

VNiVERSiDAD D SALAMANCA



**DEPARTAMENTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y
FILOSOFÍA JURÍDICA, MORAL Y POLÍTICA
ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

~

TESIS DOCTORAL

~

LA FILOSOFÍA MORAL DE HANS KELSEN

José Antonio Sendín Mateos

**Dirigida por el Prof. Dr. D. Miguel Ángel
Rodilla González**

Salamanca, 2015

ÍNDICE

LISTADO DE REFERENCIAS.....	1
INTRODUCCIÓN	7
1. Una aproximación a la filosofía moral de Kelsen	7
1.1. La variante kelseniana del positivismo jurídico: una caracterización preliminar	11
1.2. El contexto histórico y filosófico.....	19
2. La estructura del trabajo.....	33
3. Nota de agradecimientos.....	36
CAPÍTULO I: LA CRÍTICA DE KELSEN A LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL	39
I. LA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL EN EL PENSAMIENTO DE KELSEN	39
1. El significado de la crítica a la teoría del derecho natural en el esquema de la <i>Teoría pura del derecho</i>	39
2. Breve recorrido de la obra de Kelsen sobre la crítica al derecho natural.....	50
3. Objetivos y pasos a seguir.....	56
II. LA CARACTERIZACIÓN KELSENIANA DE LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL	59
1. Diferencias estructurales y rasgos definitorios del derecho natural y del derecho positivo como órdenes normativos.....	61
1.1. Diferencias sobre el origen de las normas de ambos órdenes.....	62
1.2. Las diferentes técnicas de motivación utilizadas	67
1.3. La naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo: justicia absoluta y justicia relativa	71
1.4. Sistemas normativos estáticos y dinámicos: el derecho natural como sistema estático frente al derecho positivo como sistema dinámico	80
1.5. Las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo: el significado político de la teoría iusnaturalista.....	84

2.	La teoría del derecho natural como ideología.....	88
2.1.	El dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo como un caso especial del dualismo religioso-metafísico.....	90
2.1.1.	Las variantes del dualismo religioso- metafísico	92
	(i) <i>El dualismo pesimista</i>	94
	(ii) <i>El dualismo optimista</i>	95
	(iii) <i>La vía del compromiso</i>	97
2.1.2.	Valoración.....	98
2.1.3.	El fin del dualismo religioso-metafísico: la filosofía científico-crítica.....	102
2.2.	La tendencia predominantemente conservadora de la teoría del derecho natural.....	106
2.2.1.	El derecho positivo como orden delegado del derecho natural: la teoría del doble derecho natural.....	109
2.2.2.	La identificación del derecho natural y el derecho positivo.....	112
2.2.3.	El monopolio de la interpretación del derecho natural por la autoridad jurídica positiva.....	114
III.	LOS ARGUMENTOS CRÍTICOS DE Kelsen	116
1.	El argumento “lógico”: la irreductibilidad entre el <i>Sein</i> y el <i>Sollen</i>	117
1.1.	Las tendencias naturales humanas como fuente del derecho natural.....	125
1.1.1.	Buenos y malos instintos. La paradoja de las dos naturalezas	126
1.1.2.	Lo natural como comportamiento “normal”	131
1.2.	Derecho natural y sentimientos humanos: el origen del derecho natural en el sentimiento del derecho y en el sentimiento de la justicia	133
2.	El argumento “metafísico”: el carácter religioso de la teoría del derecho natural.....	135
2.1.	La separación de razón y voluntad: la crítica al concepto de razón práctica	136

2.2. De nuevo sobre el fundamento teológico de la teoría iusnaturalista.....	144
3. Las incongruencias de la teoría iusnaturalista	150
4. Una crítica específica: la argumentación contra las teorías del derecho natural variable.....	155
5. Un argumento “fallido”: la inevitable “desnaturalización” del derecho natural.....	160
6. Valoración crítica.....	166
 CAPÍTULO II: LA FILOSOFÍA MORAL KELSENIANA.....	173
I. KELSEN COMO FILÓSOFO MORAL	173
1. La concepción kelseniana de la moral y su identificación con la justicia.....	173
1.1. El derecho positivo y la moral positiva como órdenes normativos.....	178
1.2. Teoría pura del derecho y moral ideal: líneas básicas de la filosofía moral kelseniana	198
1.3. La identificación de la justicia con la felicidad.....	202
2. La ubicación del relativismo de Kelsen en el contexto de la filosofía moral.....	207
3. Breve recorrido bibliográfico	219
4. Camino a seguir	226
II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA MORAL KELSENIANA.....	231
1. El relativismo moral de Kelsen.....	231
1.1. Manifestación y explicación del relativismo ético kelseniano	233
1.2. Absolutismo y relativismo como concepciones del mundo	238
1.3. Algunas consecuencias del relativismo ético kelseniano: la interpretación de la idea de la autonomía moral.....	249
2. La concepción kelseniana de los juicios de valor	252
2.1. Los juicios de valor y los juicios sobre la realidad en la teoría pura del derecho	254
2.2. La valoración de las normas jurídicas.....	266
2.3. La doctrina del “substrato modalmente indiferente”	270

3.	Los juicios de valor y la ciencia jurídica	275
III.	LA CRÍTICA DE Kelsen A LAS FÓRMULAS DE LA JUSTICIA	282
1.	Introducción: un breve repaso a la obra de Kelsen	282
2.	El tipo racional y el tipo metafísico	287
2.1.	Las normas de justicia del tipo racional	290
2.1.1.	“ <i>Suum cuique</i> ”	292
2.1.2.	La regla “ <i>no hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti</i> ”	300
2.1.3.	El imperativo categórico kantiano	303
2.1.4.	La doctrina del “ <i>mesotes</i> ”	310
2.1.5.	El principio de igualdad y sus modalidades	315
2.1.6.	Los principios de justicia del capitalismo y del comunismo	321
2.1.7.	“ <i>Haz el bien y evita el mal</i> ”	324
2.1.8.	La justicia de la costumbre	327
2.1.9.	La justicia de la caridad	327
2.1.10.	La reversión de lo terrenal	330
2.1.11.	La justicia de la libertad y de la democracia	331
2.1.12.	Conclusión: la noción general de justicia	335
2.1.13.	Kelsen y Perelman: una comparación	336
2.2.	Las normas de justicia del tipo metafísico	342
2.2.1.	La justicia en la doctrina platónica de las ideas	345
2.2.2.	La justicia en las Sagradas Escrituras	361
	CAPÍTULO III: LA TEORÍA Kelseniana DE LA DEMOCRACIA	373
1.	Introducción. Desarrollo de la teoría kelseniana de la democracia	373
2.	Caracterización kelseniana de la democracia	383
2.1.	Democracia formal o procedimental	386
2.2.	Democracia representativa	392
2.3.	Democracia deliberativa	404
2.4.	Democracia liberal	409
2.5.	Democracia constitucional	415
3.	¿Una justificación relativista de la democracia?	419
3.1.	La defensa de la democracia frente a sus atacantes	420
3.2.	La defensa de la democracia desde el relativismo	423

CONCLUSIONES	433
I.....	433
II.....	436
III.....	443
IV.....	449
V.....	458
VI.....	468
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	473

CONCLUSIONES

I

1. Tomando algunos criterios clasificatorios bien conocidos, he caracterizado la teoría del derecho de KELSEN como una forma de positivismo jurídico *metodológico, normativista y no-cognitivista*.

Es un positivismo jurídico *metodológico* porque alberga una teoría sobre la validez jurídica que excluye la concordancia con normas y principios valores como condición de validez de las normas jurídicas. La validez de las normas no depende de la justicia de su contenido. No es, por tanto, una validez en sentido material, sino más bien formal, que consiste en que las normas han sido creadas siguiendo procedimientos establecidos jurídicamente.

Es también un positivismo *normativista* en la medida en que contempla el derecho como un conjunto de normas válidas que imponen deberes y rechaza que las normas y los deberes que derivan de ellas puedan a su vez reducirse a fenómenos meramente fácticos. Para KELSEN las normas jurídicas tienen una existencia *sui generis*, pues aunque tienen su origen en actos que acontecen la esfera del *Sein*, son el “sentido” de que algo *deber ser* realizado, es decir, de un *Sollen*. Esa existencia se identifica con la validez normativa, que en la teoría kelseniana consiste en que cada norma es establecida por un órgano autorizado por una norma superior del mismo sistema. La remisión ascendente de norma en norma concluye en la norma fundamental, que no es una norma positiva y cuya validez hay que presuponer como una hipótesis que es necesaria para fundamentar la validez de la constitución, que es la primera norma positiva, y a partir de ella, de las demás normas del sistema. Como se ha señalado en muchas ocasiones, no deja de ser sorprendente que un normativismo que pretende ser coherente lleva a identificar, como fundamento último de la validez jurídica, una norma que no es positiva, es

decir, puesta por actos de voluntad, sino presupuesta por el pensamiento jurídico.

Finalmente, desde el punto de vista de la conexión de la teoría del derecho con la filosofía moral, la posición de KELSEN representa una forma de positivismo *no cognitivista*, puesto que niega la posibilidad de fundamentar racionalmente juicios morales. KELSEN se sitúa en un escepticismo ético que adopta la forma de un relativismo moral que se sustenta en argumentos de índole epistemológica.

2. KELSEN llega al relativismo moral como resultado de plantearse una cuestión epistemológica: si se puede determinar racionalmente el contenido de la justicia y si es posible justificar intersubjetivamente y por cauces racionales juicios de valor morales. Su respuesta no deja lugar a dudas: la justicia que el ser humano aspira a conocer para justificar su comportamiento y fundamentar sus juicios morales –la justicia “absoluta”– es un ideal irracional, inaccesible al conocimiento. KELSEN llega a esta conclusión a partir de una concepción gnoseológica antimetafísica, que empieza rechazando la posibilidad de conocer las “cosas en sí” y termina negando que quepa fundamentar principios de justicia absolutos. Con esto no quiere decir que no existan valores absolutos, sino sólo que, dado el alcance limitado de la capacidad cognitiva humana, estos son incognoscibles. En su opinión sólo se pueden conocer valores relativos, que tienen validez únicamente para el sujeto juzgante, que los “elige” como base de sus valoraciones morales mediante el ejercicio de su autonomía moral. Por tanto, la justificación que proporcionan es meramente relativa.

