

HANS KELSEN Y LA SOCIOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO (HANS KELSEN, SOCIOLOGY OF LAW AND LEGAL ANTHROPOLOGY)*ANTONIO PEÑA JUMPA¹*

Resumen: Hans Kelsen (1881-1973) es el más reconocido pensador del Derecho Positivo en Latinoamérica. Si bien algunos lo hemos criticado por sustentar una posición extrema del Positivismo a través de su Teoría Pura del Derecho, otros le han agradecido su gran contribución a través de su Teoría del Derecho Jerárquico y su propuesta de un Tribunal Constitucional autónomo del Poder Judicial para garantizar dicha jerarquía. Sin embargo, ambos grupos de críticos hemos estudiado poco a Kelsen para juzgarlo. Ha faltado conocer más del Kelsen crítico y humano, que puede apreciarse en otras de sus contribuciones, como en su debate sobre el concepto de Justicia.

En las siguientes líneas, a partir de uno de sus libros de Hans Kelsen, y en particular de una cita de este libro, nos permitimos discutir el concepto de Justicia y su relación con presupuestos básicos de la sociología y antropología jurídica. Dejamos constancia que la cita la hemos utilizado en un trabajo previo, cuando reiniciamos nuestras lecturas sobre este autor sirviéndonos de base para intentar la construcción de un marco teórico sobre la Justicia (Peña, 1991, 1998).

Palabras claves: Hans Kelsen, Pluralismo Jurídico, Antropología Jurídica, Sociología Jurídica, Justicia.

Abstract: Hans Kelsen (1881-1973) is the most recognize thinker of Postive Law in Latin-America. While some of us have criticed him for taking an extreme Positivist positive with his Pure Theory of Law, other have thanked him for his great contribution through his Hierarchical Theory of Law and his proposal of a Constitutional Court autonomous from the Judicial Power, in order to guarantee such Hierarchy. Nevertheless, both groups of critiques have studied Kelsen very few to judge him. There has been a lack of knowledge of the critical and human Kelsen, which can be appreciated in some of his other contributions, as well as in his debate concerning the concept of Justice.

In the following lines, parting from one of Kelsen's books, and specifically a particular passage from this book, I will discuss the concept of Justice and its relation with legal anthropology's and sociology of law's basic assumptions. We note here that I have used this passage of Kelsen's book in another of my works, in which I tried to construct a theoretical framework for a concept of Justice, parting from the very same passage.

Key-Words: Hans Kelsen, Legal Pluralism, Legal Anthropology, Sociology of Law, Justice.

1. Kelsen y la Justicia.

En un ensayo poco conocido en Latinoamérica titulado “¿Qué es la Justicia?” (1982), Hans Kelsen analiza el concepto de Justicia desde una perspectiva amplia o flexible oponiéndolo a la posición clásica de los pensadores justnaturalistas contemporáneos. Buscando dar sustento a su teoría positiva del derecho, el autor se desliza por una discusión teórica-filosófica que partiendo del pensamiento histórico de la cultura europea se centra en el pragmatismo de los hechos.

Lo particular de la obra se encuentra en cómo el autor cuestiona la doctrina del Derecho Natural o Iusnaturalismo para sustentar la irracionalidad y el relativismo del concepto de Justicia. Frente al carácter absoluto del concepto defendido

¹ Facultad de Derecho, Universidad Católica del Perú, apena@pucc.edu.pe

por juristas y académicos importantes desde una posición iusnaturalista, Kelsen se refugia en los efectos prácticos acumulados históricamente para sustentar todo lo contrario. Así:

“Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es la falsa pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana —la cual supone que solo hay un nivel de conducta justo, que excluye la posibilidad de considerar que el sistema opuesto puede ser justo también—. Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que *la razón humana solo puede acceder a valores relativos*. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. *La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre*. Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existe más que intereses humanos y, por tanto, conflicto de intereses. La solución de estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento del otro o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. Es imposible demostrar que solo una de las dos soluciones es justa. Una u otra pueden ser justas según las circunstancias. Si tomamos la paz social como fin último, y solo entonces, la solución del compromiso puede ser justa, pero la justicia de la paz es (también) una justicia únicamente relativa y no absoluta” (1982: 58-59, Cursivas añadidas).

