UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN
CARRERA DE FILOSOFÍA

TESIS DE GRADO

LA IDEA DE JUSTICIA
EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE HANS KELSEN

En torno a la dimensión filosófica de la Justicia

Postulante: **Raúl Miranda Martínez**
Tutor: **Ms.C. Ramiro Rolque Lastra**

La Paz-Bolivia
2016

RESUMEN

En la filosofía jurídica de Hans Kelsen, renombrado jurista vienés contemporáneo, autor de la denominada "nueva Ciencia del Derecho", se afirma que "es imposible precisar en qué consiste la justicia y cuál es su contenido; pues ni la ciencia del Derecho ni ninguna otra ciencia tienen la capacidad de hacerlo". Se niega la existencia de lo absoluto; y presumiendo que la justicia es un valor absoluto se asevera que ella se encuentra más allá de toda experiencia humana, porque "es un ideal irracional inaccesible al conocimiento humano, puesto que pertenece a la esfera de la divinidad". Se dice que la "justicia" aparece cuando se presenta un "conflicto de intereses valiosos o valores" y que la respuesta a este problema es "un juicio subjetivo determinado no por factores racionales, sino por impulsos emocionales de nuestra conciencia".
Según esta teoría, el derecho natural procede de la divinidad, de ahí que "toda doctrina iusnaturalista tiene carácter religioso...".
Kelsen considera que su Teoría Pura del Derecho es la nueva y "verdadera ciencia jurídica" y que en virtud de su pretendida racionalidad científica debe mantenerse al margen de la metafísica. Esta doctrina, radicalmente positivista, se declara neutra al valor, ya que su función no es valorar el Derecho, sino "describirlo" tal cual es y no tal cual debe ser. La Ética debe quedar separada del Derecho, que por tal razón ya no es esencialmente moral, vale decir, bueno. Y dado que la Ética exige la presencia de la Justicia, el Derecho tampoco es justo o injusto, sino axiológicamente neutral, por lo tanto libre de asumir cualquier contenido normativo, ya que importa únicamente cuidar el aspecto formal del orden normativo.

En el presente estudio filosófico se formulan algunas observaciones: La Justicia, que básicamente es "dar a cada quién lo que por mérito le corresponde", no es un valor absoluto y sobrenatural, sino más bien relativo, porque quien da y quien recibe son humanos. No hay que imaginarla como un "ideal irracional, no cognoscible por los mortales", ni hay que acudir más allá de la experiencia humana para encontrarla. La apreciación de Kelsen de que "toda doctrina iusnaturalista tiene un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino", es insostenible por anacrónica e incongruente con el iusnaturalismo racional contemporáneo. El positivismo no reconoce ningún otro derecho que no sea el positivo; el iusnaturalismo, en cambio, defiende la coexistencia del derecho natural y el positivo, que por fuerza deben complementarse: el primero como la fuente determinante de los preceptos supremos, de la cual debe nutrirse el legislador, y el segundo como el articulador de los mismos por medio de las normas constitucionales.y todas las de orden subalterno. Por otra parte, los "intereses valiosos", que son ineluctablemente relativos, no pueden ser identificados con los valores éticos, porque éstos ostentan validez universal.
En esa línea de pensamiento, y con intenciones veladas, Kelsen acusa a Platón, Aristóteles y Kant de no haber sido capaces de decir en qué consiste la justicia. En este estudio se demuestra lo contrario, interpretando apropiadamente los argumentos de estos filósofos.
En la doctrina jurídica de Kelsen, el Derecho está constituido por prescripciones o normas jurídicas, mientras que la Ciencia del Derecho la componen proposiciones jurídicas. Con base en este modelo funcional, la teoría jurídica kelseniana pretende erigirse como una ciencia plena, con el mismo status de las ciencias físicas. Anclada en la sola y pura normatividad, divorciada de los hechos y de la Ética, y encaminada a encontrar una justificación para su sedicente carácter científico, la teoría de Kelsen recurre al argumento trascendental kantiano, queriendo adaptar este método gnoseológico al campo jurídico. Pero, de hecho, la postura del maestro jurista de Viena discrepa sustancialmente con los postulados de la epistemología de Kant, objetivamente reconocida en el campo de la Ciencia..

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN, 1

Antecedentes y justificación, 1
Planteamiento del problema, 3
Fundamentación del tema, 7
Objetivos, 8
Hipótesis – Proposición, 8
Diseño metodológico, 10

PARTE PRIMERA

LA FILOSOFÍA, EL DERECHO Y LA JUSTICIA

I. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL, 11

1.1. Filosofía y Derecho, 11
1.2. La Filosofía del Derecho, 13
1.2.1. Sus temas y sus métodos: Visión jurídica y visión filosófica,17
1.3. Las principales corrientes de la Filosofía del Derecho, 20
1.3.1. El iusnaturalismo, 21
1.3.2. El positivismo jurídico, 24
1.3.3. El realismo jurídico, 27
1.4. Conceptos de "ley" y "norma", 31

II. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE HANS KELSEN, 35

2.1. Los postulados fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, 36

III. LA IDEA DE JUSTICIA EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE KELSEN, 47

3.1. En torno a los valores y la conducta humana, 48
3.2. Las "soluciones metafísico-religiosas". La Justicia platónica, 52
3.3. Las "fórmulas vacías" de la justicia, 58
3.4. El concepto de justicia en la Filosofía del Derecho de Kant, 62
3.5. Acerca de la idea de justicia en la Ética aristotélica, 67
3.6. La noción de absolutismo–relativismo, 74

PARTE SEGUNDA

SOBRE LA JUSTICIA Y LA "CIENCIA" DEL DERECHO

IV. LA DIMENSIÓN FILOSÓFICA DE LA JUSTICIA, 77

4.1. La justicia en Kelsen: la perspectiva filosófica, 77
4.2. Sobre la absolutidad y la racionalidad de la justicia, 82
4.3. A propósito del derecho natural, 88
4.4. La significación del deber ser axiológico, 95
4.5. La neutralidad ética del Derecho, 102

V. EL CONCEPTO DE "CIENCIA" DEL DERECHO, 110

5.1. Cientificidad y racionalidad del derecho positivo, 110
5.2. Las raíces de la doctrina kelseniana, 117
5.3. Los presupuestos científicos de la Teoría Pura, 120
5.4. La lógica kelseniana y la gnoseología kantiana: Abordaje epistemológico, 123
5.5. La teoría kelseniana en el rol de ciencia plena, 127

CONCLUSIÓN GENERAL, 135

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 143

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

Este trabajo de grado aborda el estudio de una materia real y concreta; una cuestión que aun cuando ha sido objeto de innumerables investigaciones, de largos debates y controversias en el pasado, continúa todavía concentrando la atención de filósofos e iusfilósofos: una temática inagotable que deja aún abiertos algunos resquicios accesibles a la mirada escrutadora y recurrente de la Filosofía. Es la Justicia la materia central de la investigación llevada a efecto.
Siendo como es, tan necesaria y valiosa, y sin que importe mucho su procedencia, la majestad de la Justicia infunde profundo respeto, reverencia y hasta veneración.

En las sociedades de nuestro tiempo, que se dicen libres ya de toda forma de despotismo o de sometimiento, es de suponer que quienes administran justicia poseen y demuestran aptitud, preparación, responsabilidad, probidad y honestidad. Que los legisladores, poniendo en juego su capacidad íntegra, se esfuerzan por dictar normas justas y eficaces; que el accionar de quienes gobiernan es enteramente justo frente a sus mandantes. ¿Pero, sucede siempre así? Infelizmente, no.
Lo que con decepción y pena vemos en la cruda realidad del mundo es más bien todo lo contrario. Precisemos, sin embargo, que lo que se expresa en este punto tiene significación genérica, por lo que los juicios de valor emitidos pueden no convenir enteramente en algunos casos.

Si asumimos que la justicia material ha sido concebida por el hombre previendo su utilidad para con el género humano, específica y exclusivamente, entonces es la vida humana el bien supremo, el patrimonio más valioso, que por encima de todo debe ser protegido y conservado, bajo el amparo de la Justicia. Si esto es así, y si la Justicia consiste en entregar a cada cual lo que legítimamente le corresponde, entonces a aquel que haciendo gala de un asombroso desprecio por la vida mata o hiere con increíble saña, le toca inexorablemente pagar su culpa, sufriendo en estricto apego a la justicia el castigo máximo que es posible imaginar para conseguir, aunque sea en parte, la reparación del daño inferido a la víctima, y por extensión también a la sociedad y a la propia dignidad humana.
Sin embargo, las actitudes, que observamos nos enseñan una figura distinta: Los atentados contra la vida se multiplican en franco desafío a la Justicia y a la inteligencia, en forma ya no sólo alarmante sino aterradora. Nadie puede poner freno a esta locura. La impunidad reina campante, pero ahora ya

no sólo por la ineficiencia de investigadores, acusadores, juzgadores y otros, sino porque de manera extraña algunos de estos personajes, quebrantando toda norma jurídica y ética, simplemente suelen abstenerse de ejercer sus funciones, incumpliendo la ley y dejando en total indefensión a las víctimas. De ahí resulta que los criminales hayan perdido, por completo, respeto y temor a la justicia, sintiéndose más bien estimulados a seguir infiriendo abiertamente daño a la Humanidad, pero ahora bajo la segura protección que les brindan las obsoletas e inadecuadas normas penales todavía en vigor, como asimismo los morosos y anacrónicos procedimientos judiciales, a lo cual viene a sumarse, las más de las veces, la complaciente venalidad de quienes tienen confiada a su arbitrio la decisión de última instancia.

La explicación que a manera de conclusión se puede deducir de esta historia trágica de la vida real es muy simple: Aquello que se aplica como "justicia" en rigor de verdad no es tal; pues el castigo, si es que alguno llega a efectivizarse, va a resultar insuficiente y hasta "cruelmente" benigno, frente a la magnitud del mal provocado. ¿Qué ocurre en realidad?

Relegando transitoriamente todo juicio de valor acerca de la actitud de jueces y otros actores involucrados en el drama, se advierte que la Justicia en sí misma es falible y deficiente, cuando no de hecho ineficaz. Esto sucede en países, como el nuestro, donde el rezago moral es inocultable.

Y algo que ya no amerita confianza ni ofrece seguridad alguna, no tendría por qué ser mantenido incólume. Fuera de todo razonamiento de orden legal, jurídico, moral o ideológico, el solo criterio racional común así lo aconseja.

Han sido la serena contemplación de este angustiante cuadro y el deseo de sugerir y aportar algunas ideas nuevas, lo que ha motivado al autor a llevar a efecto esta investigación.

No obstante, el propósito del estudio no es añadir una opinión más a las muchísimas existentes o comentar sobre algunas teorías conocidas, sino avanzar, así sea mínimamente, en el intento de indagar en otros ámbitos en pos de encontrar guías de solución, o cuando menos dejar lanzadas las pautas para nuevos trabajos que vayan en la misma dirección.

Como base de despegue, esta vez se trata de plantear de la manera menos "subversiva" posible otra forma de entender el concepto filosófico de justicia; de comprenderlo ya no solamente en su bien trillada significación jurídico-legal o en su –hoy de moda– acepción político-social, sino pensando ahora en su significación genuinamente filosófica. Esto quiere decir, considerar la Justicia desde una perspectiva distinta, enmarcándola en su más amplia y diversa connotación conceptual.

Conocida la motivación, refirámonos a los orígenes de este estudio, a la forma en que ha sido pensado y estructurado, y a la metodología empleada en su elaboración. En el diseño estructural de la investigación han sido individualizados dos criterios ordenadores: Por una parte, el problema de fondo, a cuya explicitación apunta este estudio en su propósito general, y en torno al cual habrá de girar la reflexión filosófica. Por otro lado, el tema del estudio, que constituye la cuestión central sobre la que versa específicamente la presente investigación, y que al mismo tiempo sirve como instrumento teórico de aproximación metodológica a la consideración del problema de fondo.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la praxis del diario vivir, entendemos por justicia la acción que ejercen los jueces, quienes en nombre del Estado y blandiendo la ley estatuida por el poder estatal cumplen la tarea de juzgar, sancionar y penalizar las conductas ilícitas, la infracción de las normas del derecho estatal vigente, conocido como el derecho "positivo", llamado así porque ha sido "puesto" por el Estado.

Hablamos de la justicia de las leyes o justicia jurídica, o más propiamente justicia judicial, bajo cuya tutela vivimos y nos conducimos en nuestra vida de interrelación. Es la justicia que los juristas o, hablando con propiedad, los legistas (abogados), ven como "la única justicia válida", porque en criterio de ellos es "la sola justicia que puede existir", la que se dibuja en el horizonte de su circunscrito mundo: el mundo de las normas jurídicas, de las leyes escritas y codificadas que están supeditadas a lo que determina la Constitución vigente, y deben ser obedecidas.

En nuestro sistema jurídico, la justicia judicial vive atada a la "versatilidad o maleabilidad" de las leyes –características bien conocidas por los legistas– y dependiendo de ellas. En fin de cuentas, esta justicia queda infelizmente librada al solo arbitrio personal de los jueces, cuando no sometida de hecho a intereses y decisiones que, solapadamente, pueden emanar de los centros de poder político.

A una justicia así, le es naturalmente imposible atravesar la valla para trasponer el reducto del ordenamiento jurídico-político al cual ha sido subordinada. Y es así porque el espíritu y el sentido de la norma inherente no emana de la razón humana omnisciente, sino tan sólo de la de un individuo (o de unos pocos), esto es, de la voluntad del artífice que creó la norma: un legislador circunstancial.

Es aquí donde se constata palmariamente el hecho de que la justicia de y para las leyes, la justicia "puesta", no es un valor objetivo, si vamos a entender por "objetividad" (en oposición a

subjetividad, no a idealidad) la cualidad de ser, algo, válido en todo tiempo y lugar y por igual para la totalidad de los individuos de la sociedad, incluidos jueces, legisladores, legistas y gobernantes.
Así entonces, la "justicia positiva" –o mejor dicho toda justicia positiva– no podrá alcanzar por sí sola objetividad y perfección en el sentido propiamente filosófico, dadas las particularidades que determinan el sentido de su relatividad; porque al deberse su existencia tan sólo a una voluntad individual, su validez y efectividad habrán de quedar inevitablemente restringidas.

En ese mismo orden de cosas, se observa que en el ámbito de la justicia en nuestro medio, el boliviano, se habla de cambios "sustanciales" que, empero, no se cristalizan en los hechos.
En los círculos políticos se comenta insistentemente sobre otras "formas" de justicia, con denominativos llamativos, tales como "cósmica", "ancestral", "consuetudinaria", "comunitaria", etc., funcionando al lado de la justicia "positiva", o constitucional administrada por el Estado.
En rigor de verdad, aquellos no pueden ser nada más que marbetes o rótulos diversos y llamativos, pensados en el puro afán circunstancial de satisfacer conveniencias o exigencias de grupos.
En esos mismos ambientes, se oye también conjeturar cada vez con más fuerza sobre una "justicia plural", como si fuera factible que puedan darse en los hechos otras y diversas formas de justicia operando al mismo tiempo, cuando en realidad lo que sí puede haber es tan sólo pluralidad en las maneras de aplicar o administrar, en ciertos casos dispersos o aislados, la justicia, que en sí misma es única y omnímoda.

Éste es el problema de fondo que ahora se plantea, aunque en verdad siempre estuvo latente; pues lo tuvieron al frente filósofos e iusfilósofos de todas las épocas. La controversia entre unos que propugnaban las ideas naturalistas y otros que defendían las concepciones positivistas en el origen de la justicia es de larguísima data y no termina de dilucidarse. ¿Cómo encarar entonces, en los nuevos tiempos que corren, la búsqueda de soluciones efectivas a un problema tan añejo?
Para muchas personas, juristas o no, pero partidarios del "mantenimiento del orden", no habría necesidad de cambios sustanciales; a lo sumo, verían con buenos ojos que el remedio venga por el lado de buscar la forma de corregir, por medio de una "revolución" jurídico-legal, la conducta de los jueces y otros operadores, o bien de modernizar los métodos de "rehabilitación" de los criminales, "reeducándolos" en precario cautiverio.
Estas alternativas resultarán anodinas o aun inútiles, si es que se sigue conservando intacto el arcaico y caduco sistema jurídico penal y, en consecuencia, la vieja justicia de origen voluntarista.

No es sólo cuestión de querer cambiar jueces, normas y procedimientos, conservando los desgastados cimientos que soportan el vetusto sistema. Lo que se impone es, pues, revisar los fundamentos filosóficos, sobre los que tendría que asentarse una nueva y verdadera justicia.

Teniendo en cuenta tales antecedentes, la investigación que efectuamos tiene un propósito claro y concreto: se trata de reexaminar el problema de la justicia en su basamento filosófico, señalando los puntos críticos, y proponiendo soluciones. Pero para hacerlo, habrá de enfocarse el análisis de la materia desde una perspectiva distinta, libre de todo presupuesto formalísticamente legalista y dogmático, como se ha venido haciendo hasta ahora. Consiguientemente, apartándonos del círculo jurídico-político y situándonos esta vez en el terreno amplio y profundo de la Filosofía, podemos avizorar la noción global de justicia que es posible concebir. Desde esta nueva óptica totalizadora, es posible representarnos en el entendimiento y en la conciencia la idea de la verdadera **Justicia** (ahora resaltada y con mayúscula) como excelso valor universal.

Es necesario precisar, sin embargo, que lo que en este estudio se dice no debe ser visto como algo parecido a una declaración de principios o a la proclamación de una justicia sobrehumana o de origen incierto, como se podría pensar *a priori*. Hablamos nada más que de la Justicia como siempre debe y tiene que ser: el supremo valor ético, objetivo y trascendental, filosóficamente entendido.
Decimos que es objetiva porque su validez es general e irrestricta, ya que se proyecta a alcanzar a todo el género humano; y trascendental, porque es inmediatamente perceptible e inteligible en la conciencia racional de todos los hombres y se refleja en su *ethos* individual. Es simplemente la noción de justicia dictada por la razón humana, nada más ni nada menos; la justicia perceptible y aprehensible racionalmente. Se podría decir, de plano, la Justicia racional.

FUNDAMENTACIÓN DEL TEMA

Históricamente, la Justicia y el derecho natural han sido objeto de innumerables estudios filosóficos desde la Antigüedad griega, pero sobre todo en la Modernidad, como los temas centrales de indagación de la Filosofía del Derecho. Pero, es de notar que los juristas contemporáneos, sobre todo los seguidores de las corrientes positivistas radicalizadas, han ido negando la naturalidad y la racionalidad de la Justicia, hasta llegar a considerar insustancial o superflua toda investigación acerca de su carácter racional. En los últimos decenios del siglo XX, en la llamada Posmodernidad,

los debates en torno a la justicia *sensu lato*, en Europa y Norteamérica sobre todo, se circunscriben casi exclusivamente al campo de la justicia social. Los protagonistas ya no son solamente los arriba mencionados; ahora intervienen también juristas, cientistas sociales, moralistas y otros.

Ya bien entrado el nuevo siglo, vemos surgir nuevas teorías que traen aparejadas remozadas concepciones sociológicas y socio-políticas. Pero, estrictamente hablando, estas teorías fuera del nombre ya casi nada tienen de filosófico, porque al haberse superficializado tanto han acabado por banalizar de tal manera la majestad de la Justicia, hasta difuminar su sentido en el remolino de los problemas sociales, políticos y económicos del diario vivir, que atosigan permanentemente al convulsionado mundo de nuestros días. Nos hallamos confrontados a nuevos retos, que nos conducen a pensar en nuevas formas de plantearnos el problema.

Ante este panorama, tal vez desalentador, brota naturalmente la interrogante: Después de todo, ¿valdrá la pena seguir indagando sobre esta cuestión? La respuesta es afirmativa.

Pero cómo hacerlo. En la presente investigación, se considera que la naturaleza compleja del problema de la Justicia indica dos vías o maneras factibles de acercarse a ella. Una, la menos conveniente, que entraría en el terreno de la filosofía especulativa, con una fuerte connotación metafísico-ontológica, lindando con lo teológico. La otra, que de hecho es más bien aconsejable, siguiendo la ruta del método filosófico práctico, en cuyo caso no hace falta ocuparse más que de las implicaciones gnoseológicas y ético-axiológicas del asunto. Es precisamente esta última la vía de aproximación que hemos creído la más simple y propicia, de cara al tratamiento del tema de la Justicia en su dimensión filosófica.

Siguiendo esta línea de razonamiento, y con el propósito de mostrar uno de los principales aspectos del pensamiento iusfilosófico acerca de la Justicia, el autor de este estudio se ha propuesto ocuparse de mirar con detenimiento una conocida teoría que en los círculos jurídicos de muchos países ha venido defendiendo denodadamente la postura contraria al naturalismo racionalista: la del ultra-positivismo radical. Es necesario, empero, puntualizar que en este cometido no se espera abundar en grandes y exhaustivas exposiciones ni tampoco entrar en abstractas pero poco provechosas disquisiciones teóricas, que no harían otra cosa que empañar y desnaturalizar innecesariamente la sobriedad que caracteriza a esta investigación filosófica práctica.

Con esa salvedad, corresponde ahora señalar que se ha escogido como tema específico del presente trabajo de grado una de las facetas resaltantes de la formidable obra de un representante

emblemático de toda una época (gran parte del siglo XX): el profesor Hans Kelsen, renombrado jurista, eminente investigador académico, teórico del Derecho y de la Ciencia Política, como asimismo estudioso apasionado y vigorosamente crítico de la filosofía del Derecho.
Este destacado tratadista de primera línea en el ámbito jurídico planteó una notable teoría sobre el Derecho y el Estado, exponiendo al interior de ella sus tesis sobre el derecho natural y la Justicia, así como sobre su conectividad con la moralidad y la valoratividad, en el campo jurídico.
El presente trabajo de grado consiste, pues, en el estudio analítico de los postulados de la doctrina jurídica de Kelsen, relativos a la Justicia.

En el tratamiento del tema de la Justicia en Kelsen, se considera que es preferible no adentrarse mucho en el análisis teórico; antes bien, el propósito es inducir preferiblemente a una observación serena y meditada del escenario fenomenológico que constituye la realidad fáctica, la experiencia vital, en que se desenvuelven e interactúan lo jurídico y lo ético, teniendo dentro de este último campo a la Justicia, como referente permanente. Lo que se espera es que desde esta nueva perspectiva de observación, puedan ser comprendidos y bien calibrados los planteamientos de orden jurídico y filosófico del afamado maestro jurista de Viena.

Entendida así la meta fijada, el contenido del estudio no excede el alcance de la interpretación crítica, a través de la cual se van a poner de manifiesto algunas inexactitudes e incoherencias que, en el criterio del autor, se hallan implícitas en la argumentación jurídica de Kelsen en referencia a la interrelación entre Justicia y Derecho, advertidas ahora desde la mira de la Filosofía.
Valga reiterar que las consideraciones de orden filosófico no irán más allá de cuanto concierne al relativismo axiológico y a la significación de la justicia, la moral y el derecho natural en la doctrina de Kelsen, dejando obviamente intactas las especificidades teóricas de su doctrina jurídica.
No obstante, para fundamentar la crítica se tendrá presente, como punto de partida, el hecho de que desde su sedicente postura jurídica científica, Kelsen se ha lanzado a cuestionar la validez de otras, bien conocidas y célebres, teorías filosóficas clásicas del pasado, sobre la Justicia.

OBJETIVOS

La intención es aportar ideas que ayuden o conduzcan a comprender mejor la enorme importancia que reviste la Justicia, contemplada en un contexto social mayor; esto es, más allá del horizonte, conocido y convencional, del reducto jurídico-legal. Es éste **el objetivo principal** que ha sido establecido. La acción fundamental consiste en poner en claro la significación filosófica de las dos fórmulas, mutuamente antagónicas, que llevan a entender la dimensión ética de la Justicia:

a) el modelo jurídico positivista, radical y formalista, que propugna la exclusión de la noción de justicia, y b) el modelo jurídico naturalista racional que, en cambio, afirma la preeminencia de la Justicia.

En función de este objetivo general, los **objetivos específicos** son:

1) Poner de manifiesto la escasa consistencia de la argumentación de Kelsen, que al pretender "racionalizar científicamente" su teoría jurídica, apunta a separar al Derecho, de la Justicia, el derecho natural, la eticidad y la valoratividad, presentes en la experiencia jurídica.
2) Explicitar los conceptos contenidos en los postulados de Kelsen, sobre lo que él entiende por racionalidad y cientificidad de lo jurídico, analizadas esta vez desde el punto de vista filosófico, y poniendo de relieve sus implicaciones gnoseológicas.
3) Mostrar la significación y la importancia que connotan, en el plano jurídico, los conceptos de objetividad, absolutidad y racionalidad de la Justicia.

HIPÓTESIS – PROPOSICIÓN

Kelsen, como jurista y estudioso crítico de la Filosofía del Derecho, al referirse a la materia de nuestro estudio afirma terminantemente que la justicia es tan sólo un ideal, un valor absoluto tocante a la esfera de la divinidad. Y como los valores absolutos son, según él, inexistentes, la justicia no es algo que pueda ser racionalmente conocido en la realidad tangible. Por eso sentencia categóricamente que *"no existe ninguna ciencia que nos pueda decir lo que es justo o injusto". "La justicia es un ideal irracional porque no es cuestión de razón sino de sentimiento; porque por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, ella no es accesible al conocimiento"*.

En el planteamiento de Kelsen, un ideal irracional no cognoscible, como el señalado, no puede ser admitido en el esquema de su doctrina jurídica, que alienta pretensiones científicas. Por lo tanto, a

propósito del pensamiento del maestro jurista son dos las interrogantes capitales que aquí afloran y se plantean sobre la materia de que trata el estudio:

1) En la realidad jurídica de la cotidianidad, ¿es la Justicia concebida efectivamente como un **valor absoluto** y por lo tanto como un ideal irracional? Y si se diera por cierto este extremo, ¿sería la justicia de veras inaccesible al conocimiento humano?
2) ¿Son acaso asimilables, o al menos comparables, al verdadero conocimiento científico la racionalidad y el conocimiento racional, de los que se habla en la teoría jurídica kelseniana?

Las respuestas tentativas a estas preguntas, que el autor del estudio presenta como proposiciones filosóficas, son las siguientes:

1) Aquello que se concebimos naturalmente es la noción simple de justicia, de la justicia que se da fenoménicamente en la realidad objetiva de la convivencia humana. Entendida así, ella no es ni puede siquiera ser pensada como un valor absoluto de raigambre sobrenatural, sino que siendo procedente de la racionalidad del hombre es enteramente inherente al género humano. Si entre las muchas definiciones conocidas ha de ser retenida aquella que reza que la "razón" humana es una facultad entendida como la capacidad de alcanzar conocimiento de lo universal, de ascender hasta el reino de las "ideas", entonces la Justicia está lejos de ser un ideal irracional.
Si se asume como justo el acto de entregar a cada cual o recibir cada quien aquello que por derecho le corresponde, es entonces evidente que la noción de justicia se expresa en todos los órdenes de la vida humana, y si se entiende que el conocimiento racional estriba en la percepción intelectiva de un objeto o una idea por medio del entendimiento, y su procesamiento en la razón humana, entonces, la Justicia no sólo es accesible sino connatural al conocimiento racional.
2) La Ciencia natural se funda en la observación empírica: solamente aquello que es directamente observable y perceptible a través de la experiencia sensible puede ser conocido "racionalmente". Aferrándose a este "crudo" principio positivista, Kelsen, quiere hacer del Derecho también una "ciencia" con base en el conocimiento "racional científico". Sin embargo, la "racionalidad científica" de la que habla su teoría jurídica difiere sustancialmente de aquella racionalidad científica que en efecto corresponde al plano epistemológico, propio y exclusivo de las ciencias plenas y verdaderas.

DISEÑO METODOLÓGICO

La metodología investigativa utilizada en este trabajo puede ser tipificada inicialmente como descriptiva, analítica e interpretativa; pero, en definitiva, es esencialmente correlacional y crítica en el plano filosófico, en consonancia con los fines reflexivos a los que está orientado el estudio.
Dentro del marco esquemático así delineado, la secuencia operativa es:

1) Contextualización del tema de estudio, demarcando su ámbito de influencia y teniendo como la base de razonamiento los lineamientos de la teoría jurídica kelseniana.
2) Recensión (análisis e interpretación crítica) de una de las obras más representativas de Kelsen: en la que se describe específicamente el tema que tratamos.
3) Evaluación de los argumentos del maestro, contrastándolos con aquellos que corresponden a otros filósofos del pasado, cuestionados por el jurista, para luego fundamentar, a partir de ahí, la crítica al contenido global de la obra analizada.

Así configurado en su estructura organizativa, este trabajo consta de dos unidades:
La primera parte es esencialmente descriptiva (Cap. I y II), pero también interpretativa (Cap. III).
El primer capítulo constituye el marco teórico conceptual; es una somera caracterización de la Filosofía del Derecho y de sus principales corrientes y métodos. En el segundo están expuestos los grandes lineamientos del pensamiento jurídico-filosófico de Kelsen, descrito ampliamente en su Teoría Pura del Derecho. El tercer capítulo es una interpretación de los postulados de Kelsen, compendiados en su libro *¿Qué es la Justicia?*
La segunda parte, principalmente analítica, constituye el estudio filosófico de la teoría kelseniana de la justicia; consta de dos capítulos.
El cuarto, que aglutina y resume lo más importante del estudio, es una síntesis crítica de la teoría kelseniana, cotejada con otras teorías filosóficas de la Justicia. Comprende, además, otras importantes cuestiones, como derecho natural, axiología, neutralidad ética, absolutidad y racionalidad de la Justicia, confluyendo todo ello en la demostración de las hipótesis adelantadas.
En el quinto y último, que clausura la parte crítica del estudio; se habla de temas como cientificidad y racionalidad del derecho positivo, los presupuestos científicos de la TPD, abordaje epistemológico de la gnoseología kantiana, y la teoría kelseniana en el rol de ciencia plena.

PARTE PRIMERA

LA FILOSOFÍA, EL DERECHO Y LA JUSTICIA

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

La presente reseña ilustrativa no es una revisión histórica de modelos y autores, sino nada más que una ojeada retrospectiva a las principales y más representativas corrientes del pensamiento iusfilosófico. Las cortas citas transcritas se limitan a poner de relieve las ideas centrales, los grandes lineamientos y los hitos más sobresalientes del historial que introduce al tema central, a fin de situarlo apropiadamente en su contexto conceptual espacio-temporal.

Vamos a encontrar en este capítulo conceptos esenciales acerca de los temas, tomados de la literatura disponible, y que tienen como referencia conocidas fuentes primarias.

1.1. FILOSOFÍA Y DERECHO

En una de sus más conocidas obras, José F. Lorca Navarrete, iusfilósofo español, escribe:

"Hay que deducir el sentido y el *carácter* de la filosofía, como inexorable apetencia humana de saber total, como verdad sintetizadora última de las verdades parciales de los saberes especializados y como hitos sucesivos a donde llegó la razón humana arrastrada por la comezón de conseguir la verdad última. Hay que tener en cuenta, empero, que si bien bajo esta última perspectiva, la filosofía anda orientada hacia verdades absolutas, ello indica que no puede ser sencilla concepción subjetiva del mundo, como pretendió Dilthey, porque en esta línea se reduce el meollo filosófico a la *tensión* curiosa del pensador, olvidando el contenido objetivo, que es la clave del saber con aspiraciones de verdad. Y de seguir este sendero se corre el peligro de atar a la filosofía a perspectivismos vitales, a psicologismos individualizados, con mengua de la fundamental objetividad de la verdad absoluta".[1]

"La meditación acerca de lo que hay que entender por Derecho es una constante expresiva de esa tensión dramática que aletea en la conciencia de la humanidad, por aprehender en sus rasgos esenciales lo que el Derecho es y lo que el Derecho supone como medio de aglutinar las relaciones sociales, bajo el punto de vista de la Justicia, el orden o la seguridad. Orden y Justicia, a pesar de las discordancias que sobre el contenido de los mismos surgen desde cada concepción del mundo,

[1] Lorca Navarrete, José F. *Fundamentos filosóficos del Derecho.* Pirámide, Madrid, 1982, p. 14

serían así los dos objetivos o aspiraciones primordiales a lograr por este sistema normativo que es el Derecho; también los dos valores desde los cuales intenta legitimarse todo sistema de legalidad".[2]

Del mismo tema se ocupa también Michel Villey, uno de los filósofos del Derecho contemporáneos que han alcanzado renombre en Francia. Señala Villey: "Toda *ciencia* moderna se forma a partir de algunos axiomas, principios o nociones fundamentales. Estas nociones básicas, sus significaciones, no constituyen objeto de su estudio; las acepta sin más, está condicionada por ellas, les debe su propia consistencia, su coherencia y su rigor científico; las acepta como *datos* cuyo examen crítico corresponde a otra disciplina. Esto vale para la ciencia del Derecho; o mejor para las diversas clases de ciencias jurídicas. La ciencia del Derecho no es una ciencia completamente autónoma, plenamente autárquica; depende, en cuanto a sus principios, de otra disciplina que antiguamente se llamaba 'arquitectónica'. Es de eso de lo que habrá que convencer a los juristas: que toda ciencia del Derecho depende de un sistema general de filosofía". Y más adelante agrega: "Una filosofía que intenta discernir las estructuras generales del mundo se halla en condiciones de aportar al Derecho un complemento indispensable: la discusión de sus fines y de sus fundamentos. Como disciplina 'arquitectónica', la filosofía juega el papel de pastor de la multitud de las ciencias existentes; apta para colocar a cada una en su sitio, para regular entre ellas los conflictos de fronteras; para distinguir las fuentes de sus conocimientos respectivos; para señalar sus límites. La filosofía tiene esta misma misión respecto de la ciencia del Derecho, igual que de las otras ciencias. A ella le corresponde determinar el dominio del Derecho con relación a la moral, la política y la economía; definir el Derecho (*quid jus*), el fin de la actividad jurídica. Discernir también las fuentes específicas del Derecho y lo que de propio tiene el método de la ciencia jurídica respecto a otras fuentes y a otros métodos".[3]

Ahora bien, la conceptualización, misión primordial de este encuadre teórico, nos reconduce al escabroso terreno de las definiciones.

En una de sus obras más difundidas, el iusfilósofo argentino Eduardo A. Russo hace un interesante apunte: "La palabra derecho (...) proviene del latín *directus* que equivale a 'recto', por aquello de que el camino más corto (más directo) entre dos puntos es la línea recta, vale decir, la que no se inclina 'ni para un lado ni para el otro', lo que en sentido figurado equivale a 'justo'. La etimología de justicia y sus derivados ya no es tan clara". "Hasta ahora tenemos, entonces, que el objeto que estamos buscando no es simple ni empírico y que su origen etimológico es figurativo, relacionado

[2] *Op. cit.*, p. 31
[3] Villey, Michel: *Compendio de Filosofía del Derecho*. Univ. de Navarra, Pamplona, 1979, p. 31-32 y 44

con los conceptos de justicia y poder. Todo lo expuesto, empero, no es mucho ni aclara demasiado".[4]

Entre otras formas de definición del Derecho, encontramos una que nos parece particularmente ilustrativa: es la del filósofo, jurista y cientista político Norberto Bobbio. En una de sus numerosas y conocidas obras, el iusfilósofo italiano explica: "El mejor modo de acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el Derecho como un *sistema de normas*, o reglas de conducta. Partimos de una afirmación general de que *la experiencia jurídica es una experiencia normativa*". "Hay por lo menos dos teorías normativas resaltantes: la teoría del derecho como *institución* y la teoría del derecho como *relación*". Tanto la una como la otra "no excluyen sino que comprenden la teoría normativa, que constituye antes bien el presupuesto de validez de ambas. Cada una de ellas pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica: la teoría de la relación, que muestra el aspecto de la *intersubjetividad*; la de la institución, el aspecto de la *organización social*; en tanto que la normativa patentiza el aspecto de la *regulación*".[5]

Existen múltiples y diversas formas de conceptualizar el fenómeno social que llamamos derecho; la característica común es que los juristas no han podido arribar a una definición unívoca. Podemos, no obstante, ensayar tentativamente una que nos parece simple y genérica. Digamos por de pronto que para nosotros derecho es un conjunto ordenado de normas de conducta y de organización, destinadas a regular las relaciones intersubjetivas, en el seno de un orden social dado, sin explicar todavía nada sobre la naturaleza y las características de ese orden ni precisar por quién han sido instituidas.

1.2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Una vieja referencia, tomada de una obra clásica, reza: "Desde los tiempos más remotos a que alcanza el origen de las investigaciones filosóficas hasta los novísimos, hubo siempre la convicción de la existencia de una suma de conceptos y principios jurídicos universales, patrimonio de todos los pueblos y en todos los tiempos, presupuesto necesario y fundamental de toda realidad jurídica positiva. Estos principios o conceptos eran denominados derecho natural, y se consideró como objeto de la Filosofía del Derecho exponer, explicar este derecho natural en su esencia, en sus fundamentos y en sus relaciones con el Derecho positivo.

---

[4] Russo, Eduardo A.: *Teoría General del Derecho.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 17-18

[5] Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, 2da. ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 3, 7 y 19

Hasta fines del siglo XVIII fue éste, en general, el concepto de la Filosofía del Derecho".[6]

Revisemos otro criterio. En sus "*Fundamentos*...", Lorca Navarrete transcribe una cita extraída del libro *Le droit d'aujourd'hui* (El Derecho de hoy), de J. Freund, que en uno de sus pasajes manifiesta: "toda reflexión sobre la naturaleza, los principios, la meta y la significación del Derecho plantea problemas que no pueden ser resueltos por la vía y los medios puramente jurídicos, porque ellos son de orden filosófico". "Y es que, desde ahora, debe quedar bien patente que la Filosofía del Derecho, a título de ontología jurídica, trata de desgranar todo fenómeno jurídico hasta llegar a su desnuda realidad y esencia, para después valorizarlo bajo el talante de una perspectiva axiológica que implica la idea de Justicia, faro y guía de todo proceso jurídico, y basamento de toda convivencia libre y ordenada. Desde este punto de vista, el problema cardinal de la Filosofía del Derecho es el Derecho natural, que es tanto como decir que básicamente se reduce a una *permanente reflexión acerca de la Justicia*. Del mismo modo que el Derecho mismo no es sino el mínimo formal, el medio que va a intentar, sin conseguirlo siempre, que esa Justicia impere en la vida de relación, en la convivencia social".[7]

Michel Villey nos habla también de una faceta distinta de la Filosofía del Derecho. En su "*Compendio*" dice: "Hay –según Kant– dos preguntas que conciernen al Derecho: en primer lugar, la pregunta *¿quid juris?*, o sea, ¿cuál es, en tal o cual proceso, la solución de *Derecho*?, y en segundo lugar, esta otra: *¿quid jus?*, es decir, ¿qué es *el* Derecho en sí mismo? (...). La misión de la ciencia *jurídica* es responder al primer problema (lo cual quiere decir, en su sistema, cuál es la solución conforme a las leyes positivas); mientras que el segundo problema compete (definir) a la 'Facultad de Filosofía' (...). Sin embargo, ninguna respuesta científica se podría ofrecer a la pregunta *¿qué es de* derecho, *quid juris?*, si no tenemos alguna idea de *lo que es* el Derecho, *quid jus.* Toda ciencia del Derecho supone la admisión de cierta concepción del Derecho, de su objeto y de sus fuentes; y una ciencia del Derecho no valdrá más de lo que valgan sus principios. Es preciso someterlos, de cuando en cuando, a examen. Si conocemos las lagunas de la enseñanza jurídica y juzgamos necesario completarla, conociendo el fin y los fundamentos de la ciencia del Derecho, será preciso añadir otra disciplina: la Filosofía del Derecho".[8]

La Filosofía del Derecho es entendida de diversas maneras. Pero, en un intento de pergeñar una definición genérica convengamos que, en su esencia, puede ser pensada como la reflexión abstracta

---

[6] Cathrein, Victor: *Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 1941, p. 11
[7] Lorca Navarrete, J.F.: *Op. cit.*, p. 16-17.
[8] Villey, M.: *Op. cit.*, p. 33-34

y la discusión racional acerca de los principios básicos del fenómeno llamado derecho y de sus conceptos y cuestiones básicas. Pero, más allá de las cuestiones terminológicas y semánticas que atañen a esa disciplina, conviene detenernos a revisar un poco más de cerca aquello que tiene que ver más bien con los aspectos que ella presenta, en lo jurídico y en lo filosófico, lo cual se ve reflejado también las tendencias que va adoptando en el tiempo.

En su *Teoría General del Derecho*, Norberto Bobbio hace un interesante análisis de la problemática de la Filosofía del Derecho, que merece ser reproducido aquí. Explica que los tres problemas primordiales, de los cuales ha tratado tradicionalmente la Filosofía del Derecho, coinciden con las tres calificaciones normativas: la justicia, la validez y la eficacia.

"El problema de si una norma es o no *justa* es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema *deontológico* del Derecho". "El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de explicar los valores supremos hacia los cuales tiende el Derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su conjunto de reglas y de instituciones. De aquí nace la Filosofía del Derecho como *teoría de la justicia*".

De otro lado, "El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. (...) Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico racional... El problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta: ¿qué se entiende por derecho? Se trata del problema *ontológico* del Derecho". "El problema de la validez constituye el núcleo de las investigaciones destinadas a ver en qué consiste el Derecho como regla obligatoria y coactiva, cuáles son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos, y por lo tanto no los fines que deben realizarse, sino los medios dispuestos para el logro de esos fines, o el Derecho como instrumento para la realización de la justicia. Así se origina la noción de Filosofía del Derecho como *teoría general del Derecho*".

En fin, "El problema de la *eficacia* de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige... Que una norma exista en cuanto norma jurídica no significa que

también sea constantemente cumplida. (...) La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social. (...) También aquí se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema *fenomenológico* del Derecho". El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del Derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico. Aquí se genera el aspecto de la Filosofía del Derecho que lleva a la *sociología jurídica*".[9]

Vistos ahora desde otra perspectiva, los criterios caracterizadores del Derecho confluyen y definen direcciones preferenciales de la Filosofía jurídica.

En tal sentido, un modelo también representativo es el que puede quedar resumido en el planteamiento de José M. Rodríguez Paniagua, filósofo y jurista español, quien habla de tres tendencias a las que quedarían reducidas las diversas concepciones del Derecho, tendencias que marcan otras tantas orientaciones de la Filosofía del Derecho:

"La primera, la '*estatal-formalista*', pone en íntima conexión el Derecho con el Estado, en el sentido de suprema organización política; y entiende que el monopolio, al menos de control que el Estado ejerce sobre el Derecho, se manifiesta en una contraseña estatal que permite identificar fácilmente todo lo jurídico. El Derecho es derecho si está establecido conforme a los modelos determinados por el propio Estado. El criterio para reconocerlo es, pues, el de su procedencia".