KELSEN en ningún momento pretende llevar a cabo una fundamentación de principios concretos de justicia y moralidad que permitan juzgar el derecho y las instituciones jurídicas –lo cual sería competencia de la ética normativa, en la que él no cree como empresa racional–. En este sentido su posición filosófico-moral se puede definir como una “metaética” relativista,

escéptica y “negativa”, que responde negativamente a una cuestión de carácter epistemológico.

Precisando un poco más la caracterización de la metaética kelseniana, un primer rasgo es que es una concepción *no descriptivista* de los términos y los juicios morales. El *no descriptivismo* implica una posición filosófico-moral que, en principio –aunque en el caso de KELSEN esto ha de matizarse–, rechaza que los juicios morales describan hechos. Esos juicios no designan propiedades fácticas, y por tanto no son discutibles desde el punto de vista de la verdad, ni se les puede atribuir valor cognitivo. De las dos posiciones típicas que presenta el *no descriptivismo* –el *emotivismo* y el *prescriptivismo*– la metaética kelseniana se aproxima más a la segunda, dado que considera que los valores sobre los que se asienta cualquier juicio son constituidos por normas, y que su significado es *prima facie* prescriptivo. En ese sentido, los juicios de valor, y en particular los juicios morales, relacionan una conducta con una norma moral que prescribe una acción o una omisión. Si la conducta se ajusta a la norma, se valora positivamente, mientras que si la infringe adquiere un valor negativo.

Ahora bien, que la metaética *no descriptivista* de KELSEN se aproxime al prescriptivismo no le impide atribuir a los juicios de valor cierto carácter emotivo, en la medida en que en el discurso moral y político se utilizan para expresar y despertar en el oyente actitudes de adhesión o rechazo hacia un régimen político o hacia las normas de un orden social, juzgándolas como justas o injustas. Además, un segundo rasgo de esta variante es que los juicios de valor pueden cumplir también cierta función descriptiva, en la medida en que con ellos se transmite información sobre la realidad. Desde esa perspectiva, los juicios de valor pueden cumplir una función análoga a la de las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) que en la teoría kelseniana del derecho describen el contenido de las normas jurídicas (*Rechtsnormen*). Ambas, proposiciones y normas, son enunciados sobre el *deber ser*, pero las *Rechtssätze* tienen un sentido descriptivo al informar del *ser* de un *deber ser*, y por eso cumplen una función cognitiva de la que saca provecho la ciencia jurídica.

El problema de la metaética kelseniana es que la fundamentación de los juicios morales se plantea como una cuestión de índole gnoseológica, cuando en realidad, como ha observado NINO, lo importante no es tanto si se pueden *conocer* los hechos morales que permitirían verificar esos juicios, como *reconocer* que ciertos hechos tienen relevancia desde el punto de vista moral. Lo que de verdad caracteriza a los juicios de valor es que constituyen razones para actuar. Por tanto, el principal problema que plantea la fundamentación de los juicios morales no es *epistemológico*, sino *conceptual*: la aceptación de esos juicios depende de la correcta identificación de los hechos moralmente relevantes. Es posible que esta tarea no exija trascender nuestras facultades cognitivas, dado que se pueden identificar como hechos morales simples circunstancias del quehacer cotidiano. Al enfocar la cuestión desde la perspectiva del *no descriptivismo* puede parecer que no hay alternativa al escepticismo metaético y sus variantes. La realidad es bien distinta: corrientes filosófico-morales que van más allá del *descriptivismo*, como las defendidas por NINO, RAWLS, APEL o HABERMAS, han logrado reunir un gran número de seguidores. Sólo que obviamente éste no es el contexto en el que se mueve la metaética kelseniana.

II

1. Una cuestión omnipresente en el desarrollo de la *Reine Rechtslehre* es la relación que existe entre el derecho positivo y la moral, que se puede enfocar desde dos puntos de vista: bien considerando la moral que *debe ser*, es decir, la moral “ideal” o “crítica”, bien la moral que *es*: la moral “social” o positiva”.

Empezando por esta última, la moral social o positiva se manifiesta como un orden efectivo de la sociedad, que a menudo opera en consonancia con el derecho positivo pero que mantiene su independencia frente a él. Desde los *Hauptprobleme*, KELSEN investiga las diferencias y similitudes entre el derecho positivo y la moral positiva. Ambos sistemas no se diferencian ni por el contenido de lo prescrito –pues tanto las normas jurídicas como las morales

pueden (y en realidad suelen) prescribir los mismos comportamientos—, ni por la intensidad de su fuerza obligatoria —que es equiparable—, ni por su eficacia, pues el temor a una reacción colectiva de repulsa a la que puede inducir la infracción de una norma moral puede superar en capacidad de motivación a las sanciones que imponen los sistemas jurídicos institucionalizados. En este primer trabajo KELSEN asume el criterio tradicional establecido por KANT para diferenciar derecho y moral: la moral es *autónoma*, pues es impuesta por el propio agente, tiene que ver con los motivos de la conducta, regula el comportamiento interno y su eficacia depende de su acatamiento. En cambio, el derecho positivo es *heterónimo*, dado que sus normas regulan la conducta externa de los individuos y son impuestas por agentes ajenos a ellos. Su aplicación no depende de su acatamiento, sino que se aplican precisamente porque no se acatan, e incluso aunque no sean conocidas por el infractor.

Posteriormente KELSEN rectificó la forma como en los *Hauptprobleme* había movilizó las ideas de autonomía y heteronomía. El cambio se acentúa sobre todo en la *Allgemeine Theorie der Normen*, donde defiende que tanto la moral como el derecho son sistemas en parte autónomos y en parte heterónomos. Son heterónomos porque sus normas no son establecidas por sus destinatarios, y autónomos porque para que una norma general se pueda aplicar, el órgano competente tiene que reconocerla como válida. Esto lleva a KELSEN a incurrir en una cierta imprecisión: al hablar de la “aplicación” en el ámbito de la moral, se refiere al cumplimiento individual de las normas, pues la moral no dispone de órganos sancionadores. Y con respecto a las normas jurídicas, su validez no depende del reconocimiento de los individuos sujetos al orden jurídico, ni de que las conozcan y sepan de su existencia, lo que refuerza su carácter heterónimo.

Dejando al margen éste y otros malentendidos que ya expliqué en el capítulo segundo, y las rectificaciones frecuentes de KELSEN en el tratamiento de este asunto, la diferencia esencial entre el derecho y la moral como órdenes normativos la localiza él en que el primero es un sistema normativo dinámico,

mientras que la segunda es un sistema normativo estático. Sin embargo, esta clasificación, que KELSEN desarrolla por primera vez con detalle en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* y tiene una enorme importancia dentro de su teoría del derecho, sólo hasta cierto punto es útil para diferenciar entre derecho y moral.

De acuerdo con la caracterización de KELSEN, ambos tipos de sistemas se construyen a través de derivaciones de normas a partir de una norma fundamental. En un sistema estático las derivaciones son lógico-materiales: sus normas son válidas en tanto que participan del contenido de la norma fundamental, o en otras palabras, en la medida en que están contenidas en ella, pues derivan de ella mediante operaciones de inferencia. En cambio, en un sistema dinámico la derivación es una sucesión de delegaciones de autoridad, de modo que cada norma autoriza a un órgano para producir una norma de rango inferior, y así sucesivamente, generando una cadena de delegaciones en la que todas las normas que están insertas en ella son válidas, al apoyarse en otra norma superior. En un sistema jurídico, la norma fundamental autoriza al poder constituyente a crear la constitución, cuya validez también emana de aquélla. Esa autorización determina el punto de arranque de la cadena de delegaciones.

El problema, como ha señalado DELGADO PINTO, es que la oposición entre sistemas normativos estáticos y dinámicos sólo permite diferenciar el derecho y la moral hasta cierto punto, porque en general ninguno de estos sistemas se manifiesta de forma “pura”, sino que, como sistemas mixtos, cada uno asume en parte el principio de validez que caracteriza al otro. Esto es particularmente claro en el caso de los sistemas jurídicos.

Para empezar, en un sistema jurídico positivo, la norma fundamental tiene una naturaleza no positiva: no es una norma “puesta”, sino presupuesta por la ciencia jurídica como una hipótesis necesaria cuando de lo que se trata es de fundamentar la validez de la constitución y, a través de ella, de las

normas que integran el sistema jurídico en niveles sucesivos. En la medida en que no es fruto de un acto de decisión de un órgano de producción de derecho, la norma fundamental, como el mismo KELSEN reconoce, es ella misma un factor por el que el principio estático se introduce en el sistema de derecho positivo. Pero además en todo sistema jurídico las normas establecidas por los órganos de producción del derecho tienen que respetar ciertas exigencias de contenido impuestas por la constitución y las leyes, que predeterminan al menos en parte el contenido de las normas inferiores y no deben contradecirlas en ningún caso. Eso implica que el contenido es en alguna medida relevante para la validez de las normas. Finalmente, la idea de que en un sistema dinámico el contenido normativo es irrelevante choca con la tesis, que KELSEN mantuvo casi hasta el final de sus días, de que todo sistema normativo reúne ciertas propiedades lógicas, como la ausencia de lagunas y antinomias.

A pesar de que KELSEN era perfectamente consciente de esos puntos, siempre defendió que todo sistema jurídico es en esencia un sistema dinámico, pues contiene mecanismos de delegación para la producción de normas, que son creadas mediante actos de voluntad de órganos autorizados, y no meramente deducidas mediante operaciones lógicas. Ahora bien, admitiendo que la dicotomía kelseniana contiene un punto de artificiosidad, y que el derecho no se puede considerar un sistema dinámico puro, lo cierto es que la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos no ha mermado su utilidad como herramienta teórica para diferenciar entre derecho y moral.

Tan importante como las diferencias entre derecho y moral es la forma como ambos sistemas se relacionan recíprocamente. Aquí caben dos tipos de relaciones: la “interna” y la “externa”. La relación interna consiste en una delegación de un orden en el otro: o bien el derecho delega en la moral, o bien ésta delega en aquél. En ambos casos el orden delegado incorpora contenidos del orden delegante. Esto hace que el primero pierda su carácter específico y asuma el carácter del segundo. Sin embargo, la relación más interesante desde

el punto de vista del objetivo de este trabajo es la relación “externa”, pues da pie a la valoración moral del derecho. Según KELSEN, el presupuesto de esa valoración es justamente que no haya confusión entre el derecho y la moral, esto es, que entre ambos no se haya producido una delegación a raíz de la cual su contenido sea coincidente, pues el enjuiciamiento moral sólo se puede llevar a cabo cuando derecho y moral aparecen diferenciados. Es así como KELSEN pasa de analizar la relación entre derecho y moral, como un problema que concierne a la teoría del derecho, a la valoración moral del derecho, que es competencia de la teoría de la justicia.

