



HANS Kelsen: LA JUSTICIA Y LOS VALORES

Alexander Triana Trujillo

HANS KELSEN: LA JUSTICIA Y LOS VALORES

Resumen: el propósito de este artículo es analizar la posición de Hans Kelsen con respecto a la noción de justicia y su relación con valores tan importantes como la felicidad, la igualdad y la justicia. En la primera parte se estudia el concepto de justicia desde la crítica que Kelsen hace a la forma en que desde la filosofía estos valores se han presentado como principios fundadores de justicia y de derecho. En segundo lugar se analiza el nuevo concepto de derecho que Kelsen propone a partir de una perspectiva purificadora donde prima la “razón científica” sobre los valores y los condicionamientos morales.

Palabras clave: derecho, Moral, Norma, Justicia, Kelsen

HANS KELSEN: JUSTICE AND VALUES

Abstract: The purpose of this article is to analyze Hans Kelsen’s position regarding the notion of justice and its relation to values. The first part examines the concept of justice from the criticism that Kelsen makes to the way from the philosophy has established the values as the founding principles of justice and law, and the second one, it is discussed the new concept of law that Kelsen proposed from a purifying perspective in which the “scientific reason” has a priority position over values and moral constraints.

Key words: Law, Moral, Standard, Justice, Kelsen

Fecha de recepción: marzo 8 de 2011
Fecha de aceptación: mayo 29 de 2012

Alexander Triana Trujillo: colombiano. Profesor de la Escuela de Filosofía Universidad Industrial de Santander. Filósofo, Universidad Industrial de Santander; Magister en Filosofía, Universidad Industrial de Santander.

Correo electrónico: alexander.triana.trujillo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En el prefacio de *La Teoría pura del Derecho*, Hans Kelsen destaca la paradoja que resulta de las distintas opiniones que ha motivado su obra: los fascistas consideran sus tesis como liberalismo democrático, los demócratas liberales o socialistas como precursoras del fascismo, los comunistas como ideología de un estatismo capitalista y el capitalismo nacionalista como bolchevismo o anarquismo. Estas observaciones también se hacen extensivas al catolicismo, el protestantismo y el ateísmo (Kelsen, 1946, p. 21). Con esto Kelsen quiere dejar claro que su teoría es realmente pura y que las ideologías no pueden hacer parte de la ciencia del derecho. El positivismo que enmarca su propuesta teórica es evidente, pero es el positivismo metodológico el que se constituye en la posición doctrinal dominante de este artículo, dado que el análisis se concentra en la relación del derecho con los principios morales y los conceptos de justicia emanados de la filosofía (Cfr. Nino, 2001, pp. 30-43). En este sentido, se advierte, al igual que lo hace el autor vienés, la lectura sospechosa de aquellas propuestas filosóficas ligadas a las normas y al derecho —Platón es apenas uno de los objetivos de sus críticas— “Se discute si Platón es un místico, cabría dudarlo. Pues su filosofía tiene un carácter marcadamente social; su doctrina de las ideas, con la idea de justicia a la cabeza, está visiblemente orientada en sentido político” (Kelsen, 1946, p. 141).

El orden metodológico para tratar la problemática antes mencionada es el siguiente: en el primer apartado se estudia el concepto de *justicia* como fundador de normas y se analiza también la noción de *felicidad* desarrollada por Platón, Aristóteles y Kant; que a su vez se constituye en el fundamento filosófico de las tradicionales definiciones de justicia. En el segundo apartado se le da continuidad al estudio del concepto de *justicia* como fundador de normas por medio de la presentación de las herramientas que pretenden hacer del derecho, una ciencia independiente de las nociones subjetivas de la moral y la justicia. Es decir, se demuestra que el ejercicio purificador de Kelsen exige el planteamiento de un derecho sin justicia.

LA JUSTICIA Y LA FELICIDAD

En dos de sus más conocidos escritos, Hans Kelsen cree necesario establecer los límites entre derecho y justicia. En su *Teoría General del Derecho y del Estado*, por ejemplo, considera el derecho como el conjunto de normas de un orden jurídico determinado, cuyas interrelaciones constituyen su verdadera naturaleza (Cfr. Kelsen, 1995, p. 3). Es un ordenamiento jurídico que pretende regular no sólo la conducta humana sino también sus consecuencias o los acontecimientos naturales que se refieran a ella, ya sea como consecuencia o como condición de la misma. Kelsen, afirma que la muerte es objeto del derecho, pues está regulada por la norma, pese a que es un proceso fisiológico natural (al ser producto de la conducta humana *asesinato* o cuando el derecho regula los medios y la forma de atender una emergencia natural como una *inundación*) (Cfr. 1995, p. 3,4). De esta manera, este autor empieza a establecer el “objeto” del derecho, aunque señala que no tiene el monopolio de tal “objeto” porque la religión y la moral también regulan la conducta humana; por tanto se hace necesario definirla con claridad para diferenciarlo de cualquier otra forma de regulación de conducta humana.

Es precisamente en la búsqueda de una definición concreta de derecho donde se puede observar la diferencia entre derecho y justicia; y a la vez, profundizar en el papel de la justicia en su relación con la norma. En su *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen inicia la indagación de este concepto con el establecimiento de un proceso purificador donde la moral es el primer elemento del que el derecho intenta escapar. No niega que el derecho pueda o deba ser moral, es decir, bueno; pero no es función del derecho tener el valor absoluto de la moral, ni tampoco pretender aquello que la moral busca. En este sentido, las críticas de Kelsen (Cfr. Kelsen, 1999, p. 10), están orientadas específicamente a la relación entre la noción de justicia y la noción de felicidad, correlación establecida por filósofos como Platón cuando se cambia la pregunta de la justicia por la pregunta de la felicidad y durante el debate de Sócrates con Trasímaco, en *La República*, cuando se desplaza el problema de la justicia a la discusión por la felicidad del justo y la infelicidad del injusto. Esto se puede verificar en las siguientes líneas:

- Y, por otra parte, el que vive bien es feliz y dichoso, y el que vive mal, lo contrario.
- ¿Cómo no?
- Y así, el justo es dichoso; y el injusto, desgraciado.
- Sea dicho.
- Por otro lado, no conviene ser desgraciado, sino dichoso.
- ¿Qué duda tiene?
- Por tanto, bendito Trasímaco, jamás es la injusticia más provechosa que la justicia (Platón, 1981, 354a).

