

KELSEN Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Frederik K. BEUTEL *

La filosofía del derecho en el pasado, como disciplina derivada de la filosofía, consistía de una larga lista de escritos, cuyo objeto principal era la búsqueda del significado de términos tales como: "ley", "sanción"; "Estado", "justicia", "bien", "mal", "voluntad", "libertad", "Dios", "conceptos", "preceptos", "intereses", "valores" y muchas otras ideas similares. Se puede observar, en primer lugar, que ninguno de estos términos denota cosas tangibles, la mayoría de ellos, son ficticios y sólo algunos se adscriben a personas o cosas reales.

Al examinar estos conceptos, los juristas se vieron en la necesidad de crear sistemas de palabras, en los cuales se pudiera describir o medir un fenómeno particular o imaginario y que además llamara su atención. Surgieron grandes controversias acerca del significado de los términos mismos, del propósito del derecho, de la administración apropiada o de la validez de una teoría o sistema particular, propuestos por algún jurista.

Puesto que la llamada "ciencia" o "filosofía del derecho", no tenía ninguna relación directa con alguna realidad tangible y sólo vagos contactos con un conjunto etéreo de reglas, preceptos y conceptos, entonces el jurista se encontraba en gran medida, en un mundo de fenómenos jurídicos reales o imaginarios. De hecho los juristas se encontraban en libertad de crear o describir el objeto de conocimiento que llamara su atención, de definir los términos si deseaba, o dejar de hacerlo, en cuyo caso construía un sistema particular o argumento, apelando a éste o a aquel interés. Se puede decir, sin miedo a una certera refutación, que no hay un solo término básico, en el amplio vocabulario del jurista, que no haya sido sujeto de disputas, tanto en su significado como en su uso apropiado.

Los juristas en sus discusiones habitualmente usan términos tales como "norma", "justicia", "derecho", "agravio", "facultad", "deber", "privilegio", "verdad", "bueno y malo"; y otros más sobre los cuales no hay acuerdo básico en lo que a definición o existencia de las cosas que ellos connotan. De hecho si aplicamos un poco de semántica a la ciencia

* Profesor emérito, University of Nebraska.

jurídica, ésta se convierte en un mar de confusiones.¹ A la luz de estos hechos, la filosofía del derecho, había llegado a ser aún más que la filosofía, el arte del manejo de la palabra. La validez, popularidad o utilidad de cualquier teoría jurídica se basaba en la armoniosa racionalización o retórica contenida en la combinación de palabras que constituían la estructura de las ideas propuestas.

Como la verificación en el sentido científico experimental parecía imposible, los juristas eran convincentes en la medida en que complacían a sus lectores o a su auditorio; por lo cual tendieron a afiliarse en escuelas de pensamiento.² Y las facultades intelectuales eran evaluadas por la habilidad con que reproducían los pensamientos de otros miembros de su escuela, y refutaban las de otras escuelas.

La Teoría pura del derecho

Hans Kelsen irrumpió en este pantano intelectual con un valiente esfuerzo a través de su *Teoría pura del derecho*, para hacer de la filosofía del derecho una "ciencia". Haciendo un brillante despliegue de definición, lógica, retórica, filosofía, epistemología e incluso un poco de manejo del lenguaje y sólo algunas ocasionales referencias a la realidad sobre la cual la filosofía del derecho se basa, pero haciendo gala de una sagaz habilidad, cuando las circunstancias le eran contrarias, para distinguir la ficción de los hechos, así como una ficción de otra, él construye su sistema. Kelsen limitó notablemente el campo de la filosofía del derecho, eliminando de su ámbito cuestiones de "bueno" o "malo", "utilidad" o "eficacia" de cualquier regla de derecho. Derecho y moral fueron radicalmente diferenciados y todo tinte moral excluido de consideración.

Asimismo, hizo a un lado los contenidos religioso y ético del derecho, en la medida en que son inspirados o sancionados por la religión o la moral.³

El propósito por el cual una determinada regla de derecho es creada, es relevante en tanto que se refiera al significado y contenido de las normas básicas, sobre las cuales esta regla descansa. Tal y como sucede en toda ciencia, el objeto de estudio del derecho requiere ser considerado en forma sistemática y amoral.

