

# La filosofía moral de Hans Kelsen

José Antonio Sendín Mateos  
(2017) Marcial Pons  
Madrid, 332 pp.

Alfonso García Figueroa  
Universidad de Castilla-La Mancha  
[AlfonsoJ.GFigueroa@uclm.es](mailto:AlfonsoJ.GFigueroa@uclm.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4713>

## *El eterno retorno de Hans Kelsen*

Este libro recoge sustancialmente la tesis doctoral de su autor y cuenta con el prólogo de quien en su día la guió, el profesor Miguel Ángel Rodilla. No bien haya abierto el libro, puede que al lector le asalte la duda de si ese prefacio pretende ser, como cabría esperar, una verdadera invitación a la lectura y de si merece la pena proseguirla. Después de todo, Rodilla alude enfáticamente al “fracaso” de Kelsen (p. 15), al “resultado catastrófico” de reducir las normas a fragmentos de las genuinas que estipulan sanciones (p. 16), a la obsesión formalista por preservar la coherencia y la completitud del sistema jurídico a toda costa (p. 17) y a otros aspectos de la teoría pura que, en resumidas cuentas, “no se tienen en pie” (p. 19). No contento con ello, Rodilla afirma que la filosofía moral de Kelsen “ha envejecido peor que su teoría del derecho” (p. 21) y eso quizá sea lo más descorazonador, puesto que la achacosa filosofía moral de Kelsen constituye precisamente el objeto de investigación del libro que aquí se comenta. Pareciera, en fin, que el prólogo quiere prepararnos anímicamente para sumergirnos en un tratado de geriatría jusfilosófica, quizá para participar en una autopsia elegante.

Pero ¿es eso así? ¿Qué sentido tendría entonces este libro? Dejando a un lado el placer erudito que nos proporcione Sendín al “colmar la laguna” que supone la falta de atención de los especialistas a la filosofía moral kelseniana (p. 22), el propio Rodilla nos ofrece entonces algunos argumentos relevantes para no abandonar la lectura. El principal, para nada banal, consiste en que Kelsen es “un clásico” de la filosofía del Derecho (p. 19), es “alguien con quien todavía tenemos que confrontarnos” (*ibid.*). Pero Kelsen es para nosotros algo más que ese persistente “ruido de fondo” que delata al clásico, según Italo Calvino. La realidad es que cualquier filósofo del Derecho (también el no positivista) discurre, más o menos consciente y cómodo, por un espacio que Kelsen configuró. A Kelsen le debemos, seguramente, nada menos que la recreación de la disciplina que conocemos como teoría del Derecho (*ibid.*) y, desde esta perspectiva, Kelsen sería una especie de Cristóbal Colón de la jusfilosofía, en el sentido de que arribó a un Nuevo Mundo, que no supo reconocer o identificar cabalmente. Dicho de otro modo, si bien Colón no acertó

cuando creyó pisar las Indias Orientales, ni tampoco tuvo del todo éxito Kelsen cuando elaboró su concepción del Derecho basada en el ideal de la pureza; es necesario reconocer que ninguna singladura desafortunada puede oscurecer los méritos de un explorador cuando se arriesga a navegar por donde nadie lo hizo antes. Tenemos así motivos de sobra para proseguir la lectura del libro de Sendín y así descubrimos en él un ejercicio de gran estilo que nos da a conocer un filósofo del Derecho cuyos trabajos van a merecer nuestra atención muy seriamente. El libro está bien escrito por su claridad, su concisión y su rigor; algo muy de agradecer en estos tiempos en que la Universidad sufre el asedio atosigante y fatigoso del desaliño estilístico y cierto anglopapanatismo (por no hablar de la politizada degradación de los títulos y la corrupción doctoral).

Como todo el mundo sabe, la obra de Kelsen constituye probablemente el punto culminante de la imponente filosofía jurídica positivista que dominó los siglos XIX y XX. Su concepción del Derecho, apegada a una teoría de la norma y del sistema jurídicos (tan alejada, por lo demás, de la teoría convencionalista en que ha desembocado el positivismo jurídico en lengua inglesa) se halla sumida en una seria crisis, de la que entre nosotros quizá sólo la teoría de los sistemas jurídicos de autores como Alchourrón y Bulygin aspiren a redimirla en alguna medida. Como es bien sabido, Kelsen sostuvo una teoría del Derecho que separaba estrictamente Derecho y moral y lo hacía con un anhelo de pureza y cientifismo asociado a una filosofía moral relativista y a una filosofía política de la tolerancia y la democracia.

