

JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS

**LA FILOSOFÍA MORAL  
DE HANS KELSEN**

Prefacio de  
Miguel Ángel Rodilla

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>NOTA DE AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>PREFACIO</b> .....	15
<b>LISTADO DE REFERENCIAS</b> .....	23
<b>INTRODUCCIÓN. UNA APROXIMACIÓN A LA FILOSOFÍA MORAL DE KELSEN</b> .....	29
1. LA VARIANTE KELSENIANA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: UNA CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR .....	32
2. EL CONTEXTO HISTÓRICO Y FILOSÓFICO .....	38
<b>CAPÍTULO I. LA CRÍTICA DE KELSEN A LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL</b> .....	49
1. LA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL EN EL PENSAMIENTO DE KELSEN .....	49
1.1. El significado de la crítica a la teoría del derecho natural en el esquema de la <i>Teoría pura del Derecho</i> .....	49
1.2. Un repaso de la obra de Kelsen sobre la crítica al derecho natural ....	57
2. LA CARACTERIZACIÓN KELSENIANA DE LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL .....	61
2.1. Diferencias estructurales y rasgos definitorios del derecho natural y del derecho positivo como órdenes normativos.....	63

	Pág.
2.1.1. Diferencias sobre el origen de las normas de ambos órdenes .....	63
2.1.2. Las diferentes técnicas de motivación utilizadas .....	67
2.1.3. La naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo: justicia absoluta y justicia relativa .....	70
2.1.4. Sistemas normativos estáticos y dinámicos: el derecho natural como sistema estático frente al derecho positivo como sistema dinámico .....	76
2.1.5. Las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo: el significado político de la teoría iusnaturalista .....	79
2.2. La teoría del derecho natural como ideología .....	82
2.2.1. El dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo como un caso especial del dualismo religioso-metafísico .....	84
2.2.2. La tendencia predominantemente conservadora de la teoría iusnaturalista .....	95
3. LOS ARGUMENTOS CRÍTICOS DE KELSEN .....	102
3.1. El argumento «lógico»: la irreductibilidad entre el <i>Sein</i> y el <i>Sollen</i> .....	103
3.1.1. Las tendencias naturales humanas como fuente del derecho natural .....	109
3.1.2. Derecho natural y sentimientos humanos: el origen del derecho natural en el sentimiento del derecho y en el sentimiento de la justicia .....	115
3.2. El argumento «metafísico»: el carácter religioso de la teoría del derecho natural .....	116
3.2.1. La separación de razón y voluntad: la crítica al concepto de razón práctica .....	117
3.2.2. De nuevo sobre el fundamento teológico de la teoría iusnaturalista .....	123
3.3. Las incongruencias de la teoría iusnaturalista .....	127
3.4. Una crítica específica: la argumentación contra las teorías del derecho natural variable .....	131
3.5. Un argumento «fallido»: la inevitable «desnaturalización» del derecho natural .....	134
3.6. Valoración crítica .....	138

	Pág.
<b>CAPÍTULO II. LA FILOSOFÍA MORAL KELSENIANA.....</b>	143
1. KELSEN COMO FILÓSOFO MORAL.....	143
1.1. La concepción kelseniana de la moral y su identificación con la justicia.....	143
1.1.1. El derecho positivo y la moral positiva como órdenes normativos .....	147
1.1.2. Teoría pura del derecho y moral ideal: líneas básicas de la filosofía moral kelseniana .....	161
1.1.3. La identificación de la justicia con la felicidad .....	164
1.2. La ubicación del relativismo de Kelsen en el contexto de la filosofía moral .....	168
1.3. Breve recorrido bibliográfico.....	176
2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA MORAL KELSENIANA .....	181
2.1. El relativismo moral de Kelsen.....	181
2.1.1. Manifestación y explicación del relativismo ético kelseniano .....	182
2.1.2. Absolutismo y relativismo como concepciones del mundo .....	186
2.1.3. Algunas consecuencias del relativismo ético kelseniano: la interpretación de la idea de la autonomía moral .....	194
2.2. La concepción kelseniana de los juicios de valor .....	196
2.2.1. Los juicios de valor y los juicios sobre la realidad en la teoría pura del derecho.....	197
2.2.2. La valoración de las normas jurídicas .....	205
2.2.3. La doctrina del «sustrato modalmente indiferente».....	209
2.3. Los juicios de valor y la ciencia jurídica .....	212
3. LA DIMENSIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA KELSENIANA DE LA JUSTICIA .....	217
3.1. Una tipología de las «normas» de justicia .....	217
3.2. Las normas de justicia racionales .....	220
3.2.1. « <i>Suum cuique</i> ».....	221
3.2.2. La regla «no hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti».....	227
3.2.3. El imperativo categórico kantiano .....	229
3.2.4. La doctrina del «mesotes» .....	234
3.2.5. El principio de igualdad y sus modalidades .....	238