2. En relación con la teoría kelseniana de la justicia, empezamos tropezando con un problema conceptual. En la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, donde presenta las líneas maestras de su concepción de la justicia, KELSEN hace una curiosa afirmación: que desde el punto de vista psicológico la justicia se identifica con la felicidad, y que por “justicia” ha de entenderse un tipo de felicidad social. Hubo que esperar dos décadas para que en *What is Justice?* explicara estas palabras. En realidad, la identidad entre justicia y felicidad, tal como él la entiende, es una interpretación del concepto de justicia, que no busca determinar su contenido. El carácter social de la felicidad a la que alude sugiere que se trata de un tipo de felicidad colectiva, que toma distancia respecto del ideal utilitarista de BENTHAM y consiste en la satisfacción de aquellas necesidades sociales que el legislador considera básicas. La cuestión es determinar qué necesidades puede pensar el legislador que merecen ser satisfechas, teniendo en cuenta que, si hay un desacuerdo social sobre esta cuestión y se admite que cada necesidad viene respaldada por el interés de quienes se sienten necesitados, la situación puede derivar en un conflicto de intereses, que el sistema jurídico tiene que resolver aplicando los medios que están a su disposición.

En todo caso la correspondencia que KELSEN establece entre justicia y felicidad resulta extraña si se tiene en cuenta que avanza a contracorriente de la

orientación mayoritaria de la filosofía moral poskantiana. Para KANT la moralidad tiene que ver, antes que con la felicidad colectiva, con la justificación de normas que organicen las relaciones mutuas entre individuos de forma aceptable para todos, lo que a menudo implica obrar en contra de los propios intereses. Es probable que KELSEN terminara siendo consciente de que la ligazón entre justicia y felicidad era problemática. Esto explicaría por qué en trabajos posteriores ya no se menciona esa asociación.

3. El relativismo de KELSEN se enfrenta a una concepción de la justicia que él llama “absolutista”, según la cual se pueden justificar racionalmente juicios morales y conocer el contenido de la justicia. En cambio, desde una óptica relativista se piensa que la razón humana es incapaz de alcanzar ese conocimiento, y que por tanto sólo cabe conocer valores relativos. Además, el relativismo implica que no se puede excluir la presencia de valores opuestos entre sí, pues el relativista ha de estar abierto a admitir que en una sociedad pueden coexistir patrones de valoración de la conducta muy diferentes, que en principio gozan del mismo grado de aceptabilidad.

El dualismo entre absolutismo y relativismo surge en el pensamiento de KELSEN como resultado de una oposición entre dos concepciones del mundo (*Weltanschauungen*) y de la vida (*Lebensanschauungen*). Inspirándose en DILTHEY, KELSEN señala que esas concepciones revelan que hay una cierta afinidad entre las convicciones ético-políticas y las concepciones filosóficas, e incluso ciertos talentos y actitudes psíquicas. En particular, distingue una *Weltanschauung* absolutista y otra relativista, que se caracterizan por una tendencia política y un posicionamiento epistemológico, que es absolutista y metafísico en un caso y relativista y crítico en el otro. Además, esas tendencias se conectan con una concepción filosófico-moral y, más concretamente, con un punto de vista metaético.

En pocas palabras, el absolutismo filosófico se caracteriza por la adopción de un enfoque metafísico que admite la existencia de las cosas “en sí” como realidades absolutas que son independientes del conocimiento humano, pero constituyen el principal objeto del conocimiento. En ese sentido el conocimiento consiste en un reflejo de los objetos en sí, que trascienden la experiencia. Frente a ello, la *Weltanschauung* relativista encierra una epistemología empirista, según la cual el ámbito de la realidad cognoscible es determinado por los límites que marca la experiencia. Esto implica excluir las cosas “en sí” como objetos posibles de conocimiento.

Al mismo tiempo, el absolutismo y el relativismo filosóficos se vinculan con sendas tendencias políticas afines: el absolutismo y el relativismo políticos. Mientras que el primero da sustento a la autocracia, el segundo apuesta por la democracia. KELSEN está convencido de que en general la asociación entre las vertientes epistemológica y política tanto del absolutismo como del relativismo se verifica en la mayoría de los casos, como lo demuestra el hecho de que desde la Antigüedad hasta la irrupción de la filosofía crítica, los grandes filósofos metafísicos han tomado partido por diversas formas de autocracia, mientras que casi todos los relativistas filosóficos importantes se han decantado por la democracia.

Más allá de que esta tesis pone al descubierto algunas confusiones que ya expliqué en su momento, la asociación que propone KELSEN es tan exagerada, que admite tantas y tan notables excepciones como los ejemplos supuestamente paradigmáticos que él nos presenta. El constructo teórico de las concepciones del mundo opuestas revela en KELSEN una tendencia a simplificar y solucionar algunos de los problemas más importantes de epistemología, ética y teoría política sirviéndose de rígidos esquemas prefijados con el doble objetivo de atacar la especulación metafísica especialmente en el ámbito de la teoría del derecho y de defender la democracia frente a sus adversarios.

4. La consecuencia más importante del relativismo kelseniano es quizás la noción de autonomía moral que va unida a él. Saliendo al paso de quienes acusan a la moral relativista de irresponsable, KELSEN pone el acento en la responsabilidad que implica elegir una concepción moral entre las posibles, que en definitiva es a lo que se reduce su idea de la autonomía moral. Según él, sólo los verdaderos relativistas éticos eligen con independencia y sin someterse a quienes pretenden imponer una moral absoluta, y en ese sentido mantienen intacto su sentido crítico. Ahora bien, la razón no juega un papel decisivo en el proceso, en el que el protagonismo recae fundamentalmente sobre la voluntad. En suma, la autonomía moral consiste en que cada individuo elija para sí los principios éticos más afines a sus creencias, asumiendo la responsabilidad que ello implica. En ese sentido, la visión kelseniana de la autonomía moral está más próxima al existencialismo de cuño kierkegaardiano y sartreano que al concepto desarrollado por KANT.

III

1. La cuestión fundamental de cualquier concepción filosófico-moral es si se pueden fundamentar racionalmente juicios de valor. Esta cuestión es particularmente interesante en la teoría moral de KELSEN. Pero antes de entrar en ella es preciso aclarar el concepto mismo de juicio de valor.

La concepción kelseniana de los juicios de valor apenas sufrió cambios desde *Value Judgments in the Science of Law* hasta su plasmación definitiva en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, donde estableció una tipología de juicios de valor. KELSEN empieza diferenciando entre juicios de valor (*Werturteile*), que expresan una relación entre un hecho real (un *Sein*) –generalmente una conducta– y una norma que impone un *deber ser* (un *Sollen*), y juicios de realidad (*Wirklichkeitsurteile*), que no se apoyan en normas. Un subtipo de los primeros son los juicios sobre la legalidad de una conducta, que se apoyan en normas establecidas mediante actos legislativos o por la costumbre. Estos juicios son

los que más interesan a la ciencia del derecho, que obtiene información de ellos. Cuando la conducta efectiva se corresponde con la norma, se valora positivamente como “buena”; en caso contrario se valora negativamente como “mala”. Los juicios de valor morales son otra subespecie de estos juicios.

Frente a los juicios de valor que dependen de normas, los juicios de realidad son “especiales”, porque no se apoyan en ellas. Estos presentan dos subtipos: los juicios de valor que relacionan un objeto o una conducta con el deseo o voluntad de una o varias personas y los juicios sobre la adecuación de un objeto o una conducta –que opera como un medio– para obtener un fin. Los primeros expresan una aprobación o desaprobación emotiva del objeto que se persigue, mientras que los segundos no tienen carácter emotivo, puesto que la adecuación de un medio a un fin –que consiste en una relación causal– se puede comprobar empíricamente.

Es interesante cómo concibe KELSEN los juicios morales y políticos. Estos se basan en normas que asume el sujeto juzgante y que son “puestas” arbitrariamente por él como fundamento de sus valoraciones. De ahí que los valores constituidos por ellas sólo puedan valer relativamente y desde el punto de vista de quien juzga. Sin embargo, observa que desde posiciones filosóficas propias de una *Weltanschauung* absolutista se pretende atribuir a los juicios morales una validez absoluta, remitiendo la norma en la que se fundamentan en última instancia a la voluntad de Dios o a una razón trascendente. Con esta maniobra se hacen pasar por objetivos juicios que en realidad son subjetivos, dado que expresan deseos o intereses personales que se intentan disfrazar con el ropaje de lo absoluto. De ese modo se pretende atribuir a los juicios morales y políticos la misma objetividad que a los enunciados descriptivos de las ciencias empíricas, y postular una justicia independiente de la voluntad humana.

Ahora bien, recordemos que, aunque KELSEN tiene que admitir que algunos juicios de valor cumplen una función emotiva, su metaética relativista

está más cerca del prescriptivismo que del puro emotivismo. Es verdad que los valores, tal como él los concibe, no son normas, pero son constituidos por ellas. Al establecer los juicios de valor una relación entre una conducta y una norma que es constitutiva de un valor, es indudable que esos juicios cumplen cierta función prescriptiva.

Ciertamente, la tipología kelseniana de los juicios de valor es un esbozo y no pretende estar completa. Su estado fragmentario explica, pero no justifica, algunas críticas exageradas que ha recibido. Se ha dicho, por ejemplo, que esta concepción no contempla los juicios comparativos –del tipo “*A* es mejor que *B*”– y los juicios estéticos. Sin embargo, esta omisión es comprensible si se tiene en cuenta que esta tipología está condicionada por los intereses teóricos de KELSEN. El mero hecho de que no mencione los juicios estéticos no quiere decir, desde luego, que él excluya el enjuiciamiento en ese campo.

2. KELSEN se pregunta si además de los actos y conductas humanas, no habría que someter también a las normas a un enjuiciamiento desde el punto de vista de la justicia. Y en este punto introduce una afirmación sorprendente: las normas jurídicas no se pueden valorar como justas o injustas; más bien son los actos de creación de normas los que pueden juzgarse como tales. Ahora bien, esa afirmación parece enfrentarse al uso lingüístico común que atribuye justicia e injusticia no sólo a comportamientos humanos, sino también a normas.