Desde esta perspectiva, la pregunta ¿Qué es la justicia? requiere primero responder a la pregunta ¿Qué es la felicidad? Pero buscar un concepto de justicia que funcione para establecer un ordenamiento social desde la noción felicidad genera muchas dificultades, debido a que la felicidad es una categoría con alto grado de subjetividad en su significación y aplicación. Un ordenamiento social fundado en el concepto de felicidad implica que quienes hacen parte de esta sociedad hipotética coincidan en aquello que entienden por felicidad. Sin embargo, lo que sucede es que la felicidad antes de ser algo que sirva para establecer nociones universales o al menos lugares comunes, es una idea que hace que afloren las diferencias y las contradicciones. El ejemplo de Kelsen es muy ilustrativo:

Supongamos que dos hombres aman a una misma mujer y que ambos —con o sin razón— creen no poder ser felices sin ella. Pero de acuerdo con la ley, y tal vez de acuerdo con sus propios sentimientos esa mujer no puede pertenecer más que a uno de los dos. Ningún orden social puede solucionar este problema de manera justa, es decir, hacer que ambos hombres sean felices (Kelsen, 1999, pp. 11,12).

La incompatibilidad entre ordenamiento social y felicidad individual parece hacerse indiscutible en la medida en que en muchas ocasiones, la felicidad de uno implica la infelicidad del otro o de los otros. Esto se hace más evidente cuando entendemos por felicidad la satisfacción de necesidades, pues, al igual que en el ejemplo del amor, cuando se pretende que las normas garanticen la felicidad individual siempre se presentarán dificultades, ya sea por los distintos sentidos de felicidad o por el tercero excluido durante la elección. También es una pretensión difícil de satisfacer, pedir que los ordenamientos sociales garanticen la felicidad de todos por igual, pues la naturaleza es la primera en establecer diferencias entre los hombres “unos nacen enfermos, otros sanos; unos inteligentes otros tontos. Ningún ordenamiento social puede reparar totalmente las injusticias de la naturaleza” (1999, p. 13).

Para que un ordenamiento jurídico acoja, proteja o promueva la felicidad es inevitable que algunos individuos terminen excluidos. Con el fin de salvar esta dificultad, se presentan propuestas de corte liberal como la de Bentham: *en procura de la felicidad de todos se busca la mayor felicidad posible del mayor número de personas*. Esta alternativa de solución es viable pues, por lo menos, se buscan los medios más idóneos para satisfacer las necesidades de muchos. Sin embargo esto no hace menos fuerte la crítica de Kelsen dado que se puede propender por la felicidad de una mayoría, pero esta “felicidad” debe tomar carácter objetivo en la materialidad que representa el colectivo.

El colectivo es el que decide el significado de felicidad que prima y que debe ser atendido por el orden social imperante. El sentido subjetivo de felicidad entonces se identifica con la imposibilidad, por parte de un orden social, de atender o

identificar las infinitas e indeterminadas definiciones particulares de felicidad. De esta manera, se hace necesario que la noción subjetiva e individual de felicidad sufra una metamorfosis para convertirse en algo, si no necesario, por lo menos, objetivo.

La metamorfosis que experimenta la felicidad individual y subjetiva al transformarse en satisfacción de necesidades socialmente reconocidas, es igual a aquella que debe sufrir la idea de libertad para convertirse en principio social (1999, pp. 14,15).

La felicidad objetiva es aquella que se impone por parte de determinada forma de gobierno, de la misma manera que se exige el concepto de libertad de la mayoría en una democracia o de unos pocos en una aristocracia. Pero esta aparente determinación fruto de la imposición de un orden social específico también tiene sus problemas pues ¿Qué necesidades y valores deben garantizar las autoridades y los legisladores y cómo deben jerarquizarlos? Para Kelsen esta pregunta es determinante porque el tratar de resolverla, deja al descubierto los infaltables conflictos de intereses que permiten hablar de justicia. “Y solamente donde existen conflictos de intereses aparece la justicia como problema” (1999, p. 14-15).

Aquí es interesante ver cómo Kelsen, después de realizar sus críticas a Platón por transformar la pregunta sobre la justicia en la pregunta acerca de la felicidad, toma la vía opuesta al cambiar el orden del cuestionamiento de la felicidad por el de la justicia. Esto se evidencia, en última instancia, cuando señala que el conflicto de valores da origen a la problemática de la justicia puesto que es un problema que no puede ser resuelto por medios racionales o científicos. También considera que los conflictos de intereses implican la satisfacción de uno a costa de otro, ya sea por la negación o postergación de la satisfacción de los deseos de ese otro. Esto hace que el juicio referido a valores esté siempre mediado por factores emocionales subjetivos. Después de lo anterior queda clara la posición de Kelsen (Cfr. Kelsen, 1999, pp. 16, 17, 18) respecto a dos nociones determinantes para la reflexión política: la primera, la felicidad; y la segunda, la justicia. Ambas operan en el mundo de la irracionalidad, las emociones, la subjetividad y el relativismo. Es por eso que pensar en la justicia y la felicidad como fundamentos de cualquier “ciencia” es un absurdo que es necesario evitar.

Aunque la felicidad se constituye en el valor fundamental que entra en juego en la determinación de la conducta humana y alcanzarla es lo que le da sentido al ordenamiento social establecido desde una perspectiva moral; sin embargo, la relación *moral - felicidad - derecho* implica que este último opere como una categoría que propenda por la felicidad y en términos de regulación de la conducta por la justicia. “El anhelo de justicia es —psicológicamente considerado— el eterno anhelo del hombre por la felicidad, que, como ser individual, no puede

encontrar, y por tanto, busca en la sociedad. Llámese "Justicia" a la felicidad social" (Kelsen, 1995, p. 38). Según esto, la felicidad social depende de la satisfacción de todos, y esto sólo se logra cuando una norma general se aplica de igual forma en todos los casos.

Sin embargo, la felicidad social a la que se refiere Kelsen está condicionada por la jerarquía de valores que existe en una sociedad determinada. Estos valores pueden ser: la vida humana, los intereses superiores de la patria, la libertad, la seguridad económica, la igualdad, la verdad, la justicia, etc. El problema no consiste únicamente en la gran variedad de valores que puede hacer parte del orden social imperante, sino en los conflictos que suelen presentarse. El ejemplo que cita el autor hace referencia al choque entre el tradicional y siempre superior valor supremo de la vida humana con los supremos intereses de la nación que en caso de guerra obligan a los ciudadanos a matar o a sacrificar su vida (Kelsen, 1999, p. 19). Este caso es muy significativo dado que la mayoría de las constituciones actuales consagran el inalienable e inviolable valor de la vida y a la vez reglamentan que sus ciudadanos presten un servicio militar que los obliga a arriesgarla o a matar.