"La segunda postura fundamental, la '*sociológico-realista*', considera la anterior concepción como demasiado estrecha: el Derecho procede de la sociedad, pero no de la suprema sociedad política o, al menos, ésta no puede ejercer un control tan perfecto sobre el Derecho, que le permita estampar un sello sobre todas sus manifestaciones... El Derecho puede ser ya derecho antes de que se le imprima esa pretendida contraseña estatal, o bien no puede serlo, aun cuando ya se le haya impreso, hasta que esa contraseña no haya encontrado de hecho el reconocimiento y la efectividad. Si se quiere buscar un criterio de identificación de lo jurídico, hay que acudir a su misma realización, al papel que desempeña de hecho como orden primario de la sociedad, acomodado a las necesidades de ésta. Ese criterio está determinado, pues, por su efectividad, por su función".

"La tercera posición, la '*óntico-valorativa*', entiende que el Derecho no es un producto del Estado ni de la sociedad, sino a lo sumo del hombre mismo. Para reconocerlo, no es necesario acudir a la

[9] Bobbio, N: *Op. cit.*, p. 21-25

marca de control estatal ni esperar a su realización social, ya que el Derecho es derecho aunque no sea establecido por el Estado y a veces en contra de lo que es establecido por éste, y aun cuando no sea realizado por la sociedad. No puede ser derecho lo que es injusto, e incluso, según algunas posturas, (sólo) es derecho todo lo que es justo. El criterio para su identificación se busca, pues, no en su procedencia, ni en su función, sino en su contenido".[10]

La diferenciación que acabamos de ver en Rodríguez Paniagua coincide con el esquema aceptado mayoritariamente, según el cual se distinguen las tres concepciones clásicas del Derecho que a la vez definen las tres corrientes principales e históricas de la Filosofía del Derecho que son: positivismo jurídico, realismo jurídico e iusnaturalismo, respectivamente. Una breve reseña histórica sobre estas grandes tendencias es presentada poco más adelante en este capítulo.

1.2.1. SUS TEMAS Y MÉTODOS: VISIÓN JURÍDICA Y VISIÓN FILOSÓFICA

Las múltiples opiniones que acerca de esta materia encontramos en nuestra investigación da pábulo para suponer que bien podríamos también tener ante la mirada una diversidad de filosofías del derecho; pero si bien esto es factible, vamos a tomar la vía más simple y efectiva. Así como identificamos una filosofía de la Historia, una filosofía de la Ciencia, una filosofía de la Educación, del mismo modo, en este trabajo vamos a referirnos a una sola: a la Filosofía del Derecho sin más; aquélla que, por definición, es el prototipo teórico. Y entonces ¿cuál es el contenido, los temas de estudio, de la Filosofía del Derecho?

Partimos de la definición general y convencional, ya enunciada, de que el Derecho es un conjunto ordenado de normas destinadas a regular las relaciones intersubjetivas en el seno de un orden social dado, y que la Filosofía del Derecho es la reflexión abstracta, la discusión racional, acerca de los principios fundamentales de ese fenómeno llamado **derecho**, de sus conceptos y cuestiones substanciales. Si eso es así, convengamos que, por definición, el ordenamiento normativo, como principio básico del Derecho, viene a constituirse en el tema principal de la iusfilosofía. Es en torno a éste que se agrupan los demás temas conexos, como veremos más adelante.

Valga puntualizar que en la Antigüedad griega los filósofos comenzaron ocupándose de la moral, la ética, la política, la ley, la justicia, etc., antes que del Derecho propiamente, disciplina cultivada a plenitud recién en Roma. Sólo a partir de aquel tiempo se puede hablar de una genuina Filosofía del Derecho, si bien ya desde los griegos vemos definidos dos grandes campos en el pensamiento

[10] Rodríguez Paniagua, José M.: *¿Derecho natural o Axiología jurídica?* Tecnos, Madrid, 1981, p. 16-17

filosófico referido a las normas y las leyes, que van a prolongarse en el decurso histórico y que son: la corriente naturalista, como encarnación de la opción universalista, y la corriente positivista, que se restringe más bien al relativismo reduccionista. Entre los polos de esta dicotomía, hoy secularizada, se van a ubicar en los tiempos modernos las demás tendencias (como el realismo, el historicismo o el sociologismo, y otras).

La diferenciación que establecemos entre estas dos maneras de ver y encarar el estudio del Derecho, en tanto fenómeno social, determina también dos modos de enfocar la reflexión filosófica acerca de los conceptos principales sobre los que el Derecho se sustenta.

Se delinean entonces dos grandes y nuevas direcciones en la Filosofía del Derecho: una, que vamos a convenir en llamar la visión **jurídica**, y la otra, la visión **filosófica**. La primera, que se confina a la explicación del fundamento teórico de los conceptos específicamente jurídicos, sobre bases metodológicas empíricas. La segunda que, en cambio, pretende abarcar la totalidad, es decir, constituye la reflexión acerca de los primeros principios, los elementos constitutivos y los fines últimos del Derecho como experiencia humana, recurriendo para ello al empleo del método propiamente filosófico.

Los partidarios del positivismo jurídico y del llamado realismo, que se agrupan particularmente en la esfera jurídica anglosajona, prefieren, como sus antecesores, permanecer en la denominada Teoría General del Derecho, para no tener que referirse explícitamente a la Filosofía cuando hablan de los principios esenciales del Derecho.

La Teoría General del Derecho es definida como una doctrina de los conceptos, las formas y los contenidos jurídicos básicos. Ella no ve en los hechos y en las ideas objetos independientes, sino solamente partes constitutivas de la doctrina jurídica, y se limita a describirlos de manera sistemática. Estudia el derecho *que es*, que ha sido "puesto" y que por ello es llamado positivo. Desde *el interior* del Derecho, trata de definir a éste en sí mismo, aunque sin lograrlo efectivamente. Se mueve en torno a la "experiencia jurídica"; en consecuencia se encuentra capacitada para responder a la pregunta *quid juris*: qué es de derecho (o mejor, qué entendemos por cuestión jurídica). La Filosofía del Derecho, en cambio, se interesa por descubrir qué sentido tiene el Derecho dentro no sólo de la vida jurídica, sino de la totalidad de la vida misma. Reflexiona sobre el Derecho *que debe ser* y lo hace estudiándolo desde *fuera* del ámbito jurídico, considerándolo no sólo en sí mismo, sino además en sus relaciones y diferencias con los demás órdenes reguladores del comportamiento humano. Por ello, responde con acierto a la pregunta *quid jus* (qué es el Derecho),

ya que para definir al Derecho dentro de un universo mayor, ha tenido que indagar a qué llamaban derecho en la historia de la Filosofía y qué se entiende hoy por tal.

En los escritos de la Filosofía jurídica de antaño, los temas que ella estudiaba eran la Lógica jurídica, que trataba sobre la forma de los juicios, los conceptos y el raciocinio jurídicos; la Axiología jurídica o doctrina del deber ser, que tenía por objeto el estudio de los valores a cuya realización debe tender el Derecho; y la Ontología jurídica, como explicación de las conexiones esenciales entre las diversas manifestaciones de la conducta jurídicamente regulada, antes que como el estudio de la razón de ser del Derecho en sí mismo. Entraban asimismo en la esfera de esta iusfilosofía, la Ética, la Política y la Sociología como disciplinas conexas al estudio de la realidad jurídica en su conjunto. Sin embargo, en la mayor parte del siglo XX es cuando se configuran y ubican mejor los contenidos. En la actualidad, aquellas viejas disciplinas filosóficas tienden a asumir, con mayor propiedad, el rol de métodos de análisis filosófico del fenómeno jurídico y de sus interrelaciones con otros temas nuevos, en un plano mucho más general y diversificado.

La Teoría General del Derecho, conocida también con el nombre de *jurisprudencia analítica* en la órbita anglosajona, se ancla principalmente en temas inherentes a los conceptos básicos del Derecho positivo, tales como hecho, norma, valor, las fuentes del Derecho, el sujeto del Derecho; el deber jurídico, la sanción, la obligación, la responsabilidad y la persona, todas jurídicas, el derecho subjetivo, etc. En síntesis, comprende plenamente el sistema jurídico y la dogmática jurídica.

El instrumento articulador del estudio de esos temas es sobre todo el método jurídico empírico, cuya característica más sobresaliente es su claro distanciamiento del método filosófico racional.

Algunos de los temas de estudio, preferencialmente desarrollados por los más distinguidos exponentes de la Teoría general, son entre otros: el normativismo y su estructura lógica, la tipología de las normas, el derecho vigente o ciencia realista del derecho, el formalismo, etc., para citar sólo los más publicitados.

La Filosofía del Derecho, de la que hablaremos de aquí en más, abarca una diversidad mucho más grande de materias, porque su enfoque es holista: analiza y estudia en sus fundamentos el ser jurídico considerado en su integridad y dentro del contexto universal. Se ocupa de indagar por el concepto general del Derecho; no se restringe a considerar tan sólo los temas del derecho positivo, sino que analiza y compara los ordenamientos normativos morales, sociales, políticos y hasta teológicos, que engranan con todo ordenamiento jurídico. Además del derecho positivo de los

juristas, se ocupa sobre todo del derecho natural, cotejándolo con todas las demás culturas jurídicas conocidas. Se interesa por el *ser* y al mismo tiempo por el *deber ser*, tanto en lo jurídico como en lo filosófico; inquiere por la *norma* y la *ley* jurídicas, pero en estrecha imbricación con la amplia significación de la ley natural.

En suma, la Filosofía del Derecho, más allá de la descripción y de la interpretación (en el sentido propiamente filosófico) de las normas, de las leyes, sin interesarse y detenerse en los aspectos meramente formales y procedimentales, tiene por objeto la comprensión cabal del fenómeno jurídico considerado en su totalidad y calibrado en función de sus vínculos con las otras ramas del saber humano. Se caracteriza porque centra su enfoque de modo preferencial en la Ética, la Axiología y la Ontología; y desde la perspectiva de esas disciplinas enfoca el estudio de cuestiones que trascienden lo específicamente jurídico, como es la de la Justicia. Analiza también el problema del conocimiento jurídico general (Gnoseología jurídica), y el conocimiento jurídico en su dimensión científica (Epistemología del Derecho).

Por otra parte, indaga acerca de las relaciones de las disciplinas filosóficas mencionadas con otras ciencias, escindidas de la Filosofía, como la Lógica, la Sociología, la Psicología, la Antropología, la Historia, la Política, la Economía, etc., para explicar el fenómeno jurídico en su más completa y diversificada connotación conceptual.

1.3. LAS PRINCIPALES CORRIENTES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El objetivo central de este trabajo de grado es entender en su cabal dimensión la significación filosófica que entraña la idea de justicia en la doctrina jurídica de Hans Kelsen. Hay que señalar claramente que la teoría kelseniana, que no es del todo novedosa en su concepción filosófica aunque sí en su método, tiene sus antecedentes en la historia contemporánea de la Filosofía del Derecho.

Esto nos lleva a examinar las definiciones conceptuales más relevantes que encontraremos en este estudio, con el propósito de munirnos del material teórico mínimo que nos permita colocar en contexto el problema que estudiamos y abordarlo convenientemente.

Con esa finalidad, procedemos en primer lugar a describir muy someramente, y evitando incursionar demasiado en los aspectos más jurídicos (dogmáticos) que filosóficos, los rasgos característicos de las principales corrientes filosófico-jurídicas que han alcanzado notoriedad histórica y que consideramos de interés para orientar el enfoque de nuestro marco teórico.

1.3.1. EL IUSNATURALISMO

En sus grandes líneas, la idea del derecho natural se remonta a los orígenes mismos del pensamiento jurídico en la Grecia clásica, sigue en Roma y continúa en el Medioevo. Como doctrina de ese derecho natural, el iusnaturalismo se sistematiza en la Era de la Razón y de las Luces de los siglos XVII y XVIII. Tras un período de decadencia en el siglo siguiente, renace a mediados del XX, luego de la Segunda Guerra Mundial. Su esencia permanece latente aún en nuestros días, a pesar de los duros embates de las doctrinas adversarias.

La definición conceptual y formal del profesor Guido Fassò [11] reza: "el iusnaturalismo es la doctrina según la cual existe y se puede conocer un 'derecho natural' (*ius naturale*), o sea, un sistema de normas de conducta intersubjetiva, distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (derecho positivo). Este derecho natural tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al derecho positivo y en caso de conflicto con este último debe prevalecer sobre el mismo".

El significado tanto filosófico como político de iusnaturalismo varía mucho de acuerdo con las distintas concepciones del derecho natural. Se trata de concepciones heterogéneas y en algunos casos opuestas; sin embargo, todas tienen en común la idea de un sistema de normas lógicamente anteriores y éticamente superiores a las normas del Estado.

La escuela del derecho natural o iusnaturalismo se inició con Hugo Grocio (1588-1625) y terminó al crearse las grandes codificaciones, especialmente la napoleónica a inicios del siglo XIX.

Bajo la etiqueta de "escuela del derecho natural" se esconden autores y corrientes muy diferentes: grandes filósofos como Hobbes, Leibniz, Locke, Kant, que se ocuparon de problemas jurídicos y políticos relativos a líneas distintas de pensamiento; juristas-filósofos como Pufendorf, Thomasius y Wolff, también ellos divididos en puntos esenciales de la doctrina.

El principio de unificación de aquello que unos y otros acordaron en llamar una "escuela" no es este o aquel contenido, sino una cierta manera de abordar el estudio del derecho y en general de la ética y de la filosofía práctica; en una palabra, el "método". Lo que conjunciona a autores tan diferentes es el método racional, que debe permitir reducir el derecho y la moral a ciencia demostrativa. Tanto seguidores como adversarios se consideran autorizados para hablar de escuela, aunque ésta no constituye una unidad ontológica, ni ideológica, sino metodológica.

---

[11] Fassò, Guido: "*Iusnaturalismo"*, artículo inserto en Bobbio, N., Matteucci, N. y Pasquino G.: *Diccionario de Política*, vol. 1. Siglo Veintiuno, México, 1998, p. 837

Está difundida la práctica de llamar al derecho natural moderno "derecho racional", para indicar que aquello que caracteriza al movimiento en su conjunto no es tanto el objeto (la naturaleza), sino la manera de tratarlo (la razón). Históricamente el derecho natural es una tentativa de dar una respuesta segura a una postura de antaño, que hoy llamaríamos el relativismo ético. La nueva ciencia de la moral, la ética, que nacía con el propósito de aplicar las más refinadas técnicas de la razón al estudio de la moral, que habían dado sorprendentes resultados al estudio de la naturaleza, debía servir para este objetivo. Si hay un lazo que mantiene unidos a los iusnaturalistas, es precisamente la idea de que sea posible una "verdadera" ciencia de la moral, entendiéndose por ciencias verdaderas aquellas que comenzaron a aplicar con éxito el método matemático.

Para Russo[12], "las distintas versiones del derecho natural tienen dos elementos en común: el primero de corte ontológico y el segundo de corte epistemológico. El primero se refiere al Derecho en general, pues éste aparece determinado en su contenido desde la esfera del derecho natural, el cual tiene como características el ser universal e inmutable. En consecuencia, el derecho positivo obtiene su validación o justificación en el derecho natural; esta adecuación entre derecho positivo y derecho natural produce un derecho justo. El segundo elemento hace al conocimiento de ese derecho.

A pesar de sus variantes, en todo el iusnaturalismo el Derecho se conoce a través de la Razón. Desde luego que no se trata del mismo criterio de razón en los estoicos que en Rousseau, pero, a pesar de las distancias, en todos los casos se encuentra la razón como instrumento apto para intuir intelectualmente las categorías propias del derecho natural. Bastaría una demostración concreta de la razón para visualizar estos derechos".

Russo identifica y caracteriza las expresiones distintivas del iusnaturalismo, que aquí son sintetizadas del modo siguiente:

a) "Históricamente, la primera concepción de esta doctrina es la del iusnaturalismo 'panteísta', que gira alrededor de los estoicos, para quienes el universo entero implicaba un orden. Este orden es expresión de una razón universal y eterna que rige todo el Cosmos. Esta razón coincide con una Ley Eterna, fija e inmutable que anima o humaniza al universo... y en ella se basa la Ley Natural, que resulta común a todos los hombres y es anterior a cualquier ley humana (emanada del hombre)".[13]

b) "Una segunda línea de pensamiento iusnaturalista la encontramos con el advenimiento del cristianismo, que transforma el principio fundante del iusnaturalismo a través de la idea de

[12] Russo, Eduardo A.: *Teoría General del Derecho.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 38
[13] Russo: *Op. cit.*, p. 42

‘creación’... Santo Tomás de Aquino, máximo exponente del iusnaturalismo llamado trascendental, retoma la tradición judeo-cristiana, ordenándola conforme al modelo aristotélico. Dios no sólo crea el mundo sino que también lo gobierna; pero el gobierno, desde una perspectiva racional, no es arbitrario sino conforme a un plan. La Ley Eterna –el plan de Dios– es la ley primera ordenadora de toda la creación, cognoscible, sólo imperfectamente, por la razón humana. La Ley Natural, contenida en la primera, está destinada al hombre como ser terrenal, social, libre y racional.

La Ley Humana es el nombre que Santo Tomás le otorga a la ley positiva, creada por el legislador, pero que sólo será realmente tal en la medida en que sea derivación de la Ley Natural”.[14]

Este iusnaturalismo trascendental “es una teoría en la cual el Derecho tiene su fundamento en el Dios cristiano trascendente. El derecho natural es una participación en la Ley Eterna y constituye el contenido del objeto de la justicia. Este derecho natural es cognoscible por la razón. El derecho positivo no es tal si no se adecua a los principios del derecho natural. En fin, existe una íntima unión entre derecho y moral”.[15]

c) “El iusnaturalismo racional o profano se caracteriza, dentro de la corriente iusnaturalista, por operarse una ‘desconexión’ entre el sistema del derecho natural y su principio que radica en un Dios trascendente. Este iusnaturalismo tiende a centralizar su enfoque en un análisis de la naturaleza del ser humano y a encontrar a través de la razón una serie de caracteres fundamentales de ésta, como la necesidad de la conservación de la vida, de la libertad, de la igualdad, etc. Cada uno de tales caracteres constituye un ‘valor’ previo a cualquier ordenamiento positivo... Pero el asunto está dirigido a dos cuestiones: al encuentro de propiedades necesarias en el hombre como individuo y a la demostración de la existencia de éstas por medio de la razón”.[16]

Distinta es la concepción del derecho natural en el iusfilósofo alemán Hans Welzel, quien hace una interesante observación cuando, en las líneas iniciales de su libro, dice: “En la base del derecho natural se halla la idea de que el Derecho puede deducirse e interpretarse partiendo de la peculiaridad de la naturaleza humana. Ahora bien, ¿qué es la naturaleza humana?... Los intentos de dar una respuesta a esta pregunta han escindido radicalmente la doctrina del derecho natural.

A través de todo los tiempos y de todas las épocas en las que se acostumbra dividir a ésta, corre una antítesis de principio... Es una antítesis... entre un derecho natural ‘ideal’ y otro, ‘existencial’.

---

[14] *Op. cit.*, p. 46-49
[15] *Op. cit.*, p. 51
[16] *Op. cit.*, p. 54

Para el primero, la esencia del hombre se determina partiendo de la razón, del *logos*; para el segundo, en cambio, el hombre no es primariamente un ser racional, sino que se encuentra determinado por actos volitivos o impulsos de naturaleza prerracional. Para la doctrina ideal del derecho natural, éste es un ideal, eternamente válido y cognoscible por la razón; para la doctrina existencial del derecho natural, en cambio, éste se basa en decisiones condicionadas por la situación concreta dada o en la afirmación vital de la existencia.

En todas las épocas, lo mismo en la Antigüedad que en la Edad Media o en la Moderna, nos salen al paso dos sistemas de derecho natural esencialmente distintos, que parten de dos concepciones sustanciales opuestas acerca del ser del hombre. Muy a menudo se tienen en cuenta sólo los sistemas del Derecho natural ideal, con lo cual no solamente se obtiene una idea unilateral del derecho natural, sino que se desconoce, sobre todo, su motivo más profundo, que es llegar a una idea precisa del ser del hombre".[17]

1.3.2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Si vamos a ubicar al positivismo en su contexto histórico, señalemos que en el terreno doctrinal la terminación del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII puede ser localizada concretamente en Kant, que constituye su expresión más madura, más refinada y sobre todo más filosófica. Si bien el iusnaturalismo no termina con Kant, con él alcanza su formulación más completa, tras la cual se inicia su decadencia, que comienza precisamente en los primeros años del siglo XIX, favorecida precisamente por un acontecimiento que había sido visto como un triunfo del iusnaturalismo: la codificación francesa, la cual, sin embargo, abrió más bien el camino a la opción contraria: el positivismo jurídico. Hay que tener presente y remarcar que el pensamiento positivista no nace a fines de la Modernidad como relevo del naturalismo; pues, manifestaciones de una actitud iuspositivista se encuentran ya en el mundo griego, sobre todo entre los sofistas. Se trata de un positivismo jurídico que por su esencia es voluntarista; de ahí que el Derecho no tenga otro sustento ni otra razón de ser, más allá del hecho de que lo ha establecido la voluntad del Estado.

Pero el positivismo jurídico, como doctrina sistemática, es esencialmente una doctrina moderna y sus precedentes históricos suelen hallarse en el siglo XVII, en Thomas Hobbes, de quien se dice que se valió del derecho natural para fundar el positivismo en Inglaterra.

---

[17] Welzel, Hans: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2ª ed. Aguilar, Madrid, 1979, p. 5

En Hobbes, precursor de este movimiento, encontramos una teoría voluntarista del Derecho, una teoría imperativista de la ley. "Esta doctrina es la justificación teórica más consecuente del poder absoluto, cuya consecuencia es la reducción de la justicia a la fuerza, por lo cual justo es lo que le agrada al más fuerte: el soberano".[18] Dos siglos más tarde, Bentham, a quien se considera el verdadero iniciador del positivismo, propugna una teoría imperativista del Derecho, un verdadero fetichismo de la ley, en la creencia de que las leyes deberían procurar el bienestar de aquellos a quienes afectan. Su "principio utilitarista" se justifica racionalmente por sí mismo. "Puede que la ley sea un mal necesario, pero en todo caso es un mal; imponer la ley es causar un daño para que de él se derive un bien".[19]

Corresponde a la misma época Austin, de quien se dice que es el constructor del positivismo. Su teoría sobre el Derecho es una forma de positivismo legal. Las leyes (o normas) son imperativos que crean "obligaciones" porque están respaldadas por "sanciones".

Sabemos pues cómo, y a través de qué medios, advino el iuspositivismo; pero, ¿qué se ha venido en entender por tal? Una de las caracterizaciones clásicas que se han conocido, ya en los años 60, es la de Norberto Bobbio que señala: "Por positivismo jurídico, como teoría, entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado".[20] Más adelante, Bobbio hace un parangón entre las dos corrientes jurídicas hasta ahora presentadas, de la siguiente manera: "Por 'iusnaturalismo' entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por 'positivismo jurídico' entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho (más) que el derecho positivo.

Dicho más brevemente: por iusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico, la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista".[21]

---

[18] Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*. 2da. ed. Temis, Bogotá, 1999, p.32
[19] Lyons, David: *Ética y Derecho*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 51
[20] Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*. Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 43
[21] Bobbio: *Op. cit.*, p. 68

En otro lugar de su libro, Bobbio explica: "Como ideología, el positivismo jurídico se reduce a la afirmación de que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente con independencia de su contenido, o de que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas. Esta concepción definida como formalismo ético, reduce la justicia a la validez, pues considera que son justas las leyes por el solo hecho de ser válidas. En cuanto teoría general del derecho, o también teoría formalista del derecho, el positivismo jurídico reduce el derecho a derecho estatal y éste último a los productos del legislador (las leyes); de aquí deriva la atribución, al derecho, de las características que son propias del derecho legislado del Estado moderno. Como modo de entender la ciencia jurídica, el positivismo jurídico es un modo de entender la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar a éste tal como es y no como debería ser. Esta teoría de la ciencia jurídica acepta una clara distinción entre validez y valor del derecho; entre las reglas que pueden ser válidas aun sin ser justas y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; sólo las primeras pueden ser objeto del estudio científico del derecho".[22]

Distinta es la opinión del jurista argentino Guillermo J. Munné[23], quien observa: "Ante la pregunta de por qué el positivismo jurídico se llama de esa manera, hoy predomina la respuesta que apunta al concepto del derecho que propone: derecho es el derecho positivo. El positivismo jurídico adoptó tal nombre, en adhesión al positivismo filosófico cuya preocupación era asegurar el carácter científico de los conocimientos humanos, en especial, los obtenidos por la investigación sobre temas sociales. Según el positivismo filosófico lo que no es científico es metafísico e irracional, estando los investigadores sociales en permanente riesgo de contagiar ambas calamidades. El positivismo jurídico se dirige a diseñar un modelo para la investigación jurídica que le permita a la dogmática ser aceptada en la aristocrática mesa de las ciencias. El positivismo filosófico invirtió un gran esfuerzo en iluminarle los senderos de la cientificidad a las ciencias sociales valiéndose de la lumbre de las ciencias naturales".[24]

"Lo propio del positivismo jurídico es una concepción de la dogmática jurídica como disciplina descriptiva, que debe atenerse a una neutralidad valorativa frente a su objeto y que, en tal sentido, permanece autónoma frente a la moral y la política. Actualmente, resulta muy extendida la idea según la cual la manera más adecuada de entender al positivismo jurídico es identificándolo con la

[22] *Op.cit.,* p. 75-76
[23] Munné, Guillermo J.: *Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico*, en: Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 2, artículo aparecido en Internet (2005)
[24] Munné: *Op. cit.* p. 102

tesis de que no existe relación conceptual entre derecho y moral. Esta tesis de la separación entre derecho y moral sería la propia del positivismo jurídico entendido como método y de ella se sigue que el derecho puede ser descrito sin recurrir a valoraciones morales. En mi opinión –acota Munné– la comprensión del positivismo jurídico como método requiere no sólo tener en cuenta el concepto de derecho separado de la moral sino también la concepción de la dogmática jurídica para la que esto se propone como un criterio metodológico".[25]

Lo visto hasta aquí nos pinta un panorama claro de la evolución del pensamiento jurídico. Vemos que se plantea una dicotomía entre derecho natural y derecho positivo. El primero, no establecido por el Estado, por ser universal e inmutable y válido por sí mismo, es un derecho éticamente justo y cognoscible por medio de la razón. El segundo es un derecho variable en el tiempo, valorativamente neutral, y que puede tener cualquier contenido, con la sola condición de haber sido creado por autoridad competente, es decir, el Estado.

Frente a esta situación reinante hasta fines de la Modernidad, en la época contemporánea surgen nuevas corrientes que, como una tercera alternativa al viejo iusnaturalismo y a su detractor, el moderno positivismo, encuentran el momento constitutivo de la experiencia jurídica, más bien en la realidad social en que el Derecho se forma y se transforma.

Estos movimientos, que aquí los agrupamos y denominamos con el nombre genérico de *realismo jurídico*, nacen en oposición al idealismo iusnaturalista y al formalismo iuspositivista.

1.3.3. EL REALISMO JURÍDICO

En la certera definición de Bobbio, las corrientes realistas "no observan al Derecho como deber ser, sino al Derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un conjunto de normas efectivamente aplicadas en determinada sociedad.

Desde el punto de vista realista, pecan por abstracción tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Los primeros porque confunden el derecho real con las aspiraciones de justicia, y los segundos porque lo confunden con las reglas impuestas y formalmente válidas, que a menudo son también formas vacías de contenido. Los positivistas observan sólo el conflicto entre derecho válido y derecho justo. Los realistas ven también un conflicto entre el derecho impuesto y el efectivamente

[25] *Op. cit.*, p. 103-104

aplicado, siendo sólo este último el derecho concreto y, por tanto, el único objeto de investigación posible para el jurista...".[26]

Otra opinión distinta es la de Russo, que puede resumirse en los siguientes términos:

"En el vocabulario filosófico, la expresión 'realismo' resulta totalmente equívoca. Dado que 'real' se toma casi como equivalente de 'verdadero', toda filosofía pasa a autodefinirse como 'realista', aunque ponga el acento de la realidad en entidades metafísicas e inobservables". "En este sentido, tanto iusnaturalistas como positivistas se reconocerían a sí mismos como 'realistas' por ocuparse de lo que el Derecho 'realmente es' (ley natural o norma ideal) y no de otra cosa. El término 'realismo' corre una suerte paralela, aunque de signo inverso, a la voz 'ideología': si la propia doctrina es 'realista' por describir los objetos como son, las restantes son 'ideologías' (en sentido peyorativo) por disfrazar la realidad, presentándola como les gustaría que fuese".[27]

La historia de la Filosofía del Derecho registra la aparición de varios movimientos que pueden inscribirse como "realistas". De ellos, aquí vamos a tomar como objeto de referencia breve solamente al historicismo y al realismo "propiamente dicho".

"A principios del siglo XIX, se le hizo un fuerte ataque al iusnaturalismo por parte de la 'escuela histórica del derecho' de Alemania, que como manifestación del romanticismo en el campo del Derecho reaccionaba de esta manera a lo que había sido la manifestación de la Ilustración. Los juristas de la escuela histórica acusaron al iusnaturalismo de abstraccionismo intelectualista por su pretensión de establecer normas y valores inmunes al devenir histórico, eternos e inmutables, y consiguieron algo al señalar, como expresiones de ese abstraccionismo, conceptos como los del Estado natural y del contrato social, y también de los derechos innatos, si se entendía como los entendían efectivamente los iusnaturalistas de los siglos anteriores, esto es, connaturales al hombre, independientemente de su situación histórica".[28]

El historicismo es un movimiento espiritual vasto y complejo que se extiende a todo el campo de la actividad humana, sin limitarse al jurídico. En este último se encuentra representado por un grupo muy caracterizado de escritores que constituyen la llamada "Escuela histórica del Derecho".

---

[26] Bobbio, N. *Teoría General del Derecho,* 2ª ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 33-34

[27] Russo, E.A.: *Teoría General del Derecho.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 136-137

[28] Fassò, G.: "*Iusnaturalismo*", artículo inserto en Bobbio, N., Matteucci, N. y Pasquino G.: *Diccionario de Política,* vol. 1. Siglo Veintiuno, México, 1998, p. 841

La postura antinaturalista de los historicistas no tuvo como objeto únicamente la sustitución de una concepción jurídica por otra, sino también de la moral, de la política, de toda la vida práctica, etc., que ahora van a ser comprendidas como producto espontáneo de la historia, considerada como auténtica esencia del hombre, encarnada no ya en la abstracta razón iusnaturalista, sino en una más profunda, concreta y verdadera "razón".[29]

"El historicismo se enmarca dentro de un movimiento cultural mucho más amplio de reacción al iluminismo: el romanticismo. Antes que infravalorar el pasado o renegar de él para reformarlo todo según los dictámenes de la razón, como habían hecho los iluministas en su intento de conseguir su ideal de renovación racional de la cultura y de la sociedad, los románticos buscan y encuentran precisamente en el pasado de toda nación la explicación del presente y sus razones de actuación para el futuro. Al revalorizar todo lo que en los pueblos hay de vario y cambiante, todo lo que en ellos hay de irracional y no reducible a un concepto común en la vida de la humanidad, al infravalorar, por el contrario, las concepciones y los ideales universalistas y racionalistas, el historicismo llamado romántico se sitúa en las antípodas del iusnaturalismo. Tanto la idea de la existencia de un derecho universalmente válido, por estar dictado por la razón, como la de los derechos innatos del hombre, a causa de su naturaleza racional, son una pura ingenuidad frente a la experiencia de la concreta realidad del Derecho".[30]

"La Escuela histórica del Derecho combate el modo racionalista y abstracto de concebir el Derecho del iusnaturalismo, según el cual hay un derecho válido universalmente deducible por la razón de una naturaleza humana siempre igual. Para la escuela histórica, el Derecho no se deduce de principios racionales, sino que es un fenómeno histórico social que nace espontáneamente del pueblo, es decir, que el fundamento del Derecho no es la naturaleza universal, sino el *espíritu de pueblo (Volksgeist)*, de donde se desprende que haya tantos derechos como pueblos con sus diferentes características y en sus diversas fases de desarrollo".[31]

Aquí se impone hacer un importante apunte que puede ser esclarecedor de algunos conceptos. Y es que algunos autores, como Guido Fassò[32], por ejemplo, consideran que "la escuela histórica es más 'positivista' que la escuela de la exégesis o la de la *jurisprudence* analítica, que limitaron su atención al Derecho positivo y no se ocuparon de los valores que lo trascienden; sin embargo, el historicismo, nacido en deliberada oposición al iusnaturalismo, redujo explícitamente el valor a la

[29] Fassò, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. III, 5ª ed. Pirámide, Madrid, 1988, p. 43
[30] Fassò: *Op. cit.*, p. 44
[31] Bobbio: *Teoría General del Derecho,* 2ª ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 34
[32] *Op. cit.,* p. 53.

historia y no reconoció más derecho que el que se realiza históricamente...". Otros, en cambio, como Alf Ross[33] y Eduardo Russo, aseveran sin más que el historicismo jurídico es un "iusnaturalismo encubierto". "En definitiva –observa Russo–, la escuela histórica, al igual que todas las formas de iusnaturalismo anteriores y posteriores, habla del Derecho que debiera ser, como si realmente fuera, en lugar de hablar del Derecho que es (si es que es algo), por lo que constituye también una teoría metafísica. El principio teórico del 'espíritu del pueblo' puede ser válido científicamente, al igual que otros, a condición de que se investigue empíricamente, con pautas objetivas, cuál es el real 'espíritu del pueblo', y no cuando se lo presupone a priori aun en contra de la voluntad popular que se manifiesta a gritos. En esto se puede apreciar la actitud equívoca del político presentado como jurista. Mientras el político dice abiertamente cuál es el modelo de Derecho a que aspira, el jurista metafísico presenta en lenguaje descriptivo una concepción ideológica subjetiva".[34]

El realismo jurídico s.s., aunque aparecido luego de la escuela positivista de la exégesis, de los años ochocientos, se desarrolla plenamente en el siglo XX, pero mucho antes del positivismo kelseniano. Su período evolutivo se extiende hasta nuestros días.

Dada la equivocidad del término "realismo", con la denominación de "realismo jurídico" nos referimos a un grupo de juristas que buscaron la definición de lo jurídico a partir de la presencia de ciertos hechos considerados como *relevantes*. Son significativas algunas posiciones en la historia de esta corriente del pensamiento jurídico contemporáneo, que van desde el empirismo intuitivo (Holmes) hasta el escepticismo (Frank), pasando por la racionalidad moderada ecléctica (Cardozo), por el psicologismo (Olivecrona) y sus versiones sistemáticas".[35] Estos autores se agrupan en dos escuelas que son identificadas como el realismo conductista norteamericano y el realismo psicológico escandinavo.

Alf Ross, el más conspicuo exponente del realismo jurídico, señala que esta teoría, que él denomina "derecho vigente", se contrapone a la teoría jurídica idealista (la cual según este autor danés englobaría tanto al iusnaturalismo como al formalismo kelseniano).

Expone Ross: "El pensamiento que se halla en la base del realismo iusfilosófico está ligado al deseo de entender el conocimiento del derecho de acuerdo con las ideas sobre la naturaleza, los problemas y el método de la ciencia, elaboradas por la moderna filosofía empirista".[36] "Es un principio

[33] Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia.* Eudeba, Buenos Aires, 1970, p. 243-244
[34] Russo: *Teoría General del Derecho.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 57
[35] *Op. cit.*, p. 135-137
[36] Ross, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970, p. 66

científico elemental que un objeto debe ser definido de acuerdo con cualidades objetivas y no de acuerdo con valoraciones".[37] "Todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas... El realismo psicológico encuentra la realidad del derecho en hechos psicológicos... De acuerdo con este punto de vista, para poner a prueba si una regla dada es derecho vigente, debemos hacer ciertas investigaciones socio-psicológicas; tendremos que preguntarnos si la regla es aceptada por la conciencia jurídica popular. El realismo conductista encuentra la realidad del derecho en las acciones de los tribunales; así entonces, una norma es vigente si hay argumentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como base de sus decisiones.

Mientras que la teoría psicológica define la vigencia del derecho de tal manera que tenemos que decir que *el derecho es aplicado porque es vigente*, la teoría conductista define el concepto de tal modo que tenemos que decir que *el derecho es vigente porque es aplicado*".[38]

1.4. CONCEPTOS DE "LEY" Y "NORMA"

El término *ley* es polisémico por la amplitud y la diversidad de sus ámbitos de aplicación y también porque es susceptible de ser usado en múltiples sentidos: leyes naturales, leyes jurídicas, leyes científicas, leyes morales... La ley científica, que con frecuencia equivale a una ley de la naturaleza, es la descripción contrastada de las regularidades que se observan en los fenómenos naturales. Las leyes de la naturaleza se expresan mediante enunciados descriptivos, con los que se señala simplemente lo que es o sucede; denotan necesidad y universalidad y son de cumplimiento y de observancia igualmente necesarios y universales. Comparativamente, la ley jurídica es la disposición coercitiva, emanada de la autoridad, que regula la conducta de los ciudadanos, y cuyo incumplimiento se castiga con penas. Los enunciados con que se expresan las leyes jurídicas corresponden a la función prescriptiva del lenguaje, con lo que se indica algo que debe ser, y por ello son enunciados imperativos; las leyes jurídicas expresan obligatoriedad, aunque pueden, de hecho, no ser observadas. Cuando comenzó a emplearse el vocablo *ley* (*nomos*), con él se designó una regla proveniente de la voluntad de ciertos individuos, detentadores de la autoridad política. Por ello es que en la obra de Aristóteles, no aparece todavía la noción de ley aplicada a la ciencia de la naturaleza. Serán los romanos los que recién habrán de elaborar la noción de las leyes que gobiernan

[37] *Op. cit.*, p. 68
[38] *Op. cit.*, p. 69-70-71

el acaecer natural, y emplear el término *lex* para referirse a los preceptos destinados a regular no sólo el comportamiento humano, sino también a los principios que regulan el acontecer de la naturaleza.
El pensamiento jurídico clásico empleó, en la Modernidad, el vocablo ley en sus intentos de aprehender la esencia del Derecho. Fue al finalizar el siglo XIX, en el seno de las escuelas neokantianas, cuando recién se entronizó el término *norma*. En base a la distinción entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, se buscó diferenciar entre leyes naturales y normas.

Windelband destacó la distinción entre las esferas del *Sein* y del *Sollen*: la esfera de la necesidad natural, que se mueve en el terreno del acaecer real, en el mundo del ser, y la esfera del universo normativo, que hace que podamos valorar los hechos sucedidos en aquélla**.** Las leyes naturales nos permiten *explicar* los hechos; en cambio, las normas nos sirven para *enjuiciar* esos hechos, partiendo de los valores que fundamentan el orden normativo. Leyes y normas se encuentran íntimamente relacionadas, toda vez que las normas no son más que formas específicas de realización de las leyes naturales. Este autor vinculó asimismo las normas al mundo del deber ser relacionándolas con los valores. Stammler y Kelsen habrán de intentar, más tarde, lograr la autonomía de la ciencia jurídica frente a las ciencias de la naturaleza, haciendo una clara diferenciación entre leyes naturales y leyes jurídicas.
La forma lógica que presentan las normas y las leyes naturales es la misma: ambas enlazan una condición con una consecuencia. Pero, mientras en las leyes naturales se enuncia una relación necesaria entre los fenómenos, las normas prescriben que, bajo ciertas condiciones, debe realizarse un comportamiento determinado. Las leyes naturales se mueven en el mundo del ser; expresan cómo los fenómenos se comportan efectivamente, de modo constante. En cambio las normas se refieren a lo que debe ser, con independencia de que, en los hechos, ese comportamiento se cumpla o no.
Las leyes naturales valen en la medida en que sus enunciados coinciden con la realidad a la cual se refieren, lo cual implica que pueden ser verdaderas o falsas. Las normas, por su parte, prescriben un determinado comportamiento que se estima valioso; su validez no depende de que ellas sean efectivamente observadas por los individuos a quienes se dirigen. De ahí que, al encontrarse en el plano del deber ser y no contener ninguna enunciación acerca de la realidad, no pueden ser consideradas ni verdaderas ni falsas.[39]

[39] Laclau, Martín: *Ley natural y ley jurídica*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 9-11

Una de las notas en que tradicionalmente se hizo mayor hincapié para destacar la diferencia existente entre ley natural y norma fue la que consideraba a la primera como inviolable, no sujeta a excepciones, en tanto que la segunda era susceptible de ellas, toda vez que no siempre la conducta humana se ajustaba a sus prescripciones. Tal manera de concebir el problema ha cambiado.

Las leyes naturales ya no ostentan el carácter de inviolabilidad, de inexorabilidad, que la física clásica les atribuyera: en nuestros días, el enlace causal entre fenómenos no es concebido como un nexo absolutamente necesario, sino como algo probable, que admite hechos futuros que puedan contradecir esa ley y que, constituyendo excepciones a la misma, den lugar a su modificación.

Por otra parte, es inexacto afirmar que una norma admita excepciones que se hacen patentes en caso de no ser cumplida por sus destinatarios. "La norma se mueve en el reino del deber ser, razón por la cual no contiene ninguna afirmación acerca del comportamiento real de los individuos y su validez subsiste aun en aquellos casos en que éstos no se comporten de acuerdo a sus prescripciones.

La norma no es un juicio enunciativo acerca de un hecho real y, en tal sentido, ningún hecho puede contradecirla. De otro lado, ha de recordarse otra diferencia substancial: tanto las normas como las leyes de la naturaleza son juicios que, en cuanto tales, se refieren a determinados objetos.

Las leyes de la naturaleza aluden a objetos del mundo físico, inclusive al hombre en cuanto entidad psicobiológica. En cambio, las normas se dirigen al comportamiento humano en cuanto realidad dotada de libertad y creadora de un mundo cultural en el cual la referencia axiológica resulta ineludible.[40]

En la última versión de su Teoría Pura, Kelsen escribe: "Con la palabra 'norma' se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Este es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. (...) En este sentido, se trata de actos volitivos. Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado de que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar". "Aquí designaremos con 'deber' el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro". "Norma es el sentido de un acto con el cual se ordena o se permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento.