Puesto que para KELSEN toda norma constituye un valor, al plantearse esta cuestión se pregunta cómo se puede valorar un valor, cómo puede tener valor –e incluso valor negativo– y cómo una norma, esto es, un *deber ser*, puede ser como debe ser o no ser como debe ser. A su juicio, sólo los hechos de la realidad (del *Sein*) se pueden valorar y tener un valor positivo o negativo desde el punto de vista de la justicia, pues un valor que tiene valor, una norma que se

ajusta a la norma, es un pleonasma, mientras que un valor que no tiene valor, una norma contraria a la norma, es una contradicción.

Es llamativo que KELSEN mezcle ahora algo que siempre se había propuesto separar. En efecto, el objeto de la valoración no es un valor, sino una norma que, desde su punto de vista, también constituye (en el sentido de que genera) un valor. Por tanto, expresándonos en sus mismos términos, la relación en que consiste el juicio no se establece entre dos valores, sino entre dos normas, una jurídico-positiva y otra moral. En realidad, esto parece lo coherente con el uso lingüístico habitual.

3. La concepción de los juicios de valor según la cual estos establecen una relación entre un hecho o una conducta y una norma se modifica parcialmente en la *Allgemeine Theorie der Normen* a raíz de introducir KELSEN la doctrina del substrato modalmente indiferente. En esta obra el *ser* y el *deber ser* se presentan como dos *modi* diferentes que pueden compartir un mismo substrato: tanto en los enunciados que informan de que algo *es*, como en las normas que disponen que algo *debe ser*, se distinguen dos partes: (i) que algo *es* y *lo que es*; y (ii) que algo *debe ser* y *lo que debe ser*. Para KELSEN *lo que es* y *lo que debe ser*, es decir, el contenido del *ser* y del *deber ser*, forman un substrato modalmente indiferente, que es el único cauce a través del cual entiende ahora que se pueden relacionar hechos y normas. Según esta doctrina, el juicio de que una conducta es valiosa significa que *lo que es* y *lo que debe ser* esa conducta, es decir, el substrato modalmente indiferente, es el mismo en los dos *modi*, el del *ser* y el del *deber ser*. Por tanto, la valiosidad consiste en un *ser iguales* el substrato modalmente indiferente de un enunciado sobre lo que *es* y otro enunciado sobre lo que *debe ser*, y no en confrontar una conducta y una norma, es decir, un *ser* y un *deber ser*, que ya no se relacionan directamente – como pasaba en la *Reine Rechtslehre* –, sino a través del lenguaje. Así pues, la relación se da entre enunciados, unos descriptivos y otros normativos.

Con esta doctrina KELSEN certificó su distanciamiento de la evolución que experimentó la metaética a partir de los años sesenta, en la que surgieron posiciones que afirmaban que desde el punto de vista de lenguaje, las valoraciones y las descripciones factuales pueden imbricarse, y que no tiene sentido mantener una separación artificial entre el *ser* y el *deber ser*, los hechos y los valores. Desde que a partir de QUINE se fue desmantelando la concepción, atribuible al empirismo lógico, de un lenguaje dividido en compartimentos estancos, se comenzó a aceptar que las valoraciones y las descripciones son interdependientes. Esto es lo contrario a lo que sugiere la doctrina del substrato modalmente indiferente, que hizo que la teoría pura del derecho se alejara aún más de los nuevos caminos abiertos en la filosofía moral por la irrupción de la filosofía del lenguaje.

4. Una última cuestión sobre los juicios de valor se refiere a la pertinencia de imbricar valoraciones en el trabajo científico en general, y de la ciencia del derecho en particular. Según KELSEN, sólo en la medida en que los científicos del derecho desarrollen su actividad de describir las normas jurídicas con plena neutralidad axiológica y sin hacer valoraciones, la ciencia del derecho mostrará su carácter de verdadera ciencia.

Una constante de la teoría jurídica de KELSEN desde la obra temprana *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft* es la distinción entre la actividad política y la científica. Como autoridad legal, al político le compete legislar y dar contenido a las normas del sistema jurídico haciendo uso de su poder discrecional. En cambio, la tarea del científico del derecho consiste en describir ese contenido normativo, constatando que se ajusta a la constitución y las leyes, y sin expresar su aprobación o desaprobación subjetiva del mismo. Ahora bien, probablemente el mayor contraste entre la actitud de un político y la de un científico del derecho se pone de manifiesto en la interpretación de las normas jurídicas. Según KELSEN, cuando un científico del derecho desempeña esa función, debe limitarse a informar sobre los posibles significados de una

norma sin tomar partido por ninguno. Su interpretación cumple una función cognitiva, en contraste con la interpretación “auténtica” que desarrollan los órganos de creación y aplicación del derecho al decidir sobre cuál es el sentido de una norma aplicable. Esa decisión consiste en un ejercicio de la voluntad que no cumple una función cognitiva, sino que pretende dar respuesta a una situación que está regulada jurídicamente.

Esta visión de una tarea interpretativa que se limita a una presentación aséptica de las posibilidades semánticas de las normas es problemática porque se distancia de la realidad del trabajo hermenéutico tal como lo conciben y practican los científicos del derecho. Estos no se limitan a pronunciarse sobre el abanico de significados de las normas, sino que consideran que una parte importante de su actividad consiste en valorar su contenido, remediar deficiencias e incluso formular propuestas de *lege ferenda*, de forma que la actividad que desarrollan no cumple una función meramente cognitiva. Las apreciaciones de KELSEN no hacen justicia al trabajo de los juristas, y en particular de la ciencia jurídica.

Pero además es interesante señalar que, a pesar de su insistencia en el carácter descriptivo de la ciencia jurídica, KELSEN no abandona nunca una concepción constructivista de la ciencia en general, y de la ciencia del derecho en particular. Ésta es una concepción de herencia kantiana, según la cual el conocimiento científico construye su propio objeto y lo presenta como un todo ordenado a partir de la información registrada sensorialmente. En el ámbito de la ciencia jurídica, implica que ésta genera su objeto, no en el sentido de producir normas –lo cual es una función de los órganos de creación y aplicación del derecho–, sino de sistematizar ese material y presentarlo de forma ordenada como un todo dotado de sentido y accesible a una interpretación racional.

Ahora bien, esta concepción constructivista entra en conflicto con la caracterización habitual de KELSEN de la ciencia del derecho como una ciencia

descriptiva y pone en apuros su adscripción al positivismo jurídico. Asumir que la ciencia jurídica construye su objeto a partir del material suministrado por los órganos de creación de normas, conduce a KELSEN a trasladar al derecho ciertas exigencias lógicas que, como la coherencia y la compleción, en principio no cabe esperar de un sistema normativo positivo, integrado por normas que son producto de actos de voluntad. Como es sabido, hasta la *Allgemeine Theorie der Normen* KELSEN concibió el derecho no sólo como una unidad dinámica de normas positivas creadas mediante actos de voluntad, sino también como una “unidad lógica”: un sistema organizado armónicamente por la ciencia jurídica, coherente y sin lagunas. La coherencia del sistema queda asegurada gracias a que la norma fundamental contiene principios de interpretación que permiten organizar el material jurídico y presentarlo como un todo dotado de sentido. Así pues, frente al ideal positivista de una ciencia del derecho descriptiva, que se acopla a una concepción de la interpretación jurídica que se limita a explorar los significados posibles de las normas sin decidirse por ninguno, esta visión constructivista de la ciencia jurídica concibe el trabajo hermenéutico como una reconstrucción del material jurídico guiada por principios no convencionales que permiten presentar el derecho como una construcción racional.

IV

1. El relativismo de KELSEN fue tomando forma mientras se desarrollaba la dimensión crítica de su concepción de la justicia. Él siempre rechazó que se pudiera poner fin a la polémica sobre el contenido de la justicia. Tanto da que se busque una respuesta en la metafísica o la teología o que ésta surja como resultado de una investigación racional: todos los intentos de responder a la pregunta sobre el contenido de la justicia han fracasado. Y para demostrar su tesis, analiza críticamente los intentos que a su juicio han dado como resultado los principios o “normas” de justicia históricamente más reconocidos. Para facilitar el análisis KELSEN agrupa esos principios en dos

grandes tipos –racionales o metafísicos– dependiendo de su origen y de la forma como pueden conocerse. Los principios metafísicos buscan solucionar los problemas de justicia apelando a la religión o la metafísica, de forma que la justicia se convierte en una cualidad trascendente, adquiriendo un carácter absoluto. En cambio, los principios de justicia racionales no son atribuibles a instancias trascendentes, sino a actos humanos empíricos, y su contenido es accesible a la razón humana.

Con su análisis de los principios de justicia racionales, KELSEN, siguiendo los pasos de PERELMAN (*De la Justice*), se pregunta si es posible encontrar un elemento común a todos ellos, que permitiera determinar cuál es el contenido de la justicia. Pero el resultado de su investigación termina siendo decepcionante: dado que, en su opinión, esos principios se caracterizan por su carácter tautológico y su vacuidad material, si existe un elemento común a ellos éste no puede referirse a su contenido, sino, a los sumo, a una cualidad lógica que es inseparable de su condición de normas: su *generalidad*, es decir, la característica de toda norma general de prescribir que si concurren ciertas condiciones, deben aplicarse consecuencias determinadas. Éste es el principio de “igualdad ante la ley”, que para KELSEN se revela como una exigencia de la lógica antes que como un verdadero principio de justicia.

El análisis de KELSEN resulta discutible e insatisfactorio porque, de entrada, se inspira en un modelo que enseguida se revela incapaz de arrojar luz sobre este asunto. En su opúsculo, PERELMAN pretende descubrir un elemento común a distintos principios o fórmulas –del tipo “a cada cual según sus necesidades”, “a cada cual según su trabajo”, “a cada cual según su rendimiento”– que le permita obtener una noción general de justicia. De forma anticipatoria, apunta que dicha noción sugiere una cierta igualdad, que es resultado de aplicar cada uno de esos principios a los miembros de una misma categoría esencial, de la que forman parte todos los individuos que comparten una misma característica relevante, y que justamente por ello deben ser tratados por igual. Entiende que la igualdad de trato es una exigencia *formal*

de la justicia, y que, a diferencia de lo que KELSEN opinaría después, no consiste en una mera cualidad lógica.