Otro ejemplo que permite observar el choque de valores es el del prisionero en un campo de concentración del que es imposible fugarse. La cuestión entonces oscila entre la vida o la libertad, pues el suicidio se puede entender como justo si lo que se tiene en mayor estima es la libertad y se considera que una vida sin libertad no tiene valor alguno. Pero puede parecer injusto si la vida es el valor a proteger. Igualmente es muy común que los jueces constitucionalistas tengan que resolver conflictos como el del valor de la vida en su relación con el valor de la autonomía, la libertad o con una concepción de vida menos general y llena de matices. Así mismo, el enfrentamiento entre el valor de la libertad individual con el valor de la seguridad económica se hace evidente cuando se deba elegir entre un sistema económico planificado que garantice la seguridad económica individual aunque implique una limitación considerable de las libertades individuales.

Al estudiar los conflictos entre valores, Kelsen concluye que la resolución de estas problemáticas no se puede hacer por medios racionales o juicios de realidad, entendiendo estos últimos como los juicios de la física en los que el objeto, los métodos y los resultados obedecen a principios que garantizan resultados constantes y necesarios. Esto se puede ver en los comentarios de cada uno de los ejemplos donde se presenta conflicto entre valores. En el primero, referente al conflicto entre el valor de la vida y los intereses de la nación este autor concluye:

Desde luego, es imposible decidirse de una manera científico-racional por cualquiera de estos juicios de valor fundados en tan contradictorias concepciones. En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto (1999, p. 20).

Y en el conflicto entre el valor de la vida y la libertad concluye:

En este caso sólo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este es un juicio de realidad y no de valor (21).

Con esta crítica, lo que busca el autor es negar a la noción de felicidad cualquier posibilidad de reflexión racional y así la sitúa en el lugar de la absoluta indeterminación y subjetividad. Esto aplica también para el ejemplo correspondiente al conflicto entre la libertad individual y el valor de la seguridad económica, pues según Kelsen (*Cfr.*, 22) la elección entre un valor superior como el de la libertad individual y un valor preferible como la seguridad económica depende de consideraciones subjetivas y no de juicios de realidad que pueden ser comprobados experimentalmente. En este orden de ideas la felicidad entendida como cualquier tipo de valor no puede ser la base o fundamento de un ordenamiento social, y si lo es, este ordenamiento social no se rige por principios racionales o científicos sino por juicios de valor subjetivos. En pocas palabras, un ordenamiento social determinado por valores es un ordenamiento social irracional.

Por otro lado, las principales reflexiones políticas de carácter racional tienen a la felicidad y a la justicia como sustentos de los ordenamientos sociales ideales. Esto se hace patente en *La República* y en *Política*. En ambas obras, Platón y Aristóteles sostienen que la (*eudaimonía*) es el bien máximo que le da sentido y valor a *polis*. Platón por ejemplo, como ya se vio, identifica a la justicia con la felicidad y Aristóteles, por su parte, realiza la misma tarea desde *La Ética Nicomáquea*. "(...) cuál es la meta de la política y cuál es el bien supremo entre todos los que pueden realizarse. Sobre su nombre, casi todo el mundo está de acuerdo, pues tanto el vulgo como los sabios dicen que es la felicidad, y piensan que vivir bien y obrar bien es lo mismo que ser feliz" (*Aristóteles, 1985, 1094a*). Y como el estagirita señala a renglón seguido, es en la determinación de qué es lo que se entiende por felicidad donde están los principales desacuerdos. Ahora bien, con esto no se puede agotar la noción de justicia aristotélica y menos aún cuando en este apartado no se nombra de manera explícita tal concepto, pero lo que sí se puede señalar es que los fundamentos de lo que luego se presentara como la justicia aritmética y geométrica, están en la noción de virtud (*areté*) que implica la adquisición de buenas costumbres o hábitos (*éthos*) elementos que constituyen en última instancia la felicidad.

Con esto no se superan las observaciones de Kelsen en orden a la indeterminación y subjetividad de la que están cargados los conceptos de justicia y felicidad, entendidos como valores. En el caso específico de la definición de justicia en Platón, las críticas se hacen más fuertes al analizar la identificación ya mencionada entre justicia y felicidad, pero esta vez por la postura pragmática

que Platón presenta al afirmar que “la vida más justa es la más feliz” pero no como un principio absoluto sino como un valor preferible. “(...) es absolutamente necesario que los ciudadanos sometidos a la ley crean en la verdad de la frase que afirma que sólo el justo es feliz aún en el caso que ésta no sea verdadera. De lo contrario nadie querría obedecer la ley” (Kelsen, 1999, p. 24). Platón expresa así su concepción de ley y política independientes de la naturaleza a la manera de las cosas físicas, sino orientadas al bien del Estado por la persuasión y la utilidad y no por principios objetivos y necesarios. Sus palabras en *La República* así lo expresan.

Te has vuelto a olvidar, querido amigo —dije—, de que a la ley no le interesa nada que haya en la ciudad una clase que goce de particular felicidad, sino que se esfuerza porque ello le suceda a la ciudad entera y por eso introduce armonía entre los ciudadanos por medio de la persuasión o de la fuerza, hace que unos hagan a otros partícipes de los beneficios con que cada cual pueda ser útil a la comunidad y ella misma forma en la ciudad hombres de esa clase, pero no para dejarles que cada uno se vuelva hacia donde quiera, sino para usar ella misma de ellos con miras a la unificación del Estado (Platón, 1981, 520a).

La observación de Platón a Adimanto además de mostrar que el gobernante debe buscar la felicidad de todos sus gobernados y no sólo parte de ellos, también permite observar que el ordenamiento de la sociedad en la *Polis* depende fundamentalmente de la persuasión y la fuerza antes que de la naturaleza. Es importante señalar que para Platón, la ley y la política están orientadas a expresar el orden de la naturaleza. Pero esta naturaleza es la realidad inteligible y determinada, diferente a la naturaleza sensible indeterminada que tiene que ser orientada por el filósofo. Sin embargo, Kelsen no puede aceptar que por procurar el orden, la armonía y la unidad de la *polis* se tenga que mentir, pues la posible mentira en la que incurre el gobernante al instruir a sus gobernados en la máxima de que “la vida más justa es la más feliz” puede ser vista como una mentira necesaria para tal fin que no responde a principios objetivos de la realidad.

Las “mentiras convenientes” que según Platón pueden usar los gobernantes para reflejar el orden de la realidad inteligible en la naturaleza sensible implican la primacía de la verdad sobre la legalidad. En este sentido Kelsen afirma: “Pero no hay ninguna razón que nos impida poner la verdad por encima de la legalidad y rechazar la propaganda del gobierno por estar fundada en la mentira, aún en el caso que esta última sirva para algún bien” (Kelsen, 1999, p. 25). Con sus ataques a la noción de justicia platónica este autor le quita cualquier piso de objetividad a la reflexión política basada en valores y de paso nos pone en el antagonismo entre juicios de valor y juicios de realidad.