[40] Laclau: *Op. cit.,* p. 32-33

Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido al comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser".[41]

En su tratado sobre las normas, Kelsen observa: "La palabra norma designa un mandamiento, un reglamento, una orden; pero su función consiste también en decretar, permitir, autorizar y derogar".
"Se habla de las normas de la moral o las normas del derecho como de prescripciones referentes al comportamiento mutuo entre los hombres. Con ello se quiere expresar que aquello que designamos como *moral o derecho* consiste en normas; vale decir, es un agregado o sistema de normas".
"(...) Las normas que conforman el objeto de la ética llevan el nombre de *moral*..., las normas que conforman el objeto de la ciencia del derecho se denominan *derecho*". "La ética describe las normas morales y la ciencia del derecho describe las normas del derecho".[42]

[41] Kelsen: *TPD3*, p. 18-19
[42] Kelsen: *Teoría General de las Normas*. Trillas, México, 1994, p. 19

CAPÍTULO II

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

La obra intelectual de Hans Kelsen (1881-1973) es muy amplia; en los catálogos internacionales figuran mas de 600 trabajos publicados, entre libros y extensos artículos insertos en revistas especializadas, que se difundieron sobre todo en los círculos universitarios, primero europeos y luego latinoamericanos y norteamericanos. Sus escritos abarcan una gran variedad de temas, relativos principalmente a la teoría del derecho, la teoría política, el derecho internacional, la filosofía jurídica, etc.

Entre los trabajos de mayor relevancia, traducidos al español y que más notoriedad han alcanzado, se destacan: *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, aparecida en 1911; *La Idea del Derecho natural y otros ensayos*, compendio de artículos de los años 1920-30; la *Teoría General del Estado* de 1925; *La Teoría Pura del Derecho*, primera edición en alemán publicada en 1934, a la que siguió, en 1945, su *Teoría General del Derecho y del Estado*. En 1953, Kelsen lanza la edición francesa, compendiada pero mejorada, de su *Teoría Pura del Derecho*, y ese mismo año reúne y resume varios de sus trabajos, sobre un mismo tema, en un didáctico libro intitulado *¿Qué es la Justicia?* En 1960, publica la segunda edición alemana, la definitiva y generosamente ampliada, de su *Teoría Pura del Derecho*. Finalmente, es el Instituto que lleva su nombre el que en 1979 compila y edita póstumamente los manuscritos del ilustre maestro vienés, en un volumen que lleva el título de *Teoría General de las Normas.*

Las publicaciones mencionadas, en sus versiones castellanas, figuran entre las más importantes y de mayor divulgación en el ámbito iusfilosófico y jurídico hispanoamericano, en las que Kelsen manifiesta sus ideas sobre el tema del que se ocupa el presente estudio: la Justicia.

Dentro del vastísimo repertorio bibliográfico de Kelsen, escritos principalmente en alemán pero también algunos en inglés y en francés, los temas que él analiza con profundidad y demostrando una gran erudición corresponden mayormente al campo de la Teoría del Derecho y algunos otros que, como la Justicia, pueden ser catalogados con más propiedad en el dominio de la Filosofía jurídica.

2.1. LOS POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA PURA

La obra maestra de Kelsen se halla plasmada en su conocida Teoría Pura del Derecho (TPD), que dio renombre a su autor, concitando gran atención entre los juristas y filósofos del derecho. Ha sido una de las más mentadas y difundidas en esos ámbitos en todo el siglo XX, y aún hoy continúa siendo todavía materia de interés y de debate incesante para investigadores y estudiosos.

En la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (Doctrina pura del Derecho), en alemán, (que de aquí en más representamos como *TPD1),* encontramos expuestos los principios definitorios de esta teoría y los rasgos más notables y representativos de la misma. La *General Theory of Law and State* (Teoría General del Derecho y del Estado), que identificamos como *TGDE,* es el tratado más completo en materia jurídica que se conoce del autor, originalmente publicado en Berkeley, California. La *Théorie pure du droit* es la edición en francés aparecida en Suiza, que en este estudio llamamos *TPD2,* modificada y actualizada respecto de la versión original. En esta obra, Kelsen presenta un compendio esquematizado de los conceptos, remozados y compendiados, de su teoría, e incluye otras definiciones reelaboradas que no figuran en la primera versión. En fin, la segunda (y definitiva) edición alemana de la *Reine Rechtslehre,* que aquí denominamos *TPD3,* es una exposición completa de la teoría. Lo destacable aquí es la explicación exhaustiva del "status científico" de la teoría jurídica kelseniana, en parangón con el conocimiento científico general.
El maestro de Viena replantea las nociones generales de su doctrina, quedando a la vista las importantes modificaciones que se han ido operando en su pensamiento y que ha tenido que ser incorporados, respecto de sus primeros planteamientos.

En la estructura organizativa de la TPD, aun cuando hay notorias variaciones de una versión a otra en cuanto al orden de los temas, podemos individualizar y definir bien dos grandes campos:
La primera parte, que comprende los capítulos: Derecho y Naturaleza, Derecho y Moral, Derecho y Ciencia, Estática jurídica y Dinámica jurídica. La segunda, que versa sobre Teoría política, y que consta de los capítulos: Derecho y Estado, Estado y Derecho internacional.
Tan sólo los temas esenciales contenidos en la primera parte de esta obra han sido tomados en cuenta como objeto de tratamiento en el presente estudio.

En la edición inaugural de la obra, Kelsen habla sobre la naturaleza de su mentada realización teórica, en estos términos:

"*Emprendí la tarea de desarrollar una teoría pura del Derecho, esto es, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural (...). Desde un principio tuve por mira elevar a la Jurisprudencia, que abierta u ocultamente se disolvía casi por completo en el razonamiento jurídico-político, a la altura de una ciencia auténtica, de una ciencia del espíritu. Se trataba de dar despliegue a sus tendencias dirigidas, no a la creación, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, y de acercar lo más posible sus resultados al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud".*[43]

Fiel a ese enunciado, la TPD es una teoría jurídica depurada, en la cual el fenómeno jurídico para ser estudiado es previamente liberado de todas las connotaciones sociales y axiológicas que de forma natural lo enmarcan en el mundo de la experiencia jurídica. Su autor consideró siempre que la teoría reflejaba el cambio estructural que era necesario introducir en la Ciencia del Derecho, o Jurisprudencia, que imperaba todavía a comienzos del siglo XX. El maestro explica:

"La Teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo; del Derecho positivo a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no es interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Como teoría, quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe elaborárselo. Es ciencia del Derecho y no Política del Derecho. Si ella se califica como Teoría 'pura' del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la Ciencia jurídica de todos los elementos extraños".[44]

La "pureza" que esta teoría propugna radica en que el método de estudio del Derecho debe aislar a éste, apartándolo de la ética y de las ciencias naturales, al mismo tiempo. Pero, además, para realizarse y ser eficaz, la nueva ciencia jurídica debe quedar netamente desvinculada de la política, la sociología, la psicología y otras ciencias sociales. En esto consiste sustancialmente la "pureza metodológica", en la que Kelsen funda su doctrina jurídica.

Acerca de los criterios de justicia, valoratividad, intereses ideológicos y políticos, Kelsen dice:

---

[43] Kelsen: *La Teoría pura del Derecho (TPD1),* Trad. Jorge Tejerina. Losada, Buenos Aires, 1941, p.17
[44] Kelsen: *Op. cit.,* p.25

"*La teoría pura del Derecho quiere exponer el Derecho tal cual es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; pregunta por el derecho real y posible, no por el derecho justo. En este sentido, es una teoría jurídica radicalmente realista. Rehúsa valorar el Derecho positivo. En cuanto ciencia, no se considera obligada más que a concebir al Derecho positivo con arreglo a su esencia y a comprenderlo por un análisis de su estructura. En particular, rehúsa ponerse al servicio de cualesquiera intereses políticos suministrándoles las ideologías mediante las cuales es legitimado o descalificado el orden social existente. Por su tendencia antiideológica, precisamente, la Teoría pura del Derecho se revela como una verdadera Ciencia jurídica. Pues como conocimiento, la Ciencia tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto. La ideología, en cambio, encubre la realidad, cuando con intención de conservarla o de defenderla la transfigura, o con intención de atacarla, de destruirla y de reemplazarla, la deforma. Toda ideología tiene su raíz en el querer, no en el conocer; proviene de ciertos intereses o, mejor aún, de otros intereses (más) que del interés por la verdad...*".[45]

Definida como ciencia del Derecho, la TPD presenta dos características principales: por una parte, la doble distinción entre Derecho y Naturaleza y entre Derecho y Moral, y por otra, la diferenciación sustancial que establece entre Derecho y Ciencia del Derecho. Veamos lo primero:

"El Derecho es un fenómeno social, pero la Sociedad es un objeto completamente diferente de la Naturaleza. Si la Ciencia jurídica no ha de disolverse en la Ciencia natural, el Derecho tiene que ser nítidamente distinguido de la Naturaleza...".[46] Es por ello que un hecho natural *"recibe el sentido específicamente jurídico mediante una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere la significación jurídica, de suerte tal que el acto puede ser interpretado de acuerdo con esta norma.* De esta manera, *la norma hace las veces de esquema de interpretación"*.[47]

"Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio".

"La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiase la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza... Pero si nos acercamos más, percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos otro principio en todo diferente del

[45] *Op. cit.*, p. 43
[46] *Op. cit.*, p. 26
[47] *Op. cit.*, p. 30

principio de causalidad".[48] Cuál es ese principio y de qué deriva: *"Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción debe seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de* imputación, *puesto que la sanción es imputada al acto ilícito". "La imputación vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto".*[49]

Base de sustentación y factor de arranque de la teoría kelseniana es la discriminación entre esfera del ser y esfera del deber ser; la primera es propia de las ciencias de la naturaleza, que enlazan de forma causal los diversos fenómenos, en tanto que la segunda es inherente a las ciencias normativas, como la jurídica, que visualizan su objeto aplicando el principio de imputación.

Kelsen puntualiza que causalidad e imputación son las categorías de las cuales se vale el entendimiento humano para organizar y conferir sentido al material proporcionado por la experiencia. La imputación no refleja ningún acontecer natural, sino que su función consiste en otorgar sentido jurídico a determinada conducta humana. Desde ese punto de vista, el Derecho es ciencia imputativa, en tanto que la sociología es ciencia causal.

"Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. El principio de causalidad dice: 'Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá'. El principio de imputación se formula de modo diferente: 'Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse'. En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto; además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia está establecida por actos humanos o sobrehumanos; por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto, la causa de otro efecto".[50]

La depuración radical que postula Kelsen conlleva, además, la distinción que introduce entre un deber ser lógico y un deber ser axiológico. La TPD toma en cuenta y desarrolla únicamente el deber ser lógico, en tanto que el deber ser axiológico es excluido, sin más, del campo de la ciencia jurídica.

---

[48] Kelsen: *Teoría pura del derecho (TPD2),* Trad. Moisés Nilve. Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 20
[49] *Op. cit.,* p. *21-22*
[50] *Op. cit.,* p. 25-26

En efecto, la teoría pura se caracteriza por su neutralidad axiológica, es decir, su "avaloratividad". La ciencia jurídica es radicalmente separada de la Moral, con el argumento de que ella se funda en juicios de valor que, en la opinión del maestro jurista, no son racionales. La norma jurídica de antaño era considerada un imperativo moral; en la TPD aparece un cambio significativo. Su autor lo enuncia de este modo:

"Si se considera como norma tanto el Derecho como la Moral, y si el sentido de la norma jurídica como el de la norma moral es expresado en un 'deber ser', ha de quedar adherido al concepto de norma jurídica y al deber ser jurídico algo del valor absoluto que es propio de la Moral".

"En este sentido, la definición conceptual del Derecho como norma y deber ser... no carece de cierto elemento ideológico. Liberar a dicha definición de ese elemento es el empeño de la TPD, que desliga por completo el concepto de norma jurídica del de norma moral, de que provino, y asegura la legalidad propia del Derecho frente a la ley moral. Esto ocurre en forma tal, que la norma legal no es comprendida como imperativo, a semejanza de la norma moral, como las más de las veces lo hace la doctrina tradicional, sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada".[51]

En la doctrina jurídica kelseniana, el Derecho, que es un conjunto de prescripciones que rigen la conducta humana, es reducido a la sola norma jurídica, que de este modo se constituye en el solitario objeto de estudio de la ciencia jurídica. Esta teoría jurídica no se ocupa más que de la estructura normativa del Derecho. El Derecho es descrito por medio de proposiciones jurídicas, las cuales conforman una estructura lógica elaborada por la ciencia a partir de las normas. Como ciencia, esta teoría es un análisis estructural del derecho positivo. El tema capital de que trata son las normas jurídicas positivas, su estructura, su ordenamiento e interrelación, y el status lógico que determina la validez de las mismas.

Kelsen establece dos categorías gnoseológicas cuando hace una distinción entre la *norma jurídica*, que prescribe, y la proposición doctrinaria, que él llama *regla de derecho,* que describe.

La norma jurídica, que emana de una autoridad, es concebida como un imperativo u orden y expresa el sentido de un acto de voluntad. La regla de derecho es entendida como el juicio del que se vale el jurista para describir un orden normativo dado. Este juicio es el sentido de un acto de conocimiento.

Al respecto, la explicación del jurista dice:

[51] Kelsen: *TPD1*, p. 47

"Es tarea de la ciencia jurídica presentar el material producido por la autoridad legal, a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que 'si es que tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse'. Estos juicios por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas de derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas.
La regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Esta es la forma lógica que tienen también las leyes naturales. La regla de derecho y la ley natural difieren no tanto en los elementos que enlazan, sino en la forma de tales enlaces".[52]

La significación de la regla de derecho, frente a la norma jurídica, viene explicada en *TPD2*:

"La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad; no en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico".
"La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto; sólo puede ser verdadera o falsa".
"La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad".[53]

La división entre ser y deber ser condiciona también el status lógico de las proposiciones. La norma (que tiene el aspecto lingüístico de una proposición) es parte del mundo del deber ser, mientras que su descripción forma parte del mundo del ser. La ciencia del derecho es, por tanto, un conjunto de proposiciones *descriptivas* de un ordenamiento jurídico, que es un conjunto de proposiciones *prescriptivas*.

Además de la estructura lógica de las normas, el concepto de "validez" de las mismas reviste una importancia capital en la TPD. En las cuatro obras que venimos consultando y confrontando, la

[52] Kelsen: *Teoría General del Derecho y el Estado (TGDE)*, Trad. E. García Máynez. UNAM, México, 1958, p. 53-54
[53] *TPD2*, p. 38

fórmula de definición de *validez* que encontramos es la misma, y dice: "validez es la existencia específica de la norma...".

"La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto: por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo". "Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar; su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan; su validez es ilimitada...".[54]

"Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o –lo que es lo mismo– a reconocer que tiene 'fuerza obligatoria' frente a aquellos (individuos) *cuya conducta regula. Las normas del derecho son normas en cuanto tienen validez. Para hablar de manera más precisa, son normas que prescriben una sanción".*[55]

Para la TPD la norma jurídica no puede ser ni verdadera ni falsa, sino únicamente válida o no válida; la validez constituye su existencia misma; no es relevante su contenido, sino únicamente su forma. Como mandato, la norma jurídica solamente existe si es estatuida por un órgano autorizado para ello. Pero, más allá de lo indicado, la lógica kelseniana asume que el problema medular que tiene que encarar radica en determinar en qué consiste la validez, ya no de la norma sino del Derecho en su conjunto.

"Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas.

La eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres...".[56]

"La afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero,

---

[54] *Op. cit.*, p. 31
[55] *TGDE*, p. 35
[56] *Op. cit.*, p. 46

si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo a condición de que pertenezca a un sistema normativo que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma".[57]

La validez del Derecho, que se halla ubicada en el mundo del deber ser, no depende de su eficacia, que es parte del mundo del ser. Por consiguiente, una teoría del Derecho será pura, si logra explicar el Derecho sin salir del mundo del deber ser.

Lo visto hasta aquí concierne a la validez de las normas jurídicas consideradas "*per se*", y en relación con los hechos y los sujetos actuantes dentro de la estructura normativa. Pero ahora, Kelsen trae a colación otra noción, la de una validez, por así decir "integral" de las normas. Se trata esta vez ya no de la validez relativa (la de los elementos), sino de la validez de todo el sistema normativo. Veamos en qué consiste esto que, a nuestro entender, constituye el punto neurálgico y a la vez controversial de la teoría iusfilosófica kelseniana, punto en el que el maestro jurista pretende articular lo jurídico con aquello que, en su concepción, es lo "científico".

¿En qué se fundamenta la unidad y validez de todo un orden normativo constituido por una multiplicidad de normas, y cuál es el fundamento de validez de una norma?

Kelsen señala que el fundamento de validez de una norma no radica en la verificación de un hecho empírico. Esta es su explicación:

"*De que algo* sea, *no puede seguirse que algo* deba *ser; así como de que algo sea* debido, *no puede seguirse que algo* sea. *El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. Esta última es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior*". *"Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran sujetos tanto la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca".*[58]

En el modelo descrito por el maestro, las normas tienden a agruparse en un ordenamiento jurídico, cuya particularidad es que toda norma reciba de una norma de orden superior el fundamento *formal* de su propia validez. Pero, procediendo de tal manera se llega al tope de esa dinámica gradacional, donde ya no existe una norma superior que valide a otra inferior. Entonces, ante la imposibilidad de

[57] *Op. cit.*, p. 49

[58] Kelsen: *Teoría Pura del Derecho (TPD3)*, Trad. R.J. Vernengo. UNAM, México, p. 201-202

acudir a valores extrajurídicos, como el iusnaturalismo –con lo cual se perdería, como dice Kelsen, la pureza metodológica–, la TPD encuentra la solución al problema en aquello que él llama "norma fundamental". Esta norma, denominada también fundante básica (en la traducción de Vernengo), es una cuestión esencial en la teoría kelseniana; es el pilar en que se asienta la explicación del maestro acerca del fundamento trascendental del postulado de ciencia plena del Derecho. Kelsen explica:
"La norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, respecto de ésta, una norma superior; la búsqueda del fundamento de validez no puede (sin embargo) *prolongarse hasta el infinito, tiene que concluir en una norma que vamos a suponer es la última, la suprema. Esta norma suprema tiene que ser presupuesta, no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún (más) superior... Esta norma suprema, que será designada aquí como norma fundante básica, (*Grundnorm*), es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes al mismo orden normativo. Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica constituyen un sistema de normas, un orden normativo".*[59]

Aquí, Kelsen plantea otro concepto que señala: el fundamento de validez viene determinado por las relaciones que se dan dentro del ordenamiento jerárquico normativo. Observa al respecto:
"Cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: el nomoestático y el nomodinámico. Las normas del sistema estático valen por su contenido el cual puede ser referido al contenido de otra norma presupuesta, es decir, lo particular está subsumido bajo lo universal. Puesto que todas las normas de este tipo están ya comprendidas en el contenido de la norma presupuesta, pueden ser deducidas de ella mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular".
"El tipo dinámico (en cambio) *se caracteriza porque la norma fundante que se presupone... contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica".*[60]

En esta diferenciación vemos que el ordenamiento o sistema estático corresponde en su contenido temático a la Teoría General del Derecho. En el capítulo que describe la estática jurídica, Kelsen hace una amplísima exposición de los conceptos básicos del Derecho, bien definidos en la TPD, pero sólo mencionados aquí. En este apartado él habla de sanción e ilicitud, obligación jurídica y responsabilidad, derecho subjetivo, capacidad jurídica, sujeto de derecho, etc.

[59] *Op. cit., p*. 202
[60] *Op. cit., p*. 203-204

Estos conceptos han sido innovados en la teoría kelseniana, respecto de los que, con los mismos denominativos, contenía la vieja dogmática jurídica, mejor conocida como "doctrina jurídica".
Por su afinidad, se incluye también en este punto el concepto básico de interpretación jurídica que Kelsen define como un proceso de creación del derecho al pasar de una norma superior a una norma inferior. El maestro escribe al respecto:
"Toda norma debe ser interpretada para ser aplicada, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho descienda un grado en la jerarquía del orden jurídico". "En el caso de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer".[61]

Volvamos ahora a referirnos al sistema nomodinámico. Lo que Kelsen expone a este respecto incumbe grandemente a la Filosofía jurídica; por ello es que estudiaremos con detenimiento esta temática en la segunda parte de este estudio. Veamos cómo lo presenta el maestro:
"El sistema normativo que aparece como un orden jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino porque ha sido producida de la manera determinada por esa norma básica. Por ello, y sólo por ello, pertenece aquella norma al orden jurídico, cuyos componentes han sido producidos en conformidad a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica".[62]

En la TPD, la norma fundamental es considerada por Kelsen como presupuesto lógico-trascendental, una cuestión tan difícilmente explicable y sustentable. Su argumento va en el siguiente sentido: Solamente cuando se presupone que uno debe comportarse conforme a lo que manda una constitución dada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes y los actos realizados conforme a esa constitución como normas jurídicas válidas objetivamente. Sólo de esta manera puede decirse que la norma fundamental es la condición lógico-trascendental de esa

[61] *TPD2*, p. 129
[62] *TPD3*, p. 205

interpretación. Pero, en qué consiste este presupuesto tan importante y tan mentado. Explica el maestro jurista:

"*Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural,* (así también) *la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas (como Dios o la Naturaleza), del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, descriptibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: con la condición de que se presuponga la norma fundamental 'uno debe comportarse como la constitución lo prescribe'...*

La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales".[63]

[63] *Op. cit.*, p. 209-210

CAPÍTULO III

LA IDEA DE JUSTICIA EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE KELSEN

La definición más simple de *concepto* como entidad lógica es: "la representación de un objeto en el plano de la razón, el elemento último de todo pensamiento"; mientras que la definición de *idea* se reduce a nada más que "la representación simple de la cosa en la mente".
¿Qué es justicia? ¿Es algo que puede ser conceptualizado y definido? Hans Kelsen declara que no hay forma de determinar en qué consiste el término ni decir cuál es su contenido.
Para ir a tono con esa declaración, en este capítulo del estudio vamos a hablar solamente de una "idea" de justicia, antes que propiamente de un verdadero concepto, como suele hacerse en filosofía.

Desde los inicios de su producción intelectual, Kelsen ha venido utilizando la materia de la justicia como telón de fondo de su teoría jurídica. Pero, si bien dejaba traslucir la significación real de este valor ético, negaba a la vez toda posibilidad de admitirlo como un concepto válido. Es cierto que sus tesis jurídicas, a decir de los entendidos, han ido sufriendo algunas modificaciones en el tiempo; no obstante, su idea de justicia se ha mantenido intacta en todos sus escritos.
En el ensayo *Was ist Gerechtigkeit?*, publicado en Viena en 1953 y traducido al español en 1956 con el título de *¿Qué es la justicia?* [64], encontramos compendiado el pensamiento de Kelsen sobre la materia que nos ocupa. Este trabajo de síntesis se destaca por su versatilidad y su bien lograda presentación, accesible a un vasto público. Las ideas de su autor están presentadas concisamente, en un lenguaje sencillo y de fácil lectura, contrastando con su habitual estilo de escribir complicado, por su excesiva minuciosidad, y penosamente comprensible para personas no advertidas.

El presente capítulo del estudio está destinado a la recensión del libro mencionado, citado de aquí en adelante como *QJ*. El proceso consiste en una lectura analítica, seguida de interpretación crítica.
El texto original de la obra consta de 9 capítulos ordenados e intitulados por su autor, del modo siguiente:

1) La justicia como problema de la solución de intereses o valores.

2) La jerarquía de los valores.

[64] La versión utilizada en este estudio es la 6ta. edición en español, traducida del alemán por Ernesto Garzón Valdés y

3) La justicia como problema de la justificación de la conducta humana.

4) Las soluciones metafísico-religiosas.

5) Las fórmulas vacías de la justicia.

6) Kant.

7) Aristóteles.

8) El derecho natural.

9) Absolutismo y relativismo.

3.1. EN TORNO A LOS VALORES Y LA CONDUCTA HUMANA

Ya de entrada, en la frase inicial del texto, Kelsen hace una afirmación muy sugestiva, que a la postre resultará definitoria: "*La justicia es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden social; sólo secundariamente, una virtud del hombre*". Luego explica: "*Un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden social justo; un orden social es justo cuando regula la conducta de los hombres de un modo tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad; al no poder encontrarla individualmente, busca el hombre esta felicidad en la sociedad. La justicia es la felicidad social, la felicidad que el orden social garantiza*".

Prosigue el jurista: "*Pero, no puede existir un orden social justo que a todos garantice la felicidad, si se entiende por felicidad un sentimiento subjetivo, es decir, lo que cada uno considera como tal*". De ahí que "*es imposible evitar que la felicidad de uno entre en conflicto con la felicidad de otro*" (*QJ*, p. 9-10).

"*La felicidad de uno provoca irremediablemente la desgracia de otro. Ningún orden social puede solucionar este problema de una manera justa, es decir, hacer que ambos sean felices*" (p. 11).

"*Por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfechas*". Pero, tal satisfacción socialmente reconocida "*es algo que no tiene nada que ver con el sentido originario de la palabra felicidad, que es profunda y esencialmente subjetivo*" (p. 14).

Señala por otra parte: "*La idea de libertad es a menudo identificada con la idea de justicia; así, un orden social es justo cuando garantiza la libertad individual*". Pero, así como sucede con la felicidad individual, "*que debe sufrir un cambio radical de significación para que la felicidad de la*

---

reimpresa en 1996 por Fontamara, México.

justicia pueda llegar a ser una categoría social, la idea de libertad debe (también y de modo análogo) *sufrir una metamorfosis para convertirse en principio social*" (p. 14-15).

Así, tras identificar la idea de justicia, primero con la idea de felicidad social y enseguida con la de libertad como principio social, Kelsen desemboca en una conclusión inesperada y desconcertante, cuando señala: "*Así como la libertad de la anarquía se transforma en la autodeterminación de la democracia, de la misma manera, la idea de justicia, siendo un principio que garantiza la libertad de todos, se transforma en un orden social que protege determinados intereses, precisamente aquellos que la mayoría de los sometidos a dicho orden reconoce como valiosos y dignos de protección*" (p. 15-16).

La interpretación: Es claro que todo lo dicho por Kelsen no ha sido más que un preámbulo para concluir inesperadamente que la justicia es un orden social protector de intereses. Esta será la idea que él mantendrá y reforzará, más adelante, para atribuírsela a la ética de Platón.

Volviendo al tema de los intereses valiosos, el maestro pregunta: "*Pero ¿qué intereses humanos tienen ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores? Tal es el problema que surge cuando se plantean conflictos de intereses. Y solamente donde existen esos conflictos de intereses aparece la justicia como problema*". "*Estos 'intereses valiosos' entran en conflicto; y eso sucede cuando surge la oposición entre dos 'valores' y es inevitable tener que preferir* (priorizar) *la realización del uno en detrimento del otro*". Dicho de otro modo, "*cuando no es posible hacer efectivos ambos... y es inevitable el tener que... decidir cuál de ellos es el más importante, y en fin cuál es el valor supremo*" (p. 16).

"*El problema de los valores es un problema de conflicto de valores; y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema planteado es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales; tiene carácter eminentemente subjetivo, es decir, es un juicio relativo*" (p. 16-17).

El primer título del libro *QJ* literalmente dice: "***La justicia como problema de la solución de conflictos de intereses o valores***". En efecto, donde hay conflicto de intereses aparece la justicia, pero no como problema sino como solución de un problema. El conflicto de intereses se da cuando entran en oposición dos intereses, no dos valores. En este estudio se considera que intereses valiosos y valores no son lo mismo, y no es normal que pueda haber conflicto de valores. Todo conflicto que

surge en la conducta intersubjetiva cotidiana es siempre conflicto de intereses. Estos intereses valiosos, que son relativos a los valores, no dejan de ser particulares, es decir, son siempre individuales o de grupo; pero no ocurre lo mismo con los valores superiores o éticos, como la Justicia, que revisten objetividad plena.

Kelsen aborda el tema de la jerarquía de los valores. Para graficar, describe varios ejemplos (cfr.: *QJ* p. 19-20 y 21-24). En este punto, lo que él pregunta es: dados dos "valores" en pugna (que en verdad no son tales sino intereses valiosos) ¿cómo atribuir preeminencia o supremacía a uno de ellos?
Su conclusión: "*La solución que se dé al problema de la jerarquía de los valores (...) tendrá siempre el carácter de juicio subjetivo y por lo tanto relativo*". "*En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, vale decir lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, lo que resuelve el problema. El juicio subjetivo, que es un juicio de valor y no de realidad, sólo tiene validez para el individuo y en ningún caso alcanza valor universal*" (p. 25-26).
En el criterio del presente estudio, la jerarquización de los valores no es un problema irresoluble. Los valores superiores, como los éticos, son universales y están siempre por encima de los demás (valores inferiores o intereses relativos a los valores; cuestiones subjetivas o preferencias personales, que obedecen a la conciencia moral y a la decisión voluntaria de los individuos).
La definición de la jerarquía de los valores no puede, por otra parte, hacerse sólo desde la perspectiva de la pura subjetividad, que vista desde otro ángulo suele ser entendida también como "irracionalidad", si acaso prevalece la idea de que son factores psicológicos los que gobiernan el proceso cognoscitivo de los valores en el individuo. Por eso es que en la determinación de la objetividad o preeminencia de los valores que convienen a todos los humanos, los criterios definitorios en juego tienen que ser forzosamente racionales, pero no en el sentido convencional (todavía polémico), que para los hombres de ciencia está definido como lo "científico-racional", sino racionales a secas, en atención nada más que a su necesaria vinculatoriedad con la pura y simple racionalidad humana.

En la doctrina kelseniana de la justicia, los verdaderos juicios de valor declarados subjetivos pueden, como es natural, resultar contradictorios entre sí. Sin embargo, su autor explica que ello no significa que, por tal razón, haya que pensar que pueden existir sistemas individuales de valores; porque un sistema axiológico positivo (es decir convencional) no es creación arbitraria de un individuo aislado;

es siempre resultado de influencias individuales recíprocas (coincidencias valorativas, como él dice) dentro de un grupo social dado y bajo determinadas condiciones...

Leemos el texto: "*Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justicia, es un fenómeno social y por lo tanto diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece*". "*El que varios individuos coincidan en un juicio de valor no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo*". "*El hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman esos juicios*". "*El criterio de justicia y el criterio de verdad aparecen con muy poca frecuencia en los juicios de realidad y en los de valor*" (*QJ*, p. 27-28).

El maestro insiste en identificar juicios de valor y valores. Los juicios de valor no pueden de ningún modo tener la misma significación que los valores éticos; son juicios (subjetivos) que tienen como referencia a valores (objetivos). Estos últimos son preexistentes; anteceden a los individuos y a sus juicios.

A renglón seguido, entra a considerar el tema de la conducta humana. En el título: "***La justicia como problema de la justificación de la conducta humana***", tropezamos de nuevo con la incógnita que encierra el término "problema".[65]

Escribe Kelsen: un rasgo característico del hombre es "*el sentir una profunda necesidad de justificar su conducta: el tener una conciencia*". "*Como el hombre es un ser más o menos racional, intenta racionalmente, es decir, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que el temor o el deseo determinan. Tal justificación racional es posible en tanto su temor o su deseo se refieran a determinado medio a través del cual debe lograrse un determinado fin. La relación de medio a fin es semejante a la de causa a efecto; por lo tanto, puede ser determinada empíricamente, o sea por procedimientos científicos racionales. Evidentemente, esto no es posible cuando los medios para lograr un fin son medidas específicamente sociales. No tenemos una comprensión clara del nexo causal de los fenómenos sociales y por lo tanto una experiencia suficiente como para poder determinar cuáles son los medios adecuados para lograr un determinado fin social*". "*La experimentación en el campo de la vida social es aplicable en una medida muy limitada; de ahí que el problema de la justicia, aun cuando se lo reduzca a la cuestión de saber si una medida social es*

[65] A primera vista, este término, tal cual está traducido por Garzón Valdés, parece no corresponder fidedignamente a la idea original de Kelsen, que tal vez quería decir "cuestión" de la justicia.

medio adecuado para lograr un supuesto fin, no puede ser siempre solucionado racionalmente" (*QJ* p. 31-32).

"*El fin justifica los medios; pero los medios no justifican el fin. Y es precisamente la justificación del fin, de ese fin que es el fin último y supremo, lo que constituye la justificación de nuestra conducta*" (p. 32-33).

Luego, en tono de conclusión, afirma: "*Nuestra conciencia no se contenta con estas justificaciones condicionadas, sino que pide una justificación absoluta*; *exige que justifiquemos nuestra conducta como último fin, es decir, que nuestra conducta concuerde con un valor absoluto. Pero no es posible lograr tal justificación por medios racionales*" (p. 35).

"*Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular están más allá de la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada –y en este sentido, relativa– del problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana*" (p. 35-36).

"*Pero la necesidad de una justificación absoluta parece ser más fuerte que toda consideración racional. Por esto busca el hombre esta justificación, es decir, la justicia absoluta, en la religión y en la metafísica*" (p. 36).

"*La determinación de valores absolutos en general y la definición de la justicia en particular... son fórmulas vacías mediante las cuales es posible justificar cualquier orden social. Las numerosas teorías sobre la justicia que han sido formuladas desde la antigüedad hasta hoy pueden ser reducidas a dos tipos fundamentales: uno metafísico-religioso y otro pseudo racionalista*" (p. 37).

Siguiendo el orden argumentativo de la exposición, vemos que en el siguiente apartado del libro, intitulado "***Las soluciones metafísico-religiosas***", Kelsen asevera que el clásico representante del tipo metafísico es Platón, siendo la justicia el problema central de toda su filosofía. Veamos.

3.2. LAS "SOLUCIONES METAFÍSICO-RELIGIOSAS". LA JUSTICIA PLATÓNICA

En *QJ* [18] leemos: "Para solucionar el problema de la justicia, Platón desarrolla su teoría de las Ideas, entidades trascendentes que existen en otro mundo, en una esfera inteligible inaccesible para los hombres, prisioneros de sus sentidos, y que representan esencialmente valores absolutos que deben ser realizados en el mundo sensible. La idea principal a la cual están subordinadas todas las ideas y de la cual éstas obtienen su validez es la idea del bien absoluto, que encierra en sí misma la idea de justicia" (p. 39-40). Así entonces, la pregunta: ¿qué es la justicia? coincidiría con otra

pregunta: ¿qué es el bien? Al respecto, el texto reza: "*Platón intenta en sus diálogos responder a estas preguntas en forma racional, pero sin alcanzar un resultado definitivo*" (p. 40).
"*Llega incluso a decir taxativamente que la idea del bien absoluto está más allá de todo conocimiento racional, o sea, más allá de todo razonamiento. En una de sus cartas declara que no puede existir una definición del bien absoluto, sino tan sólo una especie de visión del mismo que se hace efectiva en forma de vivencia mística que logran sólo aquellos que gozan de la gracia divina; además es imposible describir con palabras el objeto de esta visión mística, es decir, el bien absoluto*". "*La última conclusión de la filosofía platónica*, sentencia Kelsen en definitiva, *es que no se puede dar ninguna respuesta al problema de la justicia. La justicia es un secreto que Dios confía –si es que alguna vez lo hace– a muy pocos elegidos y que nunca deja de ser tal, pues no puede ser transmitido a los demás*" (p. 41).

Como sabemos, es cierto que el pilar que sustenta la filosofía platónica es la teoría de las Ideas, sobre la que mucho se ha escrito y discutido en todo tiempo y lugar. Según Platón, "*la contemplación de las ideas otorga a quienes son capaces de lograrlo, un conocimiento seguro de los prototipos del ser y les da un saber infalible acerca de lo bueno y de lo justo*".[66]
En la gnoseología platónica, el saber verdadero es un logro de la razón humana, que superando las engañosas apariencias se proyecta hacia la contemplación de las Ideas; éstas constituyen el saber legítimo y efectivo. Se asume que entre las Ideas hay una jerarquía axiológica, en cuya cúspide se halla la idea del Bien absoluto. Para el hombre, el bien supremo consiste en propender, en tanto le sea posible, a que se haga realidad la idea del Bien, viviendo una vida virtuosa fundada en el auténtico saber y evadiéndose del fútil conocimiento sensorial. Las Ideas del Bien y la Justicia se encuentran emparentadas; pues lo que se dice de una vale para la otra.
Platón se empeña en alcanzar un saber infalible, como condición para conseguir los fines que busca, basándose en la idea de la justicia. La vía que encuentra es la apelación a la naturaleza del hombre. La idea de la justicia –dice– se realiza en el hombre, si es que éste sigue una vida virtuosa. De esta manera intenta probar que el hombre justo es más sabio, más fuerte y, en consecuencia, más feliz que el injusto. Su argumento se apoya en la doctrina de la virtud: "*La felicidad consiste en la virtud; y como la virtud del alma es la justicia, el alma justa será feliz...*".[67]

[66] Platón: *República*, 477
[67] Platón: *Op. cit.*, I, 352e

La idea del Bien "es el saber supremo, y sólo por medio de ella pueden ser provechosas y favorables las acciones justas... si no la conocemos, nada importa que conozcamos con toda perfección lo demás..., como que de nada nos sirven los bienes materiales sin el Bien".
Esto mismo decía Kelsen cuando señalaba que en la doctrina platónica la relación entre lo bueno y lo justo se determina por la afirmación de que lo bueno es lo que hace "útil", vale decir practicable, lo justo, lo que equivale a decir que la idea de la justicia recibe su contenido de la idea del Bien.
El Bien es la médula de la justicia, razón por la cual Platón suele identificar al uno con la otra.[68]

Si bien es cierto que las ideas de Bien y de Justicia podrían considerarse equivalentes en los planos metafísico y gnoseológico, y que en tanto valores ideales no son plenamente realizables en la experiencia tangible, lo que sí se da enteramente en las relaciones interpersonales de la cotidianidad es la concretización de la justicia y el bien, pero naturalmente como valores relativos. Siendo esta la realidad palpable, la justicia del hombre vista desde el ángulo filosófico no está ni puede estar más allá de todo conocimiento racional como cree Kelsen. Es una cuestión meramente humana, determinable, definible y por tanto activamente practicable en toda sociedad. De esta suerte, la noción de justicia, a secas, no puede, ni siquiera en sentido metafórico, ser pensada como secreto divino o cuestión ultramundana.

La Justicia es la cuestión medular de la ética platónica. Platón habría intentado sin éxito dar respuestas, en forma racional, a las preguntas sobre la esencia del Bien y la Justicia, proponiendo entonces el empleo de la dialéctica como método de razonamiento abstracto, útil para poder comprender las Ideas. El empleo de este método –escribe Kelsen– "*condujo al filósofo a los límites de lo cognoscible, pero sólo hasta ahí y no hasta su auténtica finalidad que era la idea del bien absoluto, pues ésta se encuentra más allá de todo lo cognoscible racional o científicamente*".[69]
"*Los sofistas habían negado escépticamente la existencia de una justicia absoluta; Sócrates la había afirmado dogmáticamente, con pasión, pero a la postre tuvo que confesar que no sabía en qué consistía propiamente. Platón asegura que es posible lograr conocerla por medio de su filosofía, pero declara que el resultado es inefable, que la cuestión no puede contestarse y ni siquiera plantearse...*".[70]

---

[68] Kelsen: "La justicia platónica", en: *La idea del derecho natural y otros ensayos.* Losada, Buenos Aires, 1946, p.134
[69] Kelsen: *Op. cit.,* p. 139
[70] *Op. cit.,* p. 140

La Idea del Bien es la idea del bien absoluto, por lo tanto, la idea de la justicia absoluta. Platón intentó llegar a conocerla por medio de su filosofía; pero, al fin, reconoce que "*el resultado es inefable; no es un conocimiento que pudiera expresarse con palabras*...".[71]

Es cierto que Platón, en su afán de encontrar una explicación razonable sobre el Bien y la Justicia como valores absolutos, se internó en las profundidades de la metafísica, lindantes con el misticismo filosófico. Ello no basta, sin embargo, para tildar a la ética platónica de "religiosa", como lo hace Kelsen. El "problema de la justicia" no consiste, como lo entiende el autor del estudio, sólo en encontrar una explicación teórica que dé cuenta de la significación de la noción de justicia absoluta, un concepto que connota ribetes trascendentes y que escapa al "conocimiento racional". Se trata más bien de comprender de qué manera y en qué medida se manifiesta y cristaliza esta noción de justicia en la esfera del obrar humano, en la realidad palpable.

Si bien la Justicia es esencialmente una disposición interna del alma, ella se configura y exterioriza en la praxis de la cotidianidad. Pero el obrar moral del hombre sólo puede tener lugar en la ciudad y en relación con otros hombres. Un hombre justo no puede serlo sino respecto de los demás hombres.[72] En la concepción platónica, la Justicia consiste en el hecho de que dentro del orden social en el que cada cual se desenvuelve, lo que toca a cada individuo es hacer lo debido y recibir lo que le corresponde. La existencia de la Justicia requiere como condición la supremacía y el imperio de la razón. Es precisamente esto lo que, en esencia, queda para nosotros de la doctrina platónica de la justicia, más allá de sus connotaciones metafísicas.

¿Tiene razón Hans Kelsen cuando asevera que la filosofía de Platón no puede dar ninguna respuesta al problema de la justicia, si por "problema" se entiende su presunta indefinición?; no, porque aquí surge una imprecisión por omisión. En su exposición (en *QJ*), el jurista se abstiene de mencionar los temas que en este estudio son considerados cardinales en la teoría platónica de la justicia, temas que él no desconoce porque estudió esta teoría con atención; pero no le parece conveniente referirse precisamente a este asunto.

El argumento platónico sobre la Justicia, expuesto en la *República*[73], se basa en la doctrina de la virtud. La virtud del alma es la Justicia; por eso el alma justa será feliz. La idea de justicia se realiza en el hombre, si es que éste sigue una vida virtuosa. Pero Platón la define no directamente en el

[71] Platón: *Carta VII*, 341 c.
[72] Platón: *República, IV*, 442e-443a
[73] Platón: *Obras completas* (10 tomos). Trad. García Bacca. Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980

alma, sino previamente en un contexto mayor: el Estado. Ahí radica lo distintivo de esta doctrina. La Justicia está impresa en el Estado en caracteres más visibles que en el individuo.
Este modelo estructural Estado/hombre es una idea de la que procede esencialmente todo el pensamiento político de Platón. El hombre justo es, pues, semejante a la ciudad justa.
En el alma del hombre se reproducen los mismos tres estamentos, las mismas tres virtudes que en la ciudad y por la misma razón y del mismo modo que en ella. El hombre es prudente por su razón, que es aquella parte que en él manda y prescribe lo que ha de hacerse. La Justicia en el Estado es, por lo tanto, la imagen de la verdadera justicia, que es aquella que del mismo modo se da en el hombre. Esta imagen resulta muy útil porque nos permite una aproximación a la realidad concreta.