3.2.6.	Los principios de justicia del capitalismo y del comunismo.....	242
3.2.7.	«Haz el bien y evita el mal» .....	244
3.2.8.	La justicia de la costumbre .....	246
3.2.9.	La justicia de la caridad .....	246
3.2.10.	La reversión de lo terrenal .....	248
3.2.11.	La justicia de la libertad y de la democracia.....	249
3.2.12.	Conclusión: la noción general de la justicia .....	251
3.2.13.	Kelsen y Perelman: una comparación.....	252
3.3.	Las normas de justicia metafísicas .....	256
3.3.1.	La justicia en la doctrina platónica de las ideas.....	258
3.3.2.	La justicia en las Sagradas Escrituras .....	269
 <b>CAPÍTULO III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA DESDE EL RELATIVISMO .....</b>		<b>277</b>
1.	EL DESARROLLO DE LA TEORÍA KELSENIANA DE LA DEMOCRACIA.....	277
2.	UNA CARACTERIZACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DE LA DEMOCRACIA .....	283
2.1.	Democracia formal o procedimental .....	285
2.2.	Democracia representativa.....	290
2.3.	Democracia deliberativa .....	298
2.4.	Democracia liberal .....	302
2.5.	Democracia constitucional.....	306
3.	¿UNA JUSTIFICACIÓN RELATIVISTA DE LA DEMOCRACIA? .....	309
3.1.	La defensa de la democracia frente a sus atacantes .....	309
3.2.	La defensa de la democracia desde el relativismo .....	311
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>319</b>

## PREFACIO

1. El pensamiento kelseniano ha tenido un destino singular: con toda probabilidad KELSEN es el filósofo del derecho más influyente del siglo xx, al menos en Europa, y, sin embargo, algunas de sus doctrinas más significativas no solo son fuertemente controvertidas, sino que, en definitiva, no se sostienen. La teoría pura del derecho constituye un intento muy ambicioso de construir una teoría del derecho capaz de fundamentar la ciencia jurídica, pero el intento finalmente se salda con un fracaso. Me referiré brevemente a dos piezas doctrinales que me parecen significativas: *a)* su teoría de la norma jurídica y *b)* su teoría del sistema jurídico, para terminar con una consideración general sobre *c)* su concepción de la teoría (pura) del derecho.

*a)* La teoría kelseniana de la norma jurídica constituye un intento muy deliberado y sostenido de reducir los diferentes tipos de normas que a todas luces se observan en un sistema jurídico a normas de un solo tipo. Habiendo identificado desde muy temprano en la coactividad el rasgo distintivo del derecho, KELSEN, en efecto, traslada ese rasgo a todas y cada una de las normas jurídicas concibiéndolas como normas que regulan el uso legítimo de la coacción. Mientras la moral dirige la conducta de los hombres indicándoles qué deben o no deben hacer, el derecho la dirige castigando la conducta contraria a la que se desea obtener. El rasgo distintivo de las normas jurídicas es, pues, enlazar a un supuesto de hecho un acto de coacción como sanción. Las disposiciones del legislador que no estipulan una sanción (en particular, las que prescriben formas de conducta a los ciudadanos) no son en sí mismas normas jurídicas, y si lo son, es solo como fragmentos de alguna norma sancionatoria: solo son jurídicamente relevantes en la medida en que podamos considerarlas como formando parte de las condiciones de aplicación de un acto de coacción.

Esa teoría de la norma jurídica se inscribe en un vigoroso programa destinado a ofrecer una visión nueva, libre de prejuicios, del derecho, entendido como un conjunto de normas cuyos destinatarios primarios no son los ciudadanos, sino más bien los órganos judiciales y ejecutivos del Estado como operadores de un sistema de sanciones. Sobre ella KELSEN pone en marcha un intento muy ambicioso de reconstruir el catálogo de conceptos jurídicos fundamentales desde un enfoque que se supone exento de prejuicios y que nos permitiría conceptualizar el derecho libres de los engaños generados por el uso del lenguaje corriente. Ahora bien, tras las persuasivas reflexiones de HART sobre la variedad de las normas jurídicas, ese intento se ha revelado muy problemático: no solo es incapaz de dar cuenta de la diversidad de funciones desempeñadas por el derecho, sino que tampoco ofrece una visión más clara del fenómeno jurídico. En este punto resulta reveladora la discusión sobre la redefinición de los conceptos jurídicos fundamentales llevada a cabo por KELSEN sobre la base de su teoría de la norma jurídica. Yendo a lo fundamental: una teoría que, al reducir las normas jurídicas a normas que estipulan sanciones, hace del deber jurídico un subproducto del deber ser de la sanción no está en condiciones de ofrecer un concepto más claro y distinto no ya del deber jurídico, sino incluso del acto ilícito y de la sanción. Sin la presencia de normas que imponen deberes como normas primarias no es posible establecer algunas distinciones que parecen importantes [v. gr., la distinción entre una multa (por un acto ilícito) y un impuesto (por un acto perfectamente lícito), o entre una sanción y una expropiación forzosa].

b) Para empeorar las cosas, esa teoría de la *norma* jurídica construida sobre el modelo de las normas penales resulta incompatible con la teoría kelseniana del derecho como *sistema* normativo. A KELSEN debemos en gran medida la concepción del derecho como un sistema normativo dinámico que regula su propio proceso de producción y aplicación de normas —una concepción extraordinariamente iluminadora y que sigue siendo muy influyente entre los teóricos del derecho—. Ahora bien, un sistema así no puede articularse sin normas que confieran poder de producción y aplicación de derecho, que son normas de naturaleza enteramente diferente de las normas sancionatorias. KELSEN, sin embargo, insiste en reducirlas a fragmentos de las normas que estipulan sanciones, introduciéndolas en el supuesto de hecho como parte de las condiciones en las que es aplicable una sanción. Pero eso conduce a un resultado catastrófico para la idea de sistema. Diciéndolo en pocas palabras, con las normas jurídicas kelsenianas no es posible construir un sistema normativo kelseniano porque entre las normas sancionatorias no se dan las relaciones de validación mediante las cuales, según KELSEN, se construye un sistema de normas. Desde el momento en que las condiciones de creación y aplicación de las normas se conciben como parte del supuesto de hecho de las normas (que estipulan sanciones) se disuelven las relaciones de validación y jerarquía que articulan las normas formando un sistema.