El anterior antagonismo tiene que ser resuelto desde el siguiente criterio: *la primacía de los juicios de valor en los ordenamientos sociales desde cualquier punto de vista implica la preponderancia de la subjetividad y lo relativo sobre lo objetivo y la verdad*. No es difícil notar que con esta postura lo que se hace es plantear otro desplazamiento, esta vez de la justicia a la felicidad y de esta última a la verdad. Según las tesis de Kelsen, con la verdad debería pasar lo mismo que con la justicia y la felicidad en tanto que las tres se entienden como valores en el seno de la sociedad y esto llevaría irremediablemente a la subjetividad. La pregunta es ¿Qué tiene la noción de verdad que la hace diferente a los demás valores?

La verdad es vista por Kelsen como una noción objetiva que expresa los requisitos de la racionalidad en oposición a la convención o al acuerdo. Por eso dice: “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” (28). La verdad no es como los demás valores pues ella es objeto de la ciencia y garantiza la validez objetiva. La solidez de la noción de verdad es diferente a aquello que el autor llama *soluciones metafísico-religiosas* para referirse a la propuesta de justicia platónica que concibe a la idea de justicia como aquella que obtiene su validez de la idea de bien absoluto. Según Kelsen, el problema de esta propuesta consiste en que al estar más allá de todo razonamiento, la idea de bien absoluto se hace inaccesible y con ello, cualquier posibilidad de conocimiento racional de la justicia.

Esto concluye Kelsen de su lectura de la carta VII de Platón, quien declara:

(...) que no puede existir una definición de bien absoluto sino tan sólo una especie de visión del mismo y que esta visión 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. De aquí —y ésta es la última conclusión de esta filosofía— que no se puede dar ninguna respuesta al problema de la justicia (41).

La propuesta de Platón desde la opinión de Kelsen es a todas luces inaceptable ya que el bien, absoluto o la religión no pueden ser el sustento de un ordenamiento social racional en el que primen criterios objetivos. Es más, relaciona las tesis platónicas de manera directa con las propuestas religiosas cristianas cuyas nociones de justicia y conocimiento dependen de los caprichos y la voluntad de un Dios omnipotente irracional y subjetivo. “La sabiduría de este mundo es necesidad para Dios” (44). Entonces, la justicia y los demás valores son una convención social o una propuesta metafísica-religiosa que no obedece a principios racionales o fácticos que garanticen objetividad.

De acuerdo con lo anterior, para Kelsen el sentido original de “Justicia” es absoluto e inalcanzable, como la cosa en sí lo está de los fenómenos; o como las ideas platónicas lo están de la realidad sensible. Este autor considera que el problema de la relación entre derecho y moral lleva consigo la carga del dualismo metafísico donde la posibilidad de justicia depende de la concordancia entre lo ideal y lo real, cuestión que a la vez depende de la posibilidad de llegar a conocer ese orden absolutamente justo. Ahora, la propuesta que plantea la existencia de una justicia absoluta pero inteligible, indefinible o trascendente, pretende sustentar la tesis de que hay una justicia inaccesible al conocimiento humano (Cfr. Kelsen, 1995, pp. 14-15) y esto es aún más peligroso, ya que en esa búsqueda de la primera pueden aparecer quienes se crean con la autoridad o la capacidad de haber hallado la segunda, tan anhelada e inaccesible. Por eso que es importante definir el concepto de derecho y el de justicia especialmente en relación con la moral. Pues la justicia, al ser un concepto que depende de categorías morales que a su vez no responden a juicios objetivos sino a acuerdos sociales o imposiciones de poder y termina por expresarse formalmente mediante leyes. Es en este punto donde Kelsen concentra su atención ya que en última instancia la “materialización” de los ordenamientos sociales se da en las leyes, y éstas son las herramientas con las que se implementan los distintos sistemas políticos.

ALGUNAS FÓRMULAS DE JUSTICIA

Teniendo en cuenta lo planteado anteriormente, se propone hacer un estudio detallado de las leyes, especialmente de aquellas que son la expresión de la justicia-moral (Se entiende por justicia-moral a la noción de justicia que está fundada en los distintos tipos de valores de carácter subjetivo que se desarrollan por acuerdo y en los que no se aplican juicios de realidad). Lo primero a señalar es que la justicia-moral opera con juicios de valor pero los reviste con apariencia de juicios de realidad para hacerlos más efectivos. Esto se evidencia en el comentario de Kelsen sobre el problema no resuelto de la jerarquía de valores: “Aunque la pregunta acerca de cuál sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo con el que en realidad se responde a la misma, es presentado como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como una norma de validez absoluta” (Kelsen, 1999, pp. 29-30).

Esta estrategia argumentativa de identificación se puede observar en algunas *fórmulas de justicia* que han fundado muchas de las reflexiones filosóficas y políticas sobre la ley y la justicia. Por ejemplo, “la justicia significa dar a cada quien lo suyo”, “bien por bien” y “pagar con la misma moneda” son fórmulas tradicionales que se han convertido en normas de justicia y han configurado la manera como se legisla. La posición de Kelsen frente a estas fórmulas deja ver su profunda preocupación por el alcance y consecuencias de su aplicación en los ordenamientos sociales. Todas ellas se expresan con tal universalidad que abren un campo de interpretación totalmente arbitrario; y esto se debe a su falta de contenido. Si se toma la primera fórmula: “la justicia significa dar a cada quien lo

suyo" se puede observar que "lo suyo" puede ser cualquier cosa, y esto hace que la necesidad de esta norma no esté en la norma misma sino en la voluntad del legislador o en el acuerdo establecido por la costumbre. Pero la dificultad está en el carácter positivo que adquieren cuando éstas se constituyen en el fundamento de un ordenamiento jurídico. Pues, la voluntad del legislador, la subjetividad expresada por la costumbre y el acuerdo se materializan en legislaciones complejas de cualquier tipo. "Por esto, la fórmula "a cada uno lo suyo" puede servir para justificar cualquier orden social, sea éste capitalista o socialista, democrático o aristocrático" (6).

