

Crítica de la Filosofía de Hans Kelsen

*Por el Lic. Eduardo PALLARES.
Colaboración especial para la Re-
vista Mexicana de Sociología.*

UNA de las formas más radicales de la deshumanización del derecho consideradas desde el punto de vista doctrinal, la encontramos en la famosa filosofía de Hans Kelsen que ha conquistado tantos partidarios en Europa y América y que goza de mucho prestigio en nuestra Escuela Nacional de Jurisprudencia, circunstancia esta última, que nos ha movido a ocuparnos de ella. Además, los principios que en la misma filosofía se sostienen y las consecuencias sociales que de ella dimanar, son tan graves, tan trascendentales, y tan contrarias, en mi humilde opinión al derecho natural y a la causa misma de la libertad, que urge contrarrestar los efectos de la enseñanza del sistema Kelseniano, que se imparte en el centro máximo de nuestra cultura jurídica.

Naturalmente, que no pretendo hacer bajar de su trono al gran jurista vienés ni menos abrigo la ilusión de convencer de error a los maestros y discípulos que comparten sus doctrinas. Sé demasiado que las opiniones de los hombres reflejan sus deseos y aspiraciones más íntimos, por lo cual para poder cambiarlas, es de todo punto necesario penetrar en lo íntimo de su conciencia y modificar aquéllas, lo que es empresa casi siempre imposible. Si escribo estas líneas, es a fin de cumplir con un deber intelectual y para satisfacer la necesidad vehemente de expresar la reacción que en mí produce la filosofía jurídica de Hans Kelsen.

Ni qué decir, que tan sólo voy a referirme a algunas de las tesis más substanciales del vasto sistema Kelseniano, ya que sería ridícula pretensión pretender analizarlo totalmente en un artículo de la extensión del presente. He escogido para su análisis algunos puntos de vista que me parecen carac-

terísticos y de mayor trascendencia jurídico-social, y los tomo tales como están expuestos en los dos libros del señor profesor de Filosofía del Derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Luis Recaséns Siches, que goza de muy merecido prestigio y autoridad en la susodicha enseñanza.

a) La concerniente a la pureza del método

Por ser la ciencia jurídica una ciencia autónoma, debe evitarse a toda costa mezclarla, y con mucha mayor razón, confundirla con otras ciencias, principalmente con la Sociología y con las doctrinas políticas y morales que han formado lo que pudiera llamarse la filosofía de la justicia. Sin menospreciar estos conocimientos teóricos, hay que distinguirlos de la ciencia jurídica, y encerrar a ésta dentro de sus propias fronteras, a fin de evitar confusiones y errores científicos substanciales, y para no espigar en campos ajenos. *La teoría pura del derecho positivo debe tratar exclusivamente de descubrir la ciencia de ese derecho*, sin que por ello se desconozca la importancia, validez y dignidad de las especulaciones filosóficas sobre la ley natural, los ideales sociales, las reformas políticas, etc., etc.

Todo esto, con ser muy noble es, sin embargo, cosa distinta, y tan distinta, de la teoría pura del derecho positivo que ha de girar exclusivamente sobre la naturaleza esencial de ese derecho.

Tal es uno de los postulados de la filosofía de Hans Kelsen.

C r í t i c a

La primera impresión que produce el postulado anterior es la de ser incontrovertible: Si la ciencia jurídica concierne tan sólo al derecho positivo, sus investigaciones forzosamente han de girar en torno de él y únicamente en torno de él.

La inocencia del postulado es aparente. En el fondo tiene mucho veneno y, además, coloca al filósofo del derecho en una posición falsa, en una perspectiva unilateral. En lugar de permitirle iniciar su gran jornada de exploración del mundo jurídico, en un sendero amplio y abierto, lo conduce a la encrucijada del derecho positivo para herir de muerte al Derecho natural. Voy a explicarme.