La *Teoría pura del derecho* comienza con la proposición de que *ser* y *deber ser* pertenecen a dos diferentes mundos del discurso.

¹ Vid. Beutel, "Elementary Semantics: Criticism of Realism and Experimental Jurisprudence", 13 *Journal of Legal Education* (1960), p. 67.

² Pound dedicó la mayor parte de 4 de sus 5 grandes libros sobre Jurisprudence (1959) a clasificar y describir estos fenómenos.

³ Kelsen, *Pure Theory of Law* (Knight's Trans. 1967), p. 68.

A diferencia de la descripción científica de un objeto, la cual es la explicación de lo que *es*, la regla de derecho establece lo que *debe ser* o lo que debe ser obedecido. El desarrollo de esta dicotomía lo llevó a la conclusión de que la ciencia natural y la ciencia jurídica son dos campos diferentes y que representan también diferentes disciplinas; pero curiosamente para determinar la validez de cualquier regla de derecho, Kelsen estima necesario averiguar exactamente cuál *es* el contenido del *deber* (la regla del derecho).⁴ En otras palabras, insiste, antes de proceder, en formular de manera clara la regla de derecho. Desde allí, por el razonamiento sobre la norma básica que se encuentra tras la regla de derecho, Kelsen tiene la posibilidad de decir cuál es el enunciado propio del *deber ser*.⁵

Debe notarse que este procedimiento en su totalidad es, en cierto sentido, científico porque no descansa en ninguna noción básica preconcebida sobre lo "correcto" o lo "incorrecto", lo "bueno" o lo "malo", o en una ideología especial. Dada la norma básica, la regla de derecho puede ser convalidada en todo lo que a esa norma esté referido.⁶

De hecho, las reglas de derecho que descansan sobre normas básicas apropiadas pueden ser convalidadas mediante este procedimiento científico. La validez de las reglas de derecho es una cuestión compleja, que depende de la naturaleza de las normas básicas que les dan origen.

Una vez que las normas básicas son establecidas, la *Teoría pura del derecho* puede utilizarse tanto para convalidar las leyes de una sociedad capitalista, democrática o comunista. En consecuencia, este procedimiento parecería científico, porque resulta un instrumento útil para ordenar cualquier sistema jurídico. El problema de la validez de una regla de derecho es especialmente útil en los alegatos ante los tribunales de apelación.⁷ El propio Kelsen fue juez de apelaciones por muchos años.⁸

Siguiendo a su mentor Kant, Kelsen arroja la luz de la razón pura sobre la naturaleza del contenido de las reglas de derecho. Su insistencia en que la *Teoría pura del derecho* debe excluir de su estudio la "historia del derecho",⁹ la "ética",¹⁰ la "ideología",¹¹ la "política" y

⁴ Kelsen, *What is Justice* (1957), p. 366.

⁵ Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 75.

⁶ Kelsen, *What is Justice*, pp. 360 y ss.

⁷ Hay aquí también una área en la cual los litigantes discuten sobre qué es el *deber ser*.

⁸ Véase 13, *Encyclopedia Britannica* (1967), p. 274.

⁹ Kelsen, *What is Justice*, pp. 293 y ss.

¹⁰ Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 218.

¹¹ *Id.*, p. 106.

los "valores",¹² introduce la ciencia directamente centro de la filosofía del derecho, lo cual es un tremendo paso adelante, pero no va más allá.

La modestia de Kelsen limitó los efectos científicos de sus teorías, aunque fue él quien introdujo métodos científicos para ordenar los sistemas jurídicos. La justicia como sentimiento ideal o intuitivo es útil en la medida que puede tener relación con la norma básica, a partir de la cual otras normas se convalidan.¹³ Así nos deja con un mundo de ideologías antagónicas, cada una de las cuales, a partir de la *Teoría pura del derecho*, puede desarrollar su propio sistema jurídico "válido".

Que una regla de derecho sirva a un propósito útil, que sea buena, moral o inmoral, que alcance los propósitos para los cuales fue establecida, son planteamientos en materia de "justicia" que Kelsen sitúa más allá del ámbito de la ciencia jurídica. Éstas son, dijo, cuestiones políticas, ideológicas y morales que el individuo debe decidir en forma emotiva, o de acuerdo a otros valores no científicos.¹⁴

Kelsen no se oponía a la solución de tales problemas básicos, sino que, debido a consideraciones de carácter científico, pensaba que la ciencia, tal como él la concebía, era incapaz de incluirlos dentro de su objeto de estudio.