Por otra parte, la doctrina sobre la compleción y la coherencia del sistema jurídico, que KELSEN defendió casi hasta el final de sus días, atribuye al sistema jurídico, como propiedades necesarias, pretensiones de racionalidad que, siendo casi connaturales a la dogmática jurídica, entran en colisión con los presupuestos de un enfoque radicalmente positivista, que concibe el derecho como un sistema integrado exhaustivamente por reglas que deben su existencia a meros actos de voluntad. En realidad, la doctrina de la compleción y coherencia del derecho como sistema normativo finalmente se reveló extraordinariamente problemática. Por un lado, la variante kelseniana de la tesis sobre la ausencia de lagunas se basaba en la presuposición de que en todo sistema jurídico rige como norma de clausura el principio «todo lo que no está prohibido está permitido»; un principio que, sin embargo, tendría un estatus normativo confuso en el marco de un sistema de reglas positivas. Por otro, el mismo KELSEN, después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, en una fecha relativamente tardía de su trayectoria intelectual, se desprendió de la tesis sobre la necesaria coherencia lógica del derecho como sistema de normas que hasta entonces había defendido con tenacidad. Pero, en realidad, el abandono final de la tesis de la coherencia formaba parte de un rechazo más general de la estrecha relación que desde el principio la teoría pura había querido establecer entre derecho y lógica, y que finalmente parecía incompatible con una teoría estrictamente positivista de la validez de las normas jurídicas.

c) Con la *Teoría pura del derecho* KELSEN ofreció un vigoroso programa de fundamentación de la ciencia del derecho como una ciencia con un estatus definido y bien diferenciado. La teoría fue elaborada combinando presupuestos positivistas y neokantianos. Como *positivista*, la teoría parte del supuesto de que el derecho es fruto contingente de la voluntad humana operando en un mundo social históricamente determinado, lo cual lo hace inaccesible a las pretensiones incondicionales de la moral. Más adelante señalaré que en el caso de KELSEN su adhesión al positivismo está vinculada además a un profundo escepticismo moral. Por su parte, la influencia del *neokantismo* se revela ante todo en la insistencia en el dualismo entre ser y deber ser, en la estricta separación entre hechos y normas, que fundamenta la autonomía de la ciencia jurídica frente a las ciencias naturales y las ciencias sociales causalistas. En esa doble independencia de la teoría del derecho —de la moral y de las ciencias que investigan relaciones causales— radica, en suma, la pureza metódica que KELSEN impone a la teoría del derecho. Característicamente *neokantiana* es también, aunque suele pasarse por alto, una concepción constructivista del conocimiento que hace del derecho un constructo de la ciencia jurídica, la cual, a partir del material proporcionado por actos de voluntad, constituye su propio objeto haciéndolo accesible a una interpretación jurídica. Con su peculiar combinación de positivismo y neokantismo KELSEN emprendió el intento de fundamentar la ciencia del derecho en una teoría libre de presu-



puestos morales, y que, a diferencia de algunas teorías positivistas decimonónicas, se ocupa del aspecto específicamente normativo del derecho, sin reducir la normatividad a facticidad.

Pero desde el principio ese ambicioso intento de elaborar una teoría positivista en la estela del neokantismo se resintió de la tensión inherente a una concepción que ve en la ciencia un registro de lo dado a la experiencia, al tiempo que, sin embargo, le atribuye la función de constitución de su propio objeto. *Por una parte*, adoptando una concepción puramente descriptivista del conocimiento jurídico, KELSEN, que se había propuesto ofrecer una fundamentación filosófica de la ciencia jurídica, termina presentando una visión muy distorsionada de su propio objeto: al entender la ciencia jurídica como descripción del derecho positivo, pasa por alto el carácter práctico (y productivo) de una «ciencia» que, pese a todo distanciamiento metódico, está en último término orientada a la solución de problemas en el marco del orden jurídico. En realidad esa concepción descriptivista de la ciencia jurídica puede verse como el resultado de la exigencia de pureza metódica, que al imponer a la teoría una abstinencia estricta de toda contaminación con la moral, la incapacita para concebir debidamente la práctica institucional del derecho, cargada como está de exigencias normativas. *Por otra parte*, sin embargo, en contraste con esa concepción descriptivista de la ciencia jurídica la concepción del derecho como una construcción del conocimiento jurídico induce a KELSEN a inyectar en el objeto mismo, como propiedades lógicas, exigencias de racionalidad —como compleción y coherencia— que no cabe esperar de un sistema de normas producido mediante actos de voluntad realizados en momentos diferentes, con conocimiento deficiente y bajo presiones de todo tipo. Con ese fin establece como base del sistema la llamada «norma fundamental» —que es una hipótesis (o tal vez una ficción) puesta por la ciencia jurídica misma—, a la que supone dotada de los recursos lógicos que permitirían reorganizar los datos jurídicos en una unidad de sentido susceptible de una interpretación racional.