Con la segunda fórmula, conocida también como principio de represalia ocurre lo mismo que con la primera. Pues cuando se dice "bien por bien, mal por mal" se hace evidente la indeterminación de las nociones "bueno" y "malo" debido a que en este caso, los pueblos desarrollan estas categorías en relación a los devenires espaciotemporales y la cultura. Pero como ya se dijo líneas atrás, el problema está en que estas fórmulas se constituyen en la base conceptual de nociones de justicia que inspiran el derecho. Además con esta fórmula, el problema mencionado adquiere nuevos matices dado que en última instancia ésta es sólo una manera de mencionar el "principio de igualdad" y uno de los principios de justicia más influyentes en el derecho. "Este principio nace de la suposición de que todos los hombres, "todos los que tienen rostro humano", son iguales por naturaleza y termina con la exigencia de que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera" (48). La igualdad como criterio de determinación de lo justo es un principio con mucha acogida en la filosofía, especialmente en Aristóteles, aunque hay que advertir que este principio es abordado por el estagirita en detalle y con importantes tonalidades.

En su *Ética Nicomáquea*, Aristóteles le da a la justicia un valor preponderante en lo que respecta a la valoración de las virtudes, pues la justicia es la virtud por excelencia y las demás virtudes hacen parte de ella. La justicia es considerada por el filósofo como la virtud "excelentísima" porque determina las relaciones entre el gobernante y su pueblo, y entre los integrantes del mismo. Es una virtud que trasciende del ámbito individual al bien de la *polis* en su conjunto. En este sentido, la observancia de la justicia es una obligación que compromete a todos los miembros de la *polis*. "(...) la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a otros; hace lo que conviene a otro sea gobernante o compañero" (Aristóteles, 1985, 1130a). En la tarea de identificar la naturaleza de la justicia se plantea la idea de ésta como legalidad y equidad. Además, en los análisis de los distintos sentidos de lo justo y lo injusto lo primero que Aristóteles señala es la dependencia entre estas dos nociones. Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es igualmente el codicioso y el no equitativo; luego es evidente que el justo observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo y lo injusto lo ilegal y lo no equitativo (Aristóteles, 1985, 1129b).

La naturaleza de la justicia está configurada por la ley y la equidad. Ahora bien, ¿Cómo es la relación entre estos elementos substanciales de la justicia?, ¿Es una relación jerárquica o interdependiente? Esto es, señala Aristóteles, que la justicia se configura por medio de la relación entre el todo y la parte. Es decir, la categoría de ley es más general y la de equidad es más específica. “Hemos definido lo injusto como lo ilegal y desigual, y lo justo como lo legal y equitativo. Pues bien, la injusticia de la que antes hemos hablado es ilegal, y así como lo desigual y lo ilegal no son lo mismo sino distintos, tal cual lo es la parte del todo (pues todo lo desigual es ilegal, pero no todo lo ilegal es desigual)(...)” (Aristóteles, 1985, 1130b5-10). Según esto, y atendiendo a la definición de justicia, es justo únicamente aquello legal y equitativo; así, se pueden dar acciones ilegales pero no desiguales. La desigualdad funciona como la diferencia específica del concepto de justicia dado que la sola desigualdad expresa injusticia e ilegalidad. De ahí que la igualdad configura la esencia del concepto de justicia y su importancia se transfiere a la ciudad; en tanto que la justicia es la virtud por excelencia, gracias a su orientación hacia el bien de otros.

Por su parte, Kelsen crítica la propuesta de justicia aristotélica que hace de la equidad una noción que depende fundamentalmente de la moral positiva o de la moral tradicional de su tiempo. Juzga también la manera como Aristóteles presenta su noción de justicia revestida de científicidad. Al respecto comenta:

La filosofía moral, afirma Aristóteles, puede encontrar la virtud, cuya esencia busca determinar de la misma manera, o al menos de una forma muy parecida, a la que le permite al geómetra equidistantemente alejando de los puntos finales de una línea recta, encontrar al punto que divide a la misma en dos partes iguales (Kelsen, 1999, pp. 63-64).

Kelsen se refiere a una de las distintas formas de justicia que Aristóteles presenta en su *Ética Nicomáquea*. Como es costumbre en la teoría aristotélica los conceptos no se expresan de manera unívoca y lo mismo pasa con la noción de justicia, tratada por lo menos, en cinco o seis sentidos distintos. Por eso es necesario concentrar la atención en la definición de justicia que se comentó líneas atrás, en la que la ley y la igualdad son los términos que determinan su concepto universal. En este sentido, es necesario tener en cuenta las palabras antes citadas de Aristóteles en las que se señala la diferencia entre “lo injusto” y “la injusticia”, ya que no es lo mismo “lo injusto” que atiende a la noción universal que atenta contra la ley y la equidad; y “la injusticia”, que responde a casos particulares donde no necesariamente se atenta contra la equidad.

En este caso lo que es objeto de estudio es la “justicia universal” o “lo justo” en una de sus acepciones más populares, la *justicia distributiva*. En ella, el término medio es el criterio que define lo justo y que se establece por distribución de lo igual entre iguales; es decir, que el criterio de medida está dado por la proporción y el mérito. En este tipo de justicia se evalúa la manera como —por ejemplo—

los bienes distribuidos se adecuan al valor del receptor. “(...) esta justicia es un término medio en la proporción, porque lo proporcional es un término medio y lo justo es proporcional. Los matemáticos llaman a tal proporción geométrica; en la proporción geométrica el todo está, con respecto al todo, en la misma relación que cada parte con respecto a cada parte” (Aristóteles, 1985, 1131b10).

Pero los extremos que definen la proporción y el mérito los da de antemano la sociedad, pues lo bueno o la virtud y lo malo o el vicio son definidos por un orden social específico. Como el mismo Aristóteles advierte, todos están de acuerdo en que las distribuciones deben corresponder al mérito y las diferencias están en lo que cada quien entiende por mérito: los oligárquicos como la riqueza o nobleza, los demócratas como la libertad, y los aristócratas como la virtud. La aplicación de esta fórmula de justicia obedece entonces a aquello que cada régimen entienda por mérito o virtud, lo que definirá su extremo o vicio y a su vez, el medio justo. Es por esto que Kelsen concluye 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” (Kelsen, 1999, p. 67).

Ahora bien, al revisar el imperativo categórico kantiano se observa que es considerado por Kelsen como una fórmula vacía que trata de dar respuesta al problema de la justicia; pero aunque tiene un propósito mucho mayor al mencionado, (Kant formula su imperativo con la intención de establecer un principio que determine las acciones del individuo de acuerdo con lo que la razón puede y debe ordenar. No busca garantizar un tipo determinado de justicia social o particular, lo que quiere es una fórmula lo suficientemente consistente que fundamente la libertad en la dimensión subjetiva del individuo) lo que sí se hace evidente es la intención de presentarlo como una fórmula de carácter científico. Esto se puede corroborar con la búsqueda kantiana de la *ley moral* en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* donde obtiene como resultado una fórmula que busca determinar la voluntad de un modo cierto y exacto a manera de una fórmula matemática que se usa para resolver un problema del mismo tipo. “Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal” (Kant, 1983, p. 72). Esta es una de las formulaciones kantianas que pretende conciliar la subjetividad del deseo con la objetividad de la ley al pedirle al individuo que quiera lo que los demás quieren y nunca lo que sólo él quiere.

