kelsen e la cultura europea*, en AA.VV., *Hans Kelsen, cit.*, p. 57.

(35) SCARPELLI, U., *La critica analitica a Kelsen*, en AA.VV., *Hans Kelsen, cit.*, p. 73.

(36) *Ibidem*, p. 75.

(37) *Ibidem*.

(38) PATTARO, E., *Per una critica della dottrina pura*, introducción a AA.VV., *Contributi al realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. XI-LXXXVI.

derecho (39). Lo mismo hay que decir de los otros exponentes de esta compleja corriente: desde Baratta a Carcaterra, Conte, Ferrajoli, Gavazzi, con la excepción de Catania —que, sin embargo, interpreta a Kelsen en clave sociologizante y decisionista (40)—, y de Ricardo Guastini, que todavía parece propenso a utilizar el kelsenismo, pero en una versión notablemente corregida, en el ámbito e su filosofía analítica del derecho, a la que ha llegado —gracias también a las aportaciones de la crítica de Kelsen a Marx— después de su inicial orientación marxista.

Tampoco la traducción italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen* parece haber contribuido a reforzar la presencia de Kelsen en el ámbito de estas corrientes de la filosofía del derecho italiana (41). Leticia Gianformaggio ha sometido esta obra a una crítica muy severa (42), mientras que distintas corrientes de la filosofía del derecho italiana la utilizan para poner de relieve el resultado voluntarista de Kelsen en la última fase de su pensamiento, como es el caso de Losano, ciertamente uno de los mejores conocedores de Kelsen en Italia.

III. Kelsen CONTRA MARX

1. En otra vertiente, sin embargo, sí puede hablarse de reciente influencia de Kelsen en Italia, desde los años cincuenta a nuestros días, si bien a través de modificaciones interpretativas a menudo bastante importantes: la vertiente de la teoría de la democracia y de la ciencia política.

(39) Cfr. *ibidem*, *Il positivismo giuridico italiano*, cit., pp. 484 y ss.

(40) Cfr. CATANIA, A., *Decisione e norma*, Jovene, 1979.

(41) Cfr. GUASTINI, R., *Introduzione a H. Kelsen. La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cargo de R. Guastini, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 7 y ss.; *id. I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, en *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, 1984, pp. 655 y ss.; *id. Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, pp. 71 y ss.; *id. I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, en *Riv. int. di filosofia del diritto*, 1987, 2, pp. 181 y ss.

(42) GIANFORMAGGIO, L., *Recensione a H. Kelsen. Teoria generale delle norme*, trad. a cargo de M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1985; *Quaderni fiorentini*, 15, 1986, pp. 431 y ss.; *id.*, *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, Giuffrè, 1987.

En 1955 fueron traducidos al italiano, a cargo de Nicola Matteucci (43), los ensayos kelsenianos sobre la democracia, publicados luego en varias ediciones. La importancia del Kelsen teórico de la democracia real o posible, de las formas jurídicas de la democracia representativa, no escapan a los politólogos más sagaces, entre ellos Giovanni Sartori. Basta leer su famoso *Democrazia e definizioni*, de 1957, para darse cuenta de que Kelsen está ya entre los máximos teóricos del siglo del *realismo* democrático (44). En la oposición entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres —uno de los temas preferidos de Bobbio—, Kelsen es un punto obligado de referencia para los defensores del gobierno de las leyes (45).

En los años cincuenta Kelsen no es todavía el crítico radical de la teoría “política” del marxismo —la traducción de la *Teoría comunista del diritto* es de 1965—, pero sin embargo constituye una reserva de argumentos en debates clásicos para la cultura jurídico política de la segunda posguerra: los ensayos de Bobbio, recogidos en *Politica e cultura* (1955), son un ejemplo clásico de ello. Kelsen parecía, no obstante, un “perdedor” en relación con análisis de orientación marxista como aquellos tan sutiles de Galvano Della Volpe (46) y de Umberto Cerroni en libros de merecida fama: *Marx e il diritto moderno* (1962) y *La libertà dei moderni* (1968) (47).

Sólo con el agotamiento de los estímulos práctico-políticos ligados al 68 volverá Kelsen a dar que hablar. En los orígenes de este retorno está, aunque sea indirectamente, la tesis central de la *Intervista politico-filosofica* de Lucio Colletti (1974); “al marxismo le falta una verdadera y genuina teoría política” (48). En un famoso escrito de

(43) MATTEUCCI, N., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1955, pp. VII-XXVII.