¿Por qué la ciencia jurídica ha de especular únicamente sobre la esencia del *derecho positivo*? ¿No hay en esta pretensión un presupuesto en el que se da por resuelto el gran problema filosófico de la existencia del de-

recho natural, tan derecho como el positivo? Circunscribir la materia u objeto de la ciencia jurídica exclusivamente al derecho positivo, equivale a sostener, en el umbral mismo de las investigaciones jurídicas, *que no hay derecho natural* ni más derecho que el que crea el Estado, cuestión esta tan grave, y tan discutida a través de los siglos, que no se puede sin más ni más, postularla como un presupuesto de la *depuración del método* y de las exigencias inexorables de la ciencia jurídica.

Los que afirmamos que el derecho positivo no agota el mundo propiamente jurídico, tenemos que protestar contra la pretensión de reducir el campo de la ciencia del derecho a sólo la norma que dimana del Estado, mientras no se demuestre de una manera satisfactoria que el derecho natural es una quimera, un simple ideal, que como tal debe ser respetado, pero que carece, en lo absoluto, de realidad jurídica.

Incuestionablemente, el derecho natural es distinto del positivo; pero por esta circunstancia no se nos puede obligar, sin más ni más a tener como indiscutible que aquél no es derecho verdadero ni debe incluirse en el campo de las especulaciones de la ciencia jurídica para relegarlo en lo que Kelsen ha denominado el reino de lo metajurídico, de las especulaciones e ideales filosóficos a los que la ciencia jurídica debe cerrar la puerta.

En otras palabras, el principio de la *pureza del método* se funda en un presupuesto no demostrado, y, en concepto de los partidarios del derecho natural indemostrable. Kelsen inicia sus investigaciones con este falso principio: No hay otro derecho que el positivo, todos los demás pretendidos derechos, incluyendo entre ellos al natural, son simples especulaciones de valor más o menos discutible que deben situarse en el mundo de lo metajurídico.

La actitud de que hago mérito equivale a esta otra que pudiera asumir algún teórico amante apasionado de la música pura: Para lograr la pureza del método musical, es de todo punto indispensable que las investigaciones de la CIENCIA MUSICAL se limiten a la música pura porque la romántica, la impresionista, la expresiva, la sensual no son música auténtica sino que pertenecen al mundo de la meta-música.

Si efectivamente se demostrara que lo único que debe ser calificado de música es la llamada música pura, la que trata al material sonoro como sonido puro y simple sin servir de él para fines expresivos, románticos, religiosos, impresionistas, sensuales o políticos, entonces, justificadamente se podría restringir el campo de la ciencia musical a la música pura, pero sostener a priori este punto de vista, es completamente arbitrario.

Desde la antigüedad clásica, la humanidad de Occidente ha creído en la existencia de un derecho natural, del que han sido celosos partidarios no sólo filósofos eminentes sino juristas tan prácticos y consumados como fueron los jurisconsultos romanos. El derecho natural ha inspirado al positivo, y figura al lado de éste en las Pandectas de Justiniano, en las Leyes de Partida y en la legislación patria. En nombre de ese derecho, los pueblos de Europa y América han llevado a cabo revoluciones y reformas político-sociales de gran envergadura.

La ley natural ha inspirado, además, la formación de nuestros códigos constitucionales y de modo especial las famosas e importantes DECLARACIONES DE DERECHOS en las que están incorporados los anhelos de libertad de millones de seres, todo lo cual demuestra que la humanidad ha creído y cree en la existencia del derecho natural como auténtico derecho y no como una simple especulación. Ha exigido también que figure en la ciencia jurídica como objeto propio de ella, vinculado a ella necesariamente, porque aunque es distinto del positivo, es tan derecho como éste y mientras no se pruebe lo contrario no se le debe excluir, en culto a la pureza del método, de las investigaciones jurídicas.

En resumen, al iniciar Hans Kelsen su gran viaje de investigación de la ciencia jurídica, arroja por la borda al derecho natural con gesto desprecupado y por supuestas razones de método, sin demostrarnos antes que el derecho natural no es derecho, que el único derecho que existe es el positivo.

Porque el primero no sea igual al segundo no se sigue que aquél no sea derecho. La ciencia nos demuestra que las especies son diversas y, sin embargo, pertenecen a un mismo género. Sería altamente anticientífico negar a los invertebrados el carácter de seres vivos tan sólo porque no tengan esqueleto, pues otro tanto puede decirse de la tesis filosófica que sostiene que el derecho natural no es derecho tan sólo porque carece de coacción material, porque no procede del Estado.