Las afirmaciones de Kelsen en la cita nos conduce por una variedad de temas controvertidos. No es nuestro propósito desarrollar todos, sino poner énfasis en aquellos que nos orientan a una apreciación diferente al pensamiento clásico y sobre todo por su vínculo con concepciones como los de la sociología y antropología jurídica. Entre estos temas consideramos:

- La racionalidad o irracionalidad del concepto de Justicia.
- La opción por una justicia relativa en contraposición de la justicia absoluta.

A continuación nos ocupamos de cada uno de estos temas buscando interpretar el pensamiento de Hans Kelsen. Al final haremos un balance buscando relacionar los contenidos de este pensamiento con conceptos semejantes de la sociología y antropología del derecho.

2. La racionalidad e irracionalidad del concepto de Justicia

Kelsen sostiene que el concepto de Justicia es irracional porque es absurdo alcanzar o crear una norma absolutamente correcta que guíe la conducta humana:

“Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, en bases a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana —lo cual supone que solo hay un nivel de conducta humana justo, que excluye la posibilidad que el sistema opuesto pueda ser justo también—. (...)” (Ibid).

¿Qué es una consideración o criterio racional? ¿Qué es lo racional? Kelsen tiene la herencia de toda la cultura europea occidental para definir este criterio. Se trata de una manera de pensar aplicada a nuestros actos. Siguiendo a Max Weber (1974) se trata de aquella acción que es tomada de acuerdo a fines o valores descartando lo afectivo o tradicional (actuación por sentimientos o por mera costumbre).

Esta consideración o criterio racional se ha construido con el paso del tiempo y desde distintas percepciones. Primero fueron los filósofos, religiosos, historiadores y/o artistas que lo gestaron, luego serían los sociólogos, políticos, economistas, psicólogos y hasta abogados los que lo consolidaron. En todos estos campos se logra reconocer un actuar racional como el ideal de nuestros tiempos, y que no es otro que el actuar “moderno”. Lo racional está vinculado a lo moderno. El que actúa racionalmente, actúa modernamente.

En este contexto de lo racional es imposible establecer una norma absolutamente correcta de la conducta humana, según Kelsen. Pero, esta afirmación es más realista que ideal. Lo racional busca uniformizar, generalizar, sintetizar, producir en masa, como también regular en masa. En cambio Kelsen sostiene que no se puede regular en masa universalmente. Es un ideal establecer una regla de conducta única, pero ello no ha existido ni podrá existir en tanto existan grupos humanos diferentes y personas diferentes. Kelsen es consciente de toda esta realidad.

A nivel de los individuos, Kelsen hace una reflexión sencilla: si existiera una sola norma o regla correcta de la conducta humana, solo habría un nivel de conducta humana justo, entonces no habría razón de que exista su opuesto, lo injusto. En este contexto simple y llanamente no habrían conflictos. Así, ante una disputa de dos comuneros por la propiedad o posesión de un terreno, de existir la norma correcta única solo uno de los comuneros tendría la razón, excluyéndose toda posibilidad que el otro la tenga también. Es decir, se consigue una respuesta Verdad-Falsedad. Pero, ¿el solo hecho que cualquiera de los dos comuneros discutan esa propiedad o posesión no hace que tenga algo de razón y por tanto algo de verdad? ¿Qué garantiza que

el mediador o juzgador coincida con esa norma correcta y con la razón y la verdad aparentemente única?

Con esta reflexión lo que se consigue es cuestionar el carácter absoluto o universal del concepto de justicia. De ahí que Kelsen sostenga:

“...La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre (...)” (Ibid).

Visto racionalmente o modernamente no existe la justicia única, absoluta, sino varios conceptos de justicia, una diversidad de justicias. Frente al conflicto de propiedad o posesión antes mencionado, puede ocurrir que uno de los comuneros entienda que el terreno en disputa lo heredó de su padre o su madre, mientras el otro comunero entiende que ese terreno no se puede heredar y que fue la propia comunidad la que se lo asignó. Cada uno de ellos tiene una razón diferente de la justicia, y seguro esa razón es compartida con sus familiares o parentela. Al final se trata de la confrontación de dos aspiraciones o conceptos de justicia.

Ello confirma que el concepto de justicia sea sólo una ilusión, si se piensa como único y absoluto.