(44) SARTORI, G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957; *id.*, *La rappresentanza politica*, en *Studi politici*, 1957, 4, pp. 527-613.

(45) A tal propósito se indica el comentario de CATTANEO, M. A., *Kelsen e la teoria giuridica sovietica*, en *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, 1957, 4, pp. 1.521-1.532, que tenía el mérito de recoger, para comprender a Kelsen, el punto central de la teoría del derecho internacional.

(46) DELLA VOLPE, G., *Anti-Kelsen*, en *Critica dell'ideologia contemporanea*, Roma, Editori Riuniti, 1967, pp. 91 y ss.

(47) CERRONI, U., *Marx e il diritto moderno*, Roma, Editori Riuniti, 1962; *id.*, *La libertà dei moderni*, Bari, De Donato, 1968.

(48) COLLETTI, L., *Intervista politico-filosofica*, Bari, Laterza, 1974, p. 30.

1975, *Esiste una dottrina marxista dello Stato?* (49), Norberto Bobbio encuentra en esta entrevista la ocasión para un ataque de fondo a las hipóstasis e ideologemas marxistas. Aquí ni siquiera se menciona a Kelsen, pero su sombra está presente, asociada a la de Weber: “El pensamiento político de Marx se inscribe en la gran corriente del realismo político que despoja al Estado de sus atributos divinos y lo considera como organización de la fuerza, del máximo de fuerza disponible que se puede ejercer en un determinado grupo social” (50). Marx está, con Weber y Pareto, en el inicio de un pensamiento realista que encuentra en Kelsen un exponente de primerísimo plano (51). Pero a diferencia de Marx, Kelsen es un crítico “coherente” de la ideología porque para él el valor fundamental y decisivo sigue siendo siempre la ciencia, mientras en Marx, por el contrario, la exigencia científica se mezcla y se confunde con el proyecto de transformación revolucionaria de la sociedad.

Al mismo tiempo, el debate sobre la teoría marxista del Estado encuentra en Bobbio y Danilo Zolo dos importantes puntos de crítica basados en premisas realistas y anti-ideológicas. En *La teoría marxista dell'estinzione dello Stato*, de 1974, Zolo pone de manifiesto la imposibilidad de una verificación de las tesis marxistas-engelsianas de la extinción del Estado, desde el punto de vista analítico, rechazando también el modelo de una microsociología empírica (52). A Kelsen se le cita poco, pero está presente, y pronto la cultura filosófico-política italiana tendrá a su disposición un texto fundamental en esta materia, *Sozialismus und Staat*, que Roberto Racinaro traducirá en 1978 (53). Este es el tra-

(49) BOBBIO, N., *Esiste una dottrina marxista dello Stato?*, en *Mondoperaio*, 1975, ora en AA.VV., *I marxisti e lo Stato*, Roma, 1976, pp. 1-17.

(50) *Ibidem*, p. 15.

(51) BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, p. 200.

(52) ZOLO, D., *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, Bari, De Donato, 1974.

(53) RACINARO, R., *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, introducción a KELSEN, H., *Socialismo e Stato*, a cargo de R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978, p. XI. También, MARRAMAIO, G., *Austromarxismo e socialismo di sinistra fra le due guerre*, Milano, La Pietra, 1977, p. 73, ponía de relieve cómo los *leit-motiv*s de la crítica kelseniana a Otto Bauer y Max Adler presentaban “una sorprendente analogía con los términos en los que se desarrollan nuestras polémicas contemporáneas”. Esto, continuaba, “es todo menos escandaloso, si se piensa que en ambos casos el debate de estos temas, bien largos por resolverse en una disputa académica, nace de una coyuntura política que pone a la orden del día la relación del movimiento obrero con el problema de la dirección del Estado.”