Ante todo, el punto crucial de la teoría platónica, que en este estudio se considera necesario destacar y subrayar, es éste que se pasa a exponer ahora.
En su diálogo citado líneas arriba, explica el filósofo que con el fin de que la *polis* pueda satisfacer las necesidades de sus miembros, es menester que en ella se opere una división del trabajo. Que cada cual sea el perfecto arquitecto de su propia y específica función, de su propio *érgon.*
En qué consiste esto. En el libro IV de su obra mencionada, Platón afirma: "*La justicia consiste en que cada uno debe atender a una sola de las cosas de la polis; aquello para lo que su naturaleza esté mejor dotada". "La justicia es el hacer cada uno lo suyo y no multiplicar las actividades*".[74]
La fórmula que sugiere el filósofo es que cada cual se dedique únicamente al cumplimiento de la función que le corresponde y no se dispersen sus esfuerzos en otras actividades que le sean ajenas. Que cada uno haga lo suyo y no interfiera en los asuntos de los demás.

Se ha dicho que para Platón la Justicia es virtud total, perfección del alma; que la armonía en que ella consiste es la armonía entre los elementos de un mismo organismo, sea éste el Estado o el individuo. Pues bien, esto se consigue con que cada cual haga solamente lo suyo.
En resaltar este detalle consiste precisamente lo que se puede considerar como el real y verdadero aporte de Platón a la definición de la Justicia, detalle que viene a clarificar y complementar la otra y bien conocida fórmula: "dar a cada uno lo suyo" –retomada más tarde por Cicerón–, que ha sido cuestionada y criticada por Kelsen, aduciendo la presunta vaguedad de la expresión.

[74] Platón: *República*, 433 a-b

La Justicia, entendida como el orden resultante del hecho de que en la ciudad cada cual cumpla y a la vez reciba lo que por derecho le corresponde en estricto acuerdo con sus capacidades, es pues la suprema virtud del Estado y también del hombre. Si la Justicia es orden, armonía y equilibrio, toda acción contraria que vaya a perturbar ese orden es considerada injusta. Para Platón resulta claro que la injusticia es una acción ilícita o aun delictuosa que consiste en la intromisión en el dominio ajeno, en la alteración de roles. El texto platónico expresa con diáfana claridad y terminantemente:

"*Cuando una sola persona trate de hacer a un tiempo los oficios de todos, sin tener méritos para ello, entonces creo... que semejante trueque* (de roles) *y entrometimiento ha de ser ruinoso para la ciudad*".[75] "*Que quien por naturaleza es zapatero debe hacer zapatos y no otra cosa, y el constructor, construcciones, y así los demás*".[76]

El filósofo ve la injusticia precisamente como una *pleonexía*; es decir, como un ir más allá de los propios límites e invadir el terreno que a otro corresponde.

Obsérvese cómo esta sabia reflexión platónica sobre la noción de justicia aparece ahora, pero no como una sentencia banal y anacrónica, sino que cobra vigencia, sin importar el tiempo ni el espacio. Tanto es así que aun en nuestros días, en una sociedad "evolucionada" como se supone que es la nuestra, las ideas del filósofo resuenan con fuerza, hallando perfecto acomodo. Este aspecto, entre otros, testimonia la importancia de la teoría platónica de la Justicia que algunos han pretendido desprestigiar e ignorar, pero que aquí es puesto de relieve.

El filósofo, tildado de "metafísico", "místico" y hasta de "religioso", sabía muy bien en que consiste la Justicia y supo describirla y explicarla gráficamente, en consonancia con la realidad de su tiempo.

Ahora bien, desde el enfoque de este estudio, la filosofía platónica no es, como asegura Kelsen, "una solución metafísico-religiosa" a aquello que se ha venido en denominar, en su libro, el "problema" de la justicia. Por el contrario, se puede asegurar que ella sí aporta respuestas a la explicación del concepto de justicia, muy a pesar del hecho de que el maestro jurista haya preferido no verlo así, volcando su atención sólo a resaltar y explotar la faceta menos comprensible pero más controvertida de la filosofía platónica: su metafísica. Está visto que Kelsen hace conjeturas y se apresura en adelantar conclusiones. En el trasfondo de esta historia, se avizora su intención de inducirnos sutilmente a pensar que en la filosofía de Platón la justicia se transforma en un "orden social protector de determinados intereses valiosos...". Es fácil advertir que esta es una interpretación

[75] *Op. cit.*, 434
[76] *Op. cit.*, 443 c

sesgada y cargada de animosidad que, como se constatará más adelante, el maestro jurista irá reproduciendo una y otra vez, desnudando así su pretensión de camuflar una postura no precisamente "científica", como ha venido pregonando pomposamente, sino más bien ideológica.

De hecho, Platón fue capaz de definir la justicia y caracterizarla del modo más atinado. Imbricó la filosofía con la política, al proponer un sistema político fundado en el saber. Comprendió que sólo a la luz de la verdadera filosofía puede alcanzarse el orden, entendido como la justicia, en las relaciones interhumanas. Por encima de toda consideración lindante con la especulación metafísica, en el pensamiento del filósofo hallamos bien arraigada la cuestión de los perfiles de un orden justo en la concreta convivencia humana, vale decir, la cuestión del obrar social justo. Y esto es lo más significativo y ponderable que nos queda de él.

3.3. LAS "FÓRMULAS VACÍAS" DE LA JUSTICIA

En este capítulo, Kelsen presenta lo que él considera el tipo de teoría racionalista de la justicia. Su opinión es que "*el tipo racionalista que por medio de la razón humana procura dar solución al problema de la justicia, es decir, definir el concepto de justicia, está representado por la sabiduría popular de muchas naciones y también por algunos célebres sistemas filosóficos".*

Las fórmulas calificadas como "vacías" están descritas en los parágrafos [20] a [25]:

La fórmula que afirma que la justicia significa "dar a cada uno lo suyo" ha sido aceptada por notables filósofos del Derecho. Pero, –dice– "*es fácil demostrar que esta es una fórmula completamente vacía, porque no señala qué es lo que cada uno puede considerar realmente como lo suyo, razón por la cual puede servir para justificar cualquier orden social que la costumbre o el legislador han establecido*" (*QJ,* p. 46).

Tal como viene expresada, sin especificación alguna, esta es una definición de justicia no completamente vacía, sino que por su sencillez puede parecer incompleta o hasta insuficiente.

Para Kelsen, en todo orden social, de la naturaleza que fuere, se considera justo el dar a cada uno lo suyo; sólo que "lo suyo" difiere en cada caso, dependiendo de lo que cada ordenamiento jurídico o moral determine qué puede efectivamente corresponder a cada cual.

De entrada, la apreciación del jurista sobre esta fórmula es válida. Sin embargo, su observación de que "*esta posibilidad de defender cualquier orden social por considerarlo justo (puesto que da a cada uno lo suyo), explica la aceptación general de esta fórmula...*" ya no guarda coherencia ni

conformidad con la realidad. En este estudio se entiende que no es cuestión de defender nada ni a nadie. La fórmula genérica "dar a cada uno lo suyo" enuncia en forma abstracta la noción de justicia como valor objetivo, universal, sin señalamiento concreto de contenido material alguno (razón filosófica). A partir de ahí, lo que específicamente (bueno o malo) ha de corresponder al individuo, según criterios distributivos cuali-cuantitativos, es decir como valores relativos, lo habrá de determinar, como es normal, el derecho positivo y hacer cumplir el juez (razón jurídica).

Otra de las fórmulas es el "principio de represalia": bien por bien, mal por mal.

Para el jurista, este principio "*no tiene sentido alguno, a menos que se suponga evidente la respuesta a las preguntas: ¿qué es lo bueno? y ¿qué es lo malo? Pero esta respuesta no es de ningún modo evidente, pues la idea de lo bueno y de lo malo, en los distintos pueblos y en las distintas épocas, es también diferente*". Luego concluye: "*El problema de la justicia es, en última instancia, el de saber si un orden jurídico es justo en la aplicación del principio de represalia...*". (p. 47). "*Este es el verdadero problema, el de la justicia del derecho. Y el principio de represalia no da respuesta alguna a este problema*" (p. 48).

Es precisamente éste el fondo del problema. Se trata de que todo orden jurídico para ser verdaderamente justo en la aplicación del principio de represalia tendría que ceñirse en su basamento conceptual a la objetividad de los valores universales, que permanecen inmutables, porque conservan siempre el mismo significado y la misma validez en todas partes y en todo tiempo. Esto difiere radicalmente –claro ésta– de los ordenamientos jurídicos positivos, que por ser relativos sólo se limitan a discernir si el mal que representa la sanción establecida por la norma jurídica es compatible o no con el ilícito cometido. Se deja intacta y sin respuesta la cuestión de saber si lo jurídico es justo o no. En cambio, para la justicia objetiva basada en la razón, los conceptos de bien y de mal son definitivamente unívocos, en la medida en que deba o tenga que prevalecer la racionalidad humana, imponiéndose sobre el mero sentimiento. En todo caso, la esencia del principio de represalia se mantiene incólume y tiene sentido, vista desde el ángulo de la justicia objetiva.

El principio de igualdad, del cual la represalia es una de sus formas, "*también ha sido considerado como esencia de la justicia. Este principio parte de la suposición de que todos los hombres... son iguales por naturaleza y termina con la exigencia de que todos deben ser tratados de la misma manera*". "*En verdad los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales*".

(p. 48). Esta es una verdad incontrovertible; así la entendemos. Pero entonces, la exigencia de que todos deben ser tratados de la misma manera "*puede significar únicamente que el orden social, en el otorgamiento de derechos y en la imposición de deberes, debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades*" (p. 48-49). En efecto, la simple igualdad no es un criterio de validez para la justicia objetiva; aunque sí puede serlo para una justicia relativizada, como la justicia legal, la social o la política, en el momento de determinar derechos y obligaciones de todo género al interior de un orden social dado.

El principio de igualdad ante la ley, una variante del principio general de igualdad que acabamos de describir, es convencional, formal, como todo lo que es legal. Como el mismo Kelsen lo precisa, "*este principio de juridicidad o legalidad es, por su propia esencia, inmanente a todo ordenamiento jurídico (positivo), sin que para esto interese que tal ordenamiento sea justo o injusto*". (p. 51). Consiste únicamente en que los órganos de aplicación del Derecho no deben hacer diferencia alguna que el Derecho no establezca. Así, si el orden jurídico otorga derechos haciendo discriminación (de género, de religión, de color político, de etnicidad, etc.), cuando así está establecido en la norma, estará entonces respetando el principio de igualdad ante la ley. Debido a ello es que estos ordenamientos pueden dejar pasar y convalidar actos de discriminación o de segregación abierta, si es que la ley lo permite o lo consiente.

Aquí viene bien el calificativo de "fórmula vacía"; pues, de qué racionalidad de la justicia se puede hablar, si el principio de igualdad ante la ley acepta o consiente que el principio de juridicidad en juego puede ser injusto.

Siguiendo el razonamiento anterior, veamos otra de las fórmulas. Con Kelsen, decimos que, en opinión de Marx, el llamado "derecho igual" del sistema económico capitalista, "*en realidad es un derecho desigual, pues no tiene en cuenta las diferencias de capacidad de trabajo que existen entre los hombres; por lo tanto no es un derecho justo sino injusto*" (p. 52). Que "*la verdadera igualdad y, por lo tanto, la verdadera y no la aparente justicia se logra* –siempre según Marx– *únicamente en una economía comunista, donde el principio fundamental es: de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades*" (p. 53).

Pero, ¿cuáles son esas capacidades y esas necesidades? En este punto convenimos también con Kelsen en que se trata de capacidades reconocidas por el orden social comunista y necesidades determinadas por ese mismo orden. Él dice que será la autoridad central, planificadora y reguladora del sistema de producción, la que resuelva ambas cuestiones, según normas generales. Así entonces,

el principio comunista de justicia presupone la respuesta del orden social positivo a la pregunta que fundamenta su aplicación. A pesar de ello y sin que obsten estas condiciones limitantes, el principio comunista de justicia, al menos como está enunciado, independientemente de la eficacia o no de su aplicación, no es una "fórmula vacía", como se cree, porque su contenido encierra un grado de racionalidad, y puede ir, aunque sea sólo en alguna medida, acorde a los requerimientos de la justicia objetiva; es decir, es un criterio que podría aplicarse no solamente en el utópico orden comunista.

La regla de oro es otra aplicación del principio de igualdad. Su descripción, en el parágrafo [25], dice: "*no hagas a los demás lo que tú no quieras* (o no desees) *que te hagan a ti*".

Este precepto induce al individuo a no causar daño al prójimo. Caracteriza a esta regla su naturaleza subjetiva de conducta justa en las relaciones interpersonales, criterio sustentado por el principio de reciprocidad o de retributividad, que en definitiva apunta a la preservación del orden moral y jurídico en la sociedad. No obstante, Kelsen encuentra que "la aplicación de esta 'fórmula vacía' conduce a consecuencias absurdas" como ésta: Según la fórmula, "*nadie desea ser castigado aun cuando haya cometido delito; por lo que, siguiendo la regla de oro, el delincuente no debe ser castigado*". Por esta vía, dice, se podría "llegar a la abolición de toda moral y de todo derecho", contradiciéndose entonces la verdadera intención de la regla. De ahí que, si la regla de oro ha de ser interpretada de acuerdo con su intención, no puede ser una regla subjetiva, pues la subjetividad no es conciliable con ningún orden social. Por consiguiente, concluye, hay que interpretar esta regla como si ella estableciera un criterio objetivo. "*Su significado debe ser 'condúcete con los demás como éstos deban conducirse contigo'. Pero, ¿cómo deben conducirse en realidad? Esta es la pregunta de la justicia a la cual no responde la regla de oro, sino que presupone la respuesta. Y lo que presupone es precisamente el orden de la moral positiva y del derecho positivo*" (p.56-58).

Según el criterio de este estudio, la regla de oro aparece como una fórmula vacía, pero más por su ambigüedad e insuficiencia que por su vacuidad, propiamente. Pues, cotejando ambas fórmulas de esta regla, encontramos que en definitiva significan lo mismo. En el primer caso, se incita al sujeto actuante a hacer el bien, suponiendo que la retribución que él reciba habrá de ser del mismo signo; en el otro caso, el procedimiento es el mismo, pero aquí se espera que la conducta del otro sea "la debida". Pero, qué hay que entender o considerar como lo debido en este punto. Para el jurista, es lo que determina el ordenamiento jurídico, vale decir la norma positiva específicamente aplicada respecto del sujeto. Desde el punto de vista filosófico, lo debido es aquello que en justicia <u>debe</u>

recibir el sujeto que actúa, y que a la vez ejerciendo justicia debe serle atribuido por el juez: bien por bien o mal por mal, en concordancia con lo que determina el espíritu original de la regla de oro.

3.4. EL CONCEPTO DE JUSTICIA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE KANT

Siguiendo el orden secuencial de la exposición de Kelsen en su libro, en el parágrafo [26] de *QJ* se lee: "*Si por vía de interpretación se sustituye el criterio subjetivo contenido en el texto de la regla de oro por un criterio objetivo, la regla nos lleva a la siguiente exigencia: 'condúcete de acuerdo con normas generales del orden social'. A pesar de ser ésta una fórmula tautológica* (ella) *sugirió a Kant la formulación de su célebre imperativo categórico, que constituye el resultado esencial de su filosofía moral y su solución al problema de la justicia. Este imperativo afirma: 'condúcete de acuerdo con aquella máxima que tú desearías se convirtiera en ley general'. En otras palabras, la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos. Pero, ¿cuáles son esas normas? Esta es la pregunta fundamental de la justicia a la que –lo mismo que la regla de oro– no da respuesta alguna el imperativo categórico*" (p. 59-60).

En el texto precedente, hallamos implícitas afirmaciones basadas en premisas inexactas. Kelsen sustituye el carácter subjetivo primitivo de la regla de oro por la "objetividad" de otra fórmula, adaptada en teoría a las características de un ordenamiento social regido por normas. De esta suerte, la conducta recíproca, querida o deseada, se convierte en conducta preceptuada por una norma moral o jurídica (positivas). En tono crítico, el maestro apunta que la regla de oro es una fórmula tautológica. Sin embargo, él mismo hizo que apareciera tautologizada, al hacer notar que la regla modificada terminaría a la postre señalando que uno debe comportarse de acuerdo con normas generales del orden social. Y todo orden social está fundado en normas generales positivas según las cuales debemos comportarnos. Entonces, razonando de manera análoga acerca del imperativo categórico, Kelsen llega, en el parágrafo [27], a la conclusión de que se trata de una "fórmula vacía" de la cual "no puede deducirse nada". Luego acota que "*todo precepto de cualquier orden social es compatible con el principio del imperativo categórico, ya que éste no dice otra cosa sino que el hombre ha de conducirse de acuerdo con las normas generales*". Y en fin, en su conocido estilo desconcertante concluye sentenciando: "*De ahí que el imperativo kantiano, lo mismo que el*

principio 'a cada uno lo suyo' o la regla de oro, puede servir de justificación a cualquier orden social..." (p. 60-61).

Toca en este estudio hacer una puntualización. Observa el jurista que la pregunta fundamental de la justicia, la de saber cuáles son las normas que determinan la conducta humana buena o justa, las normas que podemos o debemos desear que sean obligatorias para todos, "no es respondida por el imperativo categórico" (*QJ*, p. 60). Puede decirse que así es en efecto. Y lo es, porque en la ética kantiana el imperativo categórico, como fórmula, simplemente no se consagra al estudio de la conducta justa, precisamente. No es cierto que Kant habría querido "solucionar" algún "problema" de la justicia al enunciar su célebre imperativo. Éste no guarda conceptualmente relación directa con la justicia, aunque el filósofo sí se ocupa efectivamente de la misma, pero en otra parte de su vastísima obra filosófica.

El imperativo manda: "*Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal*".[77] Pero no hace referencia a ninguna norma preexistente. Aquí salta a la vista el detalle que marca la diferencia entre ambas versiones. En la suya, Kelsen sustituye el término "ley universal" de Kant por "ley general": un detalle al parecer irrelevante que pasaría inadvertido; sin embargo, ahí radica el *quid* del asunto.

Kant señala que "*el imperativo categórico, que sin referencia a ningún propósito, es decir sin ningún otro fin, declara la acción objetivamente necesaria en sí misma, tiene el valor de un principio apodíctico-práctico*".[78] Los imperativos tienen valor objetivo y son totalmente diferentes de las máximas. "*Los principios prácticos son subjetivos o forman máximas, cuando la condición es considerada por el sujeto como válida solamente para su voluntad; pero son objetivos y proporcionan leyes prácticas, cuando la condición es reconocida como objetiva, es decir, como válida para la voluntad de todo ser racional". "Los imperativos categóricos forman por sí solos leyes prácticas*".[79]

La validez del imperativo de Kant es universal. Contrariamente, la doctrina jurídica positivista de Kelsen no admite la universalidad de los valores ni de las normas. Por lo tanto, para el maestro la "ley general" no es propiamente la ley universal, sino la ley inherente a un determinado reducto social, considerado como totalidad. A raíz de esta confusión, Kelsen habla de "normas" que, en

[77] Kant: *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Ed. Libertador, Buenos Aires, 2004, p. 89
[78] Kant: *Op. cit.*, p. 83
[79] Kant: *La Raison pratique*. Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p. 23-24

conformidad con el imperativo, determinarían la conducta buena o justa, pensando, claro está, en las normas generales de todo ordenamiento jurídico positivo. Entendamos bien esta cuestión.
El imperativo categórico es formal, ya que sólo ordena la forma y no el contenido de la acción: manda obrar sólo por respeto al deber. No dice qué hacer, sino por qué hacerlo.
Para que una voluntad pueda querer por puro deber, es pues preciso que no esté sometida a ninguna ley, sino que sea legisladora de sí misma. Entonces, solamente obedecerá a su propia ley, no impuesta por otros, que al mismo tiempo es ley suprema.

Para abordar el tema de la justicia en Kant, señalemos brevemente que su filosofía se centra en su teoría gnoseológica, sobre la que han sido edificadas su ética y, consecuentemente, su filosofía del Derecho. Recordemos que el filósofo se propone dilucidar la cuestión del rol que juega la razón humana en el conocimiento del mundo y de los factores que, más allá de lo cognoscible, motivan y determinan la conducta del hombre. A partir de esta distinción entre conocer y actuar, desarrolla sus dos principales críticas. Recordemos que en la primera de ellas explica cómo, por medio de la razón, conocemos y comprendemos la naturaleza, el mundo sensible; y en la segunda analiza el papel de la razón en la dimensión moral o práctica. La razón teórica concierne al ser y la razón práctica, al deber ser. El uso teórico de la razón se refiere al objeto de la facultad pura y simple de conocer; en tanto que en su uso práctico la razón tiene que ver con los principios que determinan la voluntad. Lo que todo hombre juzga como absolutamente bueno es la buena voluntad. La facultad racional del hombre, encaminada a la acción, se sustenta en el *deber*. Con apoyo en la buena voluntad del hombre, ese deber que es principio ético trascendental, es un imperativo categórico. Como fundamento del deber, la voluntad es determinada por la sola racionalidad. La naturaleza racional del hombre hace que éste sea un fin en sí mismo; un ser libre y autodeterminado. Si el hombre no fuera libre en su obrar, el imperativo categórico no tendría sentido.

Kant se dedica al estudio del uso moral de la razón en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y en su *Crítica de la razón práctica* (de 1785 y 1788, respectivamente). Por metafísica de las costumbres, el filósofo entiende el conjunto de leyes *a priori*, por las que se determina la voluntad y ve en ella el estudio de los principios racionales de la conducta del hombre como ser libre y racional. La filosofía kantiana del Derecho y del Estado está contenida en el libro *Principios metafísicos del Derecho*, que junto con otro conocido como *Principios metafísicos de la virtud* constituyen los dos volúmenes en que ha sido dividida la obra intitulada *Metafísica de las*

costumbres, de 1797. Tal división obedece a que la libertad, cuyas leyes *a priori* se investiga, se desdobla en libertad externa y libertad interna, que corresponden respectivamente al Derecho y a la Ética.

Ahora bien, ¿qué es el Derecho para Kant? El concepto de derecho no puede extraerse de la experiencia. Kant no ve el Derecho como algo dado en el mundo sensible, sino en el inteligible. Por lo tanto, esta cuestión no entra en el campo de la razón teórica, sino en el de la razón práctica.

Al respecto escribe el filósofo: "*El concepto de derecho no se aplica más que a las relaciones externas, pero prácticas, de una persona con otra. En esta relación recíproca de una voluntad con otra se tiene que hacer abstracción de la materia de la voluntad. Se debe considerar solamente la forma de la relación de dos voluntades libres y ver únicamente si la acción de la una puede estar de acuerdo con la acción de la otra, según una ley general de libertad*".[80]

Por otro lado, "*es conforme al Derecho y justa toda acción que por sí misma, o por su máxima, permite al libre arbitrio de cada uno ponerse de acuerdo con la libertad de todos, según leyes universales*". En consecuencia, "*si mi acción, o en general mi estado, puede estar de acuerdo con la libertad de los demás, me infiere una injusticia aquél que me perturba en ese estado, porque el impedimento que suscita en mí no puede subsistir con la libertad de todos, según leyes generales*".[81]

Es en este sentido que Kant quiere que la definición del Derecho que él propone sirva de criterio universal para determinar lo que es justo y lo que es injusto. La definición kantiana, que habla de los arbitrios que se armonizan según una ley universal, no corresponde a lo que el Derecho efectivamente es, sino a lo que debe ser: un ideal de derecho. Este ideal de derecho, o sea, este concepto de justicia, para el filósofo es la libertad. La libertad como afirmación del valor absoluto de la persona es el único derecho innato que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad.

La libertad es pues el fin al que se ordena el Derecho por la razón y que él mismo cumple coordinando la libertad de los individuos de manera que la libertad de uno no lesione la de los otros. Por consiguiente, el único fin del Estado es el Derecho como condición de libertad y como coordinador de las libertades de todos, según una ley universal. De ahí que resulte fácil colegir que el Estado kantiano sea considerado, con justa razón, el modelo de "Estado de Derecho", en su concepción primigenia.

La razón de ser de las leyes es otro tema del cual se ocupa también el filósofo. Sobre ello, señala que el contrato social es criterio de justicia. El contrato originario no es otra cosa que *pura idea* de la

[80] Kant: *La raison pratique*. Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p. 170
[81] Kant: *Principios metafísicos del Derecho*. Ed. Americalee, Buenos Aires, 1943, p. 47

razón; pero una idea que posee una realidad incontrastable: "*Ella obliga a todo legislador a dictar leyes que emanen de la voluntad colectiva de todo un pueblo... Esta es la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública. Pues, si la ley es de tal naturaleza que sea imposible admitir que todo un pueblo pueda darle su consentimiento, entonces ella no es justa*".[82]

Pero, más allá de la definición del Derecho y de la Justicia, el aporte más significativo de Kant a la Filosofía del Derecho es su teoría de la justicia penal.

En la segunda sección de su obra *Principios metafísicos del Derecho*, que versa sobre el derecho público, en el apartado marcado con el título de "El derecho de castigar", leemos:

"La pena jurídica jamás puede ser decretada con fines utilitarios; simplemente como un medio para alcanzar un fin... Es que el hombre nunca debe ser tratado como un mero medio al servicio de fines ajenos... En principio, hay que ver en el sujeto a alguien *digno de ser castigado*, antes de pensar en sacar, más allá del castigo, algún beneficio para él mismo o para la sociedad".

No obstante tal consideración, Kant declara: "*La ley penal es un imperativo categórico (...), ella adopta para sí la sentencia farisaica que dice: 'Vale más (*o es preferible*) la muerte de un hombre que la ruina de todo un pueblo'; porque cuando la justicia desaparece ya no hay nada más que pueda dar valor a la vida de los hombres sobre la Tierra (...) De ahí que, si se diera el caso de que con un propósito puramente utilitario y dirigido a obtener algún provecho se pretendiera perdonar la vida a un criminal condenado a muerte, la justicia dejaría de ser tal, ya que ella se estaría entregando a cambio de un beneficio*".[83]

Más adelante apunta sabiamente: "*¿Qué principios y qué medida debe seguir la justicia pública para determinar la clase y el grado del castigo? No hay otra cosa que no sea el principio de igualdad. Es en este sentido que se puede decir: el mal inmerecido que tú le haces a otro te lo haces a ti mismo. Si lo ultrajas, le robas o lo golpeas, te ultrajas, te robas o te golpeas tú mismo.*

Y si lo matas, te matas tú mismo. No hay otra cosa, nada más que la ley del talión, bien entendida, que en la barra del tribunal pueda determinar el criterio cuali-cuantitativo del castigo, todas las otras (leyes) *son vacilantes y no pueden estar de acuerdo con la sentencia de la pura y estricta justicia* (...)*. Si un criminal ha cometido un asesinato, es necesario que él muera. Aquí no hay sucedáneo alguno que pueda satisfacer a la Justicia; pues no hay nada comparable entre una vida, por muy penosa que ella sea, y la muerte. Por lo tanto, no hay otro medio de aplicar al crimen la*

[82] Kant: *La raison pratique*, p. 173
[83] *Op. cit.*, p. 177-178

ley del talión, que no sea el infligir la muerte al criminal, por medio de las leyes, pero despojándola de todo aquello que pudiera, en la persona del condenado, indignar a la Humanidad".[84]

En conclusión, se puede afirmar que ciertamente no es el imperativo categórico de Kant que constituye "su solución al problema de la justicia", como supone Kelsen (*QJ*, p. 59); el que da respuesta a "la pregunta fundamental de la justicia" (p. 60).

El filósofo ha estudiado prolija y exhaustivamente la materia de la Justicia, fruto de lo cual es su teoría que está inserta no en su ética, sino en su filosofía del Derecho y del Estado.

En el contenido del texto del maestro jurista referido a la ética kantiana, que analizamos, se puede evidenciar una vez más la ligereza con que el jurista hace conjeturas y se apura en sacar conclusiones, como aquella de que "el imperativo categórico puede servir de justificación a cualquier orden social en general, y que por ser una fórmula absolutamente vacía es y será aceptada como solución satisfactoria al problema de la justicia" (*op. cit*., p. 61).

El imperativo categórico es característicamente trascendental, por lo que ostenta validez objetiva. No se lo puede equiparar con la regla de oro que, como vimos, no deja de ser una fórmula subjetiva, aunque Kelsen quiera revestirla de un falso toque de objetividad.

Ahora queda claro que la regla dorada no pudo de ningún modo haber inspirado o "*sugerido a Kant la formulación de su célebre imperativo*...", como tendenciosamente supone el maestro de Viena. Tampoco es seria, ni cierta, la aseveración de que el imperativo es una fórmula "*absolutamente vacía*", como las otras, y que de él "*no puede deducirse nada*".

El imperativo categórico es una ley universal, un imperativo formal no sujeto a las contingencias de la existencia concreta. Pero esta formalidad no debe ser interpretada como si fuera simple vacuidad, aunque esta última nota bien podría ser atribuida a las otras fórmulas descritas, que no son formales como la kantiana, sino de naturaleza contentiva.

3.5. ACERCA DE LA IDEA DE JUSTICIA EN LA ÉTICA ARISTOTÉLICA

Los apartados [28] y [29] del texto que analizamos abarcan el tema. Kelsen parte del supuesto de que la ética aristotélica es "otro ejemplo significativo del infructuoso intento de definir la idea de una justicia absoluta mediante un método racional, científico o cuasi científico". Su explicación dice: "*Aristóteles asegura haber encontrado un método científico... para determinar las virtudes...*

[84] Kant: *Principios metafísicos del Derecho*, p. 171-177

La filosofía moral, afirma Aristóteles, puede encontrar la virtud cuya esencia busca determinar... La virtud es el punto medio entre dos extremos, es decir, entre dos vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto. Así, la virtud del valor, por ejemplo, es el punto medio entre el vicio de la cobardía, 'falta de coraje', y el vicio de la temeridad, 'exceso de coraje'. Esta es la conocida doctrina del mesotes" (p. 63-64).

"*Para juzgar esta doctrina, hay que tener en cuenta que un geómetra sólo se puede dividir una línea en dos partes iguales si se supone que los dos puntos finales están ya dados; en este caso, el punto medio está también ya dado con ellos, de antemano. Cuando sabemos lo que es el vicio, podemos saber también lo que es la virtud, pues la virtud es lo contrario del vicio. Pero Aristóteles presupone evidente la existencia del vicio y por vicio entiende lo que la moral de su época calificaba como tal*" (p. 64-65).

Kelsen objeta la doctrina del mesotes aduciendo que soluciona tan sólo en apariencia, el problema planteado, ya que la pregunta: ¿qué es lo bueno? (la virtud) es contestada con otra pregunta: ¿qué es lo malo? (el vicio), con lo cual, "*la ética aristotélica deja librada la respuesta a la moral positiva y al orden social...*" reinantes en tiempos de Aristóteles. Por consiguiente, no es la fórmula del justo medio, sino "*la autoridad de ese orden social quien determina qué es lo 'demasiado' y qué lo 'poco' y quien establece los dos extremos, es decir, los dos vicios y por lo tanto, la virtud situada entre ambos. Esta ética, al presuponer el orden social como válido, se justifica a sí misma. Esta es en realidad la función de la fórmula tautológica del mesotes...*" (p. 65-66).

"*El carácter tautológico de la fórmula del mesotes aparece claramente en la aplicación de la misma a la virtud de la justicia. Aristóteles enseña que la conducta justa es el término medio entre el hacer el mal y el sufrir el mal. Lo primero es 'lo excesivo', lo último es 'lo defectivo'* ". "*En este caso, la fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios no es una metáfora adecuada, pues la injusticia que se hace y la que se sufre no son dos vicios o males, sino que es una sola la injusticia que el uno hace al otro y la que éste sufre de aquél. La justicia es simplemente lo contrario de esta injusticia*". En consecuencia, concluye afirmando que "*la formula del mesotes no da respuesta a la pregunta fundamental ¿qué es la injusticia?: la respuesta está presupuesta, y Aristóteles presupone como evidente que injusticia es aquello que para el orden moral positivo y para el derecho positivo es injusto*" (p. 66-67).

Y entonces, direccionando su discurso en su acostumbrado sesgo jurídico-ideológico, termina diciendo que "*lo que la doctrina del mesotes aporta no es la definición de la esencia de la justicia*

sino el fortalecimiento del orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo. Esta es una aportación eminentemente política que protege a la ética aristotélica contra todo análisis crítico que señale su falta de valor científico" (p. 67).

Aquí hay una apreciación incorrecta de la real significación de la doctrina del justo medio, que conviene explicar. En el libro II de su *Ética nicomaquea*, Aristóteles dice que las virtudes no son pasiones ni potencias, sino hábitos o disposiciones. "*La virtud del hombre será entonces aquel hábito o disposición por el que el hombre se hace bueno y gracias al cual realizará bien la obra que le es propia*". A renglón seguido, el texto filosófico señala:

"*En toda cantidad continua y divisible, pueden distinguirse lo más, lo menos y lo igual; y estas distinciones pueden hacerse con relación al objeto mismo o bien con relación a nosotros* (el sujeto). *Lo igual es un término medio entre el exceso y el defecto. El medio, cuando se trata de una cosa, es lo que dista igualmente de uno y otro de los extremos, lo cual es uno y lo mismo en todos los casos. Pero cuando se trata de nosotros, el medio es lo que no peca ni por exceso ni por defecto; y esto ya no es uno ni lo mismo para todos*".[85]

Por eso, "todo conocedor rehúye el exceso y el defecto, buscando y prefiriendo el término medio, pero el término medio no de la cosa, sino para nosotros".

Aristóteles identifica, pues, dos facetas en la virtud: una objetiva (es decir el objeto de la virtud en sí) y otra subjetiva (la forma en que el hombre se conduce respecto de tal objeto). Podemos entonces enunciar que el justo medio es la cualidad distintiva del objeto de la virtud. En cambio, la tesitura en que el hombre se encuentra constituye la cualidad del virtuoso, es decir, el hábito que lo lleva a ejecutar de modo estable y con intención recta los actos éticamente meritorios. En este enunciado prima el criterio objetivo, vale decir el juicio "respecto de la cosa misma". En contraste, "respecto de nosotros" el criterio de término medio es distinto: el hombre experimentado evita siempre el exceso y el defecto y busca el término medio, es decir, la mesura.

Escribe el filósofo: "*La virtud es, por tanto, un hábito selectivo consistente en una posición intermedia para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente. Es una posición intermedia entre dos vicios, uno que peca por exceso y otro por defecto de lo debido en las pasiones y en las acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio*".

[85] Aristóteles: *Moral a Nicómaco*, (Trad. Patricio de Azcárate). Anaconda, Buenos Aires, 1947, p. 64

"*Pero, no toda acción ni toda pasión admiten una posición intermedia. Sería absurdo pretender que en la injusticia, la cobardía y el desenfreno pudiese haber un medio, un exceso y un defecto..., sino que como quiera que se obre se yerra. No hay, pues, término medio del exceso ni del defecto, como tampoco exceso ni defecto del término medio*".[86]

En ese mismo fragmento del libro de Aristóteles, en la versión que venimos utilizando (la de Gómez Robledo), leemos: "*Según su sustancia y la definición que expresa su esencia, la virtud es medio, pero desde el punto de vista de la perfección y del bien, es extremo*".[87]

Cotejando esta cita con su equivalente, que figura en la otra versión (la de Azcárate), encontramos una diferencia sutil pero sustancial. El pasaje dice: "*He aquí por qué la virtud, tomada en su esencia y bajo el punto de vista de la definición que expresa lo que ella es, debe mirársela como un medio. Pero con relación a la perfección y al bien, la virtud es un extremo y una cúspide*".[88]

Es precisamente este detalle (subrayado por el autor del estudio) el que filosóficamente no ha sido debidamente aquilatado por los intérpretes y suficientemente explicado por los comentaristas.

A propósito de la afirmación de Aristóteles de que "la virtud es un extremo y una cúspide", Nicolai Hartmann explica que la virtud es siempre, al mismo tiempo, medio y cima, sólo que en diferentes relaciones. En cada virtud "aparecen, contraponiéndose, dos puntos de vista: uno ontológico, referido a la forma de ser del comportamiento o a la materia del valor; y otro axiológico, que se refiere al carácter valioso del mismo comportamiento. De acuerdo con lo ontológico, la virtud es *mesotes*; según lo axiológico, es *acrotes*. La virtud es un medio sólo de acuerdo con su forma de ser; pero como valor ético es algo absoluto, sobre el que no puede haber un exceso".[89]

Se comprende, pues, que en el esquema bimodal de Hartmann la justicia como virtud no está bien situada en la dimensión ontológica (horizontal) de exceso y defecto; pero sí encuentra su ubicación apropiada en la dimensión axiológica (vertical) de virtud y vicio. En ésta, la justicia, como virtud absoluta, ocupa la posición cimera, y la injusticia, en tanto vicio mayor, se ve relegada al extremo inferior.

La ética de Aristóteles es una ética de la virtud, y en ella se considera que la Justicia es la virtud perfecta entre las demás. No es, pues, cierto que esta ética sea un intento fallido de definir la idea de

---

[86] Aristóteles: *Ética Nicomaquea*, (Trad. Antonio Gómez Robledo). Porrúa, México, 1976, p. 23-24
[87] *Op. cit.*, p. 23
[88] Aristóteles: *Moral a Nicómaco*, p. 66
[89] Hartmann, N: Ethik, Berlin, 1926; citado en: García Máynez, Eduardo: *Doctrina aristotélica de la Justicia.* UNAM, México, 1973, p. 56-58

una justicia absoluta, centrándose en la doctrina del justo medio, como afirma el maestro jurista. Simplemente no es función de la teoría del mesotes el aportar tal definición. El interés que reviste este método no consiste sólo en ello ni se agota ahí, precisamente. Es un indicador del carácter cuali-cuantitativo de las virtudes, basado en la idea de proporcionalidad. No es, como se cree, un método seguro que lleve a la definición de las virtudes o de los vicios; ese no es precisamente su objetivo. Más allá de su función "graficadora", en la doctrina del mesotes de hecho no hay que esperar encontrar un instrumento práctico que nos conduzca a definir qué es la Justicia.

¿Se puede decir, entonces, que la ética aristotélica es otro intento fallido de definir la justicia absoluta? Desde luego que no. Al hablar de la ética aristotélica para referirse a la materia de la justicia, Kelsen incurre de nuevo en omisión cuando se abstiene de mencionar la bien conocida teoría de la justicia del filósofo, refugiándose en la supuesta "futilidad" y en el carácter presuntamente "tautológico" de la doctrina del justo medio, para sustentar su tesis de la "indefinibilidad" de la justicia, queriendo con ello hacer creer que la filosofía de Aristóteles tampoco da respuestas a la interrogante planteada acerca de la definición de ese valor ético.

La doctrina aristotélica de la Justicia ha sido bien estudiada por iusfilósofos y juristas de todos los tiempos –pues no se conoce obra alguna de Filosofía del Derecho que no la mencione, cuando menos–. Esta teoría se mantiene sustancialmente vigente a pesar de los dos milenios transcurridos y de todas las vicisitudes culturales que ha tenido que vencer. Porque versa sobre la misma esencia conceptual de la Justicia, esta obra genial y visionaria que ya da pautas del criterio científico de su autor permanece incólume y en ningún momento ha perdido actualidad.

Sin embargo, con la intención de restarle méritos al filósofo, el maestro de Viena se cuida muy bien, también esta vez, de no tocar ésta que es la materia más sobresaliente de la ética aristotélica: el de la Justicia, profusamente descrita en el libro V de la *Ética Nicomaquea*[90], que ahora abordamos, pero nada más que en sus pasajes más relevantes.

A diferencia de la teoría platónica, el método analítico de Aristóteles no connota consideraciones metafísicas en su formulación teórica. Por ello mismo, no encontramos en su doctrina ninguna referencia explícita y tocante específicamente a la cuestión de la justicia absoluta.

En su Ética, una definición genérica dice que "*justicia es una virtud por la cual uno posee lo que le*

[90] Aristóteles: *Ética Nicomaquea*. Trad. Gómez Robledo, Porrúa, México, 1976

pertenece, y ello según la ley; en tanto que injusticia es el vicio por el cual alguien se apodera de lo ajeno, contrariamente a la ley".[91] En ese mismo sentido, justo es aquel que obedece de manera escrupulosa la ley y practica la igualdad; por consiguiente, "*lo justo será lo conforme a la ley y a la igualdad; lo injusto, lo contrario a ellas...*".[92]

En principio, Aristóteles distingue entre justicia universal y justicia particular. En el caso de la primera, esto es en sentido amplio, la Justicia "*es virtud perfecta porque quien la posee puede ejercitar la virtud, también en relación con los demás y no sólo consigo mismo. En ella toda virtud está en compendio*".[93] Es por lo tanto la virtud social perfecta, porque consiste en la práctica de todas las otras virtudes en las relaciones interhumanas; es la completa observancia de la norma (*nomos*). Aquí ya aparece una nota esencial de la Justicia: la noción de alteridad.

En el caso de la justicia particular, y en sentido estricto, justo es el observante de la igualdad; injusto es el codicioso, o sea, el que se asigna ventajas indebidas, y que por lo tanto atenta contra la igualdad. La justicia particular se define como una virtud ética en la que se da, además de la alteridad, la nota de la igualdad. Se realiza el principio de igualdad en la Justicia cuando ésta se presenta como fundamento de la cohesión y la armonía de la vida social. Este principio puede aplicarse de dos maneras, originándose así dos clases de justicia: la justicia distributiva y la justicia rectificadora.

En la explicación del filósofo, "*de la justicia particular y de lo justo según ella, una forma* (la distributiva) *se refiere a la distribución de honores, riquezas y demás cosas repartibles entre los miembros de la comunidad, reparto en el cual puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro. La otra forma* (la rectificadora) *desempeña una función correctiva en las transacciones privadas*".[94]

Respecto de la justicia distributiva, puntualiza que "*si las personas no son iguales no recibirán cosas iguales; de ahí los pleitos y los reclamos cuando los iguales reciben porciones desiguales, o los desiguales porciones iguales. Todos reconocen que lo justo en las distribuciones debe ser conforme a cierto mérito; sólo que no todos entienden que el mérito sea el mismo*".[95]

La justicia distributiva exige que cada cual reciba una porción adecuada a sus méritos. Es el principio de igualdad el que postula aquí una desigualdad de trato, puesto que siendo distintos los méritos, han de serlo también los premios. La justicia distributiva consiste, pues, en una relación

---

[91] Aristóteles: *Retórica*. Aguilar, Madrid, 1964, p.78 (1366,b)
[92] *Et. Nic*., 1129 a-b
[93] *Op. cit.*, 1129 b, 25-30
[94] *Op. cit.*, 1130 b
[95] *Op. cit.*, 1131 a

proporcional. La otra forma de justicia particular es la rectificadora o correctiva, que se da en las relaciones interpersonales. La justicia correctiva (llamada también *sinalagmática*) no está referida al mérito de las personas, ya que éstas son consideradas iguales, sino a las cosas. En ella la aplicación del principio de igualdad conduce a una consecuencia distinta, ya que lo que se mide de modo impersonal es el beneficio o el daño que las partes o sujetos pueden experimentar, esto es, las cosas y los actos en su valor efectivo, intrínseco. "*Es indiferente, en efecto, que sea un hombre bueno el que haya defraudado a un hombre malo, o el malo al bueno... La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y el otro la recibió, si uno causó daño y otro lo resintió*".[96]

La justicia distributiva determina las relaciones entre la sociedad y los individuos; la justicia correctiva o sinalagmática, en cambio, ordena las relaciones de los individuos entre sí. Cuando en la relación intersubjetiva actúa como elemento principal la voluntad de los sujetos, se llama justicia "conmutativa"; si, por el contrario, interviene la decisión del juez, imponiéndose aun en contra de la voluntad de uno de ellos, se trata de la justicia "judicial". La rectificación que en tales casos debe hacer el juez consiste en encontrar el "medio" entre el "provecho" y la "pérdida" o, lo que es lo mismo, en restablecer la igualdad. Cuando se habla de la justicia particular, lo justo es lo igual y lo injusto lo desigual. Como lo igual es el medio entre lo más y lo menos, lo justo será también una especie de medio. La igualdad en que consiste la justicia particular no puede ser nunca simple igualdad de cosas; antes bien, presupone una relación interpersonal.