Pero, como ya he señalado, es inútil buscar coherencia y compleción como propiedades lógicas inherentes a un sistema de reglas positivas. Coherencia y compleción son más bien postulados que operan en la práctica jurídica (y en la llamada «elaboración científica» del derecho) con el fin de satisfacer las exigencias normativas a las que están sujetos los órganos de aplicación del derecho. Ahora bien, para dar cuenta apropiadamente de ello KELSEN habría tenido que desarrollar una teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica que su concepción voluntarista de las normas y su visión decisionista de la aplicación del derecho terminaron bloqueando. En realidad, KELSEN, que quiso elaborar una teoría que hiciese justicia al aspecto específicamente normativo del derecho, no estaba en condiciones de dar cuenta de las exigencias normativas a las que está sujeta la práctica institucional de aplicación del derecho, que ha de operar bajo la presuposición de que para cada caso hay una, y solo una, solución correcta.

He señalado la presencia tensa de presupuestos positivistas y presupuestos neokantianos en la concepción de la teoría pura del derecho. Añadiré, para terminar, que en los últimos años de la vida de KELSEN el equilibrio inestable entre unos y otros terminó rompiéndose a favor de un positivismo voluntarista, siguiendo una deriva que Mario LOSANO caracterizó lúcidamente como «del logicismo al irracionalismo».

2. He sugerido que algunas de las piezas fundamentales de la teoría pura del derecho no se tienen en pie y que incluso el enfoque general resulta extraordinariamente problemático. Eso, sin embargo, no me impide insistir en que su autor sigue siendo uno de los mayores teóricos del derecho, si es que no el más importante del siglo XX —alguien con quien todavía tenemos que confrontarnos—. Dejando a un lado la extraordinaria finura de muchos de sus análisis y la pertinencia de muchas de sus aportaciones doctrinales, la grandeza de KELSEN reside ante todo en la envergadura, verdaderamente formidable, de su pretensión de construir metódicamente una teoría general del derecho, una pretensión que él ejecutó además con un enorme rigor conceptual y haciendo gala de una precisión analítica muy notable. En realidad nadie después de él ha estado a la altura de una ambición constructiva tan fuerte. Por así decirlo, él acotó y amuebló el terreno en que desde entonces se desenvuelve la disciplina que denominamos «teoría del derecho», de modo que incluso quienes no comparten sus presupuestos se mueven en gran medida en un espacio kelseniano, ocupándose de problemas identificados por KELSEN y haciendo uso de conceptos y herramientas teóricas diseñadas por él. En suma, incluso los críticos de KELSEN trabajan desde una plataforma teórica preparada por él. Cuatro décadas después de su muerte, KELSEN es ya un clásico de la filosofía del derecho.

Hasta ahora mis consideraciones se han referido a la relación de KELSEN con la teoría del derecho. Ahora bien, aunque no hay duda de que la teoría del derecho fue la disciplina objeto preferente de su atención, lo cierto, sin embargo, es que a lo largo de una vida intelectual muy dilatada y fecundísima apenas hay aspectos importantes de la filosofía del derecho que escaparan a su escrutinio y a su empeño por integrarlos sistemáticamente en una estructura de pensamiento comprensiva y coherente. Sus aportaciones a la teoría de la ciencia jurídica, a la teoría del Estado constitucional y a la teoría del derecho internacional son bien conocidas. Mención especial merece la filosofía moral —más concretamente, la teoría de la justicia, que es la parte de la filosofía moral de mayor interés para el derecho—, que ocupó desde muy temprano un lugar muy destacado en sus preocupaciones teóricas. Hay que subrayar, sin embargo, que en este caso su preocupación fundamental no fue construir una teoría de la justicia, sino más bien denunciar la posibilidad misma de una disciplina así: elaborar una metaética que condenase al absurdo la tarea de desarrollar una ética normativa.

Por regla general tendemos a asociar positivismo jurídico a escepticismo moral. Esta asociación es explicable si se tienen en cuenta los orígenes históricos de un movimiento que surgió, como reacción al iusnaturalismo, en el marco de la crisis del pensamiento de la Ilustración, en un clima espiritual dominado por corrientes historicistas y sociologistas, relativistas cuando no abiertamente irracionalistas. Pero en realidad entre positivismo jurídico y escepticismo moral no hay una vinculación necesaria. Los ejemplos de BENTHAM y HART, así como las variantes del positivismo actualmente conocidas como «positivismo normativo» o «positivismo ético» indican, por el contrario, que una teoría del derecho positivista puede acoplarse con una filosofía moral no escéptica. En el caso de KELSEN se da, en cambio, una asociación particularmente estrecha entre positivismo jurídico y escepticismo moral. En cierto sentido la hostilidad de KELSEN hacia el cognitivismo ético, que se manifiesta muy temprano y habría de persistir hasta el final de sus días, es una extensión de su combate contra las doctrinas del derecho natural. Y en ambos casos lo que se pone en marcha es un ataque a la metafísica, en una línea que guarda cierto parentesco con el pensamiento del Círculo de Viena, con el que, sin embargo, KELSEN no tuvo una relación directa. Expresándolo en una fórmula, la filosofía moral de KELSEN constituye un ataque a la idea misma de razón práctica, a la que él considera un oxímoron cargado de presupuestos religiosos y metafísicos.