bajo kelseniano que permitirá a Colletti dismantelar las tesis centrales del ideologismo marxista. Y es también en estos años, más exactamente de 1975 a 1980, cuando puede hablarse con propiedad en Italia de un *ocaso de la ideología*. Años en los cuales, concretamente, la defensa de Marx parece pasar a través de una rehabilitación de Carl Schmitt, el “enemigo” oficial del normativismo kelseniano, en el ámbito de un gran interés por los temas de la transición, el poder, la autoridad, la relación entre parlamentarismo y democracia. El lugar privilegiado de confrontación teórica es el complejo de vicisitudes político-institucionales y culturales que fue el “laboratorio Weimar”. Kelsen se convierte así en uno de los puntos de referencia indispensables para un análisis en profundidad de algunos núcleos problemáticos de teoría política que tienen interés únicamente histórico sólo en apariencia: detrás de los análisis retrospectivos de los debates teóricos y políticos de Alemania y Austria de los años veinte, se agitan las nuevas problemáticas ligadas en este periodo de la historia italiana a la crisis del marxismo. Como observaba Racinaro, crisis del marxismo, relación entre Estado y clase obrera, entre democracia y parlamentarismo, son “plexos” teóricos que permiten “volver a examinar algunos nudos teórico-políticos que están en el centro del debate europeo de los años veinte y que en absoluto carecen de puntos de referencia para el presente”. Lo que emerge a través de las polémicas de Kelsen con Adler, Bauer o Schmitt, es el problema de la conexión (o mejor, de la falta de conexión) entre medios y fines, entre formas de racionalidad instrumental y formas de racionalidad teleológicas. Es el problema de Weber, y no por casualidad era Weber quien, desde el ensayo de Bobbio de 1975, aparecía como el antagonista *no superado* de Marx. Kelsen y Weber son, de este modo, los instrumentos que de aquí a poco tiempo pondrán en crisis irreparable el fundamento teórico marxista. Tampoco cuenta mucho que precisamente los que quisieron salvar una perspectiva teórica neo-marxista, ofrecieran los instrumentos de crítica del planteamiento ideológico marxista.

2. En la polémica Kelsen-Schmitt sobre el “guardián de la Constitución” (54), Racinaro veía en Kelsen sólo el defensor, no ya de un formalismo “congruente con la edad del equilibrio de las fuerzas de clase”,

(54) PETTA, P., *Schmitt, Kelsen e il 'Custode della Costituzione*, en *Storia e Politica*, 1977, 3, pp. 505-551.

sino más bien de un “normativismo de un Estado legislativo superado desde hace tiempo” (55). Las reservas de Kelsen contra la tesis de Schmitt del parlamento como teatro de la división pluralista de las fuerzas sociales, no “dan en el blanco”. Lo mismo sostiene Racinaro por lo que respecta a la polémica de Kelsen contra Max Adler sobre la aproximación sociológica al derecho. Adler está “con” Schmitt contra Kelsen. En suma, el jurista austriaco sale de estas comparaciones como un teórico superado de la “democracia liberal”, sin que por ello el tema de la forma jurídica entre realmente en debate desde un punto de vista no orientado políticamente (“políticamente” en un sentido contingente). En sustancia, Racinaro llega a proponer —y no es casual que lo haga a través de “*aperçus*” extremadamente (demasiado) amplios—, por el conducto de un Kelsen visto como perdedor, la idea de un neomarxismo como “ciencia abierta” (56), ciencia atenta a la “vida” contra las “formas”, casi como si Kelsen fuese realmente ciego para la “vida” y no, por el contrario, un formalista, precisamente en cuanto indagador escrupuloso y nervioso de la “vida” (57).

El tema central en los análisis de Racinaro es el de la relación entre Estado y sociedad, entre “abstracto” y “concreto”. El Estado como medio de técnica social, característico de Kelsen, no ayudaría a captar las transformaciones reales, especialmente en el paso de la democracia liberal a la democracia *organizada*. De aquí la enfatización del decisionismo de Schmitt —autor que en este periodo todavía ha sido poco profundizado y problematizado—, de manera instrumental y funcional en un debate que todavía tiende a “salvar” la ideología marxista en la línea idealista-gramsciana de una cierta cultura de izquierdas. La finalidad de estas recuperaciones fue captada con gran agudeza por Zolo en una recensión a la traducción italiana de *Sozialismus und Staat* (58),

(55) RACINARO, R., *op. cit.*, p. CXXI.

(56) RACINARO, R., *Marxismo, Stato e cultura moderna in Max Adler*, introducción a ADLER, M., *La concezione dello Stato nel marxismo. Confronto con le posizioni di Hans Kelsen*, a cargo de R. Racinaro, Bari, De Donato, 1979, pp. LXIV y ss.

(57) Sobre el tema, *cfr.* CARRINO, A., *Vita e forme in Kelsen*, introducción a KELSEN, H., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cargo de A. Carrino, Napoli, ESI, 1988, pp. 7 y ss.; *id.*, *L'Io diviso. Formalismo e nichilismo nella crisi della modernità*, en AA.VV., *Soggetti e norma, individuo e società*, a cargo de P. Perlingieri, Napoli, ESI, 1987, pp. 74 y ss.