3. La Justicia absoluta y la Justicia relativa.

La reflexión anterior nos conduce a otra reflexión aún más radical. El concepto de justicia es relativo. Si racionalmente no podemos hablar de un único concepto de justicia o de la justicia en términos absolutos, entonces racionalmente el concepto de justicia es relativo. Así lo destaca Kelsen:

“...Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que *la razón humana solo puede acceder a valores relativos*. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario (...)” (Ibid).

La razón del ser humano es limitada, como su propia existencia lo es. Nadie vive eternamente, pero más aún el propio ser humano no es único en toda su existencia: cambia conforme su proceso de aprendizaje y conforme sus ciclos de vida. Con estos cambios también cambia su razón, lo que hace que ésta tampoco sea permanente o eterna en el tiempo. Pero este proceso se complejiza aún más cuando la razón de una persona se confronta con la razón de otra persona y la razón de un tercero. ¿Quién tiene la razón “verdadera” si los tres tienen limitaciones o procesos de cambios en sus razones respectivas?

Si la razón humana cambia y se confronta con otras, la posibilidad de construir una razón absoluta o un valor absoluto es nuevamente una ilusión. Se puede

aspirar o intentar construir este valor absoluto, pero de ahí a lograrlo es un sueño. Sin embargo, esto no excluye que existan los valores. El intento del ser humano de alcanzar una razón o valor absoluto hace que en el camino se construyan valores aceptados consensualmente por grupos, dependiendo de los cambios o ciclos de vida de las personas que componen el grupo, pero nunca la razón o el valor único.

De ahí que Kelsen sustente que el ser humano con su razón solo puede acceder a valores relativos. Estos son valores que identifican los intereses de un grupo de personas o parte de un grupo de personas, pero nunca de “todas” las personas. Aquí Kelsen es nuevamente realista más que ideal. Volviendo al ejemplo de la disputa de dos comuneros por la propiedad o posesión de un terreno, podemos comprender que ambos aspiran a una solución, a que se les reconozca la propiedad o posesión del terreno a su favor. En ambos no existe más que intereses humanos, que no son otros que conflictos de intereses, como señala el mismo Kelsen. Si cada parte tiene su razón, entonces intereses y razón se juntan en el conflicto.

¿Cómo se soluciona el conflicto? Kelsen nos entrega dos posibilidades: se satisface un interés o razón en detrimento de la otra, o se consigue un compromiso entre los intereses en pugna (ibid). Estas dos posibilidades o posibles soluciones son RELATIVAS diría Kelsen, porque el solo hecho que diferentes personas estén en conflicto genera más de una razón válida con posibilidades que cualquiera de ellas se declare justa. Pero, más que ello, ocurre que el propio compromiso asumido por las partes, hace que sus intereses y razones sean relativas porque para alcanzar tal compromiso fueron recortados o limitados en parte. De ahí que Kelsen resalte:

“...Es imposible demostrar que sólo una de las dos soluciones es justa. Una u otra pueden ser justas según las circunstancias. Si tomamos la paz social como fin último, y solo entonces, la solución del compromiso puede ser justa, pero la justicia de la paz es (también) una justicia únicamente relativa y no absoluta...” (Ibid).

Sea que se satisfaga los intereses o la razón de una de las partes en conflicto, o sea que ambas partes en conflicto arriben a un compromiso o transacción, en ambos supuestos la justicia es relativa. Si se satisface a una de las partes, no se está seguro si los intereses y la razón de la otra parte fueren injustos. Si se arriba a un compromiso o transacción, no se descarta que parte del sacrificio de intereses de una de las partes o parte de los intereses aceptados de la otra no hayan dejado de ser justo o injusto respectivamente. Incluso, tomando como fin último del compromiso o transacción de las partes la paz social, más allá de los intereses de las partes, encontramos que esa paz social es relativa. Nada garantiza que al día siguiente las partes puedan “pensar de manera distinta o entrar —por otros intereses— en el mismo conflicto” (Peña, 1998:47).