Otra de las cuestiones significativas heredadas de la Antigüedad es el concepto de "equidad". Aristóteles observa que siendo común la ley, hay veces en que no es posible formular correctamente mandatos de carácter general en relación con casos particulares, en los cuales la norma general no sea lo suficientemente explícita o presente vacíos o ambigüedades en su interpretación. Por ello la justicia legal es insuficiente y necesita un correctivo. A esa abstracción de la ley, el filósofo ofrece como "correctivo" aquella forma de justicia que él llama *epiékeia* y que corresponde a lo que nosotros conocemos como equidad. "Lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal... Por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos es, con todo, superior lo equitativo". El concepto de equidad históricamente ha servido como basamento y armazón de los modernos sistemas de justicia en el mundo.

[96] *Op. cit.*, 1132 b

En definitiva, la doctrina aristotélica sí da respuestas concretas a las preguntas que surgen en torno a la Justicia. El legado que conservamos de Aristóteles no es "un aporte al fortalecimiento del orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo, un aporte eminentemente político y carente de valor científico", como pregona Kelsen (*QJ*, p. 67), cuyos criterios apresurados tienen más de ideológico que de filosófico. Por su originalidad y su validez perdurable en el tiempo, la contribución del filósofo es en realidad mucho más valiosa de lo que algunos todavía se empeñan en creer.

3.6. LA NOCIÓN DE ABSOLUTISMO – RELATIVISMO

Entramos ahora a ver el punto neurálgico de la teoría kelseniana, cuestión a la que está directamente consagrado el presente estudio.

En las páginas finales de *QJ*, texto que estamos terminando de leer, figura la tesis central de Kelsen sobre la Justicia, que dice: "*Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta*". "*La razón humana sólo puede concebir valores relativos, es decir, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto*". Luego agrega: "*La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional existen sólo intereses humanos y, por tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos alternativas: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos*" (p. 75-76).

Acerca de este mismo tema, una anterior opinión de Kelsen que figura en el capítulo 3) de *QJ* es la siguiente: "*El hombre debe creer en la existencia de Dios, es decir, en la existencia de una justicia absoluta, pero es incapaz de comprenderla, o sea de precisarla conceptualmente. Los que no pueden aceptar esta solución metafísica del problema de la justicia, pero conservan la idea de los valores absolutos con la esperanza de poder definirla racional y científicamente, se engañan con la ilusión de que es posible encontrar en la razón humana ciertos principios fundamentales que constituyen estos valores absolutos que, en verdad, están constituidos por elementos emocionales de la conciencia. La determinación de valores absolutos en general y la definición de la justicia en particular que de este modo (se) logra, son fórmulas vacías mediante las cuales es posible justificar cualquier orden social*" (p. 36-37).

Sobre lo expuesto en las páginas 75-76, la interpretación es ésta: No se trata precisamente de encontrar de manera racional una norma de conducta justa, absolutamente válida, que por serlo tenga que imponerse sobre la conducta del otro, negándole entonces toda validez y justeza. No es cuestión de que un "conflicto de intereses" se tenga que dirimir "satisfaciendo a uno en desmedro o a costa del otro, o bien estableciendo un acuerdo entre ambos"; tampoco hace falta demostrar que "la una o la otra es la solución justa". Solamente hay que comprender y admitir que la Justicia existe como el valor supremo y objetivo que puede ser conceptualizado y definido; descrito luego como algo que se trasunta en la praxis humana, cuando uno recibe lo que le corresponde.

Si bien la justicia absoluta o perfecta, que es un ideal trascendente, no puede cristalizarse en su plenitud en la realidad concreta, la noción de justicia como valor supremo objetivo puede, en cambio, ser racionalmente concebida. Por tanto, en un "conflicto de valores" dado, como los que suele utilizar Kelsen en sus ejemplos, alguien tendrá que zanjar la controversia. Será, pues, la autoridad que lo hará considerando que una de las posturas se identifica con las determinaciones de la justicia objetiva, para ser reconocida como la objetivamente justa.

De manera análoga, y sólo para ejemplificar, vamos a decir que esto mismo ocurriría en el caso en que se plantease el conflicto entre la verdad de uno frente a la verdad del otro, conflicto que tendrá que dilucidarse, naturalmente, ante la Verdad como valor objetivo.

Ahora bien, si el hombre, como lo admite el propio Kelsen, es un ser racional y si, como también lo asume, la racionalidad es una función del entendimiento humano, por lo tanto una facultad intelectual constitutiva común a todo el género humano en condiciones normales, no se puede entender cómo es que lo absoluto y los valores absolutos, siendo ideas inteligibles, aunque no perfectamente realizables, tengan que quedar inexplicablemente confinados más allá de la razón humana. Es evidente que nos estamos refiriendo a la racionalidad humana pura y simple; no a la racionalidad científica, que actúa en otro plano distinto y poco tiene que ver con los valores ideales.

En el epílogo de su libro *QJ*, Kelsen confiesa: "*Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia?. Ahora sé perfectamente que no la he contestado... En realidad, yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia: aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia*" (p. 83)

Aunque no lo reconozca explícitamente, en este estudio decimos que Kelsen sí ha contestado a la pregunta; pero lo ha hecho jugando el rol de "cientista" del Derecho, que fiel a los principios de su doctrina jurídica positivista tiene por consigna no creer en los valores superiores; pero no actúa como lo haría un estudioso de la Filosofía. El maestro sabe bien que puede decir en qué consiste la justicia absoluta, aunque no justificarlo filosóficamente. Ya lo expresó en sus escritos: "*En su auténtico sentido, diferente del de Derecho, 'Justicia' significa valor absoluto. Su contenido no puede ser determinado por la Teoría Pura del Derecho*".[97]

"*En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito*".[98]

Lo que sucede en realidad y a pesar de todo, es que Kelsen se muestra incomprensiblemente reacio y reticente a reconocer y aceptar de manera explícita la idea contraria; se obstina en descalificar a quienes valiéndose de su sola facultad de razonar pueden en efecto concebir una noción clara de la Justicia, como también de la absolutidad de los valores. ¿Cuál es la explicación? ¿Cómo entender esta actitud? Hasta aquí, la lectura interpretativa de la obra *¿Qué es la justicia?*

[97] Kelsen: *TPD1*: p. 39
[98] *Op. cit.*, p. 48

PARTE SEGUNDA

LA JUSTICIA Y LA CIENCIA DEL DERECHO:

ESTUDIO FILOSÓFICO

CAPÍTULO IV

LA DIMENSIÓN FILOSÓFICA DE LA JUSTICIA

4.1. LA JUSTICIA EN KELSEN: LA PERSPECTIVA FILOSÓFICA

De la interpretación del contenido de la obra ***¿Qué es la justicia?*** desprendemos una primera y principal constatación: El singular pronunciamiento de Kelsen en sentido de que "la justicia es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden social..." es un indicador palmario de que en la teoría kelseniana se asienta una cuestión medular motivadora de la exclusión del escenario jurídico, de toda noción o actitud valorativa tendente a la Justicia.

Lo resaltante en el libro de referencia (*QJ*) es la determinación de presentar ante el mundo jurídico una nueva "ciencia del Derecho", ataviada con los atributos inherentes más bien a las ciencias "duras", como las naturales, y no al Derecho propiamente. Es este el distintivo que de forma muy llamativa particulariza a la filosofía jurídica kelseniana y explica por qué la Justicia, tomada en forma apresurada como un valor "trascendente" y de filiación "metafísica", haya sido proscrita de la sedicente teoría jurídica científica.

En su teoría pura, el maestro afirma que en su auténtico sentido, "el contenido de la justicia no puede ser determinado por la Teoría pura del Derecho; más aún, que en ningún caso es asequible al conocimiento racional...". "Y así como es imposible precisar la esencia de la Idea (platónica) o de la cosa en sí (kantiana)..., tampoco es posible responder... a la pregunta sobre aquello en que consista la justicia. Toda tentativa de esa índole sólo ha conducido hasta ahora a enunciar fórmulas completamente vacías".[1]

"La idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, es decir, diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio, la justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes... Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito". "La justicia absoluta no puede ser definida racionalmente. Dotada de una validez absoluta, está más allá de toda experiencia".[2]

[1] Kelsen: *TPD1*, p 39-40
[2] Kelsen: *TPD2*, p. 48

A dónde apuntan las ideas de Kelsen sobre la noción de justicia. En el libro que comentamos, primero afirma que "el deseo de justicia está tan elemental y hondamente arraigado en el corazón del hombre..." (*QJ,* p. 14). Luego, contra todo lo esperado, sale con otra sorprendente aseveración: "Solamente donde existen conflictos de intereses aparece la justicia como problema; cuando no hay tales conflictos tampoco hay necesidad de justicia" (*QJ*, p. 16).

Aun cuando se declara incapaz de explicar en qué consiste ese valor universal, deja entrever no obstante que la palabra "justicia" es a veces empleada en el sentido de legalidad, para expresar la conformidad de la norma jurídica con ese criterio ético. A partir de ahí se puede inferir que lo "justo" no es más que un criterio estimativo, que empleado en ese sentido se reduciría a indicar la "justeza" de lo "jurídico".

Lo que se deduce de lo anterior es que en esa doctrina jurídica la justicia es un ente indeterminado, algo que no puede ser expresado con palabras, pero que se manifiesta apareciendo "como problema", cada vez que se presentan conflictos de intereses. Pero, ¿cómo se puede entender esto? No encontramos una explicación clara y convincente, Kelsen sólo da por sobreentendido el asunto.

A juzgar solamente por los argumentos expuestos en el libro de referencia, es dable afirmar que un inocultable escepticismo, aureolado de un ilusorio cientificismo, caracteriza al pensamiento jurídico kelseniano. Pero, no hay que perder de vista el dato de que en otras publicaciones de su autoría, el maestro ha manifestado una opinión distinta, como aquella de que la reflexión sobre la Justicia carece de importancia decisiva en la vida del Derecho.

A propósito de esta cuestión, Roberto J. Vernengo, jurista argentino seguidor de la línea del ilustre maestro de Viena, sobre los postulados de justicia de éste manifiesta lo que sigue:

"*Según Kelsen, la reflexión sobre la justicia nunca es inocente: lo que sostengamos sobre su naturaleza, sobre su definición y determinación implica siempre, expresa o solapadamente, un pronunciamiento político". "Así como hacer justicia es hacer política, pensar sobre la justicia es formarse una idea de cómo resolveríamos ciertos casos; pensar sobre la política es buscar de antemano justificaciones para, después de llevado a cabo el acto, intentar legitimarlo".*

No obstante*, "para Kelsen, como ser humano, la idea de justicia lejos de ser un concepto irrelevante, en cuyo respecto pudiera adoptarse la actitud práctica escéptica..., era un ideal político con el cual (él) estaba comprometido*".[3]

[3] Vernengo, Roberto J.: "*El tema de la justicia en Kelsen*", en: Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 67 y 69. Vernengo ha traducido la versión más completa de la Teoría Pura de Kelsen (*TPD3*).

Más adelante, sobre el significado del término justicia observa: "*No se ha logrado aún definir, en sentido teórico, cuáles son las reglas de aplicación del predicado nombrado con la palabra 'justicia'; Kelsen estima que no es posible alcanzar un criterio absoluto de justicia con pretensión de verdad cognoscitiva ...; sólo se puede determinar criterios de justicia relativos, sea a un sujeto o una situación". "Rara vez tenemos criterios suficientes para aplicar el predicado de justicia en forma global a un sistema social". "Del derecho, como subsistema social, podemos predicar globalmente que sea justo o injusto; una norma puede ser justa o injusta, como puede serlo el órgano que la instaura o la aplica*".[4]

"*Para Kelsen, sólo cabe, desde un punto de vista científico, una actitud muy reticente con respecto a la especulación tradicional sobre el tema de la justicia. No es de extrañar, pues, que él intentara siempre mantener al conocimiento del derecho, con pretensiones de objetividad científica, aislado de esta confusa e ideológica problemática sobre la justicia. Para encarar el estudio del derecho, considera Kelsen que es bueno hacer abstracción de los elementos axiológicos que no han sido temas de un conocimiento científico objetivo, sino asunto de discusión política o de especulación ideológica*".[5]

Esta manera, por así decir, poco mesurada de caracterizar y calificar al excelso valor ético, si bien no es ilógica si se la ve con un enfoque pretendidamente "científico", parece cuando menos apresurada, si se la calibra en el plano de la filosofía jurídica. Después de todo, la imbricación natural existente entre derecho y justicia no se agota en la explicación de que justicia puede significar una u otra cosa, diferente del real y verdadero significado que ostenta en el plano filosófico. La idea de la presunta indeterminación de la Justicia que predomina en todas las obras del jurista es el común denominador de sus postulados. Y precisamente es en *QJ* donde cobra su máxima fuerza expresiva y se traduce en una actitud no de prudente objeción o de sana crítica, que serían atendibles, sino de duro –y a la vez rudo– cuestionamiento lanzado a la obra de insignes pensadores del pasado, como lo hemos visto extensamente descrito y a la vez criticado en el capítulo precedente.

Con la manifiesta intención de rebatir tales teorías filosóficas, Kelsen no vacila en tomar, como base de su argumentación, premisas incorrectas, de las que naturalmente derivan apreciaciones de la misma índole. Hace afirmaciones imprecisas, como aquella de que en los autores contra los que él

[4] Vernengo: *Op. cit.*, p. 71, 72 y 73
[5] *Op. cit.*, p. 79

arremete no se puede encontrar más que expresiones tautológicas y "vacuidad". Estas presunciones, como pudimos constatar, no se ajustan a la realidad.

Con esos mismos calificativos, carga contra las llamadas "fórmulas vacías de la justicia".

Al respecto, Vernengo señala que "*para Kelsen, las reglas de justicia padecen de una enorme vacuidad, y por el hecho de que poco o nada excluyen pueden ser predicadas universalmente". "Dar a cada uno lo suyo apenas sí puede recibir alguna aplicación, mientras algún otro criterio, que ya no es el de justicia, no determine qué sea lo suyo de cada uno. Pero entonces, la justicia no es dar a cada uno lo suyo, sino una metarregla para dar aplicación al principio que estatuya lo propio de cada uno". "Esta regla tradicional de justicia cumple un eficaz papel ideológico y una eficaz función política; hacer que no se toque un modo de distribución existente". "Los principios o máximas de justicia no son meras ideas o postulados, sino que son de hecho utilizados con fines políticos concretos*".[6]

Hemos visto, líneas arriba, que en la concepción kelseniana la noción de justicia puede cumplir sólo un rol pasivo respecto de un objeto, en tanto predicado atribuible, acertadamente o no, a personas, instituciones personificadas, sistemas normativos, normas, leyes, reglas, etc.; aquí el criterio de predicabilidad, expresado en un juicio de valor (alguien o algo es "justo"), carece de objetividad.

En cambio, en sentido filosófico, la esencia de la justicia radica en su carácter principalmente activo dentro de la arquitectura jurídica, pero colateralmente también pasivo, en relación con el objeto (cuando uno entrega o cuando recibe). Es activa porque la acción humana es la portadora del valor justicia que consiste en una acción subjetiva directa (el juez, el legislador o cualquier autoridad... "hace" justicia), pero su significación es objetiva (una acción justa lo es para una totalidad de individuos). El valor justicia se hace realidad al obrar el agente conforme a lo que prescribe la razón humana omnisciente, a través de una norma jurídica, atribuyendo a uno lo que por mérito o demérito le corresponde (en este caso, un reconocimiento merecido o una sanción correcta).

En este sentido, la norma es "justa" y también lo es el agente. Justicia sí es dar a cada uno lo que le corresponde; no es una metarregla, sino una regla, pero formal, no contentiva, porque señala que aquello que corresponde a uno es porque éste lo merece. Si esto es así, la fórmula fundamental de justicia de la que hablamos no puede ser ideológica ni política, aunque fácticamente puede bien no parecer que sea así.

---

[6] *Op. cit.,* p. 75, 76 y 78

En el corolario de su artículo, Vernengo presenta otros puntos medulares de la doctrina kelseniana, que pueden ser resumidos así:

a) "*La ciencia jurídica, un conocimiento que pretende tener alcance intersubjetivo con respecto a la verdad de sus enunciados, no se maneja con intuiciones tan vagas sobre cuáles sean y cuáles no sean datos jurídicos. Como toda ciencia, se preocupa por delimitar y definir su objeto de una manera intersubjetiva más precisa: ese proceso es el de la constitución del objeto o campo temático de la ciencia jurídica*".

La constitución del objeto del conocimiento científico es una categoría trascendental kantiana. Los objetos "se constituyen" en el acto mismo de su conocimiento: todo objeto científico es el resultado de una suerte de elaboración abstractiva del intelecto. En este proceso gnoseológico, hay que distinguir entre una materia que nos es dada por la experiencia, y una forma que es puesta por el sujeto cognoscente. La materia sensible, que se nos presenta en estado caótico, es organizada, "informada", por el espacio, el tiempo y las categorías merced a las cuales se realiza la constitución. Hablamos del conocimiento de los objetos físicos de la realidad natural, del mundo del "ser". En este contexto general, el campo temático de la ciencia jurídica no encuentra su ubicación. Si dejamos al margen la conducta humana, que es parte de la esfera del "ser", como lo ha definido Kelsen, la determinación del objeto jurídico positivo, que son las normas y las proposiciones normativas, corresponde íntegramente al dominio del "deber ser".

b) "*Kelsen señala que el conocimiento tiene que satisfacer un requisito que él denomina 'trascendental', que es la exigencia de una constitución unitaria de su objeto*". "*La ciencia dogmática actual no toma en consideración... ningún elemento valorativo*". "*Para una teoría general del derecho, la constitución del objeto 'derecho' no queda integrada por elementos axiológicos; si la justicia es uno de ellos, la ciencia dogmática del derecho abstrae toda consideración explícita sobre la misma. Por consiguiente, en el paradigma normal de esta ciencia se prescinde de la justicia, que no es elemento constitutivo de los fenómenos jurídicos que esa disciplina estudia".*

Aclaremos. Kelsen nos presenta su TPD como "ciencia del derecho", cuyo objeto de estudio es el derecho positivo, constituido por normas inherentes a hechos (la conducta humana). Esta ciencia dogmática es la que se empeña en excluir todos los elementos axiológicos, considerándolos juicios de valor subjetivos. Pero, la justicia objetiva no es un juicio de valor: es el supremo valor ético; no es intersubjetivo, porque su dimensión es universal. Aun cuando se lograra separarla de la "ciencia" jurídica, la Justicia no dejaría de ser parte constitutiva del objeto Derecho y también de la ciencia del

Derecho, como un concepto consustancial al fenómeno jurídico y al sistema normativo, ya no sólo positivo sino universal.

c) "*La cuestión de la justicia reviste en el pensamiento kelseniano no sólo el carácter de un problema ético y metafísico, sino que esta cuestión reviste* (supone) *para la Teoría Pura el carácter de un obstáculo epistemológico que tiene que ser superado, si deseamos que la ciencia del derecho logre su ideal de racionalidad*".[7]

Aclaremos de nuevo: La Justicia en sí no es un "problema"; puede decirse que es una "cuestión", si se entienden bien las sutilezas terminológicas. Siendo de naturaleza genuinamente humana, como lo es el Derecho, ella se erige como el supremo valor ético, y no como un ente metafísico. Nos referimos, como es obvio, a la justicia objetiva; no a la justicia absoluta, que es suprahumana.

Si, como apunta Vernengo, para Kelsen la Justicia es un "obstáculo epistemológico", estamos frente a un problema de confusión semántica. El término "epistemológico" conviene específicamente al conocimiento científico; a la esfera de las ciencias plenas. De ahí que el haber "tropezado" con la Justicia, el valor ético por excelencia, consustancial e inescindible del dominio de lo jurídico, revela claramente que más bien es lo epistemológico (a secas) lo que no encaja en ese dominio.

En la medida en que la Teoría Pura de Kelsen pueda funcionar ya sea como "ciencia verdadera", a la par de las ciencias "duras" y ajustándose a la metodología estrictamente científica, o bien como una "ciencia especial" del Derecho, teniendo entonces como plataforma de sustento un método propiamente jurídico, como es el bien conocido y elogiado método normativo kelseniano, se podrá decir en definitiva a cuál de ellas se adecua mejor el término en cuestión.

4.2. SOBRE LA ABSOLUTIDAD Y LA RACIONALIDAD DE LA JUSTICIA

Cuando se habla de justicia en el obrar social, por lo común la referencia directa y espontánea es, en primera instancia, a una justicia "material", con la que nos sentimos "familiarizados, la que está contenida en el *corpus* normativo jurídico creado y tutelado por el Estado. En las relaciones interpersonales del diario vivir, rige esta justicia relativizada, propia de todo reducto social, políticamente individualizado. Al defeccionar ésta, nos vemos persuadidos a pensar en otra, creemos comparativamente mejor: la justicia objetiva o universal, que aun cuando sigue siendo un modelo idealizado, no es inalcanzable, pues, podría materializarse. Colateralmente, se asume la existencia de una justicia trascendente, la que ostenta absolutidad y perfección y que por lo mismo no se

[7] *Op. cit.,* p. 92-93

materializa en la realidad tangible; se presenta como una noción abstracta que se proyecta más allá de la dimensión humana. Es el arquetipo de justicia, significativo como ideal ético y modelo de perfección. Esta relación dicotómica justicia relativa/justicia absoluta, sencilla en sustancia, se distorsiona en el planteamiento jurídico kelseniano. El discurso del maestro propugna la tesis de la existencia únicamente de valores relativos; y asumiendo *a priori* que la justicia es un valor absoluto termina sentenciando que ella no tiene razón de ser para la "ciencia" del Derecho.[8]

Desde otro enfoque, la misma teoría no distingue entre objetividad y absolutidad; de ahí que ambas significarían lo mismo, por eso dice que "*en su sentido propio, la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes*".[9]

Pero, la condición de validez invariable en todo tiempo y lugar corresponde no precisamente a la absolutidad, sino más bien a la objetividad o universalidad de la Justicia.

En el presente estudio se hace referencia a la justicia objetiva, como un modelo cuya finalidad es erigirse como patrón único de justicia, que pueda proyectarse más allá de todo reducto social, convencionalmente demarcado o acotado, para alcanzar validez y vigencia universal, como universal es también la racionalidad humana. Esta forma de justicia idealizada hunde sus raíces ontológicas en los dictados del derecho natural racional, asimismo objetivamente válido. Es de raigambre humana y constituye el ideal paradigmático de corrección, destinado a orientar y guiar la conducta justa en el trato entre los humanos.

¿Qué se entiende por absolutidad de la justicia?

El diccionario *Larousse* define *absoluto* como: sin restricción, limitación o condición. En el lenguaje corriente, el vocablo "absoluto" es utilizado sin mayores reparos como sinónimo de "total", "completo", "entero". También suele utilizarse el término como equivalente de "necesario".

En el lenguaje jurídico, que no difiere mucho del corriente, encontramos además otros significados como: "predominante, avasallador, imperioso, puro sin mezclas".[10] En el Diccionario filosófico *Herder*, "absoluto" viene definido como lo perfecto, lo incondicionado, lo que sólo depende de sí mismo para ser pensado y para existir. A lo absoluto se le atribuye plenitud de sentido y no necesita más justificación que la que se da a sí mismo; mientras que todo lo relativo se justifica por relación a un absoluto. Cuando esta noción es entendida como algo que se considera perfecto en todo aspecto, lo absoluto se identifica obviamente con lo sobrenatural, con la autoridad divina.

---

[8] Kelsen: *TPD3*, p.80
[9] Kelsen: *TPD2*, p.48
[10] Cabanellas: *Diccionario jurídico*

Según el Diccionario filosófico de Ferrater Mora, absoluto es "lo que es por sí mismo": lo separado o desligado de cualquier otra cosa. Se contrapone a lo relativo y a lo dependiente. Para algunos, lo absoluto es concebible por la razón, para otros lo es por la experiencia, y no faltan quienes creen que no es concebible ni por una ni por otra de las vías, sino sólo intuible. Como ejemplos, Ferrater Mora cita algunas fórmulas de lo absoluto en filosofía, como la Idea de Bien de Platón, el Primer Motor de Aristóteles, el Noúmeno de Kant, el Espíritu Absoluto de Hegel, etc.

¿Cómo concibe Kelsen la justicia absoluta?

En el pensamiento del jurista, "*los valores absolutos están más allá de la razón humana; por eso el hombre busca la justicia absoluta en la religión y en la metafísica; así entonces, la justicia es desplazada a un mundo trascendente". "El hombre debe creer en la existencia de Dios, en la existencia de una justicia absoluta, pero es incapaz de precisarla conceptualmente. Los que no pueden aceptar esta solución metafísica se engañan con la ilusión de que es posible encontrar en la razón humana ciertos principios fundamentales que constituyen estos valores absolutos, que en verdad están conformados por elementos emocionales de la conciencia*".[11]

Es obvio que, atendiendo a sus convicciones personales, el creyente buscará la razón de ser de la justicia absoluta en la esfera de la divinidad, no teniendo entonces más que someterse a los designios de la providencia divina. Pero quien no cree en realidades ultraterrenas, aunque sólo pueda intuir la idea de justicia absoluta, encontrará el fundamento de ésta, no en la naturaleza, como los antiguos, ni tampoco en las honduras de la metafísica, sino "natural" y sencillamente en aquello que todo hombre tiene en sus manos: su propia racionalidad.

Ahora bien, si el hombre puede sin dificultad concebir la justicia como la acción recíproca de entregar a uno lo que se le debe o de recibir uno lo que le es debido, entonces naturalmente es también capaz de aprehender e internalizar el real significado de ese acto y por tanto de precisarlo conceptualmente. Pero, quien da y quien recibe son seres humanos; en consecuencia se piensa, acertadamente, que confiada a la voluntad cambiante y a la falibilidad natural del hombre, la justicia no pasa de ser más que un valor relativo que aquél tiene a su alcance. De ahí surge la creencia generalizada de que sólo en la autoridad de Dios puede uno hallar la verdadera justicia, la justicia absoluta.

[11] Kelsen: *QJ*, p. 35-37

La justicia divina es pensada como justicia perfecta, porque siendo omnímoda y omnisciente, tiene que ser *a fortiori* absolutamente eficaz y efectiva. Esta justicia perfecta es un valor absoluto que no está "constituido por elementos emocionales de la conciencia", como supone Kelsen, sino que por analogía con la justicia humana puede ser racionalmente inteligible.

Si bien es cierto que la justicia absoluta, pensada en esos términos y ataviada con esos atributos, no se hace realidad en ninguna sociedad humana concreta en condiciones normales, ello no constituye, sin embargo, argumento valedero y sustentable para afirmar con desenfado, como lo hace Kelsen, que "como valor absoluto la justicia está más allá de la razón humana".

Nadie en su sano juicio podría negar que todo hombre, gracias a su sola facultad de razonamiento y apoyándose nada más que en su propia experiencia fenoménica vital, puede captar clara y distintamente –a la usanza cartesiana– la noción de justicia a secas y determinarla intelectivamente.

¿Qué hay que entender por racionalidad de la Justicia?

La tesis central de Hans Kelsen, contenida en su filosofía jurídica, dice que "la justicia es un ideal irracional, inaccesible al conocimiento". De ahí que no sea posible determinarla; ya que "no existe ninguna ciencia que nos pueda decir lo que es justo o injusto". De esta apreciación ligera y aventurada derivan dos preguntas substanciales a las que debemos responder seguidamente.

1) ¿Qué entiende Kelsen por irracionalidad?; y ¿es entonces la justicia de veras un ideal irracional?
2) ¿Es la justicia, por tanto, inaccesible al conocimiento racional?

1) En el pensamiento de Hans Kelsen, "*la razón humana sólo puede concebir valores relativos*". Por consiguiente, "*la justicia absoluta es un ideal irracional*".[12] De ello colige él que la idea de justicia como valor trascendente está vinculada con la metafísica y por tal razón es considerada irracional.

Pues bien, en contraposición al concepto de racional, lo irracional se define formalmente como lo que está en desacuerdo con la razón, sea porque ésta no puede explicarlo, sea porque no sigue las reglas lógicas del pensamiento; lo irracional no es inteligible porque es incomprensible o porque, en fin, es "absurdo" o "contradictorio".

Pero entonces, cómo se explica que Kelsen, que dice que sólo puede concebir valores relativos, no puede formarse el concepto de justicia relativa, siendo que ésta es la que pertenece al mundo

[12] Kelsen: *Op. cit.,* p. 75

jurídico: la justicia instituida por los hombres para los hombres, la que de ordinario manejan jueces, legisladores, juristas y abogados.

Con base en nuestra propia experiencia fenomenológica, sabemos que los conceptos de "justicia" (dar a uno lo que por mérito o demérito le corresponde) y de "absolutidad" y "relatividad" no están en desacuerdo con la razón, ya que siguen las reglas lógicas del pensamiento; son conceptos racionalmente inteligibles: comprensibles y explicables. La figura queda clara.

Sobran razones para sostener el postulado de que la afirmación de Kelsen sobre la pretendida irracionalidad de la Justicia sencillamente no concuerda con la realidad.

2) En su pensamiento ultra-positivista y cientificista, Kelsen entiende que todo aquello que no sea abordable por el método científico no es auténtico conocimiento. Entonces, si sólo lo científico cuenta como racional, en el modelo jurídico kelseniano resulta imposible justificar racionalmente cualquier postulado ético, como la justicia o el derecho natural.

Identificando la racionalidad con la razón científica, el positivismo de Kelsen ha distinguido muy rígidamente entre saberes científicos y saberes no científicos, incluyendo entre estos últimos a la magna Justicia, la justicia de todos, tachada erróneamente de "ideal irracional".

La Justicia "a secas", no es ni ideal ni irracional; es sencillamente el supremo valor ético; viene dictada por la razón y es perceptible por medio de ella misma, siendo por lo tanto cognoscible racionalmente. La acción en que se patentiza la justicia se da en la realidad tangible de nuestras vivencias personales. Por ello mismo, al ser una propiedad atribuible a un hecho concretamente observable y verificable por todo ser humano, no puede de ninguna manera ser "inaccesible al conocimiento racional".

En este despliegue de términos, no vale confundir absolutidad con trascendentalidad o con universalidad. La absolutidad es una condición ontológica cuali-cuantitativamente definitoria; la trascendentalidad, una categoría lógica relativa a la gnoseología; en cambio, la universalidad es un criterio metodológico referente a la eficacia y la vigencia de un valor, en un contexto espacio-temporal dado. La Justicia pensada como una cuestión propiamente humana no es trascendente, mientras permanezca en esa dimensión humana y no se proyecte más allá. Es trascendental, en el sentido en que ella es perceptible y cognoscible *a priori*, de manera intuitiva por la razón, independientemente de la experiencia fenoménica, que cumple la función de simple agente de

comprobación empírica. Y es universal, porque al ser el valor ético supremo concierne a todo el género humano; es *a fortiori* una noción irrestrictamente objetiva.

Los postulados de la doctrina jurídica kelseniana, con la idea de justicia implícita en ella, sólo podían entenderse y explicarse desde sus propios presupuestos, dados por irrefutables, es decir, desde su propia lógica interna, con lo cual se hacía imposible, para propios y extraños, cuestionar su teoría de la Justicia. Pero, se puede hacer efectiva una crítica situándose en una posición externa, como lo hacemos ahora; es decir, liberados necesariamente de la férula de ese positivismo fundamentalista y dogmático.

Para reforzar nuestro punto de vista, corresponde hacer notar en este punto que hasta los propios seguidores moderados de la línea jurídica positivista de Kelsen han manifestado su desacuerdo con la obstinada rigurosidad de la misma, al observar algunos puntos en discordia.

Así por ejemplo, Albert Calsamiglia dice que "la doctrina del emotivismo ético de Kelsen, como él la califica, ha sido un auténtico 'tribunal de la inquisición que ha prohibido reflexionar sobre la Justicia y ha impedido la racionalización en el tema de los valores". A nuestro entender, esa no puede ser una actitud que concuerde con los postulados de la ciencia, sino que se acerca más bien a una pertinaz postura ideológica.

Tampoco Norberto Bobbio acepta ese emotivismo ético al considerar que "el punto crítico de la doctrina kelseniana es la teoría de la subjetividad y la irracionalidad de los valores". Como filósofo y jurista que es, Bobbio defiende la racionalidad de la Filosofía del Derecho, cuestionada por Kelsen, argumentando que ella "tiene su propio ámbito de estudio que ninguna disciplina científica le puede sustraer: el problema de la Justicia". Por Filosofía del Derecho, en efecto, Bobbio entiende *la teoría de la Justicia*, es decir la "teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual el Derecho empírico, histórico o positivo, viene valorado...".[13]

En el cierre de este apartado, asumimos que la racionalidad es objetiva y la irracionalidad conviene a la subjetividad. Tenemos la firme convicción de que para todo ser racional, la justicia, entendida como supremo valor ético es objetiva y racional. En consecuencia, no puede ser válida la idea del jurista de que la justicia no sea un valor sino nada más que un simple interés valioso, y que en tal condición no pase de ser un sentimiento subjetivo, por lo tanto irracional, con la argucia burdamente relativista de que cada sujeto tiene su "propia idea de justicia", que difiere de la de los demás.

[13] Calsamiglia, Albert: *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Fontamara, México, 1997, p. 103-104

4.3. A PROPÓSITO DEL DERECHO NATURAL

Sobre el tema, en el parágrafo [30] de *¿QJ?*, estas son las observaciones de Hans Kelsen:

"*La teoría del derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas, que surge de la naturaleza: de la naturaleza en general, o de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón. La naturaleza es presentada como autoridad normativa*".

"*Si se supone que la naturaleza es creación divina, las normas del derecho natural son expresiones de la voluntad divina*". "*Cuando se hace derivar el derecho natural de la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de razón, cuando se acepta que puede encontrarse el principio de la justicia en la razón humana, aparece la teoría del derecho natural con ropajes racionalistas* " *QJ,* (p. 69-70).

Decir que en el iusnaturalismo contemporáneo las normas del derecho natural son concebidas como expresiones de la divinidad, tal cual solía pensarse con insistencia en el Medioevo, no va a tono con la renovación histórica de las ideas. Afirmar que existe una regulación "completamente justa" de las relaciones humanas, proveniente de la Naturaleza y que ésta es presentada como autoridad normativa son resabios del iusnaturalismo naturalístico proveniente de la antigua sofística griega: un principio de conducta externo al hombre, que le es impuesto desde fuera por una naturaleza entendida objetivamente; en el iusnaturalismo racionalístico, por otra parte, el derecho natural es una prescripción que le es dada al hombre por "su naturaleza", entendida en el sentido de "esencia".

"*La naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad alguna y por lo tanto no puede prescribir ninguna conducta humana determinada*". "*De un hecho, es decir, de lo que sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o suceder. Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la naturaleza normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana*". (p. 70-71)

Es cierto que la Naturaleza, regida por el principio de causalidad, no tiene voluntad alguna, y que por tanto no puede prescribir ninguna conducta humana. Pero, según la doctrina iusnaturalista, las normas reguladoras de la conducta humanas se generan merced a la capacidad natural de discernimiento que caracteriza a la racionalidad humana "pensante", antes que en una pretendida determinación volitiva de la misma. En tal virtud, las normas que preceptúan la conducta justa del hombre son dictadas no por la Naturaleza en sí misma, ni por la naturaleza humana, entendida como condición cualitativa, sino por la racionalidad natural del ser humano como atributo o facultad.

Redondeando su anterior intervención, Kelsen concluye: "*Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera puede ser formulada por la razón humana, únicamente suponiendo que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescriba dicha conducta. La razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la naturaleza*". (p. 71-72)

Las normas que regulan la conducta de los hombres no es que "pueden tener su origen únicamente en la voluntad humana", sino que deben estar articuladas por esa voluntad normadora, pero no antes de haber sido previamente determinadas por la razón humana (no la razón individual, sino la razón colectiva del género humano). El legislador encuentra los principios normativos genéricos en la racionalidad del hombre y en ellos ha de fundamentar el contenido específico de las normas antes de dictarlas. Entiéndase bien, el legislador prescribe que los hombres deberán hacer o dejar de hacer algo, no porque él lo quiere así (porque esa es su voluntad), sino porque así lo manda la razón omnisciente de los mortales, en tanto género.

Entrando ahora a ver el tema del derecho natural en el contexto filosófico, nos preguntamos:

¿Qué caracteriza al derecho natural? En los círculos académicos jurídicos priman estos conceptos:

"El derecho natural es el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza del hombre; no debe su origen a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el derecho positivo; es un conjunto de preceptos que se anteponen al derecho positivo y que éste debe respetar.

El derecho natural se impone a los hombres por su propia naturaleza; es objetivo, inmutable y cognoscible por la razón. Las normas que lo integran son una realidad jurídica objetiva y no unos principios de carácter moral o religioso.

El derecho natural justifica la existencia y la obligatoriedad del derecho positivo; pero éste no es una mera repetición de aquél, ya que los preceptos naturales son abstractos, generales y universales, de lo cual nace la exigencia de que exista un derecho positivo concreto y adaptado a cada sociedad, en cada tiempo, incorporando el valor justicia, subyacente en estos principios naturales".[14]

En otra obra de consulta encontramos algunos de los principios evidentes, supremos y universales del derecho natural, que podemos mencionar aquí, sólo a manera de ejemplos:

[14] Espasa: *Diccionario jurídico,* virtual

a) Dar y reconocer a otro lo que le es debido en justicia. b) Respetar la vida y la dignidad de las personas. c) No causar injustamente daño al prójimo. d) No castigar a un inocente. e) No juzgar a nadie sin haberle oído y sin darle oportunidad de defenderse. f) No ser juez y parte en el mismo proceso. g) No dar falso testimonio bajo juramento. h) No incriminarse uno mismo. i) En el orden internacional, respetar los tratados (*pacta sunt servanda*).[15]

¿Cómo concibe Kelsen el derecho natural? En uno de sus textos, declara que la doctrina iusnaturalista encierra un error lógico y varias contradicciones. Sobre el error lógico, escribe:
"*La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo derecho natural y derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres*". "*Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales*". Sin demostrarlo, Kelsen atribuye al iusnaturalismo la afirmación de que "*este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano...*". Esto supondría que "*la naturaleza en general y el hombre en particular son una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa*". Apoyándose en tal supuesto, no tiene reparo en conjeturar que "*si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres*".[16] "*La naturaleza es lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas del derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad*".[17]

Sobre las supuestas contradicciones, observa: "*Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo, imperfecto y creado por los hombres, un derecho natural perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De ahí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir... las reglas del derecho natural analizando la*

[15] Omeba: *Enciclopedia jurídica*, virtual, Apéndices I-VI)
[16] Kelsen: *TPD2*, p. 87-88
[17] Kelsen: *TPD2*, p. 87-88-89

naturaleza, el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol". A renglón seguido, en un tono conciliador y como queriendo suavizar sus rudas aseveraciones, aclara: "*En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina iusnaturalista ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión; por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de esta doctrina consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo". "Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo... que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo"*.[18]

Lo expresado en el último párrafo es una clara demostración de las incoherencias que podemos encontrar. Es cierto que nadie más que Kelsen ha llegado a tales conclusiones; pues, todos los iusnaturalistas han sostenido siempre que es del todo necesario el derecho positivo funcionando bajo administración estatal, pero, eso sí, supeditado a los preceptos del derecho natural.

Los argumentos infundados del maestro jurista son fácilmente refutables. Por lo visto, la afirmación de que la doctrina del derecho natural encierra un error lógico es pues inexacta. Veamos por qué.

Para el moderno iusnaturalismo, precisémoslo, hechos naturales y problemas sociales pertenecen a dos esferas de la realidad ontológicamente diferentes, entre las cuales, aparte de una interrelación funcional no existe fuerza alguna de dependencia directa o de expresa vinculatoriedad. Queda nítidamente diferenciada la ley natural (lo que es) de la ley jurídica (lo que debe ser). De ahí que la sociedad no pueda personificar a la naturaleza y atribuirle facultades normativas, como tampoco las normas jurídicas podrían ser deducidas directamente de la Naturaleza en sí misma ni de la naturaleza humana. Otra cosa muy distinta es que la razón humana, que si bien reconoce su origen en su 'propia naturaleza' e indirectamente sus implicancias en la naturaleza como totalidad, constituya de hecho la fuente primigenia de la que dimana el derecho natural racional, sobre cuyos principios filosóficos fundamentales se han de anclar las normas del derecho positivo.

La función del derecho natural es pura y simplemente la de dar una base de legitimidad a la potestad del legislador humano, garantizando a la vez la legitimidad de todo aquello que debe tomarse por

[18] *Op. cit.*, p. 90-91

justo. Es pues éste el derecho objetivo, universalmente válido, que cobra actualidad permanente en todo tiempo y lugar. Con respaldo en tales premisas, queda reafirmado que el iusnaturalismo moderno es efectivamente dualista; pero esto no quiere decir que revestido de ese carácter quiera tomar para sí la tarea de resolver el problema de la justicia absoluta y el del bien y del mal, aunque estos temas sean de incumbencia de la Filosofía del Derecho.

Definir la justicia diciendo que consiste en dar a cada uno lo debido, pero sin indicar qué es lo que efectivamente se debe entregar a cada cual, atribuyendo la supuesta omisión al iusnaturalismo, es otra afirmación inexacta. La justicia del derecho natural ordena terminantemente dar a cada cual lo que por merecimiento propio se le debe dar. La misión del derecho positivo es establecer las normas específicas en virtud de las cuales debe concretizarse la justicia, exigiendo que se verifiquen de manera escrupulosa las condiciones de legitimidad de tal merecimiento.

A estas alturas del discurso, se puede comprobar que algo ya ha tomado cuerpo y de cuya certeza ya no se puede dudar: Todo indica que Hans Kelsen se enfrenta a un enemigo ahora ya inexistente.