Tal vez, algún ferviente admirador de la ley natural, que teniendo a la vista las injusticias, opresiones, y magnas vejaciones que se han cometido y aun se cometen por medio del derecho positivo, con toda justificación podría formular la contra-tesis de Kelsen y replicarle a éste: El único derecho que existe es el natural. Para obtener la pureza del método, es de todo punto indispensable que la ciencia jurídica trate exclusivamente del derecho natural y relegue al positivo al reino de lo metajurídico.

Que el Derecho natural sea diferente del positivo, cosa es que salta a la vista, pero que por esta circunstancia no sea derecho, es lo controverti-

ble, y lo que no ha sido fallado de modo irrevocable hasta la fecha. Por lo tanto, no es posible fundar la ciencia jurídica sobre un punto esencial aún no resuelto.

El señor Recaséns Siches sostiene que no se debe acusar a Hans Kelsen de *positivismo jurídico* por el hecho de que excluya de la mencionada ciencia jurídica todo lo que no sea investigar la esencia del *derecho positivo*, porque con ello no pretende Kelsen menospreciar las investigaciones filosóficas sobre la justicia, ni las doctrinas del derecho natural, lo único que hace es ponerlas en su lugar, en un mundo aparte, en el reino de lo metajurídico con todos los honores y respetos debidos. Esta defensa del señor Recaséns Siches es, en mi humilde opinión, sofisma puro con el cual se pretende ocultar al sol con un dedo. Si refiriéndome a determinada persona, formulo el siguiente juicio: mucho la estimo, pero por razones de método, la excluyo de las ciencias que tienen por objeto a los seres humanos, y la pongo en el reino muy respetable de las cosas que no son seres humanos, con toda la razón podría protestar el aludido contra semejante actitud, defendiendo su carácter de hombre, y echándome en cara que mediante este sofisma lo despojo de su naturaleza esencial.

Lo mismo pasa en el caso a discusión: los partidarios del Derecho Natural sostienen que éste es verdadero y auténtico derecho, y como tal debe figurar en la ciencia jurídica. No están conformes en que se le entierre con honores y gloria en el fantástico reino de lo metajurídico como lo hizo el señor Kelsen. Positivismo jurídico de esencia no es otra cosa que afirmar que el derecho natural, aunque muy respetable, no es derecho porque no posee las características del derecho positivo. La gran contienda aún no resuelta de la validez del derecho natural, consiste precisamente en eso: mientras unos sostienen que es auténtico derecho de calidad superior al positivo, otros como Kelsen, le niegan ese carácter, por lo cual puedo afirmar que el jurista vienés es partidario del positivismo jurídico aunque pretenda ocultar su credo filosófico, mediante el sofisma del reino de lo metajurídico.

b) El Ser y el Deber Ser

El segundo principio básico de la filosofía de Kelsen es la distinción radical del Ser y el del Deber Ser: "*El Ser y el Deber Ser* son dos categorías originarias, dos formas intelectuales y radicales, primarias, básicas. . . La oposición entre el Ser y el Deber Ser es una oposición lógico-formal; mientras nos movemos, pues, en el marco del conocimiento lógico-formal, no ca-

be pasar del primero al segundo; *constituyen dos mundos separados por un abismo infranqueable.*"

Las ciencias de la naturaleza estudian el mundo del Ser; las ciencias normativas "que exponen reglas preceptivas de una conducta determinada, que prescriben un Ser o un No Ser determinados" expresan un Deber. Por un lado, la Física, la Química, la Biología, etc., por otro lado la Moral y el Derecho.