La naturaleza de la ciencia

Lo anterior nos conduce a considerar, primero, cuál es la naturaleza de la ciencia, y segundo, si Kelsen estaba en lo correcto en su apreciación sobre ella.

El término ciencia tiene muchos significados, y es usado en forma diferente por casi todos los escritores de la materia. Existe, por supuesto, la ciencia pura, que incluye sistemas de razonamiento congruentes en sí mismos y que no se sustentan en la naturaleza del mundo real exterior, como las matemáticas y la lógica. Existe también el término ciencia formal, cuyos sistemas de razonamiento pueden ser internamente consistentes o no. En tales ciencias, pueden estar incluidas la gramática, la retórica y quizá la teología y la astrología, las cuales pueden incluir,

¹² Kelsen, *What is Justice*, pp. 209 y ss.

¹³ Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 218.

¹⁴ Como sus ideales propios, él asienta: "Por lo tanto la justicia para mí es la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia". *What is Justice*, p. 24; pero Kelsen es cuidadoso de puntualizar que es la expresión de una preferencia personal que no es producto de consideraciones científicas, *Id.*, p. 228.

o no dentro de sí, alguna referencia al mundo finito. Existen además las llamadas ciencias descriptivas, consagradas casi por completo a la elucidación de la estructura y a la clasificación de los objetos de la naturaleza; la botánica, la zoología, la geología, la fisiología e incluso la astronomía son algunos ejemplos.

Debe hacerse notar, que pocas de las "ciencias" mencionadas hasta ahora se fundan en un método de experimentación que no sea la observación, para establecer sus conclusiones; por ejemplo existen muchos sistemas matemáticos válidos, que son irreconciliables entre sí; lo mismo ha sido y sigue siendo válido para la astronomía; pero estas inconsistencias no impiden que las designemos como "ciencias".

Por otro lado, existen lo que denominamos ciencias experimentales, donde cada teoría o descripción de objetos está sujeta a verificación por medio de experimentos cuidadosamente controlados. La física, la química y muchas ramas de la medicina son ejemplos de este tipo de ciencias, donde también las experiencias pasadas sugieren hipótesis de resultados futuros, que son predichos por ciertas acciones, y las propias hipótesis están sujetas a verificación. El éxito de las hipótesis y la prueba experimental de las mismas, han hecho que este grupo de ciencias fueran consideradas ciencias exactas: una gran parte de las ciencias aplicadas, tales como la ingeniería, la arquitectura y la práctica de la medicina están basadas en ellas.

Por el contrario, en la época en que Kelsen empezó a escribir las llamadas ciencias sociales, tales como la sociología, la economía y la ciencia política, surgían apenas de la religión, la ética y la ideología. Se trataba de teorías en rápida expansión y basadas en las áreas intelectuales de las que habían surgido. En el campo de la sociología muchos de los maestros eran clérigos retirados. La economía era y aún es un conjunto de teorías conflictivas, las cuales ocasionalmente entran en contacto con la realidad, y la ciencia política intentaba explicar las estructuras gubernamentales existentes; teniendo, en el mundo de habla inglesa, como concepto básico el de la democracia; y en los países socialistas, los conceptos de Marx y Engels.

Los datos utilizados en los escritos de las ciencias sociales se basaban más en la observación intuitiva que en la observación precisa, o en factores objetivos de la estructura social, o en reacciones sociales ante los diversos tipos de control. La división entre las ciencias sociales fue más bien burocrática y el concepto general de ciencia social casi no existía.

No es sorprendente, pues, que Kelsen basara su *Teoría pura del derecho* en un patrón análogo al de la ciencia pura y formal; que recha-

zara, a diferencia de Pound, la delegación del descubrimiento de los valores básicos a la sociología o psicología; que con razón refutara la tendencia del derecho natural a establecer su fundamentación en la teología o en la racionalización. Y que, desde un principio, desechara todo elemento extraño a la ciencia del derecho, e intentara una descripción científica básica de la naturaleza del derecho.¹⁵

Si se negó a tratar de probar la utilidad de las reglas de derecho cuando son aplicadas a la sociedad, fue porque consideró que los instrumentos con que contaban en esa época las ciencias sociales eran inadecuados para llevar a cabo esta tarea. ¿Quién puede decir que Kelsen estaba equivocado?