El defecto del análisis de PERELMAN es de orden metodológico, y tiene que ver con el enfoque del problema. Es cierto que elige sagazmente seis fórmulas muy similares desde el punto de vista lógico, lo que facilita la tarea de establecer una comparación entre ellas a fin de concluir que la noción general de justicia consiste en una cierta igualdad. Puesto que lo que busca desde el comienzo es obtener ese resultado, parece claro que su elección de las fórmulas de justicia encubre una *petitio principii*. Pero además, dada la extraordinaria simplicidad de su enfoque, éste se revela incapaz de dar una respuesta al problema que se plantea, y que, si se abordara seriamente, tendría que entrar a discutir la forma como se ha de determinar cuáles son las categorías esenciales –el trabajo, el rendimiento, las necesidades, etc.– que debemos considerar relevantes para aplicar un trato justo.

Aunque a KELSEN también hay que reprocharle “rastrear” en la tradición de la filosofía moral los principios que más le convienen desde el punto de vista del resultado de su análisis, su caso es todavía más grave que el de PERELMAN, y su elección más desafortunada. Desde el comienzo se observa un desorden en su exposición que es muy sintomático. No existe homogeneidad en los principios escogidos, cuya naturaleza es muy diversa, hasta el punto de que la mayoría de ellos ni siquiera se pueden considerar verdaderos principios de justicia.

El tratamiento kelseniano del principio “*suum cuique tribuere*” es en cierto sentido arquetípico. KELSEN le reprocha su vacuidad sustantiva y su carácter tautológico. Este principio, que prescribe “dar a cada uno lo suyo”, no permite determinar por sí solo el trato que debe recibir cada individuo, y todo intento de determinar su significado no puede proporcionar más que una prescripción vacía de contenido, según la cual “debe darse a cada uno lo que se le debe dar”. Por eso, para que este principio tenga pleno sentido como una regla que

permita dispensar a los demás el trato que les corresponde, tiene que completarse con normas de un orden positivo, bien del derecho, bien de la moral positiva. De ahí la vacuidad que KELSEN le imputa, y que a continuación atribuye también a buena parte de los principios que analiza.

Ahora bien, el mero hecho de que éste u otros principios exijan completarse con normas de un orden positivo no quiere decir que no tengan contenido, sino que más bien confirma que son precisamente principios y no reglas. A diferencia de las reglas, que se aplican a la manera de “todo-o-nada” y sólo cuando concurren ciertas condiciones previstas en el supuesto de hecho, la aplicación de los principios no depende de que se den ciertos condicionantes fácticos que determinan de forma cerrada y *a priori* cuándo son aplicables. Más bien ocurre que el supuesto de hecho de los principios no está enteramente determinado, y su contenido es meramente orientativo, lo que no quiere decir que carezcan por completo de él. El hecho de que su aplicación exija una especificación de lo que se debe atribuir a cada cual, completando su contenido con normas positivas, es un rasgo inherente a su carácter de principio. Así ocurre, por ejemplo, con el principio de justicia marxista: “de cada cuál según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades”, que deja abiertas las cuestiones, ineludibles para su aplicación, de bajo qué condiciones cabe admitir que un individuo ha trabajado de acuerdo con su capacidad y qué necesidades deben satisfacerse. Aunque la compleción de este principio parece reclamar el concurso de las normas de un orden positivo con más fuerza que otros, es un error pensar que, por su textura abierta, es una tautología.

También a la “regla de oro”, que prescribe “no hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti”, KELSEN le atribuye vacuidad. Pero éste no fue el único reproche que le dirigió. El problema de la regla de oro es que, dado que nadie quiere ser maltratado, una aplicación coherente de este principio daría como resultado que las conductas criminales quedarían sin castigo, puesto que ningún individuo, aun siendo consciente de que ha cometido un delito, desearía perder su libertad o ser sancionado. Esto tendría

como consecuencia que la parte del orden jurídico que comprende el derecho penal perdería su eficacia.

La forma de conducir esta crítica por parte de KELSEN revela una cierta asimetría entre el tratamiento que le da a esta cuestión y cierto aspecto de su teoría del derecho. En concreto, su teoría sobre la validez jurídica. Él defendía que la validez de las normas jurídicas no puede depender de hechos, puesto que la validez de un *deber ser* sólo puede apoyarse en otro *deber ser*, es decir, en una norma jurídica de rango superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental, que permitía fundamentar la validez de la constitución evitando cualquier referencia empírica. Sin embargo, al evaluar la aceptabilidad de ciertos principios morales y de justicia, KELSEN no sólo no cuestiona la pertinencia de una referencia fáctica, sino que se apoya indisimuladamente en hechos –como la ineficacia de las sanciones penales que conlleva la aplicación de la regla de oro– para desacreditar los principios. Esta inconsistencia se observa también en su crítica al imperativo categórico kantiano: “compórtate de modo que puedas querer que la máxima de tu conducta se convierta en una ley universal”. Para KANT esta regla formal constituye el principio universal y supremo de la moral. Como resultado de su aplicación, él descartaba que se pueda querer que se conviertan en ley universal ciertas máximas de conducta, como la que sigue un suicida que quiere poner fin a su vida, o la de quien pide dinero prestado, a pesar de que sabe que no podrá devolverlo. KELSEN explica que si para KANT esas máximas no se pueden convertir en ley universal, es porque él presupone que lo moralmente correcto es no seguirlas, y por tanto de lo que se trata no es tanto de si se *pueden querer* esas máximas como de si *deben querer*. Así pues, lo que es moral o inmoral no se determina aplicando el imperativo categórico, sino que KANT lo presupone de antemano incurriendo así en una *petitio principii*. En este caso la asimetría del enfoque de KELSEN en relación con su teoría sobre la validez jurídica radica en que, mientras resuelve este problema recurriendo a la hipótesis *formal* de una norma fundamental que él –empleando lenguaje kantiano– caracteriza como la condición lógico-trascendental del conocimiento jurídico, rechaza una solución similar a los

problemas de la justicia y la moral. Es incomprensible que, mientras en el ámbito jurídico los hechos no juegan un papel en la fundamentación de la validez de las normas, en el terreno moral se rechace la posibilidad de justificar principios morales o de justicia en consideración a los condicionantes fácticos del acontecer moral. Esta asimetría pone en cuestión la capacidad explicativa del pensamiento kelseniano en el ámbito filosófico-moral.

En el discurrir de su crítica KELSEN se refiere a principios de justicia que ni siquiera está claro que se puedan considerar como tales, bien porque lo que representan está más allá de la justicia –como sucede con el mandamiento de la caridad, pues por definición cualquier comportamiento caritativo excede las exigencias de la justicia–, bien porque son algo diferente, como en el caso de la doctrina aristotélica del *mesotes* o del término medio. KELSEN opina que esta doctrina pretende proporcionar un procedimiento para determinar el contenido de la justicia, pero en realidad ARISTÓTELES la contempla como una definición de la virtud, que en su opinión ocuparía un lugar equidistante entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto. Por tanto, no es un principio de justicia, al igual que tampoco lo es el precepto “haz el bien y evita el mal”, que KELSEN trata de presentar como un nuevo principio de justicia tautológico, cuando en realidad ocupa, en el pensamiento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, el lugar del primer precepto de la ley natural, y por tanto algo muy diferente de lo que pretende KELSEN.

Si a estos malentendidos se añade que es muy difícil atribuir a nadie la defensa de principios como la justicia basada en la legalidad o la costumbre, y que algún otro, como el principio de reversión de lo terrenal (“los últimos en este mundo serán los primeros en el reino de Dios”) y tal vez el precepto “haz el bien y evita el mal” –al menos mientras se mantenga unido a la metafísica tomista– no reúnen los requisitos establecidos por KELSEN para considerarlos principios racionales, sino que tienen carácter metafísico, parece claro que el catálogo que ofrece KELSEN es una extraña amalgama de cosas diversas, muchas de las cuales ni siquiera se pueden confrontar desde el punto de vista

de su estructura lógico-formal, ni son genuinos principios de justicia. De ahí que el resultado de su investigación sea aún menos satisfactorio que el obtenido por PERELMAN.

2. Aunque KELSEN no lo admitió expresamente, no hay duda de que los principios de justicia que él tenía más interés en criticar son los metafísicos, puesto que, como positivista y relativista militante, mantuvo una pugna incesante contra cualquier forma de irrupción de la metafísica tanto en el ámbito de la teoría del derecho como de la teoría de la justicia. Una característica que comparte toda concepción metafísica de la justicia es la creencia de que la verdadera justicia se realiza en algún lugar trascendente y es una cualidad o función atribuible a un ser sobrenatural, o bien se manifiesta a través de ciertas entidades que, como las ideas platónicas, tienen un origen misterioso. Sin embargo, el carácter metafísico de estos principios no se debe únicamente a su origen, sino también a su contenido, puesto que su respuesta a la pregunta sobre el contenido de la justicia es inaccesible al conocimiento humano o, en el mejor de los casos, es un conocimiento que se revela sólo a unos pocos, que acceden a él por vías místicas o a través de la gracia divina.

En contraste con la gran variedad de principios racionales analizados, KELSEN sólo investiga dos principios metafísicos: la concepción platónica de la justicia, que se fundamenta en la doctrina de las ideas y en su especulación sobre la idea del bien, y las concepciones de la justicia que están presentes en las Sagradas Escrituras. En ambos casos sus conclusiones son las que cabría esperar de alguien que siempre se definió como agnóstico en materia religiosa y relativista y escéptico en lo que afecta a la moral y la justicia: esos principios sólo pueden aceptarlos quienes asuman un punto de vista religioso-metafísico según el cual, junto al mundo que es accesible a la experiencia sensorial, existe un mundo trascendente hacia el que se desplaza la solución del problema de la justicia. Así pues, dado que al final parece que todo se reduce a la disyuntiva de tener fe en una metafísica religiosa o no tenerla, y de afirmar que existe un más

allá o de rechazarlo, esta crítica de KELSEN es difícilmente rebatible, al menos en términos estrictamente racionales. Lo más que se puede hacer es tratar de valorar si su aproximación a los diálogos de PLATÓN y a los textos bíblicos es suficientemente rigurosa, y desde este punto de vista hay que advertir que la crítica a PLATÓN sale mejor parada, básicamente porque KELSEN atesora un conocimiento impresionante de su filosofía, mientras que en su análisis de las concepciones de justicia de las Sagradas Escrituras se observan ciertas lagunas.