Su doctrina sobre los valores morales es particularmente instructiva. KELSEN *i)* concede que los *juicios* de valor morales son accesibles a la cuestión de la verdad, y al mismo tiempo, sin embargo, *ii)* rechaza que los *valores* sean susceptibles de fundamentación racional. La transición de una a otra tesis la facilita el voluntarismo que domina la teoría kelseniana de las normas, unido a una concepción fundacionalista de la justificación moral. *i)* Según KELSEN, los valores morales están constituidos por normas, de modo que los juicios de valor morales son juicios sobre la concordancia de un objeto (una acción, una situación) con una norma —son, pues, juicios objetivos—. Como todo juicio, el juicio de valor moral no prescribe nada, simplemente enuncia una relación de correspondencia, en este caso entre un objeto y una norma. En este sentido tienen carácter descriptivo. Por eso, admitida la validez de una determinada norma, cabe discutir si un juicio de valor moral basado en ella es verdadero o falso: si el acto o la situación objeto del juicio concuerda con lo prescrito por la norma, el juicio será verdadero; de lo contrario, será falso. *ii)* Ahora bien, para KELSEN las normas, como los mandatos (y para KELSEN no hay diferencia sustancial entre norma y mandato), son el sentido de actos de voluntad, de modo que su existencia misma presupone como condición necesaria actos de voluntad —apropiándose de la fórmula de DUBISLAV, KELSEN insiste: no hay imperativo sin *imperator*—. Así, pues, como cualquier otra norma, las normas morales son resultado de decisiones —detrás de las cuales, por lo demás, late una combinación variable de intereses, sentimientos y prejuicios. Esas decisiones

tal vez puedan fundamentarse en otras normas más generales y abstractas, pero en último término tropezamos con un último acto de voluntad que representa una decisión de principio que ya no cabe fundamentar. Como todo acto de voluntad, ese está vinculado a su autor, y por consiguiente la norma producida por él solo puede ofrecer una fundamentación relativa al valor correspondiente. Para ofrecer una fundamentación última que dotara de un contenido absoluto al valor tendríamos que recurrir a la decisión de un ser (sobrehumano) en quien razón y voluntad fueran uno, o a la coincidencia de naturaleza y valor, estrategias estas que KELSEN atribuye a las doctrinas del derecho natural, pero que se deslizan inevitablemente hacia la metafísica: la primera violando la diferencia entre saber y querer, la segunda ignorando el abismo categorial que se abre entre ser y deber ser, en ambos casos escapando al control científico. Si no estamos dispuestos a recaer en tesis religiosas o metafísicas, hemos de admitir, pues, que los valores morales y políticos constituidos por las normas son contingentes, particulares y relativos, incluso si son aceptados por una gran multitud de individuos.

Para terminar de esbozar esta breve aproximación añadiré que KELSEN, enlazando a su modo con DILTHEY, inserta su relativismo axiológico y su escepticismo moral en un pluralismo de concepciones del mundo. Las diferentes concepciones morales e ideologías políticas se insertan en complejas estructuras mentales en las que principios e ideales morales, sistemas de valores y concepciones epistemológicas y metaéticas se entrelazan con visiones sobre el sentido de la vida, actitudes y talentos psicológicos prestándose mutuo apoyo. Pero dado el carácter idiosincrásico y holista de las concepciones del mundo, esta estrategia tiene el efecto indirecto de bloquear la discusión, más modesta, sobre la justicia y la injusticia de las instituciones y sobre la justificación de las normas y principios morales y políticos.

Con todo, no estará de más señalar que el relativismo axiológico y el escepticismo moral, que tomados en serio condenan nuestras discusiones políticas y morales al sinsentido, no condujeron a KELSEN a una actitud de derrotismo o de cinismo, ni a abstenerse de intervenir en la esfera de la discusión política. Al contrario, incurriendo en una cierta inconsecuencia, a lo largo de su vida defendió en todo momento la superioridad de los valores democráticos —y, por cierto, con más vehemencia precisamente en los momentos en que la democracia se encontraba bajo la amenaza de los movimientos totalitarios—.

3. La incursión de KELSEN en el terreno de la filosofía moral ha envejecido peor que su teoría del derecho. Como ya he dicho, la teoría pura del derecho, a pesar de las discusiones que ha generado, y a través de la evolución que ha experimentado la filosofía del derecho en las últimas décadas, ha resistido el paso del tiempo y sigue interpeándonos. La filosofía moral kelseniana queda, en cambio, como testimonio de una época en la que el escepticismo moral dominaba un sector muy amplio de la escena académica.