Hasta aquí, todo es bien conocido y hasta cierto punto puede parecer pacífico. Pero que una teoría del Derecho paradigmáticamente positivista como la de Kelsen se ocupe de cuestiones morales resulta en el fondo intrigante. ¿A qué tal preocupación por la naturaleza de la moral, cuando lo que el positivismo jurídico propugna es que nos despreocupemos de esa cuestión a la hora de trazar un concepto de Derecho? ¿Acaso el positivismo no corre el riesgo de rendir el mayor tributo a su propio adversario cuando contribuye a convertir la teoría del Derecho en una forma oblicua de hacer metaética? Para ilustrar esta perplejidad con más sencillez, quizá valga aquí una analogía con el ateísmo. A.C. Grayling afirmaba que no nos referimos a “aduendistas” para calificar a quienes no creen en duendes o “nohadistas”, cuando se trata de quienes no creen en hadas; pero el sedicente ateo se define, casi en un acto de piedad, mediante la negación de lo que rechaza con la célebre alfa privativa: Dios. Ello puede parecer una concesión demasiado onerosa para el ateo hasta que advertimos que en realidad es consecuencia de un contexto en que la visión teológica del mundo es dominante. De ahí aquella justificada réplica del anarquista Sébastien Faure: “Cesad de afirmar vosotros y yo cesaré de negar”. Por tanto, la primera respuesta que se nos ocurre es que la filosofía moral de un juspositivista es un paso ineludible cuando reacciona frente a un jusnaturalismo bimilenario que afirma la vinculación del Derecho positivo a la moral y que, por así decir, es el dueño de la agenda. Este aspecto contextual es fundamental para entender a Kelsen y José Antonio Sendín nos proporciona con su libro un instrumento idóneo para entenderlo.

Así que, con buen criterio, Sendín comienza evocando las célebres memorias de Stephan Zweig para esbozar la atmósfera en que se formó Kelsen (p. 38) y lo hace con todo acierto porque el magistral capítulo primero de *El mundo de ayer* nos habla del mundo de Kelsen mucho mejor de lo que ningún jurista sería capaz. Sendín examina el influjo que sobre Kelsen ejercieron Dilthey, Simmel o Weber (pp. 42 ss.; 186 ss.) y también la influencia del físico y filósofo Ernst Mach (p. 45) sobre la conformación del relativismo de Kelsen, afín al del Círculo de Viena (pp. 199, 205). Con todo, el relativismo kelseniano se caracteriza sobre todo por ese carácter fuertemente reactivo frente al jusnaturalismo clásico (p. 60), “en última instancia una

doctrina religiosa” (p. 61). La filosofía moral de Kelsen no puede entenderse, en suma, si no se comprende ese “mundo de ayer” del que proviene Kelsen, cuyas bases ciertamente él criticó, quizá al precio paradójico de arraigarse a él con más fuerza.

Hoy nos resulta claro que la obsesión kelseniana por deslindar los órdenes jurídico-positivos del Derecho natural y muy especialmente de los sistemas religiosos (pp. 63 ss.; pp. 267 ss.) ha perdido buena parte de su sentido, del mismo modo que su teoría de la democracia sólo puede entenderse seguramente en su confrontación con las dos amenazas que sobre ella se cernían en forma de fascismo y comunismo (e.g. p. 310). De ahí el “interés arqueológico” (p. 277) que reviste a veces la teoría kelseniana de la democracia, en expresión de Pintore. Con todo, el libro de Sendín nos lleva a plantearnos si el actual ascenso de los populismos en Europa y el proceso de radicalización y fundamentalización de las religiones y de sus sucedáneos animalistas, multiculturalistas y de género nos van a exigir recuperar, si no las ideas que Kelsen nos legó, sí al menos su espíritu.