Para conseguir el requisito de la objetividad, la voluntad es pues aquello que debe someterse a leyes que sinteticen en sí mismas todo el sentido del deber; y las leyes de la física se constituyen en el mejor ejemplo de lo que significa una ley, pues son conocidas *a priori* por la razón y no por la experiencia (Kant, 2001, p. 47). De esta necesidad surge lo que Kant denomina con el nombre de imperativos o leyes que rigen la voluntad humana. “(...) son los imperativos solamente fórmulas

para expresar la relación entre las leyes objetivas del querer en general y la imperfección subjetiva de la voluntad de tal o cual ser racional; verbigracia de la voluntad humana” (Kant, 1983, p. 61). El imperativo es presentado como una ley que se deriva de la razón y no de la experiencia, es por esto que tiene la naturaleza de ser categórico al no determinar las acciones de los hombres por los fines o consecuencias sino por la ley misma.

Ahora bien, aunque el objetivo fundamental del imperativo no consiste en establecer una norma de justicia sino en determinar racionalmente la conducta humana, éste sí puede ser usado en el sentido en el que Kelsen lo entiende, dado que un individuo que se guíe por la ley del imperativo siempre estará observando y respetando el orden establecido con las leyes positivas. Para entender mejor esta interpretación se referencia lo que dice Kelsen sobre el tema:

Pero todo precepto de cualquier orden social es compatible con este principio ya que éste no dice otra cosa sino que el hombre ha de conducirse de acuerdo con las normas generales. De aquí que el imperativo categórico, lo mismo que el principio “a cada uno lo suyo” o la regla áurea, puede servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular (Kelsen, 1999, p. 61).

Según Kelsen, al no establecer con claridad qué normas se pueden o se deben desear y que sean obligatorias para todos, el imperativo categórico se convierte en una fórmula vacía de justicia que hace que la moral y el derecho positivo expresen el contenido de fórmulas vacías, como pasa con la conocida *regla áurea*: *no hagas a los demás lo que tú no quieres que te hagan*. En esta regla no está claro qué es lo que no quiero que me hagan y por tanto lo que no debo hacer. Aquí, como en el imperativo categórico se trata de determinar las acciones humanas desde la subjetividad, pero en este caso son las emociones y el querer; y no la razón, las que se supone, deben servir como criterio de determinación. Kelsen modifica esta fórmula dos veces con la intención de explicar su alcance; la primera modificación es la siguiente: “no causes al prójimo dolor sin brindarle placer” (56) y con esta reformulación se hace énfasis en los resortes de la norma. En este caso el dolor y el placer son los elementos que determinan lo que debo evitar para los demás y lo que debo buscar para mí. El problema está en que aquello que causa dolor a un individuo puede ocasionar placer a otro, y la regla tiene como criterio a la subjetividad absoluta del individuo en orden a sus particulares tendencias e inclinaciones. En este sentido parece que en la regla áurea se obviara el orden social para que impere el orden individual, pues con el placer y el dolor no se pueden definir criterios absolutos. Pero en la segunda interpretación de la regla áurea, Kelsen sostiene que su sentido principal no es subjetivo sino objetivo, al respecto afirma: “Su significado debe ser: *condúcete con los demás como éstos deban conducirse contigo*; y, en realidad, éstos deben conducirse de acuerdo con un orden objetivo” (58). El orden objetivo al que este autor se refiere es al

establecido por la moral y el derecho positivo, es decir, por un orden social en particular.

En consecuencia, y desde el análisis anterior, Kelsen sostiene que las fórmulas o normas emanadas de la Justicia, entendida desde una perspectiva moral, normalmente son carentes de contenido: como *suum cuique* “a cada quien lo suyo”, o son “tautologías desprovistas de significado” como afirma refiriéndose al imperativo categórico kantiano: “obra de tal forma que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley de la naturaleza” o “debes hacer el bien y evitar el mal”. Estas formulaciones son ambiguas y poco precisas pues ninguna de ellas determina con claridad qué es lo de cada quien, o cuáles son los principios que uno quiere que sean obligatorios para todos, o qué es el bien y el mal. Así, con su falta de determinación, se convierten en el sustento de cualquier ordenamiento positivo que se desea aparezca como justo: el nacional-socialismo, el fascismo, la democracia, el liberalismo, etc. Por tanto, ni siquiera las normas con pretensiones morales pueden garantizar su conformidad con una justicia intangible e ideal.

DERECHO SIN JUSTICIA

A modo de recapitulación se puede decir que las preocupaciones de Kelsen en orden a la justicia y las fórmulas que de ella se derivan están fundadas en la manera como el derecho puede o quiere obedecer a principios de justicia, que buscan establecer los fundamentos de los ordenamientos sociales con las ideas morales de felicidad, bien, razón o placer.

La propuesta de derecho presentada por el autor no obedece a consideraciones morales, lo que pretende es fundar el derecho en una “razón científica” y por tanto lo define así: “Designa una técnica específica de organización social. En cuanto problema científico, el derecho es un problema de técnica social. No un problema ético” (Kelsen, 1995, p. 6). Con esta definición se señala la diferencia entre derecho y justicia, pues, para Kelsen *la justicia es un ideal irracional* que ha contaminado al derecho igual que las demás ideologías tradicionales. La *Teoría pura del derecho* tiene un objeto definido y también es una técnica específica que está por encima de consideraciones morales o ideológicas siempre sujetas a la influencia del “querer” y no de la objetividad de la ciencia. “Toda ideología tiene su raíz en el querer no en el conocer(...)” (Kelsen, 1946b, p. 43). Así, Kelsen presenta la problemática de la relación derecho-justicia en analogía con el antagonismo filosófico entre lo ideal y lo real, donde el derecho debe fundar todo su trabajo en elementos sin influencias ideológicas.

La razón científica, el conocimiento y lo real son los únicos fundamentos del derecho. Pues, la voluntad de los hombres no es accesible al conocimiento racional.

Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos órdenes sea justo es algo que no puede establecerse por conocimiento racional. El conocimiento sólo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de actos objetivamente determinables. Sólo éste puede ser objeto de la ciencia (Kelsen, 1999, p. 15).