(58) ZOLO, D., *Recensión a H. Kelsen, Socialismo e Stato*, trad. it. cit., en *Quaderni fiorentini*, 8, 1979, pp. 382 y ss.

en la cual subrayaba “la insidiosa retorsión teórica” con la que el filón del marxismo italiano replicaba a las críticas kelsenianas al marxismo político: “si Kelsen vence claramente en el enfrentamiento teórico-político con el marxismo, se sostiene, él es a su vez claramente derrotado y superado por autores como Walter Rathenau y Carl Schmitt, autores que saben discernir con despiadado realismo no sólo los límites y las falsedades objetivas del socialismo político, sino también las falsedades y la crisis del formalismo político y jurídico burgués” (59). Precisamente ese panorama tan amplio que Racinaro ponía al frente de su traducción de Kelsen, debía ocultar el fin político prefijado: detrás y dentro del debate sobre la crisis de las garantías jurídicas formales, Kelsen quedaba aplastado bajo una convicción teórica general asociada al movimiento “real” de la Historia que prefiguraba el ocaso de la civilización burguesa. La “revancha” de Marx podría, en conclusión, titularse paradójicamente este episodio de la recepción italiana de Kelsen, un pasaje, sin embargo, muy restringido en relación con la mayor importancia de tendencias diferentes incluso en el seno de la cultura de izquierdas.

Ya hemos mencionado a Zolo, pero es en realidad con Colletti como Kelsen hace su entrada definitiva como rompedor de antiguas incrustaciones ideológicas, con un escrito de 1979 recogido y ampliado en la conferencia de 1981 en el congreso romano sobre Kelsen (60). En algunos aspectos, la crítica de Colletti al marxismo, corroborada por la lección kelseniana, abre paso —aunque sea inconscientemente, o mejor, desde una perspectiva incluso opuesta— al discurso posterior de Barcellona y otros sobre la importancia que reviste la teoría pura del derecho para una comprensión de la convencionalidad y de la abstracción de la modernidad. De hecho Colletti destacaba con fuerza que Kelsen podía ser considerado un capítulo de gran importancia en el proceso de “desencantamiento del mundo” del que Weber y Cassirer habían sido los agudos indagadores. Contra el enfoque “místico-metafísico” tanto de hombres como Lukacs como de Heidegger, Colletti ponía de manifiesto el significado “liberador” que la ciencia revestía en Kelsen, cuya acusación al marxismo de “sincretismo metodológico”, de confu-

(59) *Ibidem*, p. 387.

(60) COLLETTI, L., *Kelsen e la critica del marxismo (1979)*, en *Tramonto dell'ideologia*, Roma, Laterza, 1980, pp. 165 y ss.; *id.*, *Kelsen e la teoria comunista del diritto e dello Stato*, en AA.VV., *Hans Kelsen, cit.*, pp. 109-120.

sión entre hechos y valores, entre descripción y prescripción subjetivamente determinada, ciertamente conseguía que la teoría pura se elevara en el discurso de Colletti al rango de gran antagonista de las concepciones “animistas” que todavía oscurecían el camino de la ciencia. Con Colletti —que en la vertiente filosófico-política concuerda de modo significativo con la vertiente filosófico-jurídica representada por Bobbio—, Kelsen se convierte así en el crítico de todo ideologismo y oscurantismo “sustancialista”, de todo utopismo travestido de ciencia.

Hay que decir que el Kelsen de Bobbio y de Colletti, que después del “episodio” de Racinaro vence holgadamente en el enfrentamiento con todos los ideologismos, es un Kelsen que va a situarse en el corazón de una derrota histórica, la derrota del movimiento obrero italiano después del 68 en su proyecto de transformación radical de la sociedad. El retorno de Kelsen a Italia, entre el final de los años setenta y el inicio de los ochenta, se da en la onda de esta derrota y de la crisis general de la doctrina marxista, que contemplará la diáspora de muchos de sus exponentes hacia orillas de pensamiento a menudo muy lejanas de las originarias. Kelsen, en fin, vuelve a entrar en Italia en la contracorriente del reflujo que afecta a amplios estratos de la intelectualidad italiana, que tienen que enfrentarse a fenómenos radicalmente nuevos de modernización acelerada de la estructura socio-política y económica italiana.