Desde que Kelsen estaba formulando su *Teoría pura del derecho* y defendiéndola de sus críticos, una revolución, llevada a cabo por sus contemporáneos, había modificado los conceptos de la ciencia en otros campos. Sólo diecinueve años después de la formulación de la *Teoría pura del derecho*,¹⁶ el concepto básico de la determinación de causa a efecto en la ciencia física, sobre el cual Kelsen trabajaba, fue destruido por el principio de la indeterminación de Heisenberg y por la teoría cuántica.¹⁷ La física, la química y las ciencias afines ya no se basan en la relación de causa a efecto, sino en una correlación estadística entre partículas submicroscópicas, cuyas acciones son tan inciertas como esas que son producto del "libre albedrío" de los humanos. La supuesta certeza de la física ha desaparecido, al igual que los conceptos sobre reacciones uniformes y predictibilidad de la conducta de las partículas más pequeñas.

La teoría cuántica invalida el popular principio de la naturaleza de la materia y abre amplias áreas de investigación, con ello ha surgido una nueva forma para el estudio de los átomos, protones, neutrones y docenas de nuevos elementos que actúan y reaccionan más bien como gente en la esquina de la calle 42 y Broadway,¹⁸ que de acuerdo con la idea popular acerca de la certeza científica. Los espectaculares resultados de la fisión y la fusión, han propiciado la aparición de nuevos inventos que han revolucionado las relaciones humanas y han dado lugar a problemas legales y sociales no previstos cuando Kelsen formuló

¹⁵ Kelsen, *Pure Theory of Law*, pp. 75 y ss.

¹⁶ 1911.

¹⁷ Primera publicación en 1930.

¹⁸ Esta exacta analogía es usada por científicos de la física, *vid.*, Lewis, *The Scientific Meaning of Chance in Readings on the Physical Science*, pp. 381 a 383 (Shapely, *Wright and Report*, ed. 1948). Cf. Eddington, *The Philosophy of Physical Science* (1939); Einstein y Infeld, *The Evolution of Physics* (1938), pp. 299 y ss.

su teoría. En otras palabras, los problemas de la ciencia física, se parecen mucho a los de la ciencia social.

La ciencia social, en la época de Kelsen, había experimentado un cambio notable. A las llamadas ciencias sociales: antropología, sociología, historia, economía, ciencia política, psicología y educación, se habían agregado la teoría de la información, la cibernética, la lingüística, el conductismo (*signbehavior*), la teoría de juegos (*game theory*), teoría de decisiones (*decision making or policy theory*), investigación de valores y la teoría general de sistemas. Como los nuevos métodos de investigación son similares en todas sus ramas, la totalidad es conocida como ciencias del comportamiento. Nuevos y avanzados instrumentos están disponibles en toda el área social. Entre éstos, nombrando sólo algunos de matemáticas, nuevos y poderosos medios estadísticos, incluyendo aquéllos usados en muestreo y encuesta; de la cibernética, computación de operaciones que hacen posible observar las reacciones de la masa social, que posibilitan al legislador para controlarla por medio de leyes; de la electrónica, polígrafos, detectores de mentiras y toda clase de aparatos de registro electrónico que experimentan con el consciente y subconsciente de los individuos; de la sociología y psicometría, nuevos medios sociales de análisis; de la teoría general de sistemas, investigación de operaciones e ingeniería de sistemas; y de la ciencia física, la prueba de carbono 14 y muchos otros instrumentos que no se pueden señalar aquí.

Todo esto ha propiciado que las ciencias sociales y físicas descansen sobre teorías básicas y métodos de operación similares. Las investigaciones en este campo se llevan a cabo por métodos experimentales. Y el uso de diseños para investigar problemas en todas las áreas se ha convertido en una necesidad fundamental, lo cual ha dado como resultado el empleo de una gran cantidad de especialistas en las diversas disciplinas.