Las expresiones iusnaturalistas primitivas que él combate sañudamente corresponden sobre todo al pensamiento antiguo originado en Grecia, cultivado intensiva y denodadamente en el Medioevo, y cuyas repercusiones alcanzan a reaparecer todavía en el iusnaturalismo decimonónico.

El derecho natural posterior, sin embargo, ya no dice que “la naturaleza y el hombre son creación divina”; que los fenómenos naturales están “determinados por causas finales”, y que “la naturaleza, que es un orden establecido por un ser sobrehumano..., está dotada de inteligencia y de voluntad”. De esta manera, aquello que apresuradamente deduce Kelsen como corolario de sus apreciaciones, que podemos considerar anacrónicas, como aquello de que “toda doctrina del derecho natural tiene un carácter religioso acentuado...”, resulta ahora sencillamente incongruente y ajeno a los contenidos del iusnaturalismo racional moderno, quedando por lo tanto fuera de toda consideración.

La inmutabilidad de los principios básicos del derecho natural contemporáneo no es atributo sobrenatural proveniente de la divinidad ni tocante a la esfera religiosa. Es más bien la condición *sine qua non* de la validez y la objetividad de tales principios supremos, condición que hace posible que los mismos constituyan el fundamento iusfilosófico de toda norma positiva. Así, por ejemplo, si el derecho natural dice que “en las relaciones con sus semejantes, los hombres deben siempre conducirse haciendo el bien”, es porque el concepto de “bien”, que es trascendental, es decir apriorístico y autoevidente para todo ser humano racional que lo percibe racionalmente, debe

necesariamente permanecer invariable en todo tiempo y lugar, sin que haya ninguna razón justificativa valedera, dentro de los cánones de lo que sensatamente se considera *racional*, para que en algún momento pueda sufrir una mutación, ni súbita ni gradual, en términos ontológicos.

Contraponiéndose al iuspositivismo monista, como el kelseniano, que tajantemente dice que no hay ni puede haber otro derecho que no sea el derecho positivo, la teoría iusnaturalista siempre ha reafirmado la tesis de la coexistencia simultánea del derecho natural y del positivo, que no pueden excluirse mutuamente, sino que deben complementarse forzosamente. En este sentido, el iusnaturalismo es una teoría dualista. Para el iusnaturalismo, el derecho natural es preeexistente y superior al derecho positivo y vale por sí mismo. Pero, si bien es cierto que el derecho positivo halla su justificación en tanto y en cuanto su fundamento filosófico estriba en aquello que prescribe el derecho natural, no hay razón alguna para pensar que, en tal situación, el derecho positivo pueda resultar "verdaderamente superfluo" y menos todavía, su elaboración "una actividad ridícula".
Puesto que son perfectamente compatibles y además necesariamente complementarios, no pueden prescindir el uno del otro; el primero como preceptor del espíritu de las normas supremas y el segundo como articulador de las mismas, por medio de las normas generales que luego serán administradas por los órganos estatales. Es la razón principal por la que el iusnaturalismo insiste en la necesidad de la vigencia del derecho positivo, como instrumento útil para operativizar sus preceptos.

Dejemos ahora de lado los argumentos anodinos del maestro jurista para hacer algunas precisiones. El iusnaturalismo racional centraliza su enfoque en el análisis de la naturaleza humana. Ya en los viejos tiempos del iluminismo alemán, Christian Tomasio decía que "el derecho natural es la ley escrita en el corazón de los hombres, que les obliga a hacer lo que es necesariamente conforme a la naturaleza humana racional y abstenerse de lo que a ella repugna".[19]
Ya en época reciente, Norberto Bobbio, como filósofo, observa que "el moderno derecho natural racionalista es el conjunto de *dictamina rectae rationis* que proporciona la materia de la reglamentación..., constituyendo la parte preceptiva de la regla, aquella que atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento...". "Es un sistema compuesto de poquísimas normas

[19] Tomasio, Christian: *Instituciones*. Cita en Fasso, vol. 2, p. 169

(principios), que tienen por destinatarios no ya a todos los hombres, sino principalmente a los legisladores".[20]

El derecho natural moderno proyectado a la Contemporaneidad, del cual se habla en nuestro tiempo, es "derecho racional" porque lo que lo caracteriza no es tanto el objeto, o sea, su naturaleza racional, sino la forma en que ese objeto es tratado, es decir, la razón como método de tratamiento. En este sentido, el principio del derecho natural racional no es ontológico.

Este derecho natural existe porque posee un carácter metodológico que a la vez es instrumental. Es metodológico, porque en él, que no es un cuerpo compilado de normas como el derecho positivo, sólo encontramos los principios y preceptos básicos que fundamentan el método. Es instrumental, porque el derecho natural aun siendo válido por sí mismo no puede ser igualmente eficaz *per se*. Puede ser conocido racionalmente, pero no aplicable directamente; hace falta un mecanismo que articule el principio natural que debe expresarse en normas jurídicas que trasunten, en el orden fáctico, el espíritu implícito en los preceptos naturales. La doctrina iusnaturalista contemporánea sostiene que la tarea del jurista no es interpretar reglas ya dadas, como lo hacían los viejos juristas dogmáticos, sino descubrir las reglas universales de la conducta por medio del estudio de la naturaleza del hombre, buscando la fuente del Derecho en la "naturaleza de las cosas".

Visto desde la óptica de su nueva función metodológica, el derecho natural de la actualidad constituye en sí mismo una explicación "metajurídica" del fundamento filosófico de todo ordenamiento iuspositivo. Vale decir que todo cuerpo normativo jurídico que ha sido legislado se halla sólidamente sustentado en una norma suprema. Pero, esta "metanorma" ya no es una norma igualmente "puesta" por el legislador ni, menos aún, puede ser una regla meramente supuesta por ningún jurista "doctrinario" dogmático. La norma suprema no puede, pues, ser creada expresamente, ni tampoco solamente supuesta, nada más que con la finalidad de colmar la exigencia de hacer viable una pretendida autonomía total y omnímoda de un derecho aislado, encapsulado y declarado "libre de toda contaminación".

Concluimos puntualizando que desde el punto de vista filosófico, el derecho natural contemporáneo ya no es concebido como una arcaica idea metafísica, un objeto susceptible de prestarse a especulaciones antojadizas y desenfrenadas, sino que es pensado como una cuestión puramente

[20] Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*. Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 70-71

axiológica y ética: un reducido corpus de normas, basadas en valores supremos, dictadas por la razón humana al legislador, cognoscibles objetivamente por la razón individual de los hombres, sobre las cuales debe fundamentarse todo cuerpo normativo positivo.

En el presente estudio, el derecho natural racional, despojado de toda connotación metafísico-teológica, por una parte, y de toda influencia ideológico-política, por otra parte, se halla firmemente cimentado en principios axiológicos universales.

En la apreciación personal de quien escribe, para el derecho natural racional **la vida** es el máximo valor humano pasivo, el tesoro más valioso que debe ser respetado, preservado y defendido por encima de todo. Su correlato, el valor supremo activo, es la Justicia, que se erige como protectora y garante de la vida. Brevemente dicho, en tanto ser racional y libre el hombre es artífice de la sociedad en que vive e interactúa con sus congéneres, como es también artífice del Derecho, que está llamado a protegerlo y ampararlo.

4.4. LA SIGNIFICACIÓN DEL DEBER SER AXIOLÓGICO

Una teoría que pretende constituirse en "ciencia del derecho", exenta de toda influencia ajena a lo estrictamente jurídico, debe ser objeto de una completa "purificación" en doble sentido; es éste el propósito de su autor. Para ello, lleva a efecto una primera depuración discriminando netamente entre el *ser* y el *deber ser*, en el entendido de que para decirse autónoma una ciencia normativa, como la jurídica que es ciencia del deber ser, tiene que diferenciarse de las ciencias naturales y sociales, que corresponden al mundo del ser. La segunda purificación consiste en una distinción categórica entre el *deber ser lógico* y el *deber ser axiológico*. La teoría pura toma por basamento el deber ser lógico; lo que se logra con ello es priorizar y valorizar el aspecto normativo y formalista. En cambio, niega rotundamente la existencia del deber ser axiológico, que es lisa y llanamente excluida de la teoría.

Kelsen concibe el Derecho, del que se ocupará su sedicente ciencia jurídica, como un sistema normativo "estrictamente lógico y racional", exento de toda connotación valorativa. Con tal fin, elabora su teoría partiendo del seno mismo de "lo jurídico"; de lo específicamente normativo, no desde afuera. ¿Cuál es la verdadera razón para eliminar lo valorativo o axiológico de la doctrina jurídica kelseniana? Al dar cabida en su modelo sólo al deber ser lógico, se extirpa de raíz todo cuanto pueda provenir de las teorías iusnaturalistas, y que al connotar la idea de valorativid

"pudiese introducir factores ideológicos y políticos que contaminen el contenido de la nueva ciencia del Derecho".

¿Qué son los valores en la teoría de Kelsen? Para este ultra-positivismo, el problema de los valores se traduce en un "conflicto de intereses valiosos que el orden social protege". Se asume que un conflicto de intereses es una pugna de valores. "*El problema de los valores es un problema de conflicto de valores, que no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido sólo para el sujeto que formula el juicio, y en este sentido es relativo*" (*QJ*, p. 17).
En esta forma de ver y apreciar las cosas, intereses valiosos y valores aparecen asimilándose y detentando el mismo significado. Por otra parte, se presume que el "problema" de los valores es subjetivo, es decir, tan sólo psicológico; ello significaría que la valoratividad constituye un problema de cada cual, nada más que del individuo. Busquemos una explicación razonable.

En la historia de la Axiología, tienen marcada importancia las corrientes que asocian los valores a la mera subjetividad humana; es el caso, entre otros, del empirismo lógico. En contraste, las doctrinas objetivistas de los valores surgen como una reacción contraria al relativismo subjetivista y ante la necesidad de apoyarse en algo seguro, en un orden moral estable. Parecería que el hombre necesitara ajustar su conducta a principios trascendentes y que el mérito de la moral consistiera en sobreponerse a los llamados de la mera subjetividad. Como el subjetivismo partía de la experiencia, las doctrinas contrarias volvieron la espalda a todo elemento empírico y prefirieron adoptar un método *apriorístico.*[21]
Se ha venido diciendo que "los valores no son algo especulativo, algo que dependa del gusto y capricho de cada uno. Pues ese mundo espiritual, el mundo de los valores, es supraindividual, objetivo; no es meramente para éste o para aquél, sino para todo el que lleva rostro humano...".
"El giro 'subjetividad de los valores' es correcto, si con ello se expresa la referencia a un sujeto; es falso si se lo refiere a la validez. Hay una validez objetiva, supraindividual, de los valores.
La expresión 'relatividad de los valores' es correcta si se quiere decir que todo valor se basa en la relación con un sujeto que valora; es falsa si se alude a la validez. Hay una validez absoluta de los valores".

[21] Frondizi, Risieri: *¿Qué son los valores?*. Fondo de Cultura Económica, México, 1962, p. 67

Los valores individuales subjetivos (objetos valiosos para alguien) y los valores generales también subjetivos (relativos a la vida de todos) pertenecen a la clase de los valores inferiores o sensibles, "son valores porque son apreciados fácticamente por los hombres". Los valores superiores o espirituales, en cambio, "no son valores por ser efectivamente valorados sino porque deben ser valorados. Pertenecen a un reino de validez intemporal, se presentan en cada individuo con esa exigencia de validez; demandan reconocimiento a todos. Aquí puede hablarse de una validez objetiva y absoluta. Es objetiva porque se funda en la esencia del valor; incondicionada, porque no depende del hecho de la valoración del individuo".[22]

En ese mismo sentido –observan algunos–, en los valores más bajos del nivel axiológico, como son los que atañen al agrado o desagrado (o sea, simplemente a las preferencias personales), gobierna naturalmente lo subjetivo; pero esta prevalencia se desvanecerá si saltamos a lo más alto en la escala axiológica, o sea, a los valores éticos. Surge entonces una interrogante: "¿Dependerá de nuestros estados fisiológicos o psicológicos que juzguemos honesta o deshonesta una actitud, o justa o injusta una sentencia? No, desde luego. Tenemos que sobreponernos a las condiciones subjetivas deformadoras de nuestra valoración ética. El valor ético tiene una fuerza impositiva que nos obliga a reconocerlo aun contra nuestros deseos, tendencias o intereses personales".[23]

"Los valores éticos tienen el carácter de una exigencia absoluta. De ellos surge un 'deber' sin atenuantes; imperiosamente exigen al hombre la realización". "Se presentan ante cada ser humano; no buscan ser realizados por algunos hombres solamente, sino por todos; pretenden universalidad.

Pero, si tomamos por ejemplo los valores estéticos, esto no ocurre con ellos, ya que estos valores solicitan sólo a algunos individuos. No todos están obligados a hacer arte, a cultivar valores estéticos; en cambio todo el mundo está obligado a hacer el bien. La exigencia de los valores éticos es ilimitado; éstos se nos presentan como criterio de toda nuestra conducta".[24]

De lo expuesto hasta este punto, podemos intentar deducir una conclusión. Los valores éticos son valores superiores, cuya validez es objetiva, universal; es decir, valores que deben ser. Estos valores siendo obligatorios deben concretizarse en las relaciones interhumanas, para dar sentido a la vida en sociedad. La expectativa permanente de verlos realizados en la práctica determina la existencia objetiva y siempre presente del deber ser axiológico, del que ha venido ocupándose la Filosofía.

---

[22] Hessen, Johannes: *Tratado de Filosofía,* tomo II. Sudamericana, Buenos Aires, 1959, p. 34-35 y 37-38 (El subrayado es nuestro)
[23] Frondizi: *Op. cit.,* p. 25
[24] Hessen: *Op. cit.,* p. 88

Ahora bien, cómo trasvasamos estos conceptos propios de la Axiología en Filosofía al ámbito específico de la Filosofía del Derecho; cómo es que van a engranar con los conceptos jurídicos.
Nos limitaremos a señalar sólo dos teorías axiológicas en el dominio en que interactúan los valores y el Derecho: el relativismo axiológico, propio de las corrientes extremas del positivismo jurídico, como el kelseniano, y el objetivismo axiológico, afín a los movimientos iusnaturalistas. Centremos por ahora nuestra atención sólo en esta última categoría.

Max Scheler intentó aplicar al terreno axiológico el método fenomenológico introducido por Husserl en la Filosofía. En contraposición con el psicologismo y con el logicismo axiológicos, los valores son caracterizados por este autor como cualidades objetivas captadas en actos del sentimiento intencional. "La fenomenología enseña que todo deber ser arraiga en el valor. No es el deber ser el que funda el valor sino al revés: el valor funda el deber ser. El primer principio es que todo deber ser tiene que fundarse en valores". "Scheler distingue entre un deber ideal y un deber normativo. El primero se expresa en la máxima: 'Lo injusto no debe ser', el segundo, en la que dice: 'No debes hacer lo injusto' ". Por consiguiente, el deber ideal se vuelve normativo cuando se experimenta su contenido.[25] Pero, Scheler se opone a toda forma de intelectualismo en el proceso de captación de los valores. Para él, los valores constituyen un tipo de objeto completamente inaccesible a la razón. Se ajustan a la 'lógica del corazón', que nada tiene que ver con la lógica del intelecto. Son captados por medio de la pura vía emocional.
En esta fórmula scheleriana, vemos una coincidencia con Kelsen, para quien el problema de los valores no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional; pues, en última instancia tal problema está, según él, determinado por factores emocionales y tiene un carácter eminentemente subjetivo, y en este sentido es relativo. Sin embargo, encontramos una marcada diferencia: el filosofo es objetivista y admite la absolutidad de los valores éticos, como la justicia, en tanto que el jurista es subjetivista y dice que los valores existentes son sólo relativos.

Frente a la postura radical de Scheler, no podemos dejar de manifestar algunos reparos. Partimos de la idea de que todos los valores tienen siempre una referencia subjetiva (el hombre, ya sea como ser sensible o como ser espiritual), y que en función de ella hay que diferenciar entre el valor objetivo, que existe independientemente de una conciencia valorativa, y el valor subjetivo, que debe su razón de ser a los estados anímicos (las reacciones fisiológicas o psicológicas) del sujeto que valora.

[25] Hessen: *Op. cit.*, p. 16 y 76-78

No obstante, atendiendo a lo que nos informa nuestra propia experiencia fenomenológica, nos vemos persuadidos a tener que disentir con Scheler, porque a nuestro entender el mecanismo de percepción humana no es el mismo para todos los valores y no siempre funciona del mismo modo. Así, el valor estético es un valor "de expresión", en tanto que el valor ético es un valor "de acción". Si bien el aspecto emocional tiene neta primacía en la percepción de los valores estéticos, ese acto perceptivo no está enteramente librado a la mera sensación individual, sino que en él están siempre presentes, aunque sea mínimamente, elementos intelectivos racionales.

En la dimensión de los valores éticos y jurídicos, por el contrario, son más bien los factores intelectuales o racionales los que tienen predominio neto sobre la intuición y la simple emotividad.

La percepción intuitiva inmediata, aun cuando consista en un "sentir intencional" dirigido a los objetos, como afirma Scheler, no deja de estar mediada por el razonamiento, que determina el paso a la acción. En el acto de percepción de los valores éticos y jurídicos, al sujeto percipiente pueden presentársele dos situaciones: por un lado, puede captar los valores, en una acción u obra humana y juzgar que ella es buena o justa; pero, por otro lado, puede también constituirse en sujeto activo, cuando él mismo hace el bien o la justicia, valores que en ese caso se realizan en otra persona: en esta fórmula el proceso es dinámico, de ida y vuelta, de acción y reacción.

Ahora bien, ¿en qué consiste nuestra crítica a Kelsen? Establezcamos de entrada una clara distinción: En términos axiológicos, ya lo apuntamos, intereses valiosos no son lo mismo que valores. Los valores no se traducen en intereses; éstos, al ser inherentes sólo al sujeto que valora, son por definición relativos. Los valores, en cambio, tienen identidad y jerarquía propias y atañen, al mismo tiempo, a más de un sujeto, a una multitud de sujetos. Su objetividad es incuestionable.

Por otra parte, no son los valores los que entran en conflicto, sino los individuos y sus intereses en relación con los valores. No deben quedar dudas de que aquello que Kelsen afirma, refiriéndose a todos los valores, concierne sólo al plano de los valores inferiores. Por el contrario, los valores superiores, como los éticos o morales, son inmateriales y esencialmente objetivos o universales, porque su validez alcanza, de una forma u otra, a todo el género humano.

Los intereses particulares, así como los juicios de valor emitidos en referencia a ellos, son siempre subjetivos, y cuanto más personalizados sean los intereses en pugna y más mediados estén por la emotividad y el sentimiento subjetivos, más tenderán a adentrarse en el campo de lo irracional.

En lo visto hasta aquí, constatamos que en la llamada teoría "purificada" del Derecho de Kelsen sólo hay cabida para los valores relativos. Que dadas dos opciones contrapuestas resulta imposible decidirse de una manera "científico-racional" por cualquiera de ellas. Que en última instancia no es lo racional de nuestra conciencia que resuelve el conflicto, puesto que sólo es posible una solución subjetiva, guiada por la emotividad, solución que en ningún caso alcanza validez universal.

Kelsen sentencia de manera tajante: "lo absoluto en general y los valores absolutos en particular están más allá de la razón humana...".[26]

Esta es la imagen del mundo de los valores proyectada en la esfera jurídica "científica", crudamente escéptica, propugnada por el maestro jurista.

Ante esta posición radical, cuál es el punto de vista filosófico que cabe interponer. En contra de la idea que defiende Kelsen, la hipótesis postulada en este trabajo es que los valores absolutos si bien han sido proscritos de la teoría "pura", no pueden de ningún modo ser confinados más allá de la razón humana. Esta afirmación se sustenta en la definición conceptual de J. Ferrater Mora, según la cual "la 'razón' es cierta facultad distintiva atribuida al hombre, facultad definida usualmente como la capacidad de alcanzar conocimiento de lo universal, o de lo universal y necesario, de ascender hasta el reino de las 'ideas', ya sea como esencias, ya como valores, o ambos".[27]

En el planteamiento de este estudio, la referencia no es a la razón o a la racionalidad que algunos suelen identificar poco reflexivamente con la "racionalidad científica", a la cual se aferra con denuedo el maestro jurista, sino a la racionalidad humana pura y simple, aquella a la que se ajusta la definición del filósofo español, citado líneas arriba.

Desde la perspectiva filosófica, los valores universales son entidades puramente ideales cuyas esencias moran, no en el "reino celestial" en tanto que entes "metafísicos" ininteligibles, como los conciben algunos positivistas, sino en la razón de todo ser pensante. Siendo ideales, los valores absolutos no pueden materializarse en toda su magnitud en la praxis humana.

En la literatura tocante a la axiología, encontramos múltiples y diversos modos de caracterizar los valores. Pero, sin el ánimo de alinearnos con ninguno de ellos, reiteremos que para refutar la postura de Kelsen respecto de los valores superiores y del modo de percibirlos, basta con que nos centremos únicamente en nuestras propias vivencias personales, en nuestra percepción fenomenológica de la realidad de que somos parte, haciendo abstracción de preconceptos, de presupuestos y de toda

[26] Kelsen: *¿Qué es la Justicia?*, p. 35
[27] Ferrater Mora: *Diccionario de Filosofía*, en 4 vol., p. 2998

especulación teórica, vengan de donde vengan. Es suficiente nuestro propio razonamiento para captar la esencia de los valores en general y poder discernir entre ellos.

Puesto que la llamada Ciencia del Derecho de Hans Kelsen desconoce la razón de ser de los valores éticos, como la Justicia, en el dominio de lo jurídico, ¿cómo explicar entonces que tales valores tengan tanta preponderancia en la concepción, la fundamentación y el funcionamiento de los sistemas normativos, de cuyo tratamiento se ocupa precisamente la ciencia o el arte del Derecho?
¿A qué se debe que la doctrina kelseniana rechace la importancia del deber ser axiológico, de la valoratividad, en la vida del Derecho?
Nuestra percepción fenoménica, vivencial, de la realidad nos informa que pasamos nuestra vida escogiendo y eligiendo aquello que estimamos más valioso para nosotros; la elección supone una previa valoración, por ello podemos decir que somos seres esencialmente valorantes. Como una vez dijo Kant, el hombre es esencialmente libre; y esta libertad sólo es posible merced al mundo de los valores inherentes a todo individuo. Veamos en qué consiste el proceso de la valoratividad.
Los objetos del mundo son accesibles al entendimiento, en principio mediante la intuición; los conocemos como realidades a través de la percepción y los constituimos en la conciencia en cuanto objetos valiosos; en fin, por medio de los juicios estos conocimientos penetran en el nivel significativo. Esta íntima conexión entre realidad empírica, valores y juicios, se reproduce de modo análogo en la experiencia jurídica: las normas son juicios cuyo objeto lo constituyen las conductas humanas. Como juicio, la norma alude a un objeto previamente intuido; este objeto es un comportamiento humano, cuyo sentido sólo puede ser comprendido en la medida en que se patenticen ante nuestro entendimiento los valores orientadores de la acción. Toda norma implica, pues, una previa valoración, que luego ingresa en el nivel significativo de la conciencia, merced a un juicio de valor. Esto muestra en qué medida el comportamiento, la norma y los valores constituyen niveles inescindibles de una única experiencia jurídica, de la cual ninguno de ellos puede ser excluido. Y como el de los valores, el mundo de las normas jurídicas es asimismo connatural a todos los sujetos. Las normas funcionan como esquemas interpretativos que sirven para develar el sentido de los diversos comportamientos humanos, desde la perspectiva del Derecho.

Pues bien, si pasamos toda nuestra vida valorando objetos, opciones, actitudes, situaciones..., para optar por aquello que consideramos bueno y conveniente, ¿cómo es que el Derecho, que cumple la misión de aplicar normas para regular nuestra vida de interrelación, puede prescindir de la

valoratividad como instrumento útil, a la hora de discernir entre aquello que debe considerarse bueno o malo, justo o injusto? Si la conducta humana es regulada por el Derecho, cómo explicar que la norma jurídica puede exhibir sólo su cualidad de fórmula hipotética (con dos alternativas) ante el libre albedrío del sujeto, para que éste pueda decidir, pero sin tomar conciencia de los valores éticos implícitos *a fortiori* en el espíritu y el sentido de la norma positiva.

4.5. LA NEUTRALIDAD ÉTICA DEL DERECHO

La reflexión filosófica arranca de la presunción de que el Derecho, convencionalmente considerado como técnica social reguladora de la conducta de los hombres en comunidad, tiene natural y lógicamente en la idea del Bien su fuente primigenia de referencia y sustento. Se asume también que por definición el Derecho, que se refleja en la praxis humana, apunta a la Justicia como el ideal hacia el cual tiende, buscando su realización plena.

Al hacerse efectivas las normas del derecho positivo, que ordenan, permiten o prohíben algo, se concretiza a la vez el sentido de la Justicia, cuya materialización no tiene que depender siempre de una forzosidad inducida para asegurar su cumplimiento. La obligatoriedad está motivada, y respaldada, más que por la legalidad, por la legitimidad del criterio de "lo justo", que está impreso en las normas y que el hombre lo concibe y valora de ese modo.

Lo que hay que entender bien en este asunto es que, más allá del irreflexivo y cuasi intuitivo acatamiento de aquello que viene dictado por las normas positivas propias de cada Estado, la cristalización de la Justicia obedece al cumplimiento ineludible del mandato emanado de la normatividad suprema, no escrita ni codificada, preceptuada por el derecho natural, cuya existencia ha sido negada categóricamente por el positivismo extremista kelseniano.

Ahora bien, ¿dónde se originan las imprecisiones que aparecen en los postulados de Kelsen?

Indiquemos que si no hay razón valedera alguna que impida aceptar que lo jurídico tiene por fundamento el concepto del Bien, entonces por lógica consecuencia el Derecho es naturalmente bueno. Luego, si estamos de acuerdo en ello, surge otra cuestión: ¿tiene que ser también moral y justo, o es que debe ser neutral en ambos sentidos como propugna el planteamiento del jurista? Revisemos en primer término el aspecto conceptual.

Etimológicamente, el vocablo "derecho" deriva del latín *directus* que quiere decir lo recto, lo derecho, o sea, lo que está enderezado. Tienen el mismo significado términos como el francés *droit*,

el italiano *diritto*, el portugués *direito*, así como el inglés *right* o el alemán *recht*, todos ellos semánticamente equivalentes. Pero a la vez, esas mismas voces designan también al "Derecho", que todos entendemos como el conjunto de normas (con la notable excepción idiomática del inglés, en el que *law* sustituye convencionalmente a *right*).

Si "derecho" equivale a "recto", es decir a la posición recta o vertical de la aguja, que no se inclina ni para un lado ni para el otro, como nos muestra la bien conocida alegoría de la justicia, representada por una balanza, se puede afirmar que en este sentido "derecho" equivale a justo.

En su estructura semántica la palabra "derecho" connota, pues, la noción de justicia. Además, existe una relación consustancial etimológica y también semántica, que viene de antaño, entre los vocablos *ius* o *jus* (derecho) y *iustitia*, ambos de raigambre común.

De lo arriba explicado desprendemos la idea conclusiva de que el Derecho se ordena a la Justicia.

¿Qué relación podemos encontrar entonces entre Derecho, Justicia y Moral?

Para Platón, justicia era ciertamente sinónimo de bien. Decía el filósofo que es justo el hombre que bajo la Idea del Bien ordena su vida, como es justa la ciudad que bajo la guía del gobernante que conoce el bien ordena a las clases sociales que la componen al cumplimiento de su fin.

Para Aristóteles, justicia era "la virtud total que engloba todas las virtudes éticas y que consiste en la observancia de la ley".[28] Aquello que él denominaba justicia "universal" expresaba la conformidad de la conducta del individuo con la ley moral. En ese sentido, justicia era entendida como *dikaiosyne*, esto es, como virtud moral o ética, o más bien como la virtud de la Justicia.

Al no existir en los textos aristotélicos un término que corresponda cabalmente a lo que ahora conocemos como "derecho", lo que encontramos en su lugar es el vocablo *dikaion*, que muchos traducen como "derecho", pero que para el filósofo significaba simplemente "lo justo". De ahí que en su *Ética* Aristóteles no habla de un ordenamiento legal o jurídico ni de un derecho natural, sino sencillamente de "lo justo por ley" y "lo justo por naturaleza". Hasta ahí no existen todavía referencias directas y específicas al derecho propiamente, sino tan sólo a la relación de lo legal con lo justo y lo moral.

Fueron los jurisconsultos romanos quienes intentaron conceptualizar el derecho. Celso lo definió como *"jus"*: el arte de lo bueno y de lo justo (*jus est ars boni et aequi*). Ulpiano abordó el derecho

[28] Herder: *Diccionario filosófico*, virtual.

por medio de la noción de justicia, que para él era la constante y perpetua voluntad de entregar o devolver a cada uno lo que le corresponde (*suum cuique tribuere*).[29]
No hay duda de que ya en el pensamiento griego era patente la relación de parentesco entre Moral y Justicia, nexo que ha subsistido a lo largo de la historia.

¿Se puede, empero, decir lo mismo de la vinculación que podemos constatar entre Moral y Derecho? Desde luego que sí; la ligazón existe, es fuerte y está fuera de discusión.
En tanto órdenes positivos, no difieren esencialmente entre sí. La distinción que introduce Kelsen es puramente formal, pues no concierne más que a la manera en que esos ordenamientos mandan o prohíben actos humanos. En contracorriente, el positivismo de Kelsen pretende llegar a separar lo jurídico no sólo de lo moral, sino del resto de lo social, queriendo con ello lograr la total autonomía de lo jurídico. En la primera versión de su Teoría Pura Kelsen hace la siguiente observación:
"*De ninguna manera se niega la exigencia de que el Derecho deba ser moral, es decir, bueno... solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea parte integrante de la Moral; de que todo derecho sea, en algún sentido y en algún grado moral*".[30]
En la última versión, corrobora: "*La tesis de que el derecho, conforme a su naturaleza, tiene que ser moral; de que un orden social inmoral no constituye derecho, presupone una moral absoluta, es decir, una moral válida para todo tiempo y dondequiera. De otra manera no podría alcanzar su objetivo de establecer un patrón firme, independiente de circunstancias temporales y locales, sobre qué sea lícito o ilícito, y aplicable a los sistemas sociales*".[31]

La Moral y el Derecho son dos órdenes sociales semejantes; pero no es dable afirmar que uno de ellos pueda supeditarse al otro. Se asemejan porque ambos tienen por finalidad, aunque por vías distintas, regular la conducta social de los hombres; pero sus propósitos y metas no son los mismos. Las normas jurídicas, que son externas y heterónomas respecto de la conciencia humana porque el individuo se ve constreñido al comportamiento que le señala el Derecho, tienen a su favor la coacción para obligar al sujeto a acatarlas. En cambio las normas morales, que son internas y autónomas, no pueden ser externamente coercitivas en su aplicación; su acatamiento es función enteramente de la conciencia del sujeto y no concierne más que a él. Pese a esas diferencias, subsiste

[29] Hilaire, Jean: *Histoire du Droit*. Dalloz, Paris, 2000, p. 32
[30] Kelsen: *TPD1*, p. 37-38
[31] Kelsen: *TPD3*, p. 81

la analogía entre unas y otras, vistas en su condición de normas correspondientes a ordenamientos positivos, vale decir que todas son normas "puestas" por voluntad de legisladores humanos.

Para Kelsen, no existe un derecho esencialmente moral, como no sea en el sentido en que "todo derecho establece normas", y que por ello se suele asumir que todo derecho es moral. En su opinión no hay un valor moral absoluto, sino una pluralidad de valores o sistemas morales. La existencia de una moral única, según él, es falsa; una moral no puede valer en todo tiempo y en todo lugar; es decir, no puede ser absoluta. El símil es evidente; el jurista se refiere a los sistemas de la moral positiva, en parangón con los del derecho positivo, que por definición es relativo ya que se expresa en una diversidad de "formatos" jurídicos, así como de hecho hay también múltiples fórmulas de justicia relativa.

Concordamos en este punto: así como la justicia absoluta no es realizable en este mundo, tampoco existe un código moral, puesto por legislador humano, que sea válido al mismo tiempo para todos las sociedades del mundo. Sin embargo, disentimos con Kelsen. No se puede negar que existen valores éticos universales, como el Bien, la Justicia, la Vida humana misma... que, vistos desde la perspectiva filosófica, son los referentes fundamentales de la arquitectura de todo sistema moral o jurídico, porque están determinados no por la voluntad de un legislador, sino por lo que preceptúa la razón humana universal.

La distinción entre moral y derecho, en definitiva, no significa que ambos campos se excluyan mutuamente, arguyendo autonomía o neutralidad de uno respecto del otro. Al contrario, como dice Kant, se complementan, ya que ambos buscan, aunque por caminos distintos, lograr la libertad interna y externa del hombre.

Ahora bien, ¿cuál es en definitiva la finalidad de las normas? Más allá de los criterios divergentes que pueden aducirse sobre la validez intrínseca de las normas morales, se puede decir que ellas tienen un fin último preciso: buscar que el ser humano actúe siempre haciendo el bien en todas sus relaciones de convivencia. Ejemplifiquemos esto. Una norma moral que categóricamente sentencie: "No robarás"; es un imperativo que "debe" ser acatado por todo sujeto constreñido a obedecer, porque la voluntad de obediencia está arraigada en la conciencia moral de cada cual. En contraste, una norma jurídica que diga: "Es delito robar; aquel que lo cometiere sufrirá una pena de reclusión..." es una proposición hipotética que en guisa de exhortación o de amenaza disuasiva se le presenta al individuo, quien conociendo y previendo la consecuencia, puede desistir de obrar ilícitamente; esa es la finalidad. Analicemos el trasfondo de estos enunciados.

Cuando una norma ha sido "puesta" artificialmente por la voluntad de alguien, que si bien ha actuado investido de todas las facultades legales para hacerlo, tiene enfrente el riesgo de que su legitimidad pueda ser puesta en tela de juicio o de hecho ser impugnada. Si se tratara de una norma moral positiva, ésta podría ser desacatada, si es que se dudara de la entereza moral y la virtuosidad de su autor. De modo análogo, una norma jurídica positiva sufriría ese mismo tratamiento, siendo impugnada y descalificada, si acaso se cuestionara la honestidad moral o la honorabilidad del legislador; y más todavía, si es que se comprobara en flagrancia la injerencia de factores exógenos: ideológicos, políticos, religiosos o de otra índole, en el proceso legislativo, razón suficiente para refutar *ipso facto* la validez de la norma. Pero muy distinta sería la realidad si un sistema o código de normas jurídicas, que en lugar de ser obra voluntariamente humana, es decir enteramente artificial, tuviera un fundamento *natural* que respalde y garantice su validez, y por lo tanto su eficacia.

¿Qué persiguen las normas en última instancia? Un código moral señala a los hombres seguir una conducta de vida digna, haciendo siempre el bien y ejercitando las otras virtudes morales, lo que se busca con ello es hacer de los individuos personas virtuosas, aunque los preceptos puedan acabar a la postre resultando ineficaces. Un código jurídico, en cambio, persigue otros fines. Evocando el pensamiento positivista de Kelsen, hallamos en él la indicación de que al Derecho le es indiferente que los individuos sean buenos o justos; por eso no les induce a seguir una línea de comportamiento, sólo les enseña qué es lo lícito y qué lo ilícito y cómo un comportamiento ilícito es sancionado y penado por la justicia del Estado, confiando en que con ese respaldo coercitivo la eficacia de los preceptos jurídicos quede asegurada. El positivismo jurídico radical ve, pues, en el Derecho nada más que el instrumento útil para asegurar la efectividad y el cumplimiento de las normas artificialmente "puestas" –o impuestas– por actos de voluntad, sin que le convenga avanzar más allá buscando una valoración indicativa de la legitimidad, tanto de ese acto de voluntad como del contenido mismo de las normas positivas.

Entonces, si sólo cuenta el aspecto formal del Derecho, el modo de su creación y su puesta en aplicación, y no precisamente su consistencia material, no se puede asegurar que una norma jurídica, construida cuidando nada más que su apariencia externa, alcance la eficacia y la objetividad esperadas de toda norma.

Si se acepta la tesis kelseniana de que el derecho positivo puede admitir cualquier contenido asumiendo su validez jurídica, entonces hay que convenir también que a la larga y por esa vía se

tendrá que consentir y avalar cualesquiera normas jurídicas teñidas de color ideológico o político, o hasta de signo religioso, como son las impuestas por regímenes políticos totalitarios, despóticos y fanáticos, que actúan discrecionalmente, amparándose en la letra inerte de las normas positivas, y bajo la protección del circunstancial poder político.

Pero hay más todavía. Si el Derecho no tiene necesariamente que ser moral, como plantea el maestro jurista, entonces es susceptible de tolerar normas no solamente amorales, sino incluso inmorales, sin que importe el hecho de que hayan podido ser infiltradas en el proceso legislativo, merced a la falta de preparación o de buen sentido, o aun a la deshonestidad o deliberada mala fe de algunos legisladores, persuadidos a introducir normas "por encargo". Consiguientemente, al rechazar Kelsen toda influencia de lo moral en lo jurídico, rechaza también todo juicio de valor, arguyendo que "los juicios estimativos no son otra cosa que la expresión de sentimientos emotivos personales o de voluntades individuales, y que no describen ninguna realidad empírica". En este punto de nuestro análisis, traigamos a colación otro criterio sobre el mismo tema: Gustav Radbruch, destacado iusfilósofo alemán, manifiesta: "El derecho, distinto de la moral por su contenido, se halla consecuentemente unido a ella... La moral es el fundamento sobre el que descansa la validez del derecho, porque el hacer posible la moral constituye una meta del orden jurídico".[32]

Frente a esas dos posturas antitéticas, y sin tener que alinearnos con Radbruch para atrevernos a hacer una observación a los planteamientos de Kelsen, nos basta con saber por sentido común que las normas de cualquier ordenamiento jurídico mandan, prohíben o autorizan acciones, sustentándose indefectiblemente en criterios cualitativos o principios de orden ético-moral, objetivamente (universalmente) válidos, o sea, en valores éticos como el Bien, la Verdad, la Justicia. Lo contrario resultaría sorprendentemente anormal.

Si examinamos la esencia y el espíritu de las normas, constataremos que en su fundamento filosófico subyacen la intención y la impronta del legislador, quien para autorizar o prohibir algo ha tenido que basarse necesariamente en juicios de valor sobre lo bueno o malo, justo o injusto, es decir en valores éticos, para determinar el espíritu, el contenido y el alcance de las normas pensadas.

Si el Derecho, como lo concibe el maestro de Viena, no debe ni tiene que ser moral, cabe preguntar entonces ¿en qué se apoya para asegurar su vigencia y efectividad que lo hagan confiable?

[32] Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*, 4ta. ed., 1950, p. 336-353 (Cita en Lorca Navarrete: p. 40)

La doctrina kelseniana alude a dos criterios de valoración de las normas positivas: la validez en sentido material, que se refiere al contenido de las normas y la validez en sentido formal, que concierne a las condiciones de creación de las mismas. Habla de normas estáticas y dinámicas, para las cuales la validez individual de las normas así como del orden normativo en su conjunto está determinada en referencia a una "norma fundamental". [33]

Según esta teoría, las normas morales son estáticas porque valen por su contenido, el cual está referido al contenido de otra norma superior. Se supone que todas las normas de un orden estático están ya contenidas en el cuerpo de una norma suprema presupuesta; es decir, se hallan subsumidas en ésta. Así, un código de normas morales inspirado, por así decir, en la ley divina tendrá en esta ley su norma fundamental que le otorgue tanto el fundamento de validez como el contenido válido de los preceptos inferidos de la misma.[34]

En cambio, la validez de las normas jurídicas del tipo dinámico no resulta de su contenido, sino que ellas valen por haber sido creadas de la manera determinada por la norma superior, que es el punto de partida de un procedimiento de validación en serie. Su carácter es esencialmente formal.

Estas normas jurídicas valen cuidando solamente un detalle: que el creador de la norma haya sido facultado por otra norma de orden superior para realizar la acción, sin que importen la causa ni la finalidad de la misma. Se presume la validez de tales normas nada más que en referencia a la validez, también presunta, de una norma fundamental.

El naturalismo jurídico moderno objeta el planteamiento de la Teoría Pura, que aboga por la validación de las normas jurídicas atendiendo sólo al aspecto formal de su creación, desdeñando su contenido, o sea lo que específicamente mandan o prohíben ellas, que puede no ser bueno.

En este estudio, se considera definitivamente inaceptable que "cualquier contenido pueda ser derecho"; y que, por tanto, "*no haya comportamiento humano que, en cuanto tal y como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica*".[35]

No hay argumento valedero alguno que vaya en favor de propiciar que normas explícitamente injustas o inmorales puedan hallar cabida en un cuerpo normativo jurídico de la índole que fuera.

---

[33] En el presente estudio, nos ocupamos de la norma fundamental, enfocándola desde dos perspectivas distintas. Una, que concierne a la validez material de las normas, aspecto que estamos tratando ahora mismo en este apartado. La otra, que atañe a la validez formal de las mismas, que será vista como tema gnoseológico en el capítulo siguiente.

[34] Kelsen: *TPD3*, p. 203

[35] Kelsen: *TPD3*, p. 205

Al iusnaturalismo no le satisface la mera legalidad, el simple formalismo; sino que exige legitimidad en el contenido ético, justo y en la significación real de las normas. En tal virtud, propone no una "metanorma" hipotética o ficticia, como resulta ser la norma fundamental kelseniana, sino al derecho natural racional como autoridad metajurídica, en sujeción al cual puedan y deban ser validadas todas las normas de un sistema jurídico, tanto en su contenido como en su forma.

CAPÍTULO V

EL CONCEPTO DE "CIENCIA" DEL DERECHO

5.1. CIENTIFICIDAD Y RACIONALIDAD DEL DERECHO POSITIVO

¿Qué es la Ciencia? Aun cuando su prestigio se ha visto mermado en los últimos tiempos, todavía es considerada la forma más segura de alcanzar la verdad. La reflexión sobre lo científico lleva implícita una perspectiva epistemológica y además gira en torno a un marco de referencia conceptual filosófico. Los enunciados de verdad que emanan de la ciencia no se sostienen por sí mismos; tienen más bien su sustento explicativo en otros criterios más generales de orden filosófico. La ciencia tiene su fundamento y punto de partida en la existencia del fenómeno y en la interconexión de los fenómenos. Se asienta en supuestos lógicos, tales como el principio de identidad, de permanencia del objeto en el tiempo, de la existencia de un mundo inmutable en el que existen equivalencias entre los objetos, etc. Ocurre lo mismo con el supuesto de la realidad, el principio de causalidad y otros. Esto nos indica que no hay criterio que nos permita converger en una única idea de ciencia. Parece entonces que la respuesta a la pregunta por la ciencia no es nada fácil, pues exige que se responda a una pregunta previa: ¿cuáles son los supuestos teórico-epistemológicos que establecemos como criterios rigurosos y suficientes sobre el carácter científico de un saber?