3. La exigencia de un retorno a las reglas del juego, sólidamente establecidas por acuerdo, a procedimientos considerados ya de por sí, en cierto modo, el último espacio de un mecanismo garantista de los particulares frente a la irrupción de micropoderes carentes de centro, pero que están todos ligados en un sistema de interconexiones funcionales, encontraba realmente en Kelsen el último exponente coherente, pero también el teórico que se veía superado por la aceleración incontrolada de los mecanismos de tecnificación de la vida. Las promesas no mantenidas por la democracia, la progresiva extensión de las desigualdades reales cada vez más acentuadas en el ámbito de una homogenización general de los comportamientos, estilos y modos de vida y de pensamiento, sitúa ya a la cultura italiana en el umbral del año dos mil, ante opciones para las cuales no se encuentra hoy, en muchos aspectos, preparada. Después de haber descubierto la inexistencia de una teoría marxista del Estado (también gracias a Kelsen), empieza a preguntarse hoy por la capacidad de una teoría liberaldemocrática del Estado para

afrontar los nuevos riesgos de las sociedades altamente tecnificadas y cada vez más complejas: ¿existe una teoría liberaldemocrática del Estado?

La necesidad de volver a pensar la democracia en la era de la informática y de un desarrollo incontrolable; las dificultades de organizar racionalmente un discurso sobre los medios y los fines en un sistema de creciente complejidad, carente de un centro que impone los medios como fines; las inquietantes preguntas que surgen a nivel planetario ante la capacidad misma que tienen los actuales sistemas de garantizar la libertad de opciones no homogéneas con la “racionalidad” intrínseca de los aparatos de conservación de poder; los riesgos de una re-feudalización del Estado; las exigencias de una especialización cada vez más elevada y los peligros ligados a una división de la humanidad entre los que poseen y los que no poseen los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento de los sistemas y subsistemas: estos son algunos de los problemas que imponen hoy en Italia, como en otros lugares, la necesidad de una reconsideración de los presupuestos mismos del pensamiento filosófico-político. Respecto a todo ello, el kelsenismo parece un recipiente vacío, pero precisamente su “vacuidad” puede ser hoy una vía practicable para la invención de nuevas estrategias capaces de llenar ese recipiente que hasta hoy parece ser el último espacio de una posible garantía, aunque sea débil, de los sujetos individuales: el recipiente de los procedimientos y de las reglas formales.

No es casual, por todo lo dicho, que también Zolo, después de Bobbio, haya querido replantear la necesidad de reconsiderar y volver a fundamentar la teoría misma de la democracia en todas sus variantes, incluida la teoría de la democracia jurídica o procedimental de Kelsen, o sea, el llamado “paradigma neoclásico” (61).

Ante la radicalidad de los problemas, resultan trasnochadas ya preguntas como las que se formulaba hace pocos años De Giorgi (62): ¿quién defiende a Marx de Kelsen? El problema no parece ya, en efecto, el de

(61) ZOLO, D., *I rischi evolutivi della democrazia*, en *Democrazia e diritto*, 1986, 6 pp. 15 y ss.

(62) GIORGI, R. DE, *Wer rettet Marx vor Kelsen? Zur Kritik der Reinen Rechtslehre an der marxistischen Rechtstheorie*, en AA.VV., *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 463 y ss.

un autor u otro. Hay que empezar a pensar las grandes épocas como largos periodos: no Hegel *versus* Kant, Marx *versus* Hegel, o Kelsen *versus* Marx o Schmitt. Se trata más bien de comprender las grandes “categorías” de los grandes tiempos “históricos”. La moda ya superada de lo post-moderno planteaba en efecto esta exigencia de fondo: pensar la Modernidad en su conjunto y no a partir de segmentos aislados de la misma. En este sentido, la exigencia profunda de la cultura jurídico-política italiana es más la de comprender que la de transformar, siendo las transformaciones la realidad efectiva.

Este es el modo en el que se trata de saber utilizar a Hobbes, Hegel, Marx, Weber, Kelsen o Schmitt, todos ellos signos, síntomas del tiempo del cual cada uno de ellos es expresión. Este es el valor que puede dársele a las operaciones recientes de Pietro Barcellona y de Giacomo Marramao.

IV. KELSEN Y EL ORDEN CONVENCIONAL

1. Tanto los trabajos de Barcellona como los de Marramao, retoman y superan dos argumentaciones aducidas poco antes sobre la teoría pura del derecho: la de De Giorgi en *Scienza del diritto e legittimazione* y la de Cordero en *Riti e sapienza el diritto*.