Los nuevos adelantos científicos invalidan las teorías de Kelsen sobre la verificación, el registro y la medición de los efectos de las reglas de derecho, aunque en su momento (el primer cuarto del siglo xx) fueron válidas.¹⁹

¹⁹ Un excelente resumen del desarrollo en el campo de las ciencias del comportamiento hasta ese momento, *vid.*, Handy y Kurtz, *A Current Appraisal of the Behavioral Sciences* (1964). El desarrollo en los últimos diez años ha sido aún más rápido. Véanse las numerosas publicaciones periódicas especializadas, citadas por Handy y Kurtz.

Kelsen y la ciencia experimental del derecho

Los avances en las ciencias físicas y sociales hacen necesaria una ciencia experimental del derecho. Ya que ahora es posible estudiar y registrar hechos y cambios sociales causados por las variaciones del derecho o por su aplicación, el legislador ya no tiene por qué dar golpes de ciego o confiar en valores o en prejuicios. Para crear controles legales que guíen a la sociedad, tiene a su disposición un cúmulo de medios de las ciencias física y social que le señalan la naturaleza de los problemas que enfrenta para satisfacer las necesidades sociales, y si actúa con conocimiento de causa puede probar los resultados de las soluciones dadas por él, en forma de leyes, para resolver esos problemas. De este modo, la legislación, la aplicación y revisión de las leyes son ahora tan verificables como lo es la naturaleza del derecho.

Los problemas de si la ley logra o no el propósito del legislador, o si es un instrumento social útil, son objeto de conocimiento de la ciencia experimental.

El autor ha proyectado un sistema de ciencia experimental del derecho, cuyos pasos elementales están señalados al margen.²⁰

²⁰ Podría decirse que los pasos a seguir en la prosecución de un método de la ciencia experimental del derecho, podrían ser aproximadamente los siguientes:

1. La naturaleza de los fenómenos que el derecho intenta regular debe ser estudiada. En particular el problema social al cual una ley específica está dirigida, debe ser cuidadosamente aislado y examinado.
2. La regla de derecho u otro método usado para regular los fenómenos, y destinados a resolver el problema social, deben ser exactamente establecidos.
3. Debe ser observado y medido el efecto que sobre la sociedad tiene la adopción de la regla de que se trate.
4. A continuación se debe construir una hipótesis que intente explicar las razones de esta reacción.
5. Cuando esta descripción es ampliada con el objeto de aplicarla a otras situaciones análogas, puede ser considerada como una proposición jurídica que describe y predice resultados que ocurrirían si se aplicara una regulación similar a problemas análogos.
6. Si el análisis muestra que esa ley no es eficiente, se podrían sugerir nuevos métodos para lograr los resultados originalmente deseados.
7. Si la nueva ley propuesta fuera puesta en vigor, el proceso se repetiría.
8. La adopción de nuevas leyes por estos motivos y el estudio de sus resultados pueden arrojar luz sobre la utilidad de los principios fundamentales implícitos en su promulgación. Con lo cual podría efectuarse una posible alteración en los objetivos o en el abandono de los mismos, y a largo plazo inducir incluso a una revisión de nuestra escala actual de ética social y política.

Debe hacerse notar que en este sistema es posible no sólo probar la eficiencia de cualquier derecho, de verificar el objeto por el cual fue legislado, sin importar cuáles pudieron ser los valores o ideales que lo motivaron. Pero también, paso 8, al experimentar continuamente con una determinada regla de derecho, es posible probar la utilidad social del propósito implícito de los supuestos 'valores' para satisfacer las necesidades de los gobernados. Así, la ciencia experimental del derecho puede llegar a ser el mecanismo de creación de la ética experimental y de la política científica experimental, aplicando simplemente la ciencia experimental al mecanismo principal del gobierno, o sea la legislación. Hay muchas aplicaciones de esta disciplina a la ingeniería social.