Sin ahondar en consideraciones formales, y solamente para acercarnos al tema específico que nos ocupa, tomamos la definición clásica de conocimiento científico. Una de sus versiones dice:

"Los rasgos esenciales del conocimiento que alcanzan las ciencias naturales y sociales son la racionalidad y la objetividad; el conocimiento racional es definido como el conocimiento que está constituido por conceptos, juicios y raciocinios". "El conocimiento científico es fáctico: parte de los hechos y siempre vuelve a ellos; puede trascender los mismos, descartarlos, producir nuevos hechos y explicarlos. Racionaliza la experiencia en lugar de limitarse a describirla. Los científicos conjeturan lo que hay tras los hechos, y de continuo inventan conceptos que carecen de correlato empírico, esto es, que no corresponden a preceptos, aun cuando presumiblemente se refieren a cosas, cualidades o relaciones existentes objetivamente".

"El conocimiento científico es general, ubica los hechos singulares en pautas generales, los enunciados particulares en esquemas amplios. Uno de los principios ontológicos que subyacen a la

investigación científica es que la variedad y aun la unicidad en algunos respectos son compatibles con la uniformidad y la generalidad en otros respectos. El lenguaje científico no contiene solamente términos que designan hechos singulares y experiencias individuales, sino también términos generales que se refieren a clases de hechos. La generalización es el único medio que se conoce para adentrarse en lo concreto, para aprehender la esencia de las cosas (sus cualidades y leyes esenciales). El conocimiento científico es legal: inserta los hechos singulares en pautas generales llamadas 'leyes naturales' o 'leyes sociales'. En la medida en que la ciencia es legal, es esencialista: intenta llegar a la raíz de las cosas".[36]

Para el positivismo filosófico, prevaleciente en el siglo XIX, la Ciencia era la sola forma de adquirir conocimiento. Únicamente recurriendo a la experiencia propia de las ciencias fácticas se podía descubrir la verdad: pues, aquello que no se trasuntaba en hechos verificables no podía ser conocido, y en consecuencia no entraba en el dominio de lo científico. Rechazando todo supuesto metafísico, el positivismo de la época creía que el saber científico era el único y genuino conocimiento, porque se caracterizaba por ser seguro, absoluto e inmutable. Este positivismo decimonónico se figuraba, erróneamente, que la ciencia y la racionalidad positivistas eran las únicas y definitivas. "Para el positivista todo lo que es conocido puede ser reducido a leyes físicas y todos los fenómenos existentes tienen un fundamento físico; todo conocimiento genuino debe ser adquirido por el método científico que tiene su modelo en la física; que las verdades de la Ciencia son las únicas verdades, después de las cuales no hay apelación alguna".

Pero, se conocen a este respecto importantes observaciones en sentido contrario, como ésta:

"La racionalidad científica positivista es una forma de racionalidad, pero no *la única*. El campo de la racionalidad es más amplio que el de la razón científica; los métodos de la ciencia física son insuficientes para el estudio de los fenómenos de la vida a un elevado nivel de complejidad; que las verdades de la Ciencia son, al menos en parte, verdades por convención, y que hay otras clases y fuentes de verdad sobre las cuales las verdades científicas no tienen autoridad...".[37]

Este autor propone un sistema de comprensión más amplio que el heredado del positivismo, que permita conocer más y mejor y no limite las posibilidades del acceso racional a los problemas más importantes. A esa racionalidad la denomina "racionalidad evolutiva", que comprendería la racionalidad positivista pero sería más amplia que ésta. La mayoría de los filósofos de la Ciencia

[36] Bunge, Mario: *La Ciencia, su método y su filosofía*. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1958, p. 15-19 y 27-28

[37] Skolimowski: *Racionalidad evolutiva,* citado en*:* Calsamiglia, Albert: *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Fontamara, México, 1997, p. 99

consideran en la actualidad que ésta es un saber provisional y falible. Muchas teorías científicas decimonónicas han sido modificadas en un sentido u otro y es muy difícil encontrar una teoría que haya permanecido inalterada.

Lo visto nos da pautas para abordar con mayor propiedad el tema de la cientificidad y la racionalidad de la denominada ciencia jurídica, materia que ahora nos toca abordar.
El empleo del vocablo "ciencia jurídica" para designar el trabajo rutinario de los operadores del Derecho (jueces, juristas y abogados), en su tarea de interpretación y aplicación del mismo, no ha dejado de generar confusión. El trabajo que ellos desempeñan dista mucho de aquello que desde siempre hemos conocido como trabajo científico. Hay que recordar que, por lo esencial, la tarea del hombre de ciencia es describir y explicar las relaciones causales de los fenómenos que él observa, con miras a descubrir en tales relaciones algunas cualidades, que una vez generalizadas puedan desembocar en la formulación de leyes físicas. El hombre de leyes, en cambio, no descubre nada en su material de trabajo; su labor consiste en interpretar hechos y normas, haciendo correlaciones entre ellos, para llegar a determinar, a partir de ahí, acciones resolutorias o prescriptivas.

Veamos su procedencia. Los antecedentes históricos de la ciencia jurídica se remontan a la antigua Roma. La *jurisprudencia* romana, no era sistemática, sino casuista y definidora de acciones más que de derechos; su técnica era esencialmente pragmática, sin inclinaciones hacia las especulaciones teóricas. Con el auxilio del método de la antigua retórica griega, el derecho romano priorizaba el trato coherente y ordenado de casos concretos y específicos, siempre en busca de la solución justa o al menos razonable para los mismos. En el Medioevo, la práctica jurídica era vista como una actividad *dogmática.* Los glosadores y posglosadores, herederos del derecho romano, consideraban que este derecho, respaldado en los antiguos textos jurídicos tenidos como la verdadera ley, la ley ideal y encarnación de la razón, debía ser aplicado en todos los casos, en todo tiempo y lugar.
De ahí proviene el carácter dogmático que caracterizaba al Derecho, y que aun hoy conserva todavía ese rasgo peculiar, a pesar de los esfuerzos denodados por alcanzar el status de ciencia.

La idea de una ciencia jurídica comienza recién a manifestarse en la Modernidad, al influjo del modelo de conocimiento científico que surge en consonancia con la revolución científica, bajo la tutela del positivismo filosófico. El ideal entonces vigente era la construcción de una disciplina que

gozara de la misma autoridad que las ciencias naturales. El jurista moderno, a diferencia del romano y del medieval, priorizaba lo teórico sobre lo práctico.

Los primeros intentos de construir un discurso jurídico a imagen y semejanza de la ciencia moderna se conocieron en el siglo XVI, con la teoría del derecho natural racionalista, que redujo la filosofía del derecho a ciencia natural del derecho..., asumiendo el modelo de conocimiento de las nacientes ciencias naturales. El problema de si era posible hacer de la tarea del juez o del jurista una ciencia como la matemática o la lógica, o que pudiera funcionar con los mismos grados de certeza de las ciencias naturales, es propio de la mentalidad positivista de fines del XVIII y principios del XIX.[38]

En el modelo de racionalidad jurídica decimonónica, históricamente pueden diferenciarse dos concepciones de la ciencia: la racionalista y la empirista. La primera propone a la matemática como modelo de ciencia y a la deducción como modelo de razonamiento. Este racionalismo fue defendido inicialmente por las corrientes formalistas de la ciencia jurídica, como el iusnaturalismo racionalista. La concepción empirista, en cambio, ve en el mundo fenómenos o hechos que hay que verificar a través del método inductivo-experimental. Para esta perspectiva positivista la física es el modelo de cientificidad, el cual va a incidir en las corrientes anti-formalistas dando lugar al surgimiento de los estudios sociológicos y psicológicos del derecho.[39]

En esta época, la lucha por el calificativo de científico se explica por la búsqueda de legitimidad para los nuevos saberes, como los mencionados, y en general para todas las ciencias sociales, las cuales necesitaban de dicha cualidad para justificar ciertas posiciones, que de no ser así se entenderían como meras opiniones subjetivas. Al igual que las nacientes disciplinas humanas, la dogmática jurídica y la jurisprudencia intentaron conseguir la legitimidad de sus saberes equiparándose a uno de los modelos admitidos de ciencia. El positivismo en general redujo lo racional a lo científico, esto es, la racionalidad humana a la racionalidad matemática, de manera que discutir los problemas relativos a valores era, según esta corriente, adentrarse en el terreno de lo subjetivo y, por consiguiente, de lo irracional. Para el positivismo, objetividad y racionalidad eran una y la misma cosa indisoluble, de ahí que hablar de una implique hablar de la otra.[40]

Cómo encontrar puntos de coincidencia que puedan asimilar el terreno de lo científico al dominio de lo jurídico. Ocurre que, mientras el científico de la naturaleza explica, describe y predice fenómenos o descubre una cualidad implícita en la naturaleza de las cosas, el jurista interpreta y prescribe,

[38] Carrillo de la Rosa, Yezid: *Cientificidad y Racionalidad de la Ciencia Jurídica*. Cartagena de Indias, 2010, p. 100
[39] Bobbio, Norberto: *Ciencia del derecho y análisis de lenguaje* (1980). Cita en Carrillo de la Rosa: *Op. cit.*, p. 91-92
[40] Segura Ortega, Manuel: *La Racionalidad jurídica*. (1998). Cita en Carrillo de la Rosa): *Op. cit.*, p. 101-102

atribuye un sentido o significado a un término, un concepto, una regla o un principio. El que describe lo hace desde una perspectiva externa, imparcial, que no influye de ningún modo en el objeto que estudia; en cambio, el que interpreta un hecho o una norma asume siempre una postura interna e inmanente; es un participante comprometido y sometido a un horizonte de comprensión hermenéutica, por lo cual sus prejuicios y valoraciones relativas al objeto cobran gran importancia.[41]

Qué distingue a las ciencias naturales respecto de las ciencias sociales. "La diferencia entre el carácter primordialmente explicativo/demostrativo del discurso de las ciencias de la naturaleza, en contraposición al carácter justificativo/persuasivo de las ciencias sociales, nos remite al modelo de racionalidad que rige el discurso de cada una. Mientras las ciencias naturales se guían por una racionalidad analítico-instrumental, pura o teórica, a las ciencias sociales las orienta una racionalidad práctica o dialéctica". "El modelo de la racionalidad práctica tiene su dominio en el ámbito de la filosofía práctica y en todas las esferas donde entran en juego las valoraciones, como en las ciencias sociales y humanas. Estos ámbitos se caracterizan porque trabajan con problemas prácticos que implican valores y sobre los cuales no se puede emitir juicios apodícticos, necesarios e incuestionables; por lo tanto, si la pregunta de la razón teórica es ¿qué puedo conocer?, la pregunta de la razón práctica es ¿qué puedo hacer?". [42]

La denominada ciencia jurídica presenta una dimensión descriptiva y otra analítica. La dimensión descriptiva y empírica la relaciona con las ciencias naturales, porque emplea procedimientos demostrativos y verificativos; en tanto que la dimensión analítica y normativa, la asimila a los razonamientos prácticos y dialécticos de la filosofía, buscando esclarecer el significado que determinados conceptos tienen en el contexto en que se usan. La perspectiva analítica conecta a las ciencias sociales y a la ciencia jurídica con la filosofía, pues a diferencia de las ciencias físico-matemáticas, que apela a términos unívocos y altamente formalizados, las ciencias sociales y jurídicas trabajan con conceptos ambiguos o indeterminados, que tienen una textura abierta y por ello son susceptibles de muchas posibilidades semánticas, cada una de las cuales conduce a una interpretación diferente. A la ciencia jurídica, al igual que a las ciencias sociales, no le basta con realizar una descripción de un hecho o fenómeno social o normativo, su propósito es siempre

[41] Carrillo de la Rosa, Yezid: *Op. cit.*, 2010, p. 99-100
[42] *Op. cit.*, p. 116

interpretarlo con arreglo a un sistema de valores o de fines, y a partir de ello, extraer una consecuencia práctica, normativa.

Ahora bien, cómo identificar el nexo que enlaza los conceptos de cientificidad y racionalidad en la comprensión de lo jurídico. Las investigaciones realizadas por Yezid Carrillo y su equipo de colaboradores se sintetizan en estas apreciaciones:

"Plantearse el problema de la dogmática jurídica en términos de cientificidad es caer en las trampas del positivismo jurídico, que reduce la racionalidad humana a racionalidad analítico-instrumental, según la imagen de la ciencia. Por ello, sustentamos la hipótesis de que la pregunta de la filosofía del derecho no es por la cientificidad, sino por la racionalidad, y más concretamente por el modelo de racionalidad en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, actividades que constituyen el núcleo de la dogmática jurídica o jurisprudencia".[43]

"Si admitimos que la ciencia, hasta en su versión más fuerte, no es el saber más importante ni el más legítimo y ni siquiera un saber objetivo, dado que al lado de ella están otros saberes fundamentales para el funcionamiento de la sociedad, que pueden gozar de igual legitimidad, entonces nuestra percepción de la problemática se modifica. Entre esos conocimientos se encuentra el saber práctico que los griegos llamaban *phrónesis*, y los romanos tradujeron como *prudentia*: una especie de arte que se ejerce sobre un conjunto de reglas y criterios, con el propósito de resolver problemas sociales y humanos y que, según Aristóteles, constituye un instrumento de la filosofía práctica, una especie de sabia comprensión de la situación que tiene como objeto lo justo".[44]

"Hemos descubierto que desde sus orígenes, la actividad del jurista estuvo emparentada con un modelo de racionalidad distinto del profesado por la ciencia: la racionalidad dialéctica (...), que relaciona al derecho con la tópica y la retórica antigua, que constituía una disciplina orientada a discutir los problemas que no tenían como punto de partida las primeras verdades fundadas en la evidencia, sino lo verosímil; aquellos problemas que caen en el terreno de lo meramente opinable, según la tipificación propuesta por Aristóteles".[45]

"Las diversas teorías epistemológicas del siglo XX y la actual teoría social mostraron que el concepto de racionalidad (filosofica) rebasa los límites de la racionalidad analítica que defendió el

[43] Carrillo de la Rosa, Yezid: *De la Cientificidad a la Racionalidad del discurso dogmático jurídico*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 11, Cartagena de Indias, 2008, p. 345
[44] Carrillo de la Rosa: *Op. cit.*, 2008, p. 338 y 340
[45] *Op. cit.*, p. 345-346

positivismo", predominante hasta el presente. De ello se deduce que, como alternativa, "debemos incluir el modelo de racionalidad práctica, la cual no tiene por objeto realizar demostraciones ni establecer conclusiones apodícticas (como en la ciencia), sino guiar deliberaciones y controversias, facilitar la elaboración y formulación de argumentos" que sólo tengan carácter persuasivo, no demostrativo, y orientar la toma de decisiones. "Desde esta perspectiva, lo importante es saber si la actividad del jurista es científica, sino saber si puede o no ser controlada por la razón, es decir, si puede o no ser considerada racional, a pesar de que no funcione con los mismos niveles de certeza ni con el mismo modelo de racionalidad que lo hacen las ciencias naturales".[46]

Durante gran parte de la historia del pensamiento jurídico de Occidente, nadie cuestionó la racionalidad del discurso jurídico, al que se lo veía como proyección de los diversos sistemas filosóficos. Y si bien en los inicios del positivismo se planteó el problema de la racionalidad, éste surge atado al problema de la cientificidad: si se resuelve la cuestión de la cientificidad, se resuelve el problema de la racionalidad.

Pero, hay que tener presente que una de las características fundamentales de la concepción actual de la ciencia es su falibilidad. La ciencia no nos ofrece verdades absolutas y definitivas, como se creía antaño, sino verdades provisionales. Además, no hay una concepción única de ciencia, y el fundamento de cada una de ellas se encuentra en la convención que los mismos científicos acuerdan, la cual va cambiando en el tiempo, en función del progreso de la ciencia.

Frente a la decadente racionalidad científica, el campo holista de la racionalidad filosófica es más vasto, y aunque incluya a aquélla, no se agota en la misma. La razón filosófica no sólo que admite la posibilidad de conocimientos racionales no estrictamente científicos, sino que deja el espacio abierto para la confrontación de ideas, para la argumentación.

En los tiempos posmodernos, el problema de la racionalidad y de la argumentación jurídica es el tema central en la reflexión filosófica jurídica. Ya en las últimas décadas del siglo, resurgen en el terreno de lo jurídico otras corrientes, como la tópica de Theodor Viehweg como técnica del pensamiento problemático, que difiere del clásico pensamiento sistemático; la nueva retórica de Chaim Perelman, como modelo de razonamiento válido en las ciencias sociales; el discurso racional de Robert Alexy, como teoría estándar de la argumentación jurídica.

[46] Carrillo de la Rosa: *Op. cit.*, 2010, p. 102

Todos ellos intentan formular un remozado modelo de racionalidad que explique la forma en que se desarrolla en realidad el razonamiento jurídico.

5.2. LAS RAÍCES DE LA DOCTRINA KELSENIANA

El recuento histórico de Guido Fassò [47] nos ayuda a remontarnos a los orígenes del pensamiento jurídico positivo de Hans Kelsen en la Europa del siglo XIX. Fue John Austin, el reconocido jurista inglés autor de la llamada *Jurisprudencia analítica* o "Filosofía del Derecho positivo", quien al interesarse preferentemente por los aspectos lógico-científicos del Derecho intentó la construcción de una *ciencia*, es decir, de un sistema "racional" de conceptos jurídicos. Por otro lado, fue también grandemente influyente en la Alemania de aquella época el florecimiento de la Escuela historicista del Derecho.

La teoría kelseniana marca el corolario de una larga evolución del pensamiento jurídico contemporáneo que se inició con la pandectística alemana, la cual se propuso la tarea de reconstrucción conceptual y sistemática del entonces prevaleciente "derecho común" (common law), retomando y reordenando todo el material jurídico empírico en un "sistema" que fuera completo y coherente. Le siguió la llamada "dogmática" jurídica, vale decir, la elaboración de los conceptos jurídicos generales efectuada sobre la base de normas existentes en tanto que existentes, es decir, como "dogmas". Así floreció la denominada "jurisprudencia de los conceptos", que ejerció gran influencia en los sistemas jurídicos alemán e italiano, contraponiéndose de la misma manera a las ya conocidas teorías iusnaturalistas, como así también a las que hoy definiríamos como doctrinas realistas. Todo esto llevó a concebir el Derecho como una entidad definida de manera conceptual.

El positivismo jurídico que venía desarrollándose hasta entonces era el "formalismo jurídico", con su aspiración de hacer del conocimiento del Derecho un verdadero sistema, poniendo sus elementos en una conexión lógica la más rigurosa posible.

El conceptualismo y el formalismo de la dogmática encontraron su expresión más acabada y más completa en la corriente que en la Alemania de los años 1870-80 se conoció con el nombre de *Allgemeine Rechtslehre*, es decir, doctrina o teoría general del Derecho, que se ocupaba de la determinación y sistematización de los "conceptos jurídicos fundamentales" obtenidos mediante el análisis de los principios generales de las distintas ramas del ordenamiento jurídico positivo.

---

[47] Fassò, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. III. Pirámide, Madrid, 1988

La *Analytical jurisprudence* inglesa y la *Allgemeine Rechtslehre* alemana, ambas decimonónicas, representan los iniciales aprestos cientificistas del Derecho. En conjunción, muestran el carácter principal común: el haber constituido sistemas de conceptos *generales* y *formales* referidos a ordenamientos jurídicos únicamente *positivos*. Estas dos grandes corrientes jurídicas son conocidas con el nombre de Teorías generales del Derecho. En realidad han sido fruto del desarrollo y perfeccionamiento de la dogmática y se decían *ciencia* del Derecho y no *filosofía*.
Tales teorías se erigieron como el verdadero y único conocimiento filosófico del Derecho de la época. Se trataba, en boca de sus propugnadores, de un conocimiento filosófico "positivo" y "legítimo". Esto significaba que toda doctrina que no se refería a las normas "positivas" era considerada ilegítima, y por lo mismo era tildada de "metafísica", calificativo utilizado en sentido acremente crítico y aun en tono peyorativo, puesto que en el lenguaje de los juristas de aquel tiempo connotaba una idea de desprecio y hasta de condena.

Ya en el siglo XX, la naciente teoría kelseniana, que como su sustento medular postula firmemente una "Ciencia del Derecho", arranca de las mencionadas premisas filosóficas positivistas, pero al mismo tiempo se ve influenciada, en cierto modo, por las teorías kantianas y neokantianas.
El neokantismo, practicado en las escuelas de Marburgo (con Cohen, Natorp, Stammler...) y de Heidelberg (con Windelband, Rickert, Lask, Radbruch...), influyó de manera notable en la Teoría Pura; mas no sucedió lo mismo con el positivismo lógico del Círculo de Viena, propulsor del método científico, y esto es lo llamativo. En cambio, el hecho más resaltante que importa destacar en esta historia es la relación que se opera entre la iusfilosofía de Kelsen y la filosofía de Kant.
Como veremos más adelante, de la gnoseología kantiana el proyecto kelseniano toma para sus fines la *lógica trascendental*, a cuyos principios ambiciona asimilar su doctrina.

Kelsen creía que la ciencia jurídica positivista desarrollada a lo largo del siglo XIX no era una verdadera ciencia, porque carecía de los atributos necesarios, tales como el rigor, la exactitud, la objetividad y la neutralidad política, que se debe exigir a todo conocimiento que se pretenda científico. Todo ello se tradujo, dice el maestro, en la falta de rigor metodológico y la ausencia de objetividad en la ciencia jurídica. Lo primero porque, a su juicio, ésta no habría sido capaz de construir un método propio y especifico, incurriendo en el grave defecto de sincretismo metodológico; esto es, la mezcla de métodos: el sociológico y el jurídico, con lo cual quedaba

comprometido uno de los ideales de toda ciencia, que es el rigor. Lo segundo, porque la misma carecía de neutralidad al entremezclarse con la política, que es otra cosa muy distinta.

Los postulados políticos, que sólo poseen carácter subjetivo, no deben ser defendidos con el nombre de ciencia del derecho, puesto que la ciencia es "una autoridad objetiva".[48]

La conclusión: "No existe hasta hoy una verdadera ciencia jurídica". Por tanto, lo que él postula es la completa separación entre la jurisprudencia y la política, en la creencia de que con ello va a conseguir abrir la senda de la verdadera ciencia jurídica, que reúna las condiciones que toda ciencia exige y debe poseer. La Teoría Pura del Derecho es su respuesta a este extraordinario desafío.

De esta teoría subraya su autor: "*Precisamente en virtud de su carácter antiideológico, la Teoría Pura se revela como una verdadera ciencia jurídica. La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente a poner su objeto al descubierto; pero la ideología política ve la realidad ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya sea desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento; en el elemento emocional de nuestra conciencia, no en el elemento racional*". Y concluye: "*Es precisamente de esta situación de donde surge un conflicto realmente trágico: el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desideratum de la política*".[49]

El proyecto kelseniano quiere construir una teoría del Derecho que reúna las condiciones de *autonomía*, que permita seleccionar el objeto de la ciencia jurídica, sin emplear el principio de causalidad; de *sistematicidad*, que consiste en que la ciencia debe quedar exenta de contradicciones lógicas entre las proposiciones que describen y las normas que prescriben, existiendo una armonía preestablecida entre las mismas; y, en fin, la *unidad* del conocimiento jurídico, cualidad proveniente del fundamento de validez de las normas. Son atributos principales que cumplen el rol de elementos vertebradores de la metodología y constituyan el armazón de una teoría general que pueda servir para "describir" cualquier derecho positivo.

---

[48] Calsamiglia, Albert: *En defensa de Kelsen,* Working Paper nº 129. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997 (Artículo aparecido en Internet)

[49] Kelsen: *TGDE*. UNAM, México, 1995, Prólogo, pág. IX.

5.3. LOS PRESUPUESTOS CIENTÍFICOS DE LA TEORÍA PURA

Kelsen asume la portentosa tarea de construir una teoría pura liberada de toda connotación extra-jurídica. Una teoría que debe ser "purificada" en doble sentido: primero, separando netamente la esfera del deber ser de la esfera del ser, el dominio las "ciencias normativas" del mundo de la facticidad; discriminando a continuación entre el deber ser lógico y el deber ser axiológico. Veamos en qué consiste el primer proceso.

Immanuel Kant estableció por vez primera la distinción entre *ser* y *deber ser* como fundamento de su gnoseología; pero lo hizo desde una perspectiva distinta, y con una visión científica, como se puede comprobar por la vía analítica. Es a partir de ahí que, emulando los principios kantianos, la Teoría Pura del Derecho de Kelsen intenta erigirse como una verdadera ciencia, como la ciencia del conocimiento jurídico, una teoría fundada en la pura normatividad.

En una primera aproximación conceptual, Kant entendía muy bien que el "ser" es una categoría gnoseológica que se aplica al conocimiento causal de los objetos y los fenómenos naturales.

La esfera del ser pertenece al dominio de las ciencias naturales, en el que los diversos fenómenos se enlazan y articulan según el principio de *causalidad*.

En la gnoseología kantiana, el concepto de "deber ser" connota la idea de un comportamiento cualitativamente determinado. Decir que algo es "debido" lleva intuitivamente a pensar que ese algo, lo "debido", asociado espontánea e intuitivamente a la noción del deber moral, tiene que ser "bueno". En ese sentido, la noción de deber ser entraña la idea de valor.

Kelsen razona de un modo muy distinto. En principio, define el deber ser como una cuestión inherente a las ciencias normativas, en cuyo relacionamiento rige el principio de *imputación.*

Lo que hace es tomar ese "deber ser" ya no en su sentido ético, como lo debido, sino tan sólo como el "*deber*" a secas, o sea, en un sentido puramente lógico, exento de toda connotación valorativa.

De ese modo, el deber, una categoría que conviene más a la lógica trascendental, es empleada en la Teoría Pura con otra finalidad que le es impropia.

Para qué le sirve a Kelsen emplear este "deber", en lugar del deber ser, y qué consecuencias van a derivar de ello. Su argumento va en el siguiente sentido: Cuando la ley jurídica dice: si A es, debe ser B; con este 'deber ser' no se enuncia nada sobre el valor moral o político de la conexión.

Aquí, "*el deber ser se limita a existir como una categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico.* (...) *Si se dice: cuando acontece lo llamado antijurídico*

'debe' acontecer la consecuencia jurídica; este 'deber ser' –como categoría del Derecho– sólo significa el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica. Esta categoría del Derecho tiene un carácter puramente formal... Es categoría gnoseológico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísico-trascendente. Justamente por esto conserva su tendencia radicalmente antiideológica".[50]

En la explicación complementaria que figura en otro de sus textos, la expresión "deber ser", empleada en sentido lógico y avalorativo, tiene el carácter de una imputación. Observa el jurista: "*La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la noción de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural*". "*La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea, de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el 'Sollen', una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así a la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico...*".[51]

De esta suerte, el deber ser característico del derecho positivo tradicional, prekelseniano, pierde su carácter axiológico absoluto, quedando reducido a una mera categoría lógica que no hace otra cosa que efectuar el ligamen entre la condición y la consecuencia, dentro de una norma jurídica hipotética. Está claro entonces que en el planteamiento de Kelsen, la ciencia jurídica sólo podrá lograr su pureza, esto es, su autonomía, en la medida en que se conciba el deber ser, como una categoría apriorística, en sentido kantiano, para la aprehensión del material jurídico empírico.

El Derecho, como objeto que estudia la ciencia jurídica, es considerado como una entidad dotada de una naturaleza estrictamente lógica. Por ello, el maestro jurista no duda en afirmar que las normas son juicios del deber ser. Consecuentemente, el juicio que establece que un comportamiento dado tiene un "valor" sólo significa que dicho comportamiento está inscrito en una norma como aquello que es "lo debido", o sea, el contenido del deber ser.

La segunda purificación ha de ser lograda estableciendo el deslinde, claro y terminante, entre el *deber ser lógico* y el *deber ser axiológico*, para asegurar al mismo tiempo su carácter científico.

[50] Kelsen: *TPD1*, p. 49-51
[51] Kelsen: *TPD2*, p. 55

Pero, escudándose en el argumento de que la descripción de lo jurídico debe prescindir de todo análisis valorativo, Kelsen retiene en su modelo teórico nada más que el concepto de deber ser lógico, descartando por completo el concepto de deber ser axiológico.

Su teoría apunta sobre todo a la descripción fríamente neutra de la estructura normativa. El deber ser lógico, que es el pilar que sustenta todo el andamiaje de la "ciencia jurídica", tiene su soporte en el concepto genérico de *normatividad lógica*, una condición según la cual la función principal de una teoría científica normativa no es modificar el Derecho ni prescribir cómo debe ser, sino describirlo intacto, tal como es. Por tanto, los criterios implícitos de normativismo y logicidad, que caracterizan a esta ciencia, a la que le son atribuidas tales cualidades, se expresan en las dos categorías que recapitulamos a continuación:

En el modelo kelseniano, los presupuestos científicos del deber ser lógico son los conceptos de *norma jurídica* (o prescripción jurídica) y *proposición jurídica* (o regla de derecho), por una parte, y el concepto de *norma fundamental*, por otra parte. Kelsen hace una diferenciación clara y neta entre las primeras. Las *normas jurídicas* son enunciados que mandan, prohíben o autorizan una acción; su función es primordialmente prescriptiva. Las proposiciones jurídicas, en cambio, se limitan a describir dichas normas; son los juicios de la ciencia del Derecho.

A este respecto, el jurista explica: "*Las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. Las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho (...). Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera, los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas, sino en un sentido puramente epistemológico*".[52]

Para clarificar la significación de regla de derecho y norma jurídica, apunta: "*La distinción entre la función de la ciencia jurídica y la función de la autoridad jurídica frecuentemente es ignorada; así en el uso lingüístico 'derecho' y 'ciencia del derecho' aparecen como expresiones sinónimas. Pero la ciencia del derecho sólo puede describir el derecho; no puede, a diferencia del derecho*

[52] Kelsen: *TPD2*, p. 39

producido en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, prescribir algo. La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos (las reglas) formulados por la ciencia del derecho, que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo válidas o no válidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos".[53]

Cuál es la consecuencia de esa doble purificación de la teoría. Con la exclusión del deber ser axiológico Kelsen cree haber eliminado todo factor "ideológico" que pudiera mancillar su bien estructurado constructo teórico. En apreciación suya, el Derecho, que es el objeto que estudia la ciencia jurídica, no es otra cosa que un sistema normativo estrictamente lógico y racional, que se aparta de toda referencia a cualquier sistema de valores.

En el fondo de este proceso selectivo, que para Kelsen constituye el fundamento metodológico sobre el que se asienta su "ciencia jurídica", yace el propósito de llevar hasta sus límites una completa "depuración" de su doctrina jurídica, extirpando de raíz cualquier elemento que no sea estrictamente normativo, construyendo así una teoría desde adentro, vale decir, desde "lo jurídico".

Para cumplir este cometido, separa en principio lo moral de lo jurídico y luego lo jurídico de lo sociológico y lo psicológico. Pero, entonces, al resultar incompatible con toda ideología, la teoría jurídica así configurada ha de quedar también totalmente escindida y aislada de lo político.

5.4. LA LÓGICA KELSENIANA Y LA GNOSEOLOGÍA KANTIANA: ABORDAJE EPISTEMOLÓGICO:

Buscando alcanzar su realización, la Teoría Pura del Derecho halló su sustento en la metodología normativa lógica, al amparo de la cual ha podido mantenerse a salvo de toda refutación en el terreno jurídico. Esto le ha redituado al maestro el logro de una amplia aceptación en los círculos académicos jurídicos, en los que ha encontrado muchos adeptos, aunque también no pocos detractores, y donde continúa todavía vigente sirviendo como modelo metodológico.

[53] Kelsen: TPD3, p. 85-86

Sin embargo, no se puede negar que la aspiración de Kelsen a alcanzar la plena cientifización de su TPD se enfrenta a serios inconvenientes, siendo el principal la explicación teórica insuficiente sobre el sustento científico de la misma, analizada desde el enfoque epistemológico, lo cual se refleja notablemente en la incongruencia que de hecho se observa en el campo donde confluyen la teoría y la praxis del Derecho, estamentos que siendo partes indisociables de un todo no pueden dejar de funcionar armónicamente. Una ciencia que, como se pregona, detenta "el rigor y la precisión que toda ciencia debe tener" y que es presentada con las características descritas con tan fina sutileza por su autor, muestra puntos de debilidad en su base de sustentación, por lo cual le es posible lograr sólo en teoría pero no en la experiencia fáctica la validez objetiva, es decir, el carácter real de *objetividad,* o sea de *universalidad,* que toda teoría tiene por finalidad. La objetividad es la cualidad fundamental que con entero merecimiento ostenta toda ciencia verdadera y plena, como condición *sine qua non* para acreditarse como tal.

Revisando conceptos básicos antes de entrar en materia, recordamos que la lógica a secas es la disciplina que investiga las leyes formales del pensamiento; un método de análisis del razonamiento. La lógica trascendental, en cambio, es la teoría del conocimiento fundante de cualquier saber posible. Hablando con propiedad, más que lógica es gnoseología.

En qué consiste la trascendentalidad. En oposición a aquello que caracterizamos como "inmanente", que es lo que permanece en algo, "trascendente" viene a ser lo que se proyecta más allá de ese algo; por otra parte, trascendente difiere de "trascendental". En la gnoseología kantiana, la lógica trascendental significa la posibilidad misma del conocimiento. Contiene los elementos mediante los cuales es posible pensar *a priori* las intuiciones sensibles como "acciones del pensar puro", para luego pasar a la representación de las mismas en el entendimiento.

En la parte final de la Introducción a su *Crítica de la Razón Pura*, Kant afirma: "La razón pura es la que contiene los principios para conocer algo absolutamente *a priori*".

Dice el filósofo: "Llamo *trascendental* todo conocimiento que en general se ocupe, no de los objetos, sino de la manera que tenemos de conocerlos en tanto que sea posible *a priori*. Un sistema de tales conceptos se llama *Filosofía trascendental*".[54]

Kant denomina conocimiento *a priori* al conocimiento independiente de la experiencia y de toda impresión sensible y que no funda su validez en ellas. Este conocimiento es universal y necesario.

[54] Kant: *Crítica de la Razón Pura*, 2da. ed., vol. 1, Trad. José del Perojo. Losada, Buenos Aires, 1961, p. 163

La razón pura es la que se mueve sobre principios apriorísticos. De ahí que trascendental es el distintivo de "algo" que no es ni el objeto del conocimiento ni tampoco el sujeto cognoscente, sino una relación entre ambos. El trascendentalismo se funda en la idea de que no es la razón la que debe adaptarse a la naturaleza de los objetos cognoscibles, sino que más bien son éstos los que van a ser configurados merced a la función de la razón teórica, por medio de las formas puras de la sensibilidad y del entendimiento, es decir, a través del espacio, el tiempo y las categorías.

Grafiquemos esto con otras palabras: En el conocimiento trascendental las cosas se le dan al sujeto en "sus ideas"; pero estas ideas no son sólo las del sujeto, sino que son "ideas de las cosas".

El pensamiento, al ordenar por medio de las relaciones espacio-temporales y las categorías el caos de sensaciones que se le presentan al sujeto, "hace las cosas": las constituye; vale decir que no es el pensamiento el que se adapta a las cosas, sino a la inversa. Así entonces, la "cosa en mí", distinta de la "cosa en sí" que no es cognoscible, surge en el acto del conocimiento trascendental.

Esta discriminación entre lógica trascendental y lógica formal pone en claro, por otra parte, la diferenciación que hay que señalar en el tratamiento de la significatividad lógica de la categoría del deber ser.

En términos no ontológicos sino gnoseológicos, el "deber ser" básicamente connota la idea de "trascendentalidad", en oposición a la condición natural, "fenomenológica", del "ser".

Con base en estos datos, observemos en qué consiste el deber ser para el filósofo y para el jurista, y cuál es la significación del concepto de trascendentalidad en uno y otro caso.

En la gnoseología kantiana, el deber ser tiene que ser pensado como una necesidad ajena a la esfera de la naturaleza. En este ámbito natural, hablar del deber ser no tiene sentido, puesto que no es factible que algo deba ser, de manera diferente de aquello que es o que ha sido.

Para Kant el deber ser expresa una acción humana solamente posible, que no obedece a una determinación fáctica sino tan sólo conceptual. En virtud de ello, el deber ser aparece como una categoría propia de la esfera humana. En consecuencia, lo que queda claro en Kant es que la forma y la materia se sitúan en planos distintos de la actividad cognoscitiva, por cuanto la primera se ubica en un nivel trascendental, *a priori*, desligado de ataduras con la experiencia, mientras que la segunda es contingente, hallándose sujeta a la variabilidad propia de aquélla.

En Kelsen, jurista, la cuestión ya no es tan clara y simple como en el filósofo. En contraposición a la teoría kantiana, en la TPD la noción de "deber ser" es pensada como una suerte de categoría perteneciente no a la esfera del mundo inteligible, como se pensaría que sea, sino a la del mundo

fáctico o empírico, que es dominio de la razón pura. Con ello, el deber ser kelseniano pasa sorpresiva e inopinadamente a ser considerado como parte de la lógica trascendental.
El maestro jurista no ha sabido –o no ha querido– demostrar este extremo, sino sólo asumirlo. De ahí que el recurso al que apela a manera de explicación consiste en limitarse a presentar el deber ser meramente como un elemento de la estructura sintáctica, como un mero recurso lingüístico.

Toda la teoría kelseniana se apoya en la confrontación aparente entre ser y deber ser, *Sein* y *Sollen*, –terminología utilizada habitualmente por los autores neokantianos–. La clave de la diferencia que introduce Kelsen entre ambas categorías es epistemológica y no ontológica.
La TPD, que es una teoría de la realidad jurídica, ve en el deber ser una categoría lógica de las ciencias normativas, como vendría a ser, según él, la "ciencia jurídica". De este modo, se apropia del principio de la lógica trascendental de Kant.
El maestro de Viena se propone construir una ciencia del Derecho, adaptando para ello el modelo gnoseológico kantiano a su modelo jurídico. Así pretende sentar las bases de un conocimiento jurídico que, como se ha dado en Kant, alcance validez universal, es decir, condición de verdadera trascendentalidad.
De la misma forma en que el filósofo halló el fundamento trascendental del conocimiento científico de la realidad natural en los conceptos puros de la sensibilidad y en las categorías *a priori* del entendimiento, el jurista toma la fórmula gnoseológica trascendental del filósofo, afirmando que desde esa perspectiva gnoseológica la *imputación* juega también el rol de condición trascendental de todo conocimiento de normas jurídicas, y que la *norma fundamental* se erige, a su vez, como la condición trascendental del conocimiento de un orden normativo válido.
Pero, como quiera que se interprete esta noción del deber ser, lo cierto es que las categorías de causalidad e imputación, como hemos definido antes, constituyen dos esferas separadas: la de la naturaleza y la de las normas.

De qué manera hay que interpretar la significación de los postulados básicos de la gnoseología jurídica kelseniana, que atañen al conocimiento de las normas, en comparación con los fundamentos epistemológicos kantianos que constituyen el sustrato del conocimiento de la realidad fáctica.
Kant había indagado cómo era posible el conocimiento científico general, analizando las formas puras de la razón teórica y dejando para cada ciencia específica la tarea de incrementar el conocimiento de la realidad empírica. No veía el Derecho como algo dado en el mundo sensible,

sino en el mundo inteligible. Dicho de otro modo, no hallaba intuición de lo jurídico en el mundo de la razón teórica (mundo fáctico), sino en el de la razón práctica (mundo de la voluntad).
En otras palabras, para el filósofo lo jurídico sólo era concebible racionalmente como condición de posibilidad de la razón práctica; no era de su interés el conocimiento teórico del Derecho como experiencia, sino el conocimiento práctico del mismo. Esto significa que el problema jurídico no entraba en el campo de la razón teórica, sino en el de la razón práctica; o sea que para el filósofo las condiciones de posibilidad del Derecho radicaban en ese ámbito; vale decir en la determinación del querer, del actuar; no del conocer. También aquí hay que poner de relieve el hecho de que, fiel a sus principios, Kant siempre buscó en todo caso condiciones de validez absoluta tanto en la esfera del conocimiento teórico como en el terreno de la vida moral.

Ahora bien, la contradicción entre la teoría -jurídica y la propiamente gnoseológica surge y se patentiza cuando, siendo imperativo en el sentido ético kantiano, la norma jurídica se convierte en juicio hipotético jurídico en el esquema kelseniano.
En el trasfondo de este asunto subyace una diferencia determinante y decisiva: Kant había elaborado el concepto ético de "lo moralmente debido", enmarcándolo en el contexto de la razón práctica, Kelsen, en cambio, constreñido por la necesidad de revestir su teoría de un cariz científico, inserta sin reparos y sin meditar suficientemente lo "jurídicamente debido" en el dominio de la razón pura, con lo cual quiere asimilar formalmente su teoría a la lógica trascendental kantiana.
Esta actitud del jurista ha sido, en cierto momento, vista en el mundo jurídico como un sorprendente y hasta "revolucionario" giro o quiebre epistemológico. Pero, a la luz de un análisis filosófico más sereno, esa postura aparece más bien como un forzado recurso argumentativo para justificar algo que si bien podría traducirse en una explicación en el discurso teórico, de hecho ya no es congruente con los principios de la epistemología kantiana, que antes decía emular Kelsen.

5.5. LA TEORÍA KELSENIANA EN EL ROL DE CIENCIA PLENA

La teoría kelseniana afirma que el Derecho, como objeto que estudia la "ciencia jurídica", prescribe, permite y autoriza, pero no enseña. Asevera, a la vez, que como sujeto que debe conocer el Derecho y describirlo por medio de proposiciones, esta "ciencia" del Derecho tiene carácter "constitutivo" en el sentido kantiano, porque produce su propio objeto, organizándolo en forma inteligible. De ahí que, de forma análoga a lo que se da en el método trascendental kantiano respecto de la realidad del

mundo fáctico, la masa amorfa de normas jurídicas emanadas de los órganos legislativos se ve, según Kelsen, transformada de pronto en un sistema unitario y coherente, merced a la labor científica, apoyada en el principio de imputación.

La teoría pura, erigiéndose como método analítico comparado, pretende reunir y articular todos los conceptos jurídicos básicos, en función de los cuales la misma sería capaz de describir el derecho positivo de cualquier comunidad jurídica, con lo cual pretendería alcanzar objetividad plena, vale decir, universalidad. Pero, en los hechos, esto no ha pasado de ser hasta ahora más que un mero anhelo de Kelsen. La razón es simple: en la normatividad que postula la teoría pura, la unidad es abiertamente incongruente con la pluralidad de los dispersos ordenamientos jurídicos positivos, que constituyen el "material de trabajo", el objeto de estudio de toda ciencia jurídica.