De Giorgi situó la teoría jurídica de Kelsen en la cima de una conversión jurídica europea en ciencia positiva de la positividad del derecho, o sea, en sistema coherente de proposiciones teóricas que tienen la función de legitimar la abstracción propia del tiempo histórico burgués entendida como “universo del aislamiento y de la separación” (63). La historización de la teoría pura del derecho de De Giorgi era todavía limitada: Kelsen aparece en ella como un “estratega” de la burguesía y de la estabilidad del sistema burgués, capaz, a través de la formalización de la realidad jurídico-concreta, de proteger y al mismo tiempo de producir la contingencia normativa “eliminando definitivamente el problema de la verdad y reconociendo la fundamentación empírica del deber ser” (64). Kelsen “cierra” y “abre” dos fases: la fase de la afir-

(63) GIORGI, R. DE, *Scienza del diritto e legittimazione da Kelsen a Luhmann*, Bari, De Donato, 1979, p. 82.

(64) *Ibidem*, p. 81.

mación del principio de la positividad del derecho, de la autonomía de la categoría jurídica, y la fase de la estabilización del sistema jurídico. Como vemos, el mérito de Marramao y de Barcellona será, por el contrario, el de comprender la unitariedad de estas dos fases en una articulación más amplia, en el ámbito de la categoría de la Modernidad, mientras en De Giorgi el “valor” de Kelsen parece estar todavía en haber identificado el carácter fetichista del derecho burgués.

Por su parte Cordero, un autor muy particular en la literatura jurídica italiana, es el primero en captar el significado de Kelsen en el clima histórico-cultural específico de la gran Viena y considera su obra “un punto culminante en la inteligencia jurídica” (65). Sin ceder a los atractivos del “decisionismo” de Schmitt, Cordero ve la teoría pura del derecho como la primera, coherente y completa teoría de la *autofundamentación* del ordenamiento jurídico. El derecho se genera a sí mismo: el sistema jurídico —observa con agudeza— “constituye sus datos *ex nihilo*” (66). No es aventurado decir que las pocas, densas páginas sobre Kelsen de este ponderado libro, sean la premisa de los análisis más articulados de Barcellona y Marramao.

2. Marramao capta enseguida un aspecto central de la teoría pura: el tema de la soberanía, en el que Kelsen es el teórico coherente de una idea del poder como estructura funcional, y no ya únicamente el simple teórico general del derecho o el defensor de una democracia paleoliberal: la teoría pura del derecho “se relaciona conscientemente con los problemas de gobernabilidad surgidos con la era post-liberal” (67). Marramao —siguiendo en un sentido a De Giorgi y en otro a Bobbio (68)— comprende el isomorfismo entre sistema de las normas y sistema soberano, pero acentúa también el significado de la crítica kelseniana al concepto de *sustancia*, cuya fuerza se adivina en la observación de que sólo una relatividad de las decisiones respecto “del sistema de los intereses que caracteriza a la complejidad social contemporánea, puede hacer realmente eficaz la acción del político” (69).

(65) CORDERO, F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 1981, p. 153.

(66) *Ibidem*, p. 149.

(67) MARRAMAIO, G., *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Roma, Editori Reuniti, 1983, p. 159.

(68) Cfr. BOBBIO, N., *Dal potere al diritto e viceversa*, en *Riv. di Filosofia*, 1981, 21, pp. 343 y ss.

(69) MARRAMAIO, G., *Potere e secolarizzazione*, cit., p. 139. Cfr., también, *id.*, *L'ordine disincantato*, Roma, Editori Reuniti, 1985.

En otros términos, el relativismo kelseniano es el horizonte que estructura una nueva legalidad isomórfica entre ciencia y poder, entre estatuto epistemológico y legitimidad del Orden: este último remueve y relega al fondo la excepción, “elevando a ‘normalidad’, a base de normas, la Paz” (70). De este modo Kelsen queda situado en el ápice de un preciso proyecto “fundacional” sin verdades y sin fundamentos: el proyecto de la modernidad, elevándose como emblema del proceso de racionalización y de convencionalización del orden de las normas. Este es el sentido de la “pureza” de la teoría jurídico-política kelseniana.

El paradigma kelseniano resulta estar entonces más allá incluso de paradigmas aparentemente todavía más refinados. La crítica a la doctrina clásica de la soberanía (71) practicada por Kelsen lleva la teoría pura del derecho a un punto que convierte en precario —escribe Marramao— también el diagrama problemático de un Foucault, “si es comparado con (...) el reto de los modelos jurídico-normativos formalizados” (72).