Sendín reconoce en la crítica kelseniana al jusnaturalismo la “más dura, articulada y certera (...) del siglo XX” (p. 138); pero, bien lejos de incurrir en la típica indulgencia del doctorando encandilado por su objeto de investigación, no duda en mostrarse distante con la teoría de Kelsen para indicar sus “flancos débiles” (*ibid.*). A Sendín la teoría de Kelsen le resulta a trechos “superficial” (p. 132) o poco sistemática (p. 138) y en ese difícil equilibrio entre la insolencia del investigador prometedor y el ensañamiento con el árbol caído, Sendín acusa con firmeza a Kelsen de incurrir en la falacia del hombre de paja; lo que se advierte cuando Kelsen cae en el “atrevimiento” (p. 99) de caracterizar a su conveniencia las heterogéneas y cambiantes manifestaciones de dualismo (Derecho natural/Derecho positivo) y también en el atrevimiento de asociarlas arbitrariamente a una psicología optimista o pesimista (pp. 86 ss.). Lo que quiere indicarnos Sendín es, en otras palabras, que Kelsen habría relatado la historia del pensamiento jurídico a su conveniencia para presentar su propia teoría como la continuadora de la “vía del compromiso” entre el idealismo y el empirismo inaugurada por Kant (incapaz de emanciparse de la religión en que se formó, p. 93) y como superadora de Cohen (quien habría tratado de consumir el proyecto de aplicar el método trascendental kantiano al Derecho, pero lastrado asimismo, entre otras cosas, por su propia fe religiosa, a juicio de Kelsen, p. 94). Siempre *pro domo sua*, Kelsen concibe su propia teoría pura y su relativismo moral como el triunfo final sobre las querencias hacia lo absoluto, propias de las teorías jusnaturalistas.

Pero dada la centralidad de la distinción entre *Sein* y *Sollen* en la teoría de Kelsen, a juicio de Sendín quizá la más grave arbitrariedad de Kelsen habría consistido en atribuir al jusnaturalismo clásico y también al renovado modernamente el haber caído en la “falacia naturalista” (pp. 140, 209). La denuncia de Sendín es muy oportuna incluso hoy en día, pues no es raro que se descalifiquen aún hoy teorías no positivistas por incurrir en la “falacia naturalista”. Y, por cierto, a mi juicio, es necesario recordar que, por muy extendido que esté (también en esta estimable tesis), el uso del sintagma “falacia naturalista” no es conforme con el significado que presentaba cuando Moore acuñó la feliz expresión en sus *Principia Ethica* de 1903. Creo que tiene toda la razón Mary Warnock, entre otros, cuando decía que la “falacia naturalista”, tal y como la entendió Moore, no aludía a la imposibilidad de derivar juicios prescriptivos de juicios descriptivos; sino más bien a la imposibilidad de definir “bueno”. Significativamente, el intuicionista Moore, como buen descriptivista, derivaba juicios prescriptivos de juicios descriptivos sobre un hecho, por muy no natural que fuera su origen en la intuición. Y ello es así porque lo que realmente preocupó a Moore fue subrayar que “bueno” era un término primario indefinible, salvo ostensivamente;

como cuando señalamos a alguien algo amarillo para *explicarle* qué significa “amarillo”, sin necesidad (*sin posibilidad*, en realidad) de *definir* lo que sea el amarillo.

Tratando de explicar algunas vacilaciones metaéticas de Kelsen (que a veces le llevaron a coquetear con cierta forma de eudemonismo, p. 166), Sendín afronta la empresa de ubicarla entre las distintas concepciones metaéticas (pp. 168 ss.) para ofrecernos finalmente como síntesis (p. 176) una caracterización que cabe resumir así: La filosofía moral de Kelsen expresa un no cognoscitivismo moral o relativismo escéptico que propone una metaética más próxima al prescriptivismo (lo bueno es lo debido) que al emotivismo (lo bueno es lo sentido o aprobado); pero sin renunciar a una dimensión emotiva porque, si he entendido bien a Sendín, Kelsen reconocería lo que podríamos llamar el “magnetismo del discurso moral”, por decirlo a la manera de Charles Stevenson. Kelsen, en suma, “rechaza la metafísica como vía para el conocimiento” (p. 176) y de ahí se sigue su relativismo.

Me parece que en este punto Sendín asume un presupuesto (quizá del propio Kelsen), que no tenemos por qué compartir necesariamente, cuando dice que sólo podemos desarrollar una ética normativa una vez resueltas previamente nuestras dudas metaéticas (p. 171). Esto es ciertamente así para algunos autores (señaladamente lo es para Richard M. Hare), pero no me parece que sea necesariamente así. Aunque no sea posible entrar en este asunto ahora, quizá el contraejemplo más clásico sea el de Rawls, quien defiende en sus escritos una “superficialidad metafísica” a la hora de desarrollar una ética normativa, lo cual en cierto modo nos eximiría de compromisos metaéticos previos.