C r í t i c a

La distinción entre las ciencias que estudian el Ser y las que analizan el Deber Ser, es inobjetable; no se puede decir lo mismo de la afirmación que hace Kelsen respecto a que hay un ABISMO INFRANQUEABLE entre el Ser y el Deber Ser, ni menos de las consecuencias que de ello infiere. ¿Qué cosa será Deber Ser que no sea al mismo tiempo un Ser? Es algo que no podemos ni siquiera concebir. Desde el momento en que el Deber Ser tiene su realidad y expresión en las normas, y éstas existen, no cabe duda de que SON, O LO QUE ES IGUAL QUE PARTICIPAN DEL SER. Lo que no es, la nada absoluta no puede recibir nombre alguno (excepto el de nada) ni menos el apelativo de deber ser. Tan las normas tienen Ser que el propio Kelsen dice que se formulan para que influyan sobre la conducta humana: "es más, el fin de las normas consiste en que actúen como causa motivadora sobre la voluntad del hombre. La norma no tiene que explicar hechos, sino provocarlos." Si constituyen fuerzas bastantes para impulsar a la voluntad del hombre entonces no cabe duda que son, esto es, que existen, luego es falso que entre el mundo de las normas (el del Deber Ser y el del Ser puro y simple, haya un abismo infranqueable). El deber Ser entra también en la categoría del Ser porque si no participara de la esencia de éste sería igual a la nada, o lo que es lo mismo no sería el Deber Ser. En otras palabras: dentro de la categoría universal del Ser que abarca todo lo que puede caer dentro del conocimiento humano, está comprendida la sub-categoría del Deber Ser. El dilema no tiene salida: las normas que estudian las ciencias normativas SON O NO SON, si son, participan del Ser "y el abismo infranqueable" se reduce a un puro fantasma. Lógicamente, cabe pues, distinguir al Ser puro y simple y al Ser en su modalidad del Deber Ser.

Afirmar que hay un abismo infranqueable entre el Ser y el Deber Ser equivale a sostener implícitamente que éste último es la nada, lo que resulta absurdo. La simple construcción gramatical de la frase Debe Ser, está

demostrando que lo mentado por ella participa del ser, puesto que uno de los elementos constitutivos de la misma frase es el Ser.

Pero independientemente de estas disquisiciones metafísicas que pueden ponerse entre paréntesis, es muy útil ahondar en el concepto del Deber Ser, ya que las investigaciones jurídicas tienen en él su fundamento.

Por Deber Ser podemos entender cosas diversas:

a) En primer término, las normas morales o jurídicas ya formuladas y sistematizadas, que son objeto de la Moral y del Derecho. En este caso, es indudable que las normas no sólo participan del Ser, sino que poseen además, una realidad social fuera de toda duda, realidad que se hace palpable cuando nos referimos al derecho mexicano, por ejemplo, como conjunto de normas jurídicas vigentes en nuestra nación, o cuando elogiamos la dignidad y excelencia de la moral cristiana también por la calidad de sus máximas o preceptos. Si el Derecho y la Moral son ciencias normativas, lo son precisamente porque analizan esta clase de realidades sociales o morales.

b) En segundo término, podemos concebir el deber ser no como conjunto de normas ya formuladas sino como VALORES, IDEALES O EXIGENCIAS que se imponen al espíritu y lo constriñen ESPIRITUALMENTE a obrar de determinada manera y a formular las susodichas NORMAS. En este caso, el deber ser es el fundamento último de la moral y del derecho, y aun cuando ignoramos cuál sea su esencia, o por lo menos no nos hemos puesto de acuerdo acerca de ella, vista la multiplicidad y contradicciones de los sistemas éticos y jurídicos que siempre han existido, no cabe duda de que existe algo TRASCENDENTE que obra sobre la conciencia humana en la forma del imperativo categórico de Kant. Ese algo es el deber ser en su expresión última y genuina, consiste en los ideales y principios morales que en todo tiempo han existido.

c) Finalmente, podemos referir el deber ser a las acciones mismas que la moral o el derecho nos imponen, es decir, a nuestra conducta futura, pero esta acepción no tiene importancia filosófica en el presente caso.