El autor pone así de relieve la “trasliteración” del “soberano” en norma fundamental del ordenamiento jurídico, *Grundnorm* vacía de contenido. El kelsenismo se convierte, precisamente por su “vacuidad”, en modelo jurídico del nihilismo moderno, transcripción jurídico-política del convencionalismo y del carácter hipotético lógico-formal. De alguna manera, Kelsen no aparece como alternativa a Carl Schmitt, sino más allá de Schmitt: no hay obediencia sin decisión nihilista (73) de obedecer los imperativos del “emperador”, o sea, del ordenamiento jurídico. “La contingencia decisionista-nihilista tiende a desplazar el propio centro de gravedad desde la paradoja del ‘caso extremo’ a la paradoja (menos obvia, pero no por ello menos inquietante) de los ‘casos normales’” (74).

(70) *Ibidem*, p. 78.

(71) *Cfr.* CARRINO, A., *Kelsen e il tramonto della sovranità*, introducción a KELSEN, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, trad. it. a cargo de A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1988.

(72) MARRAMAIO, G., *L'ossessione della sovranità*, en AA.VV., *Effetto Foucault*, a cargo de P. A. Rovatti, Milano, Feltrinelli, 1986, p. 173. Sobre el tema, *cfr.*, también *id.*, *Sovranità*, s.v. en G. Zaccaria (a cargo de), *Lessico della politica*, Roma, Edizioni Lavoro, 1987, pp. 605 y ss.

(73) *Cfr.*, también CASTRUCCI, E., *La forma e la decisione*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 6 y ss.

(74) MARRAMAIO, G., *L'ossessione della sovranità*, *cit.*, p. 182.

3. Es aquí donde Barcellona interpreta el proyecto del formalismo kelseniano más allá de los meros análisis “teórico-generales” usuales (75). La abstracción es la forma de manifestación del proyecto moderno y el formalismo jurídico es él mismo un aspecto de la “abstracción” de este tiempo histórico; por eso la teoría jurídico-política de Kelsen no puede dejar de ser asumida como paradigma de la fase final de la modernidad (76).

El formalismo no es “una renuncia a comprender el sentido de las acciones humanas”, sino una estrategia precisa, tanto cognoscitiva como política. Como traducción jurídica de la abstracción, que funda la modernidad, el formalismo debe producir el orden, aquel orden que se disolvió al abandonar los fundamentos metafísicos medievales. El orden moderno es un orden convencional y sólo la abstracción, sólo la subjetividad abstracta “puede mediar entre el individuo empírico y el orden general y convencional” (77). La subjetividad se enfrenta con una carga rompedora que postula la formalización de las relaciones sociales como instrumento de superación de los conflictos y de *reductio ad unitatem* “que no niegue la capacidad de ruptura del nuevo individualismo” (78). La igualdad formal es el punto de encuentro y de mediación entre permanencia y autodisolución de la sociedad moderna. Sólo el derecho moderno, formal-abstracto, hace compatible la unidad social con el politeísmo de los valores y de desigualdad de las posesiones, pero esta mediación no resuelve realmente el conflicto social, simplemente lo desplaza.

El conflicto se suaviza sólo para volver a presentarse en formas nuevas, por la precisión en la confusión de economía y política, de privado y público. La separación originaria se transforma en una zona de tránsito en la cual el mercado del intercambio libre e igual es alterado y el Estado —en principio garante “super partes”— pasa a ser parte del intercambio, que ahora no es sólo económico sino económico-político. De

(75) Cfr. CARRINO, A., *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, 1984; *id.*, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, ESI, 1987.

(76) Cfr. CARRINO, A., *Esperienza giuridica e nichilismo*, en *Democrazia e diritto*, 1987, 1, pp. 289 y ss.

(77) BARCELLONA, P., *L'individualismo proprietario*, Torino, Boringhieri, p. 34. Cfr., también *id.*, *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984.

(78) *Ibidem*, p. 50.

aquí una radicalización del formalismo; el Estado de derecho se realiza como formalismo procedimental en el sistema cerrado de delegaciones según el esquema gradualista norma-decisión-norma de la teoría pura de Kelsen, que hace así un “movimiento estratégico” en la construcción de un sistema de decisiones delegadas. Pero, observa Barcellona, ¿en nombre de qué autoridad legítima puede fundamentarse la idea de Estado? “El relativismo de la fundamentación ‘convencional’ de la racionalidad mundana golpea al Estado en sus aspiraciones a una legitimización absoluta en abierto contraste con sus mismos principios, que niegan toda posición absoluta” (79). La contradicción en la que se halla Kelsen refleja entonces la otra solución dada en los años veinte-treinta de este siglo: el “retorno de la metafísica en el mundo” con el “decisionismo” de Schmitt.