La oposición al absolutismo moral de Kelsen tiene su soporte (prosigue en su crítica Sendín) en una caracterización muy simplificadora y rígida (p. 193) de las opciones metaéticas y su asociación arbitraria a cosmovisiones muy generales (pp. 186 ss.). Además Sendín indica que Kelsen no estuvo atento a la evolución de la metaética (pp. 209 ss.). No es de extrañar así que el análisis de Kelsen de diversas máximas de justicia como el *suum cuique tribuere*, por ejemplo (pp. 221 ss.), diera lugar a resultados “infructuosos” y “decepcionantes” (p. 221), a menudo “no a la altura de la empresa” (p. 227); algo de lo que el propio Kelsen habría sido consciente (p. 252).

En cuanto a la filosofía política de Kelsen, que aboga por una democracia liberal, Sendín nos ofrece una cuidada síntesis de las ideas esenciales del pensamiento político kelseniano (e.g. p. 284) con la ayuda de los análisis de Anna Pintore (p. 285) para concluir que el concepto de democracia de Kelsen es formal o procedimental [aunque finalmente “más sustantivo y menos formal de lo que Kelsen piensa” (p. 288), algo en lo que había insistido en su día, como es bien sabido, García Amado en su excelente estudio sobre Kelsen, p. 305]. Se trataría además de una democracia representativa y no “existencial” (por oposición al gusto por la democracia directa que invoca el bolchevismo o el fascismo, p. 291) y se trataría, en fin, de una democracia deliberativa, en el sentido de que Kelsen entiende la democracia como una búsqueda de compromisos en un entorno de pluralismo social (p. 298), más allá de las especificidades que la “democracia deliberativa” ha adquirido con los modelos de Nino o Habermas, por ejemplo.

Kelsen “estaba convencido de que (...) la única base plausible para la justificación de la democracia como sistema político era el relativismo, su metaética relativista” (p. 317). Sin embargo, ello no parece fácil cuando se es kelseniano, porque no es posible fundamentar una ética normativa a partir meramente de una metaética y con este diagnóstico concluye el libro de Sendín. Sin embargo, me parece que cabe plantear una ulterior cuestión para el debate. Con sus actos (que no con sus teorías),

Kelsen parece poner en cuestión un presupuesto propio que ha subrayado otro filósofo del Derecho nada afín, Ronald Dworkin. Me refiero a la premisa de que podamos distinguir nítidamente entre metaética y ética normativa. En efecto, para algunos autores, formular una metaética implica necesariamente enunciar una ética normativa, incluso cuando sea escéptica; porque incluso cuando yo soy escéptico, estoy con ello actuando. Cuando Zubiri o Aranguren afirmaban que los seres humanos somos estructuralmente morales (que no podemos no tomar decisiones morales, incluso para ser inmorales), venían a decir que nuestras convicciones metaéticas tienen tal trascendencia moral, que acaban por convertirse en éticas normativas. No sé si sería ésta una salida posible para tratar de articular el relativismo moral de Kelsen con su teoría de la democracia; pero no tengo duda de que Kelsen no la aprobaría.

En cualquier caso, tenemos que agradecerle a José Antonio Sendín no sólo lo que nos dice en su libro, sino también lo que nos lleva a pensar; porque *La filosofía moral de Hans Kelsen* es, sobre todo, un libro que nos lleva a pensar. Tras las sucesivas críticas exógenas de corte dworkiniano y alexyano al positivismo y tras las críticas endógenas conducentes a sucesivas revisiones, suavizaciones, debilitaciones y jibarizaciones del positivismo jurídico, se diría que este se ha convertido, merced al llamado “positivismo ético” o “positivismo normativo”, en una opción moral en sí misma. Desde esta perspectiva, el positivismo jurídico actual se ha convertido para algunos en una doctrina defendible no tanto por razones conceptuales (en las que se han enredado positivistas inclusivos y exclusivos), sino más bien por razones normativas, tal y como sugieren autores como Campbell entre los anglófonos o Luis Prieto entre nosotros. Desde este punto de vista, el fundamento último de la teoría del Derecho es una filosofía moral, de tal manera que defender la teoría del Derecho del positivismo jurídico no es sólo una opción metodológica, sino una decisión moral. Ya hemos visto el aire de paradoja que envuelve a esta conclusión, pero ni siquiera Hans Kelsen se libró de confirmar el hecho de que la teoría del Derecho difícilmente puede dejar de ser una *actio finium regundorum* que busca un deslinde con la moral, por mucho que la racionalidad de Kelsen abominara de tal moral. Por estos estímulos y por tantas otras cosas que los futuros lectores sabrán apreciar mejor que este comentarista, debemos felicitarlos por la publicación de esta notable investigación de José Antonio Sendín Mateos, una inmejorable oportunidad para pensar en la filosofía del Derecho de hoy con la perspectiva que nos da la distancia del mundo de ayer.