Desde que en 1933 publicara sus primeros trabajos sobre la filosofía platónica, KELSEN, guiado por un afán innovador, presentó bajo una nueva óptica algunas cuestiones que hasta entonces habían pasado inadvertidas para muchos estudiosos. Desde el punto de vista de nuestros intereses, la más importante es probablemente su concepción de la mística platónica como un elemento que, al combinarse con la dialéctica racional –que prepara al alma para la visión del bien– cumple una función de justificación mistagógica y religiosa del gobierno del “Rey filósofo”. Según esta interpretación, PLATÓN se presenta como adalid de una política autoritaria y como el gran enemigo de la democracia: puesto que sólo los filósofos pueden participar de la vivencia en que consiste la contemplación de la esencia misteriosa e inefable del bien, que además no se puede transmitir con palabras, es a ellos a quienes les corresponde gobernar en el Estado ideal, y a los demás, al pueblo trabajador, no les queda más remedio que obedecer incondicionalmente. Como positivista y demócrata convencido, es natural que KELSEN viera en esta filosofía una amenaza, y que tomara parte activa en una polémica entre partidarios de la democracia y la autocracia que se desarrolló en el periodo de Entreguerras. En un contexto de proliferación de doctrinas antidemocráticas, es comprensible que renaciera el interés por la filosofía platónica, cuyo diseño del Estado ideal fue considerado por muchos como el modelo de organización de los nuevos estados totalitarios. Aunque a los partidarios de una interpretación tradicional de los textos platónicos esto podría parecerles exagerado, es indiscutible que la propuesta de KELSEN tiene bases sólidas, lo que le permitió desarrollar una obra tan ambiciosa como *Die Illusion der Gerechtigkeit*, que algunos especialistas

califican como grandiosa, y un compendio impresionante de la filosofía platónica. Por eso creo que vale la pena llamar la atención sobre el gran valor que atesora este fragmento de la teoría kelseniana de la justicia, donde además la *Weltanschauung* del relativismo se confronta como en ningún otro lugar con la *Weltanschauung* que da soporte a la mística, la religión y la metafísica.

En cambio, la investigación de los distintos ideales de justicia que están presentes en las Sagradas Escrituras no es tan fina. KELSEN subraya el carácter misterioso de la justicia divina, que sólo cabe atribuir a Dios. Y explica que la revelación de las Escrituras es contradictoria en lo que se refiere a la justicia. Básicamente, en el Antiguo Testamento domina una idea de la justicia que se identifica con la ley del talión y ordena devolver bien por bien y mal por mal. Yahvé, el Dios del Antiguo Testamento, es juez y ejecutor de esa justicia, que se identifica con su venganza y tiene un claro sentido retributivo. En cambio, en el Nuevo Testamento JESÚS predica que la nueva justicia que ha de regir el mundo y ha de sustituir a la “antigua” es la justicia del amor, que consiste en amar al prójimo –incluso a nuestros enemigos– y devolver bien por mal. Junto a esa justicia JESÚS habla también de aquella que nos aguarda tras la muerte y en la que Dios aparece como el juez supremo. Su presupuesto es la fe en la resurrección, a la que inicialmente KELSEN atribuye un sentido retributivo. Es ésta una idea que habría que matizar, puesto que como enseña JESÚS, en el Juicio Final la humanidad entera resucitará para ser juzgada. Por tanto, la retribución es consecuencia del juicio de Dios, y la resurrección, que no tiene por sí misma carácter retributivo, no sería más que una llamada a juicio. Es probable que este malentendido se deba a un conocimiento deficiente o, cuando menos, fragmentario de las Escrituras. Como agnóstico militante, KELSEN no profesaba ninguna religión. Aunque era de origen judío, por una cuestión de conveniencia se convirtió al catolicismo y años después a la fe evangélica. Pero en cualquier caso, dado que esta cuestión está muy alejada de sus intereses teóricos habituales, no es reprochable que su conocimiento de los textos bíblicos no alcanzara el mismo nivel de excelencia que su comprensión de la filosofía platónica.

En realidad, el punto más discutible del análisis de las concepciones de justicia que están presentes en las Escrituras viene dado por la pretensión de KELSEN de desacreditarlas por las contradicciones que contienen. Pero ocurre que la Biblia es ante todo un libro religioso –en realidad un conjunto de libros religiosos, escritos además en contextos históricos diferentes–, cuyo objetivo no es teorizar sobre la justicia. Cuando JESÚS habla de la justicia que aguarda en el mundo futuro, y cuando asegura que los más desfavorecidos en este mundo serán dichosos en aquél, lo que hace es enseñar a la humanidad el camino que ha de seguir para alcanzar la bienaventuranza. Puesto que sus doctrinas son religiosas, no tiene sentido que KELSEN pretenda valorarlas utilizando argumentos filosóficos.

V

1. El rechazo de la especulación metafísica condujo a KELSEN a rechazar aquella doctrina jurídica que él consideraba una intromisión evidente de la metafísica en el ámbito jurídico. Se trata obviamente de la teoría del derecho natural, que tras la Primera Guerra Mundial experimentó un refloreamiento y se convirtió en objeto de crítica de muchos positivistas, que la vieron como una amenaza.

La crítica que KELSEN desarrolló concienzudamente durante décadas dio cabida a numerosos argumentos dirigidos a destruir las bases metafísicas sobre las que se apoyaba esa teoría. La percepción que KELSEN tiene de la misma puede caracterizarse desde una doble perspectiva: en primer lugar, *estructuralmente*, esto es, atendiendo a las diferencias más importantes que él detecta entre el derecho natural y el derecho positivo y a la forma como se relacionan; y en segundo lugar *funcionalmente*, atendiendo a las funciones políticas que, en su opinión, ha cumplido históricamente la teoría iusnaturalista.

Frente al positivismo jurídico, que es una teoría *monista*, ya que sólo admite la existencia del derecho positivo, el iusnaturalismo es una doctrina *dualista*, que reconoce junto al derecho positivo un derecho natural, actuando ambos simultáneamente sobre un mismo objeto: la conducta humana. Una primera diferencia entre el derecho natural y el derecho positivo se refiere a su origen: las normas de derecho positivo son el producto de actos de voluntad humanos, y por eso son imperfectas; en cambio, el derecho natural es un orden que es ajeno a esa voluntad pero que el ser humano puede conocer mediante el uso de la razón natural a través de un análisis de la naturaleza. Como tal, puede entenderse la naturaleza en general, como un conjunto de hechos conectados causalmente entre sí, o la naturaleza del ser humano, considerando tanto su vertiente racional como sus instintos, inclinaciones, sentimientos, deseos, etc. Sin embargo, como para KELSEN toda norma –y los preceptos de derecho natural no son una excepción– procede de un acto de voluntad, sólo de forma mediata se puede considerar que la naturaleza es la verdadera fuente del derecho natural. Dado que ésta es una creación divina, los preceptos que se pueden descubrir a raíz de su análisis deben atribuirse en última instancia a Dios, a cuya voluntad son imputables como autor de la naturaleza. De aquí se desprende otro rasgo fundamental de la teoría del derecho natural tal como la entiende KELSEN: su carácter religioso.

Una segunda diferencia consiste en que las normas de derecho positivo son coactivas, y dirigen la conducta humana aplicando sanciones negativas que consisten en castigos a quienes las incumplen y, en ocasiones –aunque esto no es imprescindible–, ventajas o incentivos como sanciones positivas a quienes las observan correctamente. Dado que el derecho positivo tiene que recurrir a la coacción como medio para dirigir la conducta, utiliza una técnica de motivación “indirecta”. En cambio, es propio del derecho natural seguir una técnica de motivación “directa”, puesto que, al tener sus preceptos una naturaleza de orden moral, estos regulan la conducta prescribiendo sin que se prevea una sanción negativa en caso de incumplimiento ni una sanción positiva para el cumplimiento. Dado que el derecho natural emana de la

voluntad divina, se piensa que siempre prescribe lo correcto, y que sus preceptos poseen la fuerza obligatoria de lo justo, que les es inherente. Por eso el derecho natural no requiere de órganos de aplicación, sino que cada individuo lo aplica de forma voluntaria en virtud de una “necesidad interior”. Por el contrario, como el derecho positivo es un orden coactivo, exige en todo caso el concurso de individuos o agencias que actúan como órganos de aplicación de normas. Es, por tanto, un sistema normativo institucionalizado.

KELSEN se refiere a otra importante diferencia que, en este caso, no se da entre el derecho natural y el derecho positivo, sino que afecta más bien a las condiciones de la validez de las normas desde el punto de vista tanto de su propia teoría jurídica positivista como de la teoría del derecho natural tal como él la concibe. Como ya he explicado, para KELSEN la validez de las normas jurídicas es meramente formal, y depende en última instancia de la norma fundamental hipotética, que confiere validez a la constitución como primera norma positiva, a partir de la cual se inicia una cadena de delegaciones en la que cada norma confiere potestad a un órgano para crear otra norma de rango inferior, fundamentando al mismo tiempo su validez. En cambio, para la teoría iusnaturalista las normas de derecho positivo no son válidas atendiendo sólo a consideraciones formales, sino también por su contenido, en la medida en que se exige una correspondencia material entre las normas jurídicas positivas y los preceptos de derecho natural. Con esto KELSEN no quiere decir que el derecho natural carezca de norma fundamental: como cualquier sistema normativo, también los sistemas de derecho natural descansan en una norma fundamental. Ahora bien, esa norma consiste en un primer principio a partir del cual se deducen los demás preceptos de derecho natural mediante una simple operación lógica, de forma que todos ellos contienen en su interior la norma fundamental. Estas diferencias de carácter de las respectivas normas fundamentales, dan pie a KELSEN para diferenciar dos principios de validez normativa que denomina respectivamente “dinámico” y “estático”. Como sabemos, esto le sirve a su vez para caracterizar dos tipos de sistemas normativos, dinámicos y estáticos. El derecho positivo, que se construye de

forma escalonada mediante una cadena dinámica de delegaciones de autoridad, en la que cada norma es válida en tanto que ha sido creada siguiendo las pautas establecidas en otra norma superior del mismo sistema y por la autoridad competente designada por esa misma norma, es el paradigma de un sistema dinámico. En cambio, el derecho natural, cuyos preceptos se deducen lógicamente del contenido de la norma fundamental y tienen, por tanto, una validez en sentido material, es un ejemplo típico, junto a la moral, de un sistema estático. Sin embargo, como ya expliqué al ocuparme de las diferencias entre el derecho y la moral, ni el derecho positivo ni la moral o el derecho natural son sistemas dinámicos o estáticos “puros”, puesto que cada tipo de sistema asume en parte el principio de validez que caracteriza al otro.