La Justicia como inaccesible idea metafísica o como valor moral absoluto es a lo que se refiere Kelsen cuando afirma que la Teoría “Pura” del Derecho quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños que no pertenezcan al objeto señalado como Derecho (Cfr. Kelsen, 1946b, p. 25). Así, el autor redefine el papel que la Justicia cumple en orden al derecho y delimita su significado al restringirlo al ámbito de un orden social dado. En este sentido, justicia se identifica con legalidad o ilegalidad, es decir, un individuo es justo en la medida en que cumple las normas establecidas por un orden jurídico determinado (Cfr. Kelsen, 1995, p. 16).

Ahora bien, este arreglo conceptual es insuficiente para solucionar el problema fundamental que está en el trasfondo de la necesidad purificadora de Kelsen. Determinar cuándo una conducta se subsume o no en una norma jurídica depende de un juicio de valor que puede ser objetivo o subjetivo; el primero es independiente de los sentimientos y los deseos y el segundo no. Por tanto, con el primer tipo de juicio se logra determinar una conducta justa o injusta. “La afirmación de que determinada conducta es legal o ilegal es independiente de los sentimientos y deseos del que juzga, y puede ser verificada de una forma objetiva. Sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de la justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica” (16).

Los sentimientos y los deseos se convierten en los elementos de los cuales escapa quien determina si una conducta es legal o ilegal. Sólo pueden hacer parte de la ecuación el acto y la norma. Diferencia dos estados de cosas *Sachverhalte*, el primero se refiere al acto considerado desde el punto de vista natural (muerte) y el segundo desde su *significación* jurídica (asesinato) (Cfr., Kelsen, 1946, p. 28). El primero hace parte del orden causal de la naturaleza y el segundo es fruto de un ordenamiento social particular. Una ejecución extrajuicio es un asesinato cuyo resultado final no difiere de la muerte ocasionada por la aplicación de una norma válida en un orden jurídico determinado. Pero el *significado* de estos dos actos es totalmente diferente, pues, como es evidente no toda muerte corresponde al sentido *objetivo de un acto jurídico* (Cfr., 29).

El sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto y los juicios de valor objetivo y subjetivo se constituyen en la materia prima con la que un juez debe desarrollar su tarea “científica”. Para el autor referenciado, ésta es una labor científica por que

se realiza a partir de actos naturales que tienen una significación específica dada por la norma que funciona como esquema de interpretación. El objetivo de esto es reducir al mínimo el margen de error del juez en el proceso de interpretación, y para lograrlo es indispensable establecer claramente la relación entre los *estados de cosas exteriores* y su *significación*. Kelsen, entiende por estado de cosas (*Sachverhalte*) exterior a un "(...) acontecimiento sensorialmente perceptible que se desenvuelve en el tiempo y en el espacio, un trozo de Naturaleza, y como tal es determinado según leyes causales" (29). Es por eso que a continuación se observará la manera como el modelo kelseniano repercute en la actividad que debe desarrollar el juez.

LA ACTIVIDAD DEL JUEZ

La norma funciona como *esquema de interpretación* al hacer del *acto natural o exterior* un *acto jurídico*. Para Kelsen, los actos naturales en sí mismos no son objetivos, necesitan ser formalizados mediante normas que los revistan de objetividad. Por tanto, los actos o estados de cosas exteriores no son el objeto propio del derecho, sólo su significación en la norma. "Es decir: que el contenido de un acaecer efectivo concuerda con el contenido de una norma cualquiera supuesta" (31).

La actividad del juez es un análisis de conformidad entre el contenido de un hecho y el contenido de una norma, pero está limitada por y a la norma. Su objeto no son los hechos sino su significación jurídica. Tomar distancia entre el juez y los hechos naturales garantiza que las decisiones judiciales no tengan como fundamento las influencias de los sentimientos y los deseos que toman forma de juicios morales o ideológicos. Kelsen, describe la labor del juez en orden a su función de correspondencia:

Cuando el juez comprueba que se ha dado una situación de hecho concreta —un delito, por ejemplo—, su conocimiento se dirige, en primer término, a un ser natural. Pero su conocimiento se torna jurídico sólo al poner en relación la situación de hecho verificada con la ley que ha de aplicar, tan pronto la interpreta como "robo" o como "estafa". Y puede interpretarla así solo en caso de reconocer, en forma específica, que el contenido de esa situación de hecho es contenido de una norma (32).

Establecer la relación entre los actos naturales y la norma es, para Kelsen (*Cfr.*, pp. 126,127) una labor que se desarrolla gracias al proceso de *interpretación*. La interpretación es necesaria por la gradación en la aplicación de la norma, pues, en cuanto deben ser producidas y ejecutadas pasan de una grada a la subsiguiente, y la determinación que ejercen las gradas superiores sobre las inferiores no es completa o absoluta. Por tanto, se hace necesario establecer las relaciones entre las normas y las gradas del orden jurídico mediante el reconocimiento de un

margen de indeterminación que debe ser salvado por la labor interpretativa del juez.

En este sentido la *Teoría General del Derecho y del Estado* establece el concepto de derecho en orden a su esencia y señala que "(...) Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho" (Kelsen, 1999, p. 3). Las relaciones establecidas en un ordenamiento jurídico, no son relaciones absolutamente determinadas ni únicamente un acto cognoscitivo. El mismo Kelsen, que desde las bases de su *Teoría pura del derecho* pretende hacer del derecho una "ciencia" sin la influencia del querer y del deseo, se ve obligado a admitir que es gracias a la interpretación que se desarrollan las relaciones entre las diferentes gradaciones del ordenamiento jurídico en función de la norma. La aplicación de la norma es un acto cognitivo en su estadio inicial, pero en tanto el juez es un creador de Derecho, es fundamentalmente un acto de voluntad. "Es por eso precisamente, que la elaboración de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley es una función de la voluntad, en tanto que con ella se llena el marco de la norma general" (Kelsen, 1946b, p. 136).

Pero aceptar el papel que la voluntad juega en la toma de decisiones judiciales implica caer en aquellos peligros de subjetividad que hacen parte de la moral y de los cuales Kelsen busca "purificar" al derecho. El autor (Cfr., 1946, pp. 129-130) señala tres dificultades que adquieren fuerza de problema al ser las causantes de la indeterminación presente en todos los procesos de aplicación de la norma o de análisis de conformidad entre los estados de cosas exteriores y su significación. Estas son: primero la pluralidad de acepciones; segundo, la discrepancia entre la expresión verbal de la norma y la voluntad del institutor de la norma; y, tercero, cuando dos normas con pretensión de validez simultánea se contradicen total o parcialmente. En la primera dificultad, el juez se enfrenta a la norma con una multiplicidad de significaciones posibles debido a su falta de univocidad; en la segunda, la norma no corresponde con la voluntad del legislador; y la tercera señala una clara contradicción entre una norma de grado superior y una de grado inferior. Pero antes de desarrollar el tema de las lagunas preciso abordar con más detalle la posición de Kelsen en orden a la interpretación.