Pero en gran medida es ya un capítulo atrasado de la historia del pensamiento. KELSEN no pudo conocer el espectacular desarrollo experimentado en las últimas décadas por la filosofía moral, que ha visto el surgimiento de teorías que, renunciando a la idea de una fundamentación última, movilizan una idea procedimental de razón práctica, libre de presupuestos metafísicos y ligada más bien a las pretensiones de racionalidad implícitas en toda discusión moral y política. Pero probablemente no habría estado en condiciones de reajustar su pensamiento a esa evolución, pues, igual que su teoría de la ciencia adolece de un tratamiento deficiente de los procesos de interpretación y de argumentación que se producen en el marco de la práctica jurídica, su filosofía moral, estancada en un combate con la metafísica, pasa por alto la dimensión argumentativa del discurso moral.

Así como la teoría pura del derecho ha sido objeto de una amplísima discusión, que ha generado una literatura secundaria inabarcable, la filosofía moral de KELSEN ha sido poco estudiada, a pesar de que sin ella no se comprende enteramente la naturaleza de su versión del positivismo jurídico. El libro de José Antonio SENDÍN que el lector tiene en sus manos viene a colmar esa laguna. Basado en una lectura exhaustiva de los escritos del autor sobre el tema y en un estudio muy completo de la escasa literatura secundaria directamente implicada, supone una contribución muy importante al conocimiento de un segmento mal conocido del pensamiento de KELSEN. Tras un examen detallado de la crítica de KELSEN a las doctrinas iusnaturalistas, que en su pensamiento en cierto modo sirve de gozne entre la teoría del derecho y la teoría de la justicia, la obra se detiene a analizar la filosofía moral kelseniana, en particular su planteamiento metaético, su tratamiento del tema de los juicios de valor y su discusión sobre la justicia. Concluye discutiendo la forma como KELSEN quiere conciliar su escepticismo moral y su relativismo valorativo con su apasionada defensa de los valores de la democracia. El texto procede de una tesis doctoral presentada en la Universidad de Salamanca en noviembre de 2015, y que mereció el premio extraordinario de doctorado.

Miguel Ángel RODILLA  
Universidad de Salamanca

# INTRODUCCIÓN

## UNA APROXIMACIÓN A LA FILOSOFÍA MORAL DE KELSEN

HANS KELSEN ha sido considerado por muchos el filósofo del derecho más influyente del pasado siglo. Los temas de los que se ocupó a lo largo de su amplísima producción fueron muchos y variados, abarcando desde los problemas que afectan a la teoría del derecho, que fue su principal preocupación, hasta la filosofía política y la filosofía moral, que es la temática sobre la que versa este estudio. Tampoco se puede olvidar su inapreciable dedicación como jurista práctico, que participó muy activamente en la elaboración del texto de la Constitución austriaca de 1920 y ejerció después como juez de la Corte Constitucional, en un periodo en el que se asentó un modelo de jurisdicción constitucional diseñado por él mismo. Pero no hay duda de que su faceta como teórico del derecho es aquella por la que siempre será recordado. En este campo la importancia de su obra es enorme: no es solo que KELSEN contribuyera de forma significativa a desarrollar cada uno de los sectores relevantes de la teoría del derecho, sino que además ofreció un sistema teórico prácticamente completo, identificando el núcleo de los problemas que hoy siguen siendo objeto de discusión de teóricos y juristas. En este sentido, su obra más importante, la *Reine Rechtslehre*, es el testimonio más palpable de su pretensión sistematizadora. Esta obra, que KELSEN sometió a una continuada reelaboración durante décadas<sup>1</sup>, pretende abarcar y dar respuesta a la mayor parte de los problemas

---

<sup>1</sup> La *Reine Rechtslehre* de KELSEN presenta tres versiones diferentes: la primera edición alemana (1934) (*RR1*); la edición francesa (1953b) (*TPD*), más extensa y evolucionada, y la versión

que se plantean en la teoría jurídica. De hecho, se puede asegurar sin exagerar que en ese contexto prácticamente no existe una materia importante de la que la *Teoría pura del derecho* no se haya ocupado con cierta dedicación. Algunos ejemplos son sus doctrinas sobre la norma jurídica y el sistema jurídico, la concepción del orden jurídico como un orden dinámico y coactivo, la relación entre derecho y Estado y entre derecho estatal y derecho internacional, la teoría sobre los conceptos jurídicos fundamentales, la teoría de la interpretación y la teoría de la constitución. La lista puede ser más amplia. RODILLA ha explicado, con acierto, que el mérito de KELSEN es, por así decirlo, «cartografiar» o trazar el mapa de los problemas que constituyen el objeto de la teoría del derecho. Tanto es así que los estudiosos en este campo parten a menudo de coordenadas kelsenianas al discutir los problemas sobre los que él puso el foco de atención, incluso si después cada uno toma su propio camino, abandonando la senda marcada por KELSEN y criticando sus planteamientos.