La que nos interesa mucho es la segunda acepción, porque va al fondo del problema moral y sírvenos de base para demostrar la CONTRADICCIÓN flagrante en que ha incurrido Kelsen, contradicción de tal manera importante que, por sí sola e independientemente de otras serias objeciones al sistema, es bastante para desecharlo y para poner de manifiesto su error fundamental. En efecto, es evidente que el derecho es una ciencia, no del

Ser puro y simple sino del ser en su modalidad del deber ser, según queda expuesto. Sobre este particular, todos estamos de acuerdo, y nos congratulamos de que Kelsen haya subrayado esa característica con claridad y talento insuperables pero de ella se infiere con necesidad lógica que la materia propia de la Ciencia Jurídica de la que nunca le es lícito apartarse, es el deber ser. Kelsen censura con toda justificación el que se confunda a dicha ciencia con la Sociología, la Política y con cualquiera otra de las que investigan al Ser puro y simple y no al Ser, en tanto que “es Deber Ser”; pero cuando sostiene QUE TODA LA REALIDAD JURIDICA SE REDUCE AL DERECHO POSITIVO Y AFIRMA QUE ESTE, sean cuales fueren sus injusticias, desmanes y absurdos ES DE TODAS MANERAS DERECHO, se pone en contradicción consigo mismo porque en este último caso, el derecho positivo es tan sólo una realidad social, una forma del Ser, pero no una forma del deber ser, precisamente porque está en pugna con las exigencias de este último. Duguit, enemigo de toda especulación metafísica, al sostener como Kelsen que no hay otro derecho que el positivo, pone de manifiesto el carácter fáctico de éste. En otras palabras, si es que tanto lo moral como lo jurídico pertenecen al reino del Deber Ser, las normas que existan en una sociedad, no por el simple hecho de existir tendrán naturaleza jurídica o moral, sino tan sólo cuando pueda afirmarse de ellas que están conformes con el deber ser entendido en la segunda de las acepciones, ya expuestas, o sea con los principios de la moral y de la justicia.

Obrar de otra manera es incurrir en plena contradicción como lo ha hecho Kelsen, según quien, basta que una norma sea creada y sancionada por el Estado para que sea norma jurídica; basta que la norma constituya un hecho social, exista materialmente, para que se considere que exista jurídicamente. Es curioso hasta qué punto, quien proclamó la diferencia esencial entre el Ser y el Deber Ser, encuentre a este último en los casos en que precisamente se violan los imperativos nada menos que del Deber Ser.

Si las normas jurídicas o morales que rijan en una sociedad determinada no participan de la naturaleza propia del “deber ser” (entendido en la segunda acepción), es decir, no están conformes con los VALORES, IDEALES O IMPERATIVOS ETICOS que pesan sobre nuestra conciencia, por esta sola circunstancia no forman parte del reino del Deber Ser, sino que son meras existencias, meras realidades sociales o individuales en pugna con los principios de ese reino, y por lo tanto, tan contrarias a él que su vigencia tiende a destruir la fuerza del deber ser y a permitir que la inmoralidad y la injusticia triunfen de sus contrarios.

Puedo, por lo tanto, sostener que uno de los errores más grandes de Kelsen al afirmar que no hay otro derecho que el positivo, y que éste lo es aun cuando se halle en pugna con los ideales e imperativos éticos, consiste en haber abandonado la distinción, según él infranqueable, entre el Ser y el Deber Ser, y en afirmar que las normas expedidas o formuladas por el Estado, por el simple hecho de haberlo sido e independientemente de su contenido ético constituyen siempre un derecho. El Ser puro y simple se convierte, al final de su doctrina, en un Deber Ser no justificado, que está en pugna con los valores e ideales éticos, es decir, que no es un auténtico Deber Ser. ¿Cómo se opera esta diabólica transformación? ¿De qué manera es posible que los mandatos injustos de un tirano, los preceptos inmorales y atentatorios de una mayoría demagógica pertenezcan al reino del Deber Ser, aunque los principios que en éste rigen exijan precisamente que aquellos NO SEAN sino que se abroguen y nulifiquen? Todo se hace por la virtud mágica de la norma cuya fuerza, según Kelsen, reside no en su contenido sino en su FORMA (porque las doctrinas Kelsenianas son esencialmente formales) según veremos en su oportunidad. Lo anterior se comprenderá mejor si se reflexiona en que el Deber Ser no puede crearlo una autoridad así sea la del Estado. Lo propio del Deber consiste en que aparece en nuestra conciencia como una necesidad trascendente a nosotros, como un estreñimiento de naturaleza espiritual que se impone a la mente, queramos o no, lo cual ha sido desconocido por Kelsen en el principio de la heteronomía del Derecho, de que en seguida nos vamos a ocupar. Los teólogos se han planteado el problema de si la ley moral tiene su esencia en la voluntad divina (es decir, es tal porque Dios lo ha querido así) o por el contrario, Dios la ha querido por ser la ley moral. Han resuelto la cuestión en el segundo sentido, de tal manera que la ley moral, en cierto modo y para hablar en términos humanos, se impone a Dios mismo, tiene su valor en sí misma, no lo posee por proceder de una autoridad tan autoridad como es el propio Dios.