Un último punto se refiere a la forma como, desde su particular visión de la teoría del derecho natural, entiende KELSEN que el derecho positivo y el derecho natural se relacionan entre sí. Como la teoría iusnaturalista los aplica conjuntamente en la regulación de la conducta humana, es preciso evitar a toda costa que se produzcan antinomias entre ellos, de forma que uno ordene realizar una conducta y otro la contraria. Esto se consigue coordinando ambos órdenes de forma que parezcan elementos de un mismo sistema. Sin embargo, esa coordinación, que según KELSEN se produce mediante una delegación, tiene un coste: la subrogación de un orden bajo el otro, de forma que el orden delegado pierde su carácter y adquiere el del orden delegante. Dado que, según KELSEN, lo que persigue la teoría iusnaturalista es justificar el orden jurídico positivo, la única delegación que él contempla es la que convierte a éste en un orden delegado del derecho natural. Esto significa que se faculta a la autoridad jurídica positiva para aplicar los preceptos de derecho natural y producir normas coherentes con ellos. Como resultado de este proceso, el derecho natural se convierte en derecho positivo delegado, lo que termina conduciendo a lo que KELSEN llama la “desnaturalización” del derecho natural, que en términos teóricos consiste en que el principio estático que determina la validez de sus normas es sustituido por el principio dinámico característico de la

validez del derecho positivo. Con ello el derecho natural se diluye y es sustituido por el derecho positivo, que desde ese momento ocupa su lugar.

Así pues, la delegación del derecho natural en el derecho positivo, lejos de significar la subordinación del segundo al primero, produce más bien el efecto contrario: la justificación del derecho positivo por el derecho natural, y pone de relieve que la teoría iusnaturalista cumple una función de legitimación del orden de derecho positivo, revelando así su significado político oculto. Esto lleva directamente a la segunda parte de la caracterización del KELSEN.

2. KELSEN nos ofrece también una caracterización *funcional* de la teoría del derecho natural. Aunque admite que esta doctrina ha cumplido históricamente funciones políticas diversas, en sus últimos trabajos sobre la materia puntualiza que su tendencia principal ha sido de carácter conservador, dirigida a justificar el orden de derecho positivo existente. Únicamente como excepción, reconoce que en algunos pocos momentos esa teoría ha podido cumplir también una función de carácter revolucionario, o cuando menos reformista.

Sin embargo, a finales de los años veinte la visión de KELSEN sobre la tendencia política de la teoría del derecho natural era diferente. Por entonces pensaba que dicha teoría no se limitaba a una función conservadora, sino que su orientación política podía oscilar dependiendo de factores diversos, como el *pathos* psicológico dominante en cada época o la postura del ser humano frente a los problemas epistemológicos. Estos condicionantes también pueden influir en la forma como se interpreta en cada momento el dualismo entre derecho natural y derecho positivo, que en su opinión es un caso especial del dualismo filosófico que se establece entre la esfera de la realidad empírica y la esfera de las cosas “en sí mismas”, y que por eso denomina como “dualismo religioso-metafísico”. Para él resulta obvio que este dualismo se apoya en una teoría metafísica, de raíz platónica, a la que se refiere como “teoría de la imagen”.

Pues bien, dependiendo de si al interpretar ese dualismo se da primacía a la esfera empírica o a la esfera trascendente –lo que a su vez implica diferencias importantes en el *pathos* humano correspondiente–, el dualismo entre derecho natural y derecho positivo también puede percibirse de manera diversa, afectando de paso al modo como la teoría iusnaturalista se acopla con distintas tendencias políticas. Esto le conduce a diferenciar tres variantes del dualismo religioso-metafísico: el dualismo pesimista, el dualismo optimista y la vía intermedia del compromiso.

Desde una óptica pesimista, el dualismo se caracteriza por un rechazo del mundo sensible y por la creencia de que la verdadera realidad nos aguarda en el “más allá”. Esta visión pesimista deriva en un rechazo del presente y en el anhelo de un futuro que se espera que sea radicalmente diferente. Por eso, para KELSEN esta variante del dualismo muestra una tendencia política que él define como revolucionaria y que tiene claros tintes anarquistas, dando cabida a doctrinas tan diversas como el cristianismo primitivo y, en la Modernidad, el liberalismo revolucionario y el anarco-socialismo.

En cambio, cuando el mundo se contempla con optimismo se invierte esa tendencia, y el resultado es la afirmación del presente: no sólo se acepta que el mundo que percibimos por los sentidos es el mundo verdadero, sino que es también el mejor de los mundos empíricamente posibles. Por eso el futuro se percibe con desconfianza, y se recela de los cambios sociales. De ahí que políticamente se tienda al conservadurismo. KELSEN asocia este *pathos* a ciertas corrientes de la filosofía antigua, como la que él bautiza como “platónico-aristotélica”, y que en su opinión fue asimilada por el cristianismo – tras una etapa inicial pesimista y de tendencia “revolucionaria”– gracias a la influencia paulina. La cima de esta visión optimista del mundo se alcanzaría con el cristianismo protestante.

Finalmente, la vía que KELSEN llama “del compromiso” se caracteriza por un *pathos* que oscila del pesimismo al optimismo, y que busca alcanzar un

equilibrio. El mundo no se contempla como el mejor de los posibles, sino que se valora como relativamente bueno en la medida en que no es absolutamente malo. Por eso esta vía implica resignarse al presente y, desde el punto de vista político, apostar por un conservadurismo moderado, que confía en el progreso y en los beneficios de las reformas sociales. Esta tendencia está representada por la filosofía estoica, que penetró en el cristianismo por mediación de SAN PABLO.

Aunque la concepción de KELSEN del dualismo religioso-metafísico es una doctrina original e interesante, es simplificadora y tiende a caricaturizar la realidad histórica de la teoría del derecho natural con el objetivo de facilitarse la crítica. A este análisis le falta finura y rigor histórico, pues parece ignorar, por ejemplo, que el origen del iusnaturalismo no está en la filosofía platónica, sino que surge a raíz de una síntesis tardía de ciertos elementos de la filosofía antigua, y en particular de ARISTÓTELES y del estoicismo. Así pues, la teoría platónica de las ideas, a la que KELSEN se refiere como “teoría de la imagen”, no puede considerarse punto de partida de la tradición histórica del derecho natural.

La tendencia de KELSEN a incurrir en simplificaciones históricas abusivas se revela en la forma como asocia en cada caso un *pathos* o acontecer psíquico humano a una tendencia política y a una construcción doctrinal. Por ejemplo, no parece aceptable que desde una óptica pesimista se avive una tendencia política revolucionaria, pues el espíritu revolucionario se caracteriza precisamente por la creencia de que aún se puede hacer algo para mejorar la realidad, lo cual es un claro síntoma de optimismo. Y a la inversa, si desde una perspectiva optimista el mundo empírico se contempla como el mejor de los posibles, una postura deliberadamente conservadora no tendría sentido, pues lo deseable desde ese punto de vista sería seguir favoreciendo la evolución y el progreso sociales. Y desde luego en ningún caso habría motivos fundados para desconfiar del futuro. En vista de ello, parece claro que, con la interpretación del dualismo religioso-metafísico ideado por él mismo, lo que busca KELSEN

es forzar la comprensión de fenómenos espirituales muy variados y complejos, a fin de que encajen en un esquema de interpretación prefijado y claramente simplificador. En definitiva, lo que él pretende es diseñar la teoría del derecho natural que más le conviene para encauzar su crítica.

Sin embargo, como ya he señalado, a partir de finales de los años veinte KELSEN abandonó su interpretación de las diferentes formas como el dualismo religioso-metafísico afecta a las doctrinas iusnaturalistas. Es probable que terminara siendo consciente de los problemas que planteaba su falta de rigor histórico. Una constante de sus últimos trabajos es la atribución a la doctrina iusnaturalista de una función política de carácter inequívocamente conservador. Con esto no sólo se aparta de su idea inicial, sino también de la tendencia que había seguido buena parte de la crítica positivista anterior (BERGBOHM, STAHL), que atribuía a dicha doctrina un carácter revolucionario y subversivo. KELSEN también admite que la teoría iusnaturalista ha cumplido una función que podría llamarse “revolucionaria”, aunque sólo con carácter excepcional y en un contexto histórico muy concreto: Francia y las colonias de Norteamérica a finales del siglo XVIII. Hecha esta salvedad, el iusnaturalismo, según él, se comportó como una doctrina conservadora. Y en todo caso, lo relevante es la presencia de intereses políticos latentes.

3. Al volver la vista hacia la argumentación de KELSEN contra el iusnaturalismo, lo primero que llama la atención es la variabilidad y mutabilidad de sus argumentos. Estos se desarrollaron y ampliaron durante casi cuarenta años, si bien algunos fueron abandonados, muy probablemente porque KELSEN se dio cuenta de que eran problemáticos. Al hacer balance de esta crítica, hay que resaltar que la opinión mayoritaria del, por lo demás, escaso número de estudiosos que le ha prestado atención, coincide en que probablemente se trata de la más dura, articulada y certera de cuantas se han dirigido contra la teoría del derecho natural a lo largo del siglo XX. Creo, sin embargo, que estos reconocimientos hay que tomarlos con cierta cautela, pues

no hay duda de que la crítica de KELSEN tiene puntos débiles. Por un lado, no tiene el mismo grado de articulación que otras piezas de su pensamiento, lo cual se debe a que no se apoya sobre una caracterización adecuada de la teoría iusnaturalista, de la que tiene un conocimiento deficiente. La ausencia de un estudio suficientemente diferenciado de las diversas corrientes que integraron la tradición del derecho natural, explica, en parte, por qué KELSEN ofrece una caracterización muy poco precisa de la misma, que además hay que extraer al hilo de sus argumentaciones.

El argumento central en torno al cual parece girar la crítica de KELSEN es el que he denominado “lógico”, puesto que consiste en una denuncia del error lógico de pretender deducir, a partir de los enunciados que describen hechos del *Sein*, enunciados normativos o valorativos, que prescriben un *Sollen*. Es el error que usualmente se conoce como “falacia naturalista”. Sin embargo, probablemente KELSEN va demasiado lejos al invocar la falacia naturalista contra el iusnaturalismo, pues las dos corrientes iusnaturalistas más representativas, el iusnaturalismo clásico y el iusnaturalismo moderno, no incurren propiamente en la falacia naturalista. Los iusnaturalistas clásicos eran inmunes a ese error, gracias a que partían de una idea teleológica de la naturaleza que estaba “cargada” axiológica y deónticamente. Desde ARISTÓTELES se pensaba que la naturaleza de cualquier ser estaba cifrada en su estado de perfección, al que se tiende de forma natural como un *telos* inmanente. En la Edad Media esta idea de la naturaleza adquiere connotaciones teológicas a raíz de incorporar SANTO TOMÁS DE AQUINO la doctrina agustiniana de la ley eterna. Esa ley, que rige el universo, dirige a todos los seres a la perfección, y también al ser humano, que participa de ella a través de la ley natural. Con un concepto de naturaleza semejante, no es de extrañar que cuando se afirma que algo es “natural”, ese enunciado no sea meramente descriptivo, sino que implica a su vez el juicio de valor de que también es “bueno”, en tanto que favorece alcanzar la perfección. Así pues, lo que *es* por naturaleza coincide con lo que *debe ser*, de forma que el *Sollen* no se deduce a partir del *Sein*. Por tanto, esta estrategia metafísica impide a la teoría

clásica del derecho natural incurrir en la falacia naturalista, aunque por supuesto no está exenta de problemas.