Aunque un examen riguroso del pensamiento de KELSEN no puede perder de vista su tratamiento de la teoría del derecho, este estudio apunta más bien en otra dirección: su filosofía moral y su crítica al derecho natural. Al igual que en los otros temas que a lo largo de su trayectoria académica e intelectual ocuparon su atención, también el número de escritos destinados a esta materia fue extraordinariamente profuso. Sin embargo, esta dedicación no debería sorprender a nadie, pues una de las características que definen la teoría del derecho de KELSEN es que afronta el problema crucial de la validez de las normas jurídicas —que para él es el problema de la propia existencia del derecho— dejando al margen la cuestión sobre su aceptabilidad moral. Su pretensión es definir el derecho positivo y dar respuesta a los problemas que plantea sin tener en cuenta el valor que desde el origen del pensamiento filosófico se ha vinculado al mismo, a saber: la justicia. Desde la óptica de KELSEN, la justicia es un valor cuyo contenido no se puede determinar, a menos, claro está, que se tome la senda de la especulación metafísica; pero este es un camino que él rechaza explícitamente. En ese sentido no hay duda de que KELSEN es hijo de su tiempo, y de que su escepticismo ético, que está impregnado de un aroma a agnosticismo epistemológico, se inserta y es consonante con la atmósfera que se respiraba en los círculos intelectuales centroeuropeos de finales del siglo XIX y de comienzos del XX. Como tendré ocasión de explicar ampliamente, su escepticismo se asienta sobre un relativismo axiológico que es característico de una *Weltanschauung* o concepción del mundo relativista que tiene como base gnoseológica una versión del criticismo kantiano revisada por él mismo, y adaptada a sus intereses teóricos.

---

definitiva, la segunda edición alemana (1960b) (RR2). Además, la *General Theory of Law and State* (1945) (GTLs) se puede considerar una reelaboración adicional que KELSEN escribió para dar a conocer su teoría del derecho al público anglosajón.

Dado que KELSEN sostiene que «la» justicia con mayúsculas —la justicia «absoluta», como él prefiere llamarla— es algo cuyo significado no se puede desentrañar por medios racionales, y que los juicios sobre lo que es justo e injusto no se pueden fundamentar intersubjetivamente de forma que sean aceptables para todos, es lógico que convirtiera en objeto de crítica el iusnaturalismo, una doctrina que durante siglos mantuvo la validez de las normas de derecho positivo indisolublemente ligada a su correspondencia material con ciertos valores o principios morales que, *grosso modo* y con infinidad de variantes, se pensaba que derivaban de la «naturaleza», entendida como la naturaleza humana, la naturaleza de las cosas, etc. Lo que incurriendo en una cierta simplificación llamamos «iusnaturalismo» o «teoría del derecho natural» en realidad consiste en un amplísimo conjunto de doctrinas que se sucedieron en el tiempo dando lugar a una tradición casi omnipresente en la historia de la filosofía del derecho desde ARISTÓTELES y los estoicos hasta nuestros días, con la única interrupción de la etapa del positivismo jurídico, que se asentó en Europa desde finales del siglo XVIII y fue la corriente jurídica dominante hasta su caída en crisis en el último cuarto del siglo XX. Es innegable que la doctrina iusnaturalista, que ha dado cobertura a una teoría del derecho que condiciona la validez jurídica a la correspondencia material de las normas de derecho positivo con los preceptos del derecho natural, constituyó un intento —bastante exitoso, si lo medimos por su extraordinaria capacidad de pervivencia en el tiempo— de dar una respuesta al eterno interrogante sobre el contenido de la justicia, y sobre la forma más justa de organizar las relaciones entre los hombres y la distribución de los bienes y derechos en un entorno social. Ahora bien, que KELSEN respondiera negativamente a la pregunta sobre si se puede determinar con cierta objetividad en qué consiste la justicia y conocer su contenido, insistiendo en que ese conocimiento es inasequible por vías racionales, no le llevó a despachar la cuestión en algún breve escrito, sino que nuevamente, como es costumbre en él, el número de contribuciones sobre el tema fue muy cuantioso, desarrollando una crítica que, sin abandonar nunca su posición de partida, evoluciona y se expande dando cabida a nuevas argumentaciones. En realidad, esta es una característica de su tratamiento de la teoría de la justicia, y es también la demostración de lo importante que fue para él desentrañar esta cuestión, habida cuenta de que, si en efecto se pudiera conocer qué es lo justo o lo moralmente correcto, y admitimos que entre las condiciones de validez de las normas jurídicas cuenta su correspondencia con principios de justicia, habría que revisar de arriba abajo su teoría del derecho como un orden dinámico de normas positivas cuya validez descansa en último término en una norma fundamental de carácter hipotético y carente de contenido material. Precisamente entre los presupuestos fundamentales de la teoría jurídica kelseniana y de su sistema conceptual, con la norma fundamental al frente, se encuentra el rechazo de la mera posibilidad del conocimiento de la justicia. De ahí la importancia crucial de la cuestión.



Teniendo en cuenta la gran significación de KELSEN como filósofo del derecho y la importancia que atribuyó a la discusión sobre la justicia, es incomprensible el olvido al que, con carácter general, se ha visto relegada esta pieza clave de su pensamiento, que apenas ha llamado la atención de sus estudiosos y críticos, que han preferido seguir discutiendo sobre su teoría del derecho. Si a esto se añade que en lengua castellana la laguna es aún más acusada, ello nos da una idea de por qué entiendo que el estudio que me propongo desarrollar es de gran interés y está plenamente justificado. Mi objetivo es, en definitiva, tratar de colmar esa importante laguna.