De ahí que Kelsen resalte que cualquier solución será justa dependiendo de las circunstancias. Si en el conflicto de los dos comuneros por la propiedad o posesión de un terreno se comprueba que uno de ellos recurre a documentos o afirmaciones falsas para sustentar sus intereses, el órgano de resolución no negará otorgar la justicia a la otra. Pero si ambos tienen razones válidas en la sustentación de sus intereses, el compromiso, transacción o “arreglo” por el que acuerdan dividirse el terreno en partes proporcionales a la validez de sus intereses, se presenta como una justicia compartida. En ambos supuestos son las circunstancias las que definen la orientación de la justicia, confirmando la relatividad del concepto.

4. Balance: La Justicia Kelseniana y la sociología y antropología del Derecho

El concepto irracional y relativo de la justicia de Hans Kelsen, lo hace apropiado para intentar su reflexión desde otras concepciones o corrientes del Derecho. Si bien Kelsen focaliza su análisis en el conflicto interpersonal de dos o más personas, su análisis es también aplicable a los conflictos inter-grupal. Por ejemplo, el conflicto de una empresa con una comunidad rural, o de una comunidad rural con el Estado. Lo irracional y relativo del concepto de justicia se aplica en ambas situaciones.

Pero más allá de las partes del conflicto, interesa resaltar los efectos del contenido de lo irracional y lo relativo del concepto de justicia para la doctrina jurídica en general. En este caso, el análisis de Kelsen coincide sobremedida con los postulados y la teoría de la sociología y la antropología del Derecho. El mejor ejemplo es la coincidencia con la teoría de Karl Von Savigny, gestor de la escuela histórica del derecho alemán, y fundador de la sociología y antropología del Derecho según Posposit (1971). Hernández Gil destaca tres postulados generales que identifican la escuela histórica de Savigny:

1º Empirismo: el derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia. No existen principios jurídicos a priori, es decir, independientes de la experiencia, con valor axiomático.

2º Causalidad y determinismo: todo fenómeno tiene una causa (...). Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. El derecho en su formación y transformación, está regido por tales leyes. (...).

3º Irracionalismo y relativismo: El derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive, en constante producirse, hacerse y rehacerse; sometido, pues, a mutaciones que nada respetan. (Hernández Gil, 1945: 71)

Si tenemos en cuenta que Kelsen hace alusión permanentemente a la “historia del pensamiento humano”, a las “experiencias intelectuales del pasado” y a “las circunstancias” (ver cita) veremos que no es ajeno al postulado del empirismo destacado por Savigny. Igualmente, la constante referencia a la razón humana por parte de Kelsen, a un actuar de acuerdo a fines o valores pero basado en la razón, no hace sino coincidir con el postulado de la causalidad y el determinismo de Savigny.

En otro sentido, el hecho de destacar la irracionalidad y el relativismo del concepto de justicia, no hace sino confirmar el último postulado citado donde el derecho puede equipararse a un cuerpo orgánico. Al final, los tres postulados de Savigny parecieran encontrarse en el pensamiento de Kelsen. Kelsen coincide con Savigny en aplicar su pensamiento para criticar y reflexionar el concepto de justicia.

Si aceptamos que la escuela de Savigny es el fundador de la sociología y antropología del derecho, y que su pensamiento se resume a los postulados anteriormente señalados, podemos afirmar también que Kelsen coincide con la ideología de la sociología y antropología del derecho al coincidir con el pensamiento de Savigny.

Si bien Kelsen es reconocido por su teoría pura del derecho o su teoría jerárquica del derecho, cabe tener presente que estas teorías no pudieron desarrollarse si es que antes o al mismo tiempo su autor no compartiera una visión amplia del derecho y la justicia. Esto justifica su coincidencia con Savigny en cuanto al empirismo, causalidad e irracionalismo y relativismo del derecho y la justicia. Lo que significa que la sociología y antropología del derecho estuvieron en la mente de Kelsen aunque éste no sea considerado sociólogo o antropólogo.

5. Bibliografía

- Hernández Gil, Antonio (1945): *Metodología del Derecho*, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Kelsen, Hans (1982): *¿Qué es la Justicia?* Edición en español, Barcelona: Ariel.
- Peña Jumpa, Antonio (1998): *Justicia Comunal en los Andes: el caso de Calahuyo*. Lima: PUCP.
- Posposil, Leopold (1971): *Anthropology of law, a comparative Theory*. Nueva York y otros: Harper and Row Publishers.
- Weber, Max (1974): *Economía y Sociedad*. Edición española, México: Fondo de Cultura Económica.