Y en lo que respecta al iusnaturalismo moderno, sus representantes no concebían la naturaleza como un referente para deducir normas, sino más bien para identificar los condicionantes fácticos que hemos de tener en cuenta para elegir los principios sobre los que se ha de construir el orden social. Como es sabido, el instrumento teórico del “estado de naturaleza” fue utilizado por las teorías contractualistas para fundamentar racionalmente esa elección. Así pues, la teoría moderna del derecho natural tampoco incurre propiamente en la falacia naturalista.

Una afirmación de KELSEN particularmente discutible es la que alude a que toda teoría del derecho natural tiene un trasfondo religioso. La historia de la teoría iusnaturalista proporciona numerosos ejemplos de que esa suposición es exagerada. KELSEN llega a ella a raíz de criticar la idea de razón práctica, lo que le lleva a atribuir a la razón un papel meramente teórico y a rechazar que se pueda constituir como fuente autónoma de principios prácticos. A su juicio, el concepto de razón práctica tiene raíces metafísicas, pues sólo cabe atribuir un uso práctico a la razón si se entiende como tal la razón divina. Y puesto que para KELSEN toda norma es el producto de un acto de voluntad, y dado que las normas de derecho natural no son una excepción, la *ratio practica* divina puede producir normas sólo si se admite que se identifica con la voluntad de Dios.

Finalmente, KELSEN emplea contra el iusnaturalismo un argumento que se apoya en lo que él piensa que son resultados contradictorios a los que llegan las distintas teorías iusnaturalistas al tratar de determinar qué es lo que ordena el derecho natural y al valorar las instituciones más importantes del derecho positivo. El problema es que al formular esa crítica KELSEN parece pasar por alto la diferencia entre una contradicción interna de una determinada

construcción teórica y las discrepancias que pueden surgir entre distintos autores y enfoques que forman parte de una tradición amplia pero plural.

La crítica de KELSEN al iusnaturalismo no es, pues, todo lo rigurosa que cabría esperar. Por un lado, tiende a minimizar el hecho de que está argumentando contra una tradición antiquísima, que tiene una composición muy proteica y que integra múltiples variantes. Esto hace que a veces su percepción de esta doctrina no acabe de ajustarse a ninguna de sus corrientes principales, como lo demuestra el escaso valor explicativo que tiene su concepción del dualismo religioso-metafísico, a pesar de su originalidad. En segundo lugar, KELSEN incurre repetidamente en simplificaciones que delatan un conocimiento deficiente del objeto de su crítica.

VI

1. El hecho de que a lo largo de su vida KELSEN se manifestase reiteradamente como un entusiasta partidario de la democracia suscita la cuestión de en qué medida su defensa de la democracia es coherente con su relativismo moral. Para desarrollar el tema, he empezado caracterizando su concepto de la democracia como democracia formal, representativa, deliberativa, liberal y constitucional.

Su carácter formal o “procedimental” viene dado porque para KELSEN la democracia es ante todo un procedimiento o un método de producción de normas que consiste en aplicar en la legislación el principio de la mayoría, sin que esto signifique que la mayoría parlamentaria pueda imponer su voluntad dictatorialmente sobre las minorías. Este concepto de democracia presupone que todos tienen el mismo derecho a participar políticamente. Se diferencia de la democracia “social” o “proletaria” en que ésta pretende garantizar no sólo una participación política igual, sino también una cierta igualdad económica.

En segundo lugar, es una democracia representativa o “indirecta”, que se sustenta sobre dos pilares: el parlamento como órgano representativo y los partidos políticos, que son el cauce de la representación. Al mismo tiempo, la concepción de KELSEN se caracteriza por su rechazo del mandato imperativo y de una representación profesional que pudiera convertir al parlamento en un órgano en el que estén representados intereses gremiales, por la defensa de un sistema electoral proporcional que cuente con listas cerradas y, finalmente, por una propuesta de reforma del parlamentarismo, introduciendo mecanismos de participación directa como el referéndum o la iniciativa popular.

KELSEN sustenta una concepción deliberativa de la democracia en la medida en que concibe el parlamento como un espacio para alcanzar acuerdos transaccionales mediante el intercambio de razones entre los diversos grupos, y no sólo como un lugar de mera adopción de decisiones por mayoría. Hay que añadir, sin embargo, que la forma como habla de un procedimiento “dialéctico” en el que los discursos y réplicas se intercambian de forma racional como una sucesión de tesis y antítesis, de la que surge como síntesis la solución de compromiso, ofrece una visión de los procesos parlamentarios algo alejada de la realidad.

KELSEN es fiel a una idea de democracia liberal, aunque únicamente en su aspecto político y no en el económico, puesto que está convencido de que la democracia es compatible tanto con el capitalismo como con el socialismo. Con respecto a la vertiente política de su concepción liberal, ésta impone un límite al componente procedimental de su teoría democrática, puesto que presupone el reconocimiento constitucional de derechos y libertades fundamentales que protejan a las minorías frente al riesgo de lo que se conoce como “tiranía de la mayoría”. De ahí que, como opina GARCÍA AMADO, esta concepción de la democracia es menos formal y más sustancial de lo que KELSEN está dispuesto a admitir.

Finalmente, en la teoría kelseniana de la democracia hay elementos que hacen pensar en una concepción de democracia constitucional. Uno de ellos es el reconocimiento del principio de separación de poderes, que en un principio KELSEN contemplaba con cierto recelo, pero terminó admitiendo que es útil para la democracia actual. No obstante, su mayor contribución en este apartado fue sin duda su concepción de la jurisdicción constitucional. También ideó un procedimiento de “autoactivación” del Tribunal Constitucional que le permitía declarar inconstitucionales leyes y reglamentos cuya aplicación pudiera violar derechos fundamentales.

2. Como demócrata militante, KELSEN se involucró en una defensa de la democracia que él desarrolla en dos frentes: en primer lugar, desafiando a los enemigos de la democracia, es decir, a los partidarios del autoritarismo que en las décadas de 1920 y 1930 convirtieron a la democracia en foco continuo de sus ataques, tanto desde la extrema izquierda como desde la extrema derecha; y en segundo lugar, articulando una defensa de la democracia que KELSEN trata de hacer compatible con su metaética relativista. Esto implica plantearse si desde una posición relativista se puede justificar un régimen político de forma plausible, en este caso la democracia.

Como relativista, KELSEN rechaza la mera posibilidad de fundamentar la democracia desde presupuestos objetivistas (o “absolutistas”, si empleamos sus palabras). Por esa razón en *Foundations of Democracy* se enfrentó a algunos autores que trataron de dar fundamento a la democracia partiendo de presupuestos teológicos, tanto desde el protestantismo (BRUNNER, NIEBUHR) como desde el catolicismo (MARITAIN). En su opinión, una fundamentación coherente de la democracia no puede cimentarse sobre una moral absolutista, puesto que el absolutismo ético excluye la posibilidad de contemplar valores morales alternativos, y recela de la tolerancia. En cambio, el relativismo presupone la tolerancia, puesto que concede el mismo valor (relativo) a cualquier convicción moral o política, además de respetar todas las opiniones y

de favorecer su libre expresión. En *What is Justice?* y *Foundations of Democracy* KELSEN parece llegar a la tolerancia a través de una deducción lógica desde el relativismo. Sostiene que “si la democracia es una forma justa de gobierno, lo es porque significa libertad, y la libertad significa tolerancia”. La libertad aparece aquí como un valor que, en la medida en que aspira a realizarse, justifica la democracia *relativamente*, lo que quiere decir que es una forma de gobierno apta para realizar ese valor. Si a esto se une que la libertad significa tolerancia y que la tolerancia es un valor digno de realizarse, entonces la democracia también se justifica como una forma de gobierno apta para ello. Así pues, según este razonamiento la tolerancia se contempla como un elemento intermedio de justificación entre el relativismo y la democracia: el relativismo implica tolerancia, y la tolerancia se justifica sobre el relativismo en tanto que se perciba como un valor digno de realizarse, luego la democracia se justifica sobre la tolerancia.

Esta argumentación de KELSEN es muy endeble, porque bien mirado no hay ninguna razón por la que la democracia y los valores que habitualmente se asocian a ella, en particular la tolerancia, no se puedan justificar desde una perspectiva objetivista, por ejemplo con argumentos teológicos. La tolerancia se puede justificar tanto en clave relativista como objetivista. Por otro lado, KELSEN se equivoca al señalar que el relativismo implica admitir como posibles opiniones diferentes e incluso opuestas. Es perfectamente posible ser relativista e intolerante; y a la inversa, se puede ser objetivista y admitir la legitimidad moral y política de los puntos de vista opuestos.

El problema de la fundamentación relativista de la democracia que trata de llevar a cabo KELSEN ha sido detectado por SCARPELLI, que sostiene que desde una metaética –tanto da si es relativista o no– no se puede fundamentar una posición moral sustantiva o a un sistema político, como la democracia. En su opinión, la única vía de fundamentación es apelando a valores sustantivos. La tolerancia, la libertad y otros valores pueden servir como soporte para la democracia, pero ellos mismos no se pueden fundamentar sobre el relativismo,

puesto que desde un relativismo coherente, cualquier credo moral y cualquier punto de vista político son justificables. Desde el relativismo de KELSEN en principio se puede dar fundamento tanto a la tolerancia como a la intolerancia, a la democracia o a la dictadura. Tiene razón P. KOLLER cuando afirma que, llevado al extremo, el relativismo trae consecuencias que derivan en la autoanulación de la democracia. La gran paradoja del relativismo es que, aunque parece que permite justificarlo todo, al final es incapaz de justificar nada de forma plausible.