En las páginas siguientes trataré de situar el pensamiento de KELSEN en su contexto. Por un lado, realizando una caracterización elemental del positivismo jurídico a fin de identificar qué lugar ocupa la *Teoría pura del derecho* dentro de esa corriente. Por otro, explicando la forma como se inserta dicha teoría en la atmósfera intelectual en la que surge y se desarrolla. Veremos cómo la doctrina de KELSEN sobre la justicia engarza con la sensibilidad de una época y un entorno —Centroeuropa y sobre todo Viena, la capital de la Monarquía Dual de los Habsburgo, a finales del siglo XIX y comienzos del XX— caracterizados por el auge de lo que se ha dado en llamar «irracionalismo moderno» —en oposición al racionalismo abstracto de la Ilustración—, que condicionó la filosofía de aquel periodo, y en particular la filosofía moral.

## 1. LA VARIANTE KELSENIANA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: UNA CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR

Igual que ocurre con la teoría del derecho natural, el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico muy proteica en cuanto a enfoques y variantes se refiere, lo que impide que pueda presentarse como un bloque compacto de doctrina. En sus conocidos estudios sobre el positivismo jurídico decimonónico, GONZÁLEZ VICÉN explica que dentro de esta corriente se echa en falta cierta unidad interna. En su opinión, no hay un criterio general que permita caracterizar debidamente esta doctrina y definir con precisión el concepto del positivismo jurídico, que está cargado de ambigüedad<sup>2</sup>. Las posiciones que suelen autodefinirse como «positivistas»

---

<sup>2</sup> Según GONZÁLEZ VICÉN, esa ambigüedad es debida a razones de tres tipos: en primer lugar, razones terminológicas, puesto que los contornos del concepto *ius positivum*, de origen medieval, siempre fueron imprecisos; en segundo lugar, razones históricas: el positivismo jurídico no consiste en una línea única de pensamiento, sino que pueden apreciarse diversas variantes o direcciones, dando lugar a nociones diferentes de «positivismo jurídico»; finalmente, y más importante, antes que como un cuerpo de doctrina articulado, el positivismo jurídico puede caracterizarse más bien como una nueva forma de aproximarse al conocimiento jurídico que se aleja de los planteamientos de los sistemas de derecho natural y del racionalismo abstracto, presentando variaciones teóricas muy diferentes. GONZÁLEZ VICÉN, 1979c: 175 y ss.

a menudo apenas tienen que ver entre sí, e incluso colisionan. Tal vez el único punto de encuentro es su rechazo al derecho natural, aunque los motivos de ese rechazo no siempre sean coincidentes.

A pesar de estas dificultades, trataré de ofrecer una caracterización sencilla del positivismo jurídico<sup>3</sup>, a fin de contextualizar la variante kelseniana. Para ello, tomando pie en la exploración que desarrolla NINO en el primer capítulo de su *Introducción al análisis del derecho*<sup>4</sup>, podemos clasificar las variantes del positivismo organizando las diferencias doctrinales con ayuda de una triple oposición: *i*) entre positivismo ideológico y positivismo conceptual, *ii*) entre normativismo y empirismo y *iii*) entre teorías cognitivistas y teorías no cognitivistas sobre cómo *debe ser* el derecho.

*i*) NINO identifica en el positivismo jurídico dos posiciones a las que se refiere como «positivismo ideológico» y «positivismo conceptual». La primera es una teoría sobre el valor moral del derecho, y atribuye a las normas de derecho positivo, con independencia de cuál sea su contenido, una validez y una fuerza obligatoria propias<sup>5</sup>. Esto implica buscar el fundamento de la validez y de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas dentro del derecho mismo. Sin embargo, puesto que, como apunta NINO, el deber de obediencia al derecho es incondicionado, este no puede ser exclusivamente un deber jurídico, sino que es también un deber *moral*. BOBBIO ha llamado a esta posición «positivismo ético»<sup>6</sup>.

En cambio, el positivismo *metodológico* o *conceptual* no encierra una teoría sobre el valor moral del derecho, sino solo sobre la validez jurídica. Esta posición se opone a introducir entre las condiciones de validez de las normas jurídicas su correspondencia material con algún principio de justicia: la justicia no es una cualidad a tener en cuenta en la definición del derecho, ni puede servir como criterio determinante de la validez de sus normas. El rechazo al derecho natural es quizá la forma en la que comúnmente se ha manifestado el positivismo conceptual, aunque no es la única. Sin embargo, puesto que ese rechazo expresa una posición de consenso —una de las pocas que se dan en el positivismo, si GONZÁLEZ VICÉN está en lo cierto—, parece que la mayoría de los positivistas son «conceptuales». Esta es la conclusión a la que llega NINO, que piensa que todos los positivistas ideológicos son a

<sup>3</sup> Los trabajos de GONZÁLEZ VICÉN permiten una aproximación histórica al positivismo jurídico desde sus inicios. Junto a «Sobre el positivismo jurídico» (1979c) cabe mencionar también «El positivismo jurídico en la filosofía del derecho contemporánea» (1979a) y «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo» (1979b). Sin embargo, desde la pretensión de situar el pensamiento de KELSEN en el contexto positivista, es preferible una aproximación al positivismo más de carácter sistemático que histórico.

<sup>4</sup> NINO, 1980.

<sup>5</sup> *Ibid.*: 30 y ss. La corriente denominada «neoconstitucionalista» ha creado, en mi opinión, una buena coyuntura para el positivismo ideológico. Autores como CAMPBELL, WALDRON, SCARPELLI y, en España, LAPORTA y RUÍZ MIGUEL ejemplificarían esta posición.

<sup>6</sup> BOBBIO, 1979: 229.