En todo lo visto hasta aquí, Kelsen no se cansa de afirmar que la misión principal y caracterizadora de la llamada ciencia del Derecho, tal como él la concibe y define, consiste en describir su objeto que son las normas jurídicas, utilizando para ello las reglas de Derecho.

Pero, qué significa en rigor de verdad aquello de la descripción del objeto del conocimiento jurídico. ¿Tiene acaso porte y dimensión científica llegar a la conclusión de que la misión esencial de una pretendida ciencia del Derecho, se reduce en fin de cuentas a describir su objeto de estudio?

La Ciencia del Derecho está hecha de proposiciones, que son susceptibles de ser verdaderas o falsas; el Derecho está formado por una especie particular de prescripciones, las normas, que no son verdaderas ni falsas, sino válidas o no válidas. En esas condiciones, "si una ciencia es un conjunto de conocimientos, es decir, un conjunto de proposiciones consideradas verdaderas y si el Derecho es en verdad un conjunto de prescripciones, el Derecho no puede de ninguna manera ser una ciencia".[55]

Consecuentemente, "la voluntad de Kelsen de construir una ciencia del Derecho bajo el modelo de las ciencias empíricas se enfrenta a una dificultad considerable, en la medida en que todas las ciencias empíricas se refieren a hechos, mientras que el Derecho no es un conjunto de hechos empíricos sino de normas, que son entidades ideales pertenecientes al mundo del deber ser, distinto y separado del mundo del ser".[56]

Así entonces, "al no poder emitir prescripciones o describir hechos, la Ciencia del Derecho deberá describir no lo que es, sino lo que debe ser".[57] "Esta postura epistemológica –construir una ciencia

[55] Troper, Michel: *La philosophie du roit.* Presses Universitaires de France, Que sais-je?, Paris, 2033. Trad. española, La Filosofía del Derecho, Tecnos, Madrid, 2004, p-47.
[56] Op. Cit., p.53
[57] *Op. cit.*, p. 54

que se limite a describir, dándose por objeto específico la normatividad– se revela extremadamente difícil de mantener y da pie a toda una serie de críticas, unas infundadas y otras justificadas".[58]
Según esas premisas, el científico jurídico tiene que conformarse con describir el Derecho de manera desinteresada, sin jamás emitir el menor juicio: una labor puramente intelectual. Debe restringirse únicamente al conocimiento del Derecho y no a crearlo; solamente a describir las normas y las relaciones normativas con el empleo de proposiciones hipotéticas; es decir, un trabajo sólo de conocimiento y no de voluntad. Más allá de esas consideraciones, lo realmente comprobable es que sólo la llamada ciencia del Derecho podría, en teoría, pretender alcanzar pureza, actuando como simple cognoscente de su objeto; pues, hace un análisis neutro sin emitir ningún juicio de valor. En contraste, el Derecho como objeto del conocimiento de la sedicente ciencia jurídica es un objeto remarcablemente impuro, porque funciona articulando hechos, normas y valores; por lo cual es presumible, y no sería de extrañar, que pueda estar impregnado de ideología.

¿Cómo podría llegar a consolidarse una ciencia así, que se fija un campo de acción autónoma tan restringido, imponiéndose una capacidad de maniobra tan limitada; una teoría que aspira a alcanzar el status de ciencia plena, pero que se conforma con tan poco: con describir las normas positivas?
"La Teoría Pura del Derecho de Kelsen, de canto a punta, no es otra cosa que la defensa e ilustración de esta concepción de la dogmática jurídica como 'ciencia del derecho'...". "Es erróneo pensar que la descripción de su objeto sea, como dice Kelsen, la 'función esencial de toda ciencia'. La ciencia no describe; las leyes científicas no son descripciones: son instrumentos elaborados por el espíritu del científico, a partir de observaciones y descripciones, pero que ellos mismos no describen el mundo...".[59]
"Aunque muy expandida, esta noción de ciencia del derecho, inspirada en Kant, no tendría que ser seriamente tomada en cuenta por el solo hecho de que reposa con toda evidencia en una confusión de lo científico y lo racional. Pues, toda disciplina por definición es una actividad de presentación ordenada, racional, de un saber de cierto tipo; sin embargo no es necesariamente ciencia...". "En el campo de la experiencia jurídica, no puede haber 'ciencia del derecho' propiamente; no puede existir más que una ciencia del hombre (...); una ciencia antropológica del derecho, la 'sociología jurídica', que estudia los hechos que constituyen la experiencia jurídica de los hombres: los hechos de elaboración, dictación, difusión, recepción, utilización, aprendizaje, teorización, etc. de las

[58] *Op. cit.*, p. 54-55
[59] Amselek, Paul: *La part de la science dans les activités des juristes*. Dalloz, Paris, 1997, p. 10 y 11

normas jurídicas. Son estos, los hechos humanos, y no directamente los instrumentos jurídicos los que son susceptibles de ser objeto de un tratamiento científico".[60]

En lo arriba expuesto, salta a la vista que hay un divorcio tajante entre una ciencia y su propio objeto de estudio, lo cual es totalmente anormal para toda ciencia. No obstante, es cierto que la teoría de Kelsen constituye una magnífica (quizás la mejor) exposición metodológica de todos los conceptos jurídicos fundamentales, con los cuales se ha intentado construir una ciencia jurídica; ésta podría presumiblemente ser útil para describir por igual todo sistema jurídico positivo, haciendo abstracción de las particularidades individuales.

La teoría pura es, pues, una bien estructurada teoría del método normativo jurídico. Pero, más allá de esa caracterización enaltecedora, los argumentos que Kelsen esgrime se muestran insuficientes, para justificar a cabalidad "una teoría que se revela como una verdadera ciencia".

Otro postulado esencial, ya enunciado líneas arriba al referirnos a los presupuestos científicos del deber ser lógico, es la ***norma fundamental,*** que confiere validez jurídica a todo edificio normativo. Como ya dijimos, Kelsen plantea que el estudio de las normas debe realizarse sin apreciación de su contenido, el cual estará regulado solamente por el proceso de creación positiva del Derecho. Así entonces, la teoría kelseniana no se interesa más que por el fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Explica su autor que "*la norma fundamental de un orden jurídico... es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; ...su carácter es esencialmente formal y dinámico". "La Teoría pura atribuye a esta norma el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado...*".[61]

Es aquí donde se plantea la dificultad respecto de la posibilidad lógica y el status ontológico de la norma fundamental, como factor clave en el método gnoseológico kelseniano, cuya función es conferir validez jurídica a todo sistema normativo.

La teoría pura nos dice que esta supranorma no es puesta como las otras normas, sino supuesta como condición lógica de posibilidad de un ordenamiento positivo válido y eficaz.

Pero, ¿cómo es posible que una norma sólo supuesta, materialmente inexistente, pueda ser la fuente de validez de un ordenamiento jurídico positivo, cuando todas y cada una de las normas que lo

[60] *Op. cit.*, p. 16,17,18
[61] Kelsen: *TPD2*, p. 112-113

componen ostentan su validez derivada de la validez de las normas constitucionales, que sí son explícitas?

El razonamiento del que se sirve Kelsen para justificar la validez de su norma fundamental tiene relación, como ya dijimos, con la lógica trascendental kantiana. Se trata de una norma supuesta, que es la condición lógico-trascendental de toda interpretación normativa. Pero, al ser nada más que supuesta, no posee el mismo status ontológico que el edificio normativo entero; es una condición de posibilidad lógica del ordenamiento jurídico, del mismo modo que lo son las categorías del conocimiento en Kant; pero en este último caso se trata de otra realidad muy distinta: la realidad natural, el mundo de la facticidad. Esta distinción debe quedar límpidamente clara.

En efecto, como hipótesis lógico-trascendental presupuesta, la norma fundamental no permite saber por qué las normas son objetivamente válidas, sólo explica su juridicidad; no justifica el contenido del Derecho, sino solamente su carácter de derecho positivo jurídicamente válido. Deja comprender por qué el jurista tiene las normas por válidas, pero no por qué ellas lo son real y objetivamente.

En este tren de cosas, el jurista no puede conocer la norma suprema, sólo tiene que admitirla y asumirla. "La norma fundamental, como hipótesis, cumple el rol de elemento de comprensión teórica, pero no como explicación del derecho. Esta hipótesis trascendental no debe ser considerada más que desde un punto de vista metodológico. No es el contenido del derecho el'justificado' por la norma fundamental, sino solamente su cualidad de derecho positivo jurídicamente válido, obligatorio". Esta supranorma, como lo señala el mismo Kelsen, es "una norma supuesta, considerada necesaria; pero esta necesidad aparece solamente en el nivel metodológico".[62]

Nos interrogamos: ¿pero, cómo puede una norma concebida de esa forma determinar objetivamente la validez de todo un cuerpo normativo positivo, de toda una Constitución? El maestro señala que en su calidad de norma sólo presupuesta, la norma fundamental lleva implícita la consigna de que "*hay que comportarse como la Constitución lo prescribe, es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la Constitución*". Luego aclara: "*La función de esta norma básica es fundamentar la validez objetiva de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad, en un orden coactivo eficaz; es interpretar el sentido subjetivo de esos actos, como su sentido objetivo*".[63] Esta indicación de cómo hay que comportarse parece ser superflua; no es una prescripción en sí, sino tan sólo un enunciado tácito (nada más que pensado), una exhortación

[62] Pina, Sandrine: *La connaissance pure du droit et ses limites.* Université d'Auvergne, p. 20-21 (Tomado de Internet)
[63] Kelsen: *TPD3*, p. 210

que da a entender que "hay que suponer que la primera Constitución es plenamente válida"; y asumir su validez, porque todo su contenido normativo debe ser tomado como objetivamente válido, aun cuando las normas que engloba sean producto nada más que de la voluntad subjetiva de los "constituyentes". ¿Se diría que sólo en esto consiste la función trascendental atribuida por su autor a esta norma básica?

Y ahora, ¿en qué se funda la norma fundamental? "La sola respuesta que se puede dar a quien desee saber cuál es el fundamento del fundamento, es que para saberlo se necesita salir del sistema. Ya no es un problema jurídico. Salimos de la teoría del derecho positivo para entrar en la discusión secular en torno a la justificación del poder, en sentido absoluto. Se conocen varias respuestas dadas al problema del fundamento del poder. Cada una de ellas puede ser concebida como la formulación de una norma superior a la norma fundamental, a saber: El deber de obedecer el poder constituyente proviene: a) de la divinidad, como la autoridad suprema que ha determinado la prescripción de normas jurídicas válidas; b) de la ley natural, que no ha sido dictada por una autoridad histórica, sino que ha sido revelada al hombre por medio de la razón; c) de una convención originaria, en la cual el poder tiene su propia justificación: el contrato social, en el que se ha encontrado históricamente el fundamento del poder".[64]

Kelsen rehúsa acudir a una autoridad divina o racional para justificar su "norma suprema", porque según él esto significaría abandonar el ideal de pureza. Por lo tanto, busca la solución alternativa en la formulación de una norma fundamental hipotética, cuya función sea la de una condición lógico-trascendental de la experiencia jurídica. Fuera de esa condición no existe la posibilidad de experiencia ni tampoco la posibilidad del conocimiento del derecho. "La norma fundamental es hipotética porque supone que sólo si se quiere conocer el derecho es necesario hacer este supuesto. No es una norma positiva sino un supuesto de la ciencia del derecho".[65]

Podemos afirmar, sin temor a equivocación, que Hans Kelsen creó la norma fundamental con el único fin de satisfacer las exigencias de "cientifización" de su doctrina jurídica; es decir, para justificar su tajante rechazo a reconocer al derecho natural, como fuente de validación de todo derecho positivo, aspecto que siempre consideró un indeseable recurso a una autoridad trascendente, "irracional", incompatible con su pretendida racionalidad científica.

---

[64] Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, 2a. ed. Temis, Bogotá, 2005, p. 171-172

[65] Calsamiglia, Albert.: *En defensa de Kelsen*, Working Paper n.129, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p. 13 (Tomado de Internet)

El maestro jurista se lanzó decidido a conseguir lo que anhelaba fervientemente, venciendo toda suerte de adversidades. Nuestra afirmación se ve justificada y corroborada por el hecho de que desde el momento en que introdujo esa noción en su teoría hasta el final de su vida activa, Kelsen ha ido probando y modificando una y otra vez tanto el contenido semántico del concepto, como asimismo la definición formal de su norma fundamental, a medida que iban surgiendo los cuestionamientos en contra de ella y del conjunto de su teoría normativista, formalista y abstracta.

Con todo, a pesar de haber quedado, en nuestra opinión, divorciada de la realidad empírica del Derecho, que es consustancial a la vida misma, la Teoría Pura del Derecho conserva indemnes y siempre válidos el saber científico acumulado, así como sus reconocidas e irrebatibles cualidades metodológicas, que aun hoy en día nos muestran su importantísima utilidad en el campo de la sistematización y la aplicación de los ordenamientos jurídicos positivos, *stricto sensu*, gozando de gran aceptación entre sus numerosos adeptos.

*

* *

En el epílogo de este trabajo de grado, viene al caso reflexionar sobre el aporte real del ilustre maestro de Viena al avance de la ciencia jurídica contemporánea. Veamos dónde radica el gran mérito de este insigne jurista de la posmodernidad.

En el inicio de su labor investigativa, como lo rememora Albert Calsamiglia, un seguidor suyo, Kelsen creía que la ciencia jurídica positivista desarrollada en el s. XIX no era una verdadera ciencia, porque carecía de los atributos necesarios y exigibles para considerar un saber como científico: la exactitud, el rigor metodológico, la objetividad y la neutralidad política. La ciencia jurídica no había sido capaz de construir un método especifico, sino que había incurrido en el grave defecto de sincretismo metodológico, al mezclar métodos sociológicos y jurídicos, comprometiendo con ello uno de los ideales de toda ciencia, que es el rigor metodológico. Por otra parte, había violado la exigencia de objetividad, traicionando su compromiso con la verdad, al defender intereses y poderes políticos, mostrando así su falta de neutralidad política. Todo ello lo recondujo a una conclusión bastante pesimista: no existe hasta el presente una verdadera ciencia jurídica.

Kelsen tenía, pues, propuestas concretas que hacer y creyó que había conseguido abrir la senda de la ciencia jurídica; la teoría pura del derecho era la respuesta a este desafío.

El proyecto kelseniano consistía en elevar la jurisprudencia a la categoría de ciencia semejante a cualquier otra ciencia consolidada, con la creación de una teoría del derecho positivo que sea autónoma, sistemática y unitaria, y que tenga como objeto tan sólo las normas jurídicas positivas.

El maestro no buscaba construir una teoría de los contenidos del derecho positivo, sino una teoría general del derecho positivo que tenga por finalidad describir la estructura formal de cualquier derecho positivo, pretendiendo así lograr la universalidad de su ciencia jurídica.

Aparte de su gran experiencia en derecho constitucional comparado, derecho internacional público y teoría del Estado, a Kelsen lo lanza a la celebridad su famosa Teoría Pura del Derecho.

Su labor incesante, por varias décadas, consistió en analizar e investigar en profundidad y prolijamente la estructura de todos los conceptos fundamentales que entran en la arquitectura jurídica, sobre todo los normativos, abordando asimismo los principios primigenios y los fines últimos del Derecho, que constituyen la materia de estudio de la Filosofía jurídica.

Pero, aun siendo un apasionado estudioso de algunas cuestiones filosóficas, como fue la gnoseología trascendental kantiana, rehusó sistemáticamente reconocer de manera expresa la estrecha vinculación que existe entre lo jurídico y lo filosófico, prefiriendo encasillar sus investigaciones en la denominada Teoría General del Derecho, disciplina cuyo contenido concierne más a juristas y legistas que a iusfilósofos, ocupándose por entero del tratamiento metodológico del vasto arsenal de temas jurídicos.

Lo cierto e innegable es que Kelsen consagró su vida a construir un nuevo sistema jurídico, desde lo jurídico y para lo jurídico; pero puso su empeño, aunque sin mostrarse de acuerdo, también en la fundamentación filosófica del mismo. Si bien el enfoque de su obra es esencialmente jurídico, la explicación metajurídica, sobre la validez del Derecho, cuestión que abordó el maestro apelando a herramientas metodológicas filosóficas, entra enteramente en el campo de la Filosofía jurídica.

La justificación de cuanto decimos es obvia: Hans Kelsen ha sido, y sigue siendo, reconocido en Europa y América, sobre todo, como el más prominente teórico tratadista del Derecho del siglo XX, antes que propia y específicamente como iusfilósofo.

Ha sido Kelsen, este eminente jurista austriaco ampliamente reconocido, quien con su remarcable y polémica teoría normativista ha marcado época y dado muchísimo de qué hablar en el mundo de juristas e iusfilósofos durante gran parte del siglo recién transcurrido. Todavía en nuestros días, su impronta permanece abierta y su teoría, vigente; pues, como suelen comentar algunos juristas que siguen la línea kelseniana, “la Filosofía del Derecho es un permanente diálogo con Kelsen”.

CONCLUSIÓN GENERAL

Es cierto que en el plano específicamente jurídico, la renombrada teoría kelseniana constituye un extenso y completo tratado que engloba la totalidad de los conceptos de orden doctrinario que convergen en la comprensión y explicación teórica del Derecho. Pero, es de extrañar que en esta obra el tratamiento de los temas que corresponden a la Filosofía del Derecho no alcance la misma importancia; pues todo lo que se predica de los mismos, en particular de la Justicia, no puede decirse que sea en verdad edificante. Es lo que se concluye al cabo del estudio llevado a efecto.

¿Qué indujo al ilustre maestro de Viena a construir una teoría jurídica "pura", tan rígidamente formalista? De modo análogo a cómo en el siglo XIX Auguste Comte había introducido en el dominio del conocimiento científico de la época su "*Sistema de Filosofía Positiva*": una profunda crítica al espíritu metafísico de aquel momento, también Kelsen, refutando de lleno la ciencia decimonónica del Derecho, quiere poner en pie una nueva ciencia jurídica que para asegurar su "pureza" debe quedar exenta de toda influencia metafísica e ideológica, en aras de su pretendida "racionalidad científica". Con tal propósito, procede a "purificar" su teoría, liberándola, en lo metodológico, de todo cuanto considera "ajeno" al dominio de lo jurídico, emulando así a Immanuel Kant quien había depurado su gnoseología expurgándola también de toda injerencia no científica, es decir, de los supuestos metafísicos, muy en boga en aquel tiempo.

La pureza metodológica de la nueva ciencia, construida desde el derecho y para el derecho, sin "intromisión" foránea alguna, si bien garantiza la autonomía y la autodeterminación de lo jurídico, no es un fin en sí, sino sólo un medio para alcanzar el objetivo final del gran proyecto de Kelsen, que es hacer de su "ciencia jurídica" una ciencia plena, dotada de los mismos atributos y con las mismas competencias inherentes a las ciencias verdaderas. Y entonces, para llenar las condiciones que la nueva ciencia exige, debe extirpar de la misma todo aquello que tenga que ver con justicia, derecho natural, moral, axiología, y otros, por considerarlos elementos incompatibles con los requerimientos científicos.

Tengamos presente que la historia de la segregación de la noción de justicia corre desde el momento en que Kelsen rechaza de lleno la idea de absolutidad en su doctrina jurídica "pura". Así entonces, en la presunción de que la justicia es un valor absoluto, el maestro juzga que aquello que se entiende por justicia no es otra cosa que "un ideal irracional, inaccesible al conocimiento, porque está más

allá de toda experiencia humana, ya que pertenece a la esfera de lo sobrenatural y que por lo tanto el hombre, que siente necesidad de ella, debe ir a buscarla en la religión y la metafísica". Cree que es imposible precisar en qué consiste el término "justicia" y determinar su significado y su sentido, y que "ni la ciencia del Derecho ni ninguna otra ciencia tienen la capacidad de hacerlo".

Es una estimación equivocada y alejada de la realidad; pues, para nadie es desconocido el hecho de que en la experiencia jurídica positiva, que constituye el objeto privilegiado la ciencia jurídica, sucede todo lo contrario: la Justicia se presenta dentro de todo ordenamiento jurídico-social, más bien en su faceta de valor relativo, enteramente consustancial al ser humano en su vida de relación intersubjetiva, y sin vínculo alguno con factores trascendentes.

La doctrina jurídica pura, que desahucia a la Justicia tildándola de "metafísica", tampoco admite la existencia del derecho natural, con el argumento inconsistente de que "la Naturaleza debe su origen a la divinidad" y que, por lo mismo, las normas naturales vienen a ser también "expresiones de la voluntad divina"; suponiendo por tanto que "toda doctrina del derecho natural tiene un carácter religioso acentuado". Estas conjeturas, inconsistentes e insostenibles por estar descontextualizadas, no concuerdan con los principios del genuino iusnaturalismo racionalista de nuestro tiempo.

La neutralidad valorativa o relativismo axiológico es otra característica principal y definitoria de la sedicente ciencia jurídica kelseniana. La Justicia, rechazada como valor ético y proscrita del dominio pretendidamente "científico", "aparece solamente cuando se presenta un conflicto de intereses valiosos o valores". Así, al identificar intereses valiosos, que son siempre relativos a los valores, con los valores en sí, se incurre en confusión de términos. Los valores superiores, como la Justicia, ostentan validez universal incuestionable; en el acto de percibirlos intervienen procesos intelectivos racionales y no meras pulsiones relativas a los estados anímicos individuales, que pueden salir del campo de la racionalidad, como sucede en el caso de los valores inferiores.

La teoría pura se declara neutra al valor, entrando en abierta discrepancia con la realidad del mundo jurídico, dentro del cual se constata más bien que la valoratividad es connatural al Derecho.

En fin, en el papel de "ciencia plena", esta teoría proclama su separación de la Ética defendiendo el postulado de que la Moral debe quedar desconectada del Derecho, con lo cual éste ya no tiene que ser esencialmente bueno. Y dado que la Ética reclama la presencia de la Justicia, el Derecho en sí mismo tampoco es justo o injusto, sino neutral, es decir, axiológicamente indiferente.

Por otra parte, se dice que el Derecho no debe ser objeto de valoración por la "ciencia" jurídica, con lo cual aquel se convierte en "un mero procedimiento normativo que no supone consecuencia alguna

para la Justicia, la que a su vez, al quedar neutralizada ante el Derecho, tampoco puede jugar rol alguno dentro de la arquitectura jurídica positiva".

El factor desencadenante de todo cuanto acabamos de describir ha sido la tenaz determinación de Kelsen de poner en pie una "ciencia jurídica verdadera", revestida de las características arriba anotadas. La Teoría Pura del Derecho, o ciencia del Derecho como él la presenta, tiene como fundamento teórico un normativismo formalista radical, centrado en el estudio profundo de la estructura normativa del Derecho, en sus múltiples aspectos. Su objeto de estudio es el derecho positivo: un conjunto de **prescripciones jurídicas** o normas que rigen la conducta humana. Su método consiste en describir este derecho, utilizando las **proposiciones jurídicas,** que son estructuras lógicas elaboradas por la ciencia a partir de las normas. Esta aproximación epistemológica trae consigo una verdadera neutralidad axiológica. El formalismo, por otro lado, exige que el estudio de las normas se haga sin apreciación de su contenido, ya que importa solamente el procedimiento formal seguido en la instauración y la puesta en vigencia de las normas, conforme a la determinación de una supranorma hipotética.

Ahora bien, veamos cuáles son, en definitiva, el enfoque y el sentido de la crítica en nuestro estudio.
No sólo es opinión generalizada en el campo del Derecho, sino que se puede evidenciar que la experiencia jurídica, dondequiera que se dé, se asienta en tres pilares: los hechos, las normas y los valores. Estos niveles: fáctico, normativo y axiológico, como es natural se implican mutuamente, interrelacionándose sólo con algunas variantes menores. De ahí que todo tratamiento parcializado que aísle o neutralice a uno de ellos respecto de los otros no hace más que desfigurar la percepción integral del fenómeno jurídico. Entonces, al sobreestimar y privilegiar con desmesura el formalismo normativista, teñido de un inseguro cientificismo, el maestro de Viena ha obrado en franco y directo menoscabo de los otros aspectos valiosos del Derecho, que han tenido que ser excluidos.
Así, superando grandemente los alcances de las clásicas teorías positivistas de antaño, que reconocían sólo la validez del derecho positivo, pero respetando aún los valores, la postura jurídica kelseniana ha ido mucho más lejos, llegando al extremo de negar la existencia misma de la Justicia como valor ético en la vida del Derecho.
En este estudio, se plantea que una ciencia especial del Derecho que se diga congruente con la realidad, sin alentar mayores pretensiones cientificistas, tendría que fundamentarse en la experiencia jurídica real. Una ciencia que en lugar de aislarse y atrincherarse en un normativismo abstracto y

estanco, haría bien en echar sus anclas en la concreta existencia humana, en la vida del Derecho, sede en la que mora la nomatividad ligada a la facticidad y guiada por la conciencia axiológica.

En definitiva, ¿en qué consiste la bien mentada ciencia del Derecho de Kelsen? Vista en contexto, la teoría pura versa ampliamente sobre todos los conceptos jurídicos que entran en el diseño y la estructuración de la arquitectura normativa positiva. Es una teoría científica que se dice objetiva y neutral, y que tiene por misión definir esquemas de interpretación de la realidad jurídica, con lo cual ha de cumplir la función de describir cualquier ordenamiento jurídico positivo. Con este argumento, la sedicente ciencia jurídica busca alcanzar la universalidad plena, propia de las ciencias verdaderas, para justificar su existencia. Pero, una "ciencia" que aspira a alcanzar ese rango cumpliendo sólo una función descriptora y teniendo por objeto de descripción las "proposiciones jurídicas" y/o las "prescripciones normativas" del multifacético derecho positivo, cuyos conceptos básicos y contenidos específicos no son universales como tendrían que ser, no reúne las condiciones suficientes para constituirse en ciencia verdadera, con las mismas prerrogativas que ostentan las ciencias genuinas en el mundo.

Ante la necesidad de justificar científicamente su teoría, Kelsen recurre al empleo de la gnoseología trascendental de Kant, adaptándola a su modelo jurídico, queriendo así sentar las bases de un conocimiento del Derecho que alcance también validez universal. Entonces, así como el filósofo halló el fundamento trascendental del conocimiento científico de la realidad natural en los conceptos puros de la sensibilidad y las categorías *a priori* del entendimiento, el jurista se vale de la fórmula kantiana, para afirmar que en la nueva perspectiva gnoseológica, la ***imputación*** juega el rol de condición trascendental de todo conocimiento de las normas jurídicas, y la ***norma fundamental*** cumple, a su vez, la función de condición trascendental del conocimiento de todo el orden normativo. Pero, si bien algunas de las peculiaridades de la lógica trascendental kantiana guardan relación con varios aspectos de la teoría pura, existe no obstante una diferencia principal.

Kant elaboró el concepto del "deber ser", de lo moralmente debido, en el marco de la razón práctica, mientras que Kelsen pretendió, por así decir, insertarlo en el ámbito de la razón pura. De ahí su necesidad de cobijarse en la lógica trascendental kantiana, que constituye una teoría del conocimiento fundante de cualquier saber posible. Pero, para el jurista, la cuestión ya no es tan clara como para el filósofo; pues, en la teoría pura, en contraste con la teoría kantiana, la noción de "deber ser" es pensada como una suerte de categoría perteneciente no a la esfera del mundo inteligible sino

a la del mundo fáctico o empírico, que es terreno de la razón pura. Con ello, el "deber ser" kelseniano irrumpe sorpresiva e inopinadamente en el dominio de la lógica trascendental. El maestro jurista no ha sabido –o no ha querido– demostrar convincentemente las razones de este giro, sino sólo asumirlo.

Pese a esa tentativa de justificación teórica, existe aún una razón más elemental pero convincente que tendría que haberse tomado en cuenta. Las ciencias plenas o verdaderas, como la física o la biología, por citar sólo dos, constituyen cada cual un todo indisociable con su objeto de estudio. Su fundamento teórico estriba en el método auténticamente científico. En razón de que los objetos que las ciencias naturales investigan son invariables en el espacio (los mismos en todo lugar), y puesto que las leyes naturales que gobiernan los procesos experimentales, aunque pueden mutar con el tiempo, no pueden, sin embargo, ser diferentes en un mismo momento dado. Las teorías y los métodos científicos resultantes son, por lógica consecuencia, universalmente válidos. En cambio, en el modelo jurídico "científico" que postula Kelsen, se opera una radical escisión entre la ciencia del derecho y su objeto que es el derecho positivo, grandemente variable en el espacio (cada país tiene su propio derecho). En consecuencia, a la teoría kelseniana, que siempre se ha proclamado antimetafísica y científicamente racional, no le es suficiente su sola condición de positivista radical, "descriptora" de su objeto de estudio, para constituirse en ciencia plena y verdadera.

*

* *

En el cierre de esta parte conclusiva del estudio, viene bien indicar que el normativismo jurídico abstractista, radicalmente formalista, que venimos de examinar, nos deja una lección que puede servir de referencia, a la hora de aportar algunas ideas nuevas en el empeño común de buscar formas de resolver el serio problema generado en torno a la justicia, en nuestro país.

Pero, aquí no vamos a tocar este tema bien conocido por todos; ya muchos lo ha hecho opinando en todos los tonos. Al respecto, nos abstenemos de emitir juicios de valor contra instituciones o autoridades. Nos limitamos sólo a señalar algunos puntos referenciales, que derivan de la investigación realizada.

Partimos de la idea de que la solución efectiva no viene por el lado de desear reencauzar la justicia existente, remozándola, sino de sentar las bases para construir otra, con nuevos criterios.

Es obvio entonces que si en el fondo se camina en pos de construir un sistema de justicia dotado de todas las cualidades y virtudes enaltecedoras, una doctrina jurídica que con la consigna de un pretendido cientificismo "antimetafísico" niegue la existencia de la justicia, sencillamente no tendría cabida como referente en la edificación del sistema.

No puede haber verdadera justicia si es que el Derecho sea como arte, ciencia especial del deber ser, técnica social o como se quiera llamarlo, no se ancla en la idea del Bien supremo; si es que no funciona teniendo por premisa la noción del obrar justo. Pero, para que un ordenamiento jurídico sea bueno y justo, las normas que lo componen deben ser también probadamente buenas y justas.
¿De dónde proviene el fundamento de validez de las normas y de todo un cuerpo normativo? En la teoría kelseniana, una norma válida existe solamente cuando ha sido estatuida por una autoridad competente, y esa competencia sólo puede basarse en otra norma que faculte a imponer normas.
Según esa teoría, el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma superior que la valide. Cuando esta norma superior ya no existe, se llega a la "norma fundamental". Esta norma "suprema" (virtual), que es la fuente común de validez de todas las normas del mismo orden normativo, tiene que ser presupuesta, no puede ser impuesta por ninguna autoridad. Kelsen no reconoce ninguna autoridad metajurídica en el origen de las normas; éstas se generan nada más que por la voluntad de un legislador humano. Pero, ya no existe norma escrita alguna ni ningún legislador, que digan que todo ordenamiento normativo posee validez plena y que debe ser obedecido por todos quienes están constreñidos a hacerlo. Por eso, según Kelsen, se debe suponer una norma fundamental virtual, hipotética y sólo pensada, que implícitamente señale que "uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe".

En contraposición, el iusnaturalismo racionalista, reconoce como la autoridad metajurídica al derecho natural racional; de él derivan el espíritu y la esencia de las normas, que dan forma al *corpus* normativo supremo que es la Constitución, normas a las cuales el legislador humano no ha hecho más que darles forma y contenido específico. Merced a ello, la Constitución debe ser acatada espontáneamente y sin que haga falta que alguien tenga que inducir a ello. El criterio determinante de la eficacia de las normas es la bondad y la justeza que ellas representan. Y para ser buenas y justas, la condición necesaria es que su contenido debe haber sido inferido lógicamente del contenido de las normas supremas del derecho natural. Éste recibe de la razón humana, omnisciente y objetiva por naturaleza, el principio esencial de validez, y no de ninguna otra "metanorma"

fundamental, que puede ser supra-humana o sólo sobreentendida, ni tampoco únicamente del arbitrio y la discrecionalidad de un legislador eventual, autorizado por esta norma inexistente, como propone el positivismo kelseniano.

El escepticismo axiológico enraizado en la teoría pura no es otra incoherencia más; esta vez acarrea una consecuencia grave para la credibilidad de esa doctrina "científica". El plantear que el Derecho puede aceptar y validar cualquier contenido es un escollo insalvable, en el momento de proclamar la indemnidad del vínculo natural entre la teoría y la praxis de lo jurídico. Al hacer abstracción de la Justicia y de otros valores éticos, el modelo kelseniano de hecho va a tener que aceptar y convalidar normas no sólo injustas sino inmorales. Encaminado en esa peligrosa senda, el Derecho se convierte en un instrumento genialmente valioso al servicio de oscuros designios, en manos de regímenes políticos dictatoriales y totalitarios de toda laya y todo color, que van a valerse de él para camuflar y proteger sus intereses ocultos. La historia política contemporánea, sobre todo en países todavía inmaduros políticamente como el nuestro, está repleta de casos emblemáticos que han dado testimonio al mundo entero de que esta vía, la del ultra-positivismo jurídico, es la menos aconsejable a la hora de intentar remediar los males que nos corroen, en un mundo donde hoy campea la injusticia.

En el afán de afianzar su tesis de la indeterminación de la noción de justicia y sus demás planteamientos, Kelsen ha dedicado tres capítulos de su libro *Qué es la Justicia* a cuestionar con inusitada rudeza la obra de insignes filósofos del pasado, valiéndose de la observación inexacta de que en lugar de explicaciones sobre la justicia absoluta, lo que él dice encontrar en los escritos de esos personajes son sólo estratagemas para "justificar y alentar el fortalecimiento del orden social imperante en su momento, esto con la finalidad de proteger ciertos intereses políticos". Son presunciones no probadas por el maestro.

Las ásperas críticas lanzadas a los filósofos son, por decir lo menos, irreflexivas. Está claro que la intención era desacreditarlos ante la mirada de juristas e iusfilósofos. Pero, el cuestionamiento no debía tal vez hacerse sobre bases inseguras, que tienen más de ideológico que de científico.

¿Qué nos dicen los filósofos? Nos hablan, a su turno, de la Justicia, pero sin aludir a ninguna justicia absoluta, trascendente, sino refiriéndose simplemente a la justicia humana, inmanente, que ellos conocieron y recogieron como dato real, seguro y válido, en su tiempo.

Al referirse a la “pleonexía” como un acto de injusticia, Platón nos muestra una figura elocuente que guarda en múltiples aspectos una sorprendente similitud con la realidad socio-política actual, corroída por la arbitrariedad, la impostura y la suplantación, alentadas por la adulonería, arraigada en los círculos de poder político; son vicios que rematan en una cínica usurpación de competencias, en un ambiente de arbitrariedad, improvisación y discrecionalidad que desconocen límites, merced a lo cual unos aparecen injustamente favorecidos y encumbrados, en detrimento de otros que quedan inicuamente relegados y hasta anulados.

De su parte, Aristóteles nos habla de la noción de igualdad proporcional en la justicia, que consiste en la igualdad de la desigualdad en el trato dado a las personas diferentes: “Si las personas no son iguales no recibirán cosas iguales; lo justo en las distribuciones debe ser conforme a los méritos”. Este viejo principio, siempre vigente en todo tiempo y lugar, es vulnerado y flagrantemente atropellado, cuando desacatando abiertamente toda norma, unos son de súbito inmerecidamente encaramados en cargos públicos altísimos, sin tener la preparación necesaria, en desmedro de otros que, poseyendo la preparación y los méritos suficientes, son injustamente postergados o inhabilitados.

Y ciertamente, el aporte más significativo de Kant a la filosofía jurídica es su teoría de la justicia penal, que dice: “Si un criminal ha cometido un asesinato, es necesario que él muera; pues no hay nada comparable entre una vida, por muy penosa que ella sea, y la muerte”. “La ley penal es un imperativo categórico, que adopta la sentencia farisaica que dice: ‘Es preferible la muerte de un hombre que la ruina de todo un pueblo’; porque cuando la justicia desaparece ya no hay nada más que pueda dar valor a la vida de los hombres sobre la Tierra”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amselek, Paul: *La part de la science dans les activités des juristes*. Dalloz, París, 1997.

Aristóteles: *La Gran Moral* (o Magna Moralia), en: *Obras completas*, 4 vol., Trad. Patricio de Azcárate, Anaconda, Buenos Aires, 1947.

Aristóteles: *Moral a Nicómaco.* (Trad. P. de Azcárate). Anaconda, Buenos Aires, 1947.

Aristóteles: *Retórica*. Aguilar, Madrid, 1964.

Aristóteles: *Ética Nicomaquea.* (Trad. Antonio Gómez Robledo). Porrúa, México, 1976.

Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*. Eudeba, Buenos Aires, 1965.

Bobbio, Norberto: *Ciencia del derecho y análisis de lenguaje*. F. Tórrez, Valencia, 1980.

Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, 2ª ed. Temis, Bogotá, 1999.

Bunge, Mario: *La Ciencia, su método y su filosofía*. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1958.

Cabanellas: *Diccionario jurídico.*

Calsamiglia, Albert: *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Fontamara, México, 1997.

Calsamiglia, Albert: *En defensa de Kelsen*. Working Paper nº 129. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997 (Tomado de Internet).

Campbell, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Gedisa, Barcelona, 2002.

Carrillo de la Rosa, Yezid: *De la cientificidad a la racionalidad del discurso dogmático jurídico.* Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 11, Cartagena de Indias, 2008.

Carrillo de la Rosa, Yezid: *Cientificidad y Racionalidad en la Ciencia jurídica*. Univ. de Cartagena, Cartagena de Indias, 2010.

Cathrein, Victor: *Filosofía del Derecho.* Reus, Madrid, 1941.

Espasa: *Diccionario jurídico*, virtual.

Fassò, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. III, 5ª ed. Pirámide, Madrid, 1988.

Fassò, Guido: "Iusnaturalismo", artículo en: Bobbio, Matteucci, y Pasquino: *Diccionario de Política*, vol. 1. Siglo Veintiuno, México, 1998.

Ferrater Mora, José: *Diccionario abreviado de Filosofía*, 20a. ed. Sudamericana, Bs. As., 1993

Ferrater Mora, José: *Diccionario de Filosofía*, en 4 vol. Alianza, Madrid, (varias ediciones).

Frondizi, Risieri: *¿Qué son los valores?*. Fondo de Cultura Económica, México, 1962.

García Amado, Juan Antonio: *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

Hartmann, Nicolai: *Ethik*, Berlin, 1926; citado en: García Máynez, Eduardo: *Doctrina aristotélica de la justicia*. UNAM, México, 1973.

Herder: *Diccionario filosófico*, virtual.

Hessen, Johannes: *Tratado de Filosofía*, tomo II: Teoría de los valores. Sudamericana, Buenos Aires, 1959.

Hilaire, Jean: *Histoire du Droit*. Dalloz, Paris, 2000.

Höerster, Norbert: *En defensa del positivismo jurídico*.

Kant: *Principios metafísicos del Derecho.* Americalee, Buenos Aires, 1943.

Kant: *Crítica de la Razón Pura*, 2da. ed. vol. 1, Trad. José del Perojo. Losada, Buenos Aires, 1961.

Kant: *La raison pratique*. Presses Universitaires de France, Paris, 1963.

Kant: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Libertador, Buenos Aires, 2004.

Kelsen: *La Teoría pura del Derecho* (TPD1), Trad. Jorge Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941.

Kelsen: "La justicia platónica", en: *La idea del derecho natural y otros ensayos.* Losada, Buenos Aires, 1946.

Kelsen: *Teoría General del Derecho y el Estado* (TGDE), Trad. Eduardo García Máynez. UNAM, México, 1958.

Kelsen: *Teoría pura del derecho* (TPD2), Trad. Moisés Nilve. Eudeba, Buenos Aires, 1960.

Kelsen: *Teoría Pura del Derecho* (TPD3), Trad. R.J. Vernengo. UNAM, México, 1982.

Kelsen: *Teoría General de las Normas*. Trillas, México, 1994.

Kelsen: *¿Qué es la Justicia?* (QJ), Trad. Ernesto Garzón Valdés. Fontamara, México, 1996.

Laclau, Martín: *Ley natural y ley jurídica*. AFJS, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

Lorca Navarrete, José F.: *Fundamentos filosóficos del Derecho*. Pirámide, Madrid, 1982.

Lyons, David: *Ética y Derecho*. Ariel, Barcelona, 1989

Martinez Roldán et al.: *Curso de Teoría del derecho y Metodología jurídica*. Ariel, Barcelona, 1994.

Mires, Fernando: *Crítica de la razón científica*. Nueva Sociedad, Caracas, 2002.

Munné, Guillermo J.: *Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico*, en: Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 2, 2005, (artículo tomado de Internet).

Omeba: *Enciclopedia jurídica*, virtual.

Oppenheim, Felix E., en Bobbio et al: *Diccionario de Política*, art. "Justicia". Siglo XXI, México, 1998.

Pina, Sandrine: *La connaissance pure du droit et ses limites.* Universidad de Auvergne. (Tomado de Internet)

Platón: *República*; en *Obras completas*. Aguilar, Madrid, 1966-77.

Platón: *Carta VII* ; en *Obras completas* (tomos 1-12). Aguilar, Madrid, 1966-77.

Platón: *Obras completas* (10 tomos), Trad. García Bacca. Univ. Central, Caracas, 1980.

Radbruch, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. F.C.E., México, 1955.

Rawls, John: *Teoría de la justicia*. F.C.E., México, 2002.

Recaséns Siches, Luis, en: *Enciclopedia Jurídica* Omeba (virtual), art. "Justicia".

Rodríguez Paniagua, José M.: *¿Derecho natural o axiología jurídica?* Tecnos, Madrid, 1981.

Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 1970.

Russo, Eduardo A.: *Teoría General del Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Sarlo, Oscar: *La racionalidad del derecho y su ubicua fundamentación kantiana*. Rev. Actio, 2004,

Segura Ortega, Manuel: *La racionalidad jurídica*; en Calsamiglia, Albert: *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1997.

Skolimowski, H: *Racionalidad evolutiva* (1977); en Calsamiglia, A. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1997.

Tomasio, Christian: *Instituciones*, en Fassò: *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. II. Pirámide, Madrid, 1988.

Troper, Michel: *La philosophie du droit*. PUF, Que sais-je?, París, 2003.

Vernengo, Roberto J.: *El tema de la justicia en Kelsen.* AFJS, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

Villey, Michel: *Compendio de Filosofía del Derecho*. Univ. de Navarra, Pamplona, 1979.

Welzel, Hans: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2ª ed. Aguilar, Madrid, 1979.

Wikipedia: *Enciclopedia*, virtual.