La paradoja de la democracia es la de estar continuamente expuesta “a aquella decisión política cuya falta de legitimidad ésta desvela continuamente” (80). El paso siguiente respecto al formalismo kelseniano es la teoría sistémica de Luhmann. En algunas páginas de Barcellona parece plantear una antítesis entre formalismo kelseniano y teoría sistémica, que en su análisis aparece más bien como una continuación y un desarrollo el enfoque formalista. La contingencia de las decisiones “que se legitiman en virtud de su propia disposición a la reversibilidad” (81) no es incompatible con la abstracción de la forma kelseniana. La transferencia de los problemas políticos al terreno de la jurisdicción como ámbito en el que el conflicto político se neutraliza por su individualización, es perfectamente homogéneo respecto al sistema kelseniano, al que también pertenece la democracia como técnica de soluciones “débiles” y “reversibles”. La distancia entre Kelsen y la teoría sistémica consiste más bien en el hecho de que la “forma”, en el jurista vienés, no es verdaderamente neutra, sino que está cargada, inevitablemente, de un sentido de proyecto ético (82) que parece por el contrario caer en

(79) *Ibidem*, p. 59.

(80) *Ibidem*, p. 63.

(81) *Ibidem*, p. 65.

(82) Es lo que he intentado mostrar en mis trabajos: compárese especialmente CARRINO, A., *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, cit., además de la discusión crítica de CATTANEO, M. A., *Kelsen tra neokantismo e positivismo giuridico. Considerazioni su uno studio di Agostino Carrino*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987, 3, pp. 476-485.

las teorías sistémicas, para cuya lógica, observa acertadamente Barcellona, “todo contraste entre forma y contenido” se disuelve (83).

Es esta una perspectiva investigada con agudeza por dos historiadores del pensamiento jurídico en dos análisis muy recientes, uno sobre el papel de la teoría pura en el sistema de la jurisprudencia tradicional (84), el otro sobre la doctrina administrativista de la escuela vienesa y dedicada a poner de relieve el tema de la equivalencia de los sujetos jurídicos y de la crítica kelseniana a la “plusvalía” estatal (85).

4. De todos los trabajos citados, desde los de Barcellona a los míos, surge como rasgo común de estos escritos una sorprendente capacidad hermenéutica del ya “clásico” paradigma “puro”, cuyo sentido es reconocido en la disolución del estado en derecho, o sea, en valor de relación, funcional, equivalencia de relaciones en las que el Estado pierde toda dimensión sustancial, toda “plusvalía” (*Mehrwert*) respecto al *Wert* de todos los demás sujetos jurídicos hechos norma por eso, centros de imputación formal de obligaciones y autorizaciones.

La teoría pura del derecho se revela, por lo tanto, en su esencia, como radicalmente laica, mundana, moderna. La homología entre jurisprudencia y teología, entre Estado y Dios, es el terreno donde se prueba la cumplida “muerte de Dios”, es decir, la definitiva “muerte del Estado”, convertidos el primero en naturaleza y mundo, y el segundo en ordenamiento jurídico y norma. El *espinozismo jurídico* de Kelsen registra así, en la filosofía del derecho, la pérdida de todo centro y de todo fundamento. Capta la irreversibilidad de los procesos de mundanización de los “inmutables” de la tradición occidental y no se opone a estos procesos —los procesos de la división del trabajo, de la tecnificación del mundo, de la burocratización—, sino que los acompaña en la teoría intentando el último “movimiento estratégico” de la racionalidad occidental e ilustrada de doblarlos a los fines y objetivos de una *Rationalisierung* del mundo fundamentada en el último valor posible en

(83) BARCELLONA, P., *L'individualismo proprietario*, cit., p. 67.

(84) FIORAVANTI, M., *op. cit.*

(85) SORDI, B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

la *Entwertung aller Werte*: el valor de la ciencia, del conocimiento racional como crítica del poder metafísico, místico-mágico, y sin embargo ella misma estructurada éticamente.

¿Residirá en ello la “astucia” de la razón kelseniana?