Este proceso científico, incluyendo los seis primeros pasos, ha sido aplicado a una regla de derecho en particular, y ha dado por resultado reformas legales.²¹

Ha sido usado en forma diferente por Sheldon y Eleonor Gluek al estudiar la aplicación del derecho penal. Durante toda su vida publicaron numerosos libros,²² en donde se incorporan los tres primeros pasos de la ciencia experimental del derecho. Posteriormente crearon una hipótesis, de acuerdo con el paso 4, que explica y predice la delincuencia juvenil en ciertos individuos.²³ Después comprobaron sus hipótesis y encontraron que eran correctas en más de un ochenta por ciento, cuando se aplicaron en forma individual a niños.²⁴ Su trabajo ha sido continuado, y se prevé la necesidad de una completa reforma científica en los métodos empleados en el derecho penal aplicado a los niños.

De manera similar se ha realizado un estudio científico de los aspectos prejudiciales en materia de responsabilidad extracontractual (*tort*),

Cada uno de los pasos en este proceso requieren del uso experto de complicados mecanismos y técnicas de observación. Algunas existen ahora, otras deben ser desarrolladas. Lo importante es que la ciencia experimental del derecho sea esencialmente un medio para la solución de problemas. Beutel, *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science* (1957), p. 18.

²¹ Beutel, *Study of the Enforcement of the Bad Check Laws of Nebraska*, especialmente Amendment, parte II de *Experimental Jurisprudence*, *op. cit.*, *supra*, nota 20; Beutel y Negron, *The Operation of the Bad Check Laws of Puerto Rico* (1967); como resultado de estos estudios y recomendaciones, *vid.*, *Neb. Leg.* 427 (abril 27, 1971) y *Leg. Res.* 53 (abril 27, 1971).

²² Entre otros, Gluek y Gluek, *500 Criminal careers* (1930); *One Thousand Juvenile Delinquents* (1934); *Unraveling Juvenile Delinquency* (1950); *Physical and Delinquency* (1956); *The Problem of Delinquency* (1959).

²³ Gluek y Gluek, *Predicting Delinquency and Crime* (1959).

²⁴ *Vid.*, Craig y Gluek, "Ten Years Experience with the Gluek Social Prediction Table", *Crime and Delinquency* (julio 1963), p. 249.

que incluye los seis primeros pasos de la ciencia experimental del derecho, y que dio como resultado una reforma en los tribunales.²⁵

La administración de las leyes de tráfico de muchas ciudades y estados se realiza actualmente de acuerdo con los ocho pasos de la ciencia experimental del derecho. Un grupo de científicos sociales, conocidos como ingenieros de tráfico, han aplicado los modernos métodos de investigación para la elaboración de proyectos, legislación, ejecución y reforma de las leyes de tráfico.²⁶

Es interesante señalar que la ciencia experimental del derecho es una ciencia de ingeniería social vital que opera también en otros campos del derecho, los cuales son muy numerosos para mencionarlos aquí.²⁷

También constituye una base teórica para la creación de una ciencia del gobierno y una ciencia de la política gubernamental, que se basan y operan como ciencias experimentales.²⁸

De la misma manera que Kelsen suprimió toda traza de valores, política, religión y moral de su *teoría* para la identificación del derecho, la ciencia experimental del derecho apenas da cabida a estos requerimientos emocionales. Tanto en sus procedimientos como en sus teorías, la *Teoría pura del derecho* es un instrumento útil para ejecutar el paso 2, "la regla de derecho . . . debe ser establecida en forma precisa". Y toda la ciencia experimental del derecho es una extensión de la concepción kelseniana de que la ciencia contemporánea constituye el fundamento adecuado de la ciencia del derecho.

Quisiera pensar que si Kelsen escribiera hoy en día, sería un jurista experimental.

Traducción del original en inglés por:
Ma. Gpe. Ordóñez y Chávez, revisado:
por Raúl Necedal.

²⁵ Rosenberg, *The Pretrial Conference and Effective Justice*, (1964).

²⁶ *Vid.*, Beutel, "Experimental Jurisprudence in Action", 31, *Neb. L. Rev.* 349 (1952), reimpresa como cap. VI en *Experimental Jurisprudence*, *supra*, nota 20.

²⁷ Por ejemplo la creación de la US. Federal Aviation Agency, *vid.*, Beutel, *Democracy or the Scientific Method in Law and Policy Making* (1915), pp. 209 y ss., y para otros ejemplos el cap. VIII.

²⁸ *Vid.*, Beutel, *Democracy or The Scientific Method in Law and Policy Making* (1965).