He hecho esta referencia, para poner de manifiesto el grosero positivismo de Kelsen que no vacila en sostener que las normas jurídicas participan del Deber Ser tan sólo por que proceden del Estado; pero acaso se me dirá que Kelsen sostiene enérgicamente que el Derecho y la Moral son cosas diversas y que no puede pretenderse que las normas jurídicas sean de la misma naturaleza que las morales, que precisamente el diferenciarlas o divorciarlas ha sido uno de los empeños del ilustre jurista. Todo esto lo comprendo, pero es justamente allí donde encuentro la contradicción flagrante de que vengo hablando. Por ser las normas jurídicas substancial-

mente diversas de las morales NO PUEDEN INCLUIRSE EN EL REINO DE DEBER SER y quedan relegadas al mundo fáctico, al mundo de los hechos sociales de violencia, opresión y abuso. El error de Kelsen consiste en sostener que hay dos especies contrarias de deber ser: una la moral que indiscutiblemente es un Deber Ser, otra la jurídica que no necesita Deber Ser, que basta que tome la "forma" de una norma aunque esencialmente sea lo contrario. De este modo, el Deber Ser de lo jurídico es un no Deber Ser. No, mi querido maestro, las especies no pueden ser contrarias a la naturaleza del género, y en este caso NO HAY SINO UN SOLO DEBER que comprende las normas morales y las jurídicas. La tesis Kelseniana equivale a esta otra: hay dos especies de Ser, el Ser propiamente dicho y su contrario, la nada.

III.—*El Derecho es heterónimo, la Moral es autónoma.*

El derecho es esencialmente heterónimo o lo que es igual, "*es totalmente indiferente a su validez la posición que adopte la conciencia de sus súbditos; representa una norma exterior en cuanto no necesita proceder de la conciencia, sino que es dictada por algo extraño al individuo . . . El derecho vale o está vigente, no porque las conciencias individuales ni la opinión pública lo hayan admitido o elaborado, sino porque y en cuanto ha sido dictado por el Estado.*"

En este principio de la heteronomía del Derecho, es donde se realiza el completo divorcio de la Moral y aquél, y donde se exhibe sin pudor alguno el positivismo jurídico de Kelsen, positivismo que toma una forma por completo contraria a la libertad y dignidad humanas, la del estatismo absoluto: es suficiente que una norma dimanase del Estado para que obligue a los súbditos.

Al caracterizar así al Derecho, al desvincularlo por completo de la Moral y de la opinión pública, lo que se hace es nada menos que despojarlo de los atributos del Deber Ser y reducirlo a un mero hecho de fuerza social, de imposición material realizada por el Estado para obligar a sus súbditos a cumplir con sus preceptos, por irracionales e injustos que sean éstos, olvidando con ello la tesis básica de que se había partido, la de que el Derecho concierne no a lo que es, sino a lo que Debe Ser.

La heteronomía del derecho significa que los preceptos jurídicos nos obligan materialmente porque proceden de un poder con fuerza bastante para hacerlos efectivos aunque nuestra conciencia proteste contra la injusticia o el carácter absurdo de sus mandatos. Si el Estado ordena que los padres de familia maten a sus hijos, este precepto estúpido e inhumano, no obstante serlo, pertenece al mundo del Deber Ser, según Kelsen, lo

que pone de manifiesto hasta qué punto el jurista vienés confunde un mero hecho de coacción material y brutal con lo que racionalmente ha de entenderse por un deber ser.

Todavía se verá más clara esta crítica cuando analicemos la teoría kelseniana del DEBER JURIDICO.