A todos los problemas expuestos anteriormente, la interpretación debe ofrecer una vía de solución conforme con las pretensiones de la *Teoría pura del derecho*, es decir, de acuerdo con la razón científica y el conocimiento, y no en las bases de la moral y las ideologías. Pero si se quiere conocer cómo la interpretación puede dar solución a estos problemas es necesario señalar primero su función. Según Kelsen (Cfr., Kelsen, 1946, p. 131) la interpretación verifica el sentido que puede tomar la aplicación de la norma siempre que se desarrolle dentro de varias posibilidades del marco de la norma a ejecutarse. Este es el reconocimiento del primer problema de conformidad entre los estados de cosas exteriores y su

significación. La significación de una norma es plurívoca, y siempre que se ajuste al marco de la norma a aplicar, las decisiones tomadas a partir de ella también. En este sentido, la norma funciona como esquema de interpretación cuyas sentencias judiciales están siempre ajustadas a la ley, a pesar de que no se supone la existencia de una *única decisión recta* fruto exclusivo de un acto intelectual. Kelsen no acepta la teoría de la jurisprudencia tradicional que: “quiere hacer creer que la ley aplicada al caso concreto sólo puede proporcionar una decisión recta y que la “rectitud” jurídico-positiva de esta decisión está fundada en la ley” (Kelsen, 1946b, p. 132).

Para el autor estudiado en este artículo, la interpretación no es un procedimiento que excluya la voluntad, por el contrario, es un acto de voluntad que opera en el marco del esquema dictado por la norma. Frente al segundo problema que hace necesaria la interpretación, Kelsen adopta la misma posición que con el primero; es decir, niega la univocidad y señala a la norma como único criterio seguro que funciona a manera de esquema que delimita la toma de decisiones posibles. “A pesar de todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre voluntad y expresión, en favor de una o de la otra” (133). No hay un método o una técnica que permita decidir si es la norma en su expresión puramente formal, o la voluntad del legislador la que debe constituirse en el fundamento único de una decisión jurídica. Pero nunca se debe extralimitar el esquema normativo con principios o criterios morales de justicia y juicios sociales de valor como: “bien del pueblo”, “interés del estado”, “progreso”, entre otros.

Ahora bien, si se quiere profundizar en la discrepancia entre la norma y la voluntad del legislador es preciso analizar en qué consiste esta “voluntad”. La “existencia” de la ley no es fruto de un fenómeno psíquico en el que los miembros del parlamento que levantan la mano o de alguna manera dan su “aprobación”, desean y conocen la ley por la que votan. Kelsen indica que en la mayoría de los casos, los legisladores tienen un pobre conocimiento de las leyes que “aprueban” y su proceder en el establecimiento de un mandato, en forma de ley, es de tipo diferente al de un individuo que “quiere” que otro se conduzca de determinada manera al ordenarle hacer tal o cual cosa.

Baste con decir que el consentimiento para la aprobación de un proyecto no implica necesariamente “querer” el contenido de la ley, y que ésta no es la “voluntad” del legislador —si entendemos por “voluntad” la voluntad real, un fenómeno psicológico—, por todo lo cual la ley no es un mandato en el sentido propio del término (Kelsen, 1995, p. 40).

La “voluntad real” del legislador por tanto no “existe”, o en otras palabras, no se ve expresada en la norma. La voluntad a la que se alude es una forma figurada de expresión que, en última instancia, se pierde en el proceso de construcción de la norma y que sólo es importante en tanto condición de necesidad de su

formulación. La norma que establece, estipula o prescribe una conducta es una abstracción que elimina el acto psicológico de la voluntad, pues, ya no hay una voluntad humana presente en la misma. *Es por tanto un mandato impersonal y anónimo* (Kelsen, 1995, pp. 41-42). Esto nos deja una sola opción frente al segundo problema que hace necesaria la interpretación, ésta consiste en que frente a la discrepancia entre la expresión verbal de la norma y la voluntad de su institutor, es necesario atenerse a la expresión verbal, ya que la voluntad del legislador es una fantasía que se pierde en el tiempo. *Un mandato impersonal y anónimo* es una garantía más para que en la toma de decisiones —aun en el caso de la interpretación— no interfieran juicios subjetivos de valor. El juez debe impartir justicia, pero no una justicia como un valor o ideal absoluto, sino la justicia de la aplicación de la ley. Al eliminar la interferencia de la voluntad humana, incluso la del legislador, la ciencia jurídica evita juicios morales y políticos que no pueden ser verificados con los hechos.

Para terminar con el análisis de los tres problemas que hacen necesaria la interpretación, estudiemos el tercero: cuando dos normas con pretensión de validez simultánea se contradicen total o parcialmente. Según Kelsen, esta discrepancia se presenta fundamentalmente en dos grupos: entre ley (derecho consuetudinario) y decisión judicial; y también, entre *constitución* y ley. Pero en ninguno de los casos de enfrentamiento es posible una “contradicción” jurídica; pues, esto significa que dos normas válidas están en desacuerdo tal, que violan la unidad del orden jurídico en tanto sistema lógicamente cerrado.

Y en efecto: si en el fenómeno designado como norma antinormativa —la ley inconstitucional, la sentencia ilegal, etc.— importara realmente una contradicción lógica entre norma de grado superior y otra de grado inferior, se habría perdido entonces la unidad de orden jurídico. Pero esto de ningún modo ocurre (Kelsen, 1946b, p. 121).

Cuando una norma de grado inferior no guarda conformidad con una de grado superior ya sea por su contenido o por su producción, no se habla de contradicción sino de una condición previsible por la Constitución que determina los procedimientos y órganos pertinentes para la derogación de la ley. Pero mientras este procedimiento se realiza, la norma debe ser considerada como válida hasta que el organismo designado para tal efecto declare su nulidad (*Cfr.*, 121). La norma inferior que no es completamente determinable por la superior es para este autor sólo apariencia de norma, y el resultado final de la no correspondencia es su nulidad (no hay una tercera posibilidad) la norma es válida o no lo es.

La unidad en la gradación del orden jurídico depende de la unidad lógica del sistema normativo y ésta se mantiene intacta mientras la Constitución disponga de los medios necesarios para evitar las contradicciones entre leyes de grado superior y las normas aparentes. En estos casos, por tanto, el juez debe respetar los procedimientos que la misma legislación establece. De esta forma, la norma sigue

ejerciendo su papel de esquema de interpretación al regular las eventualidades que se presenten en la aplicación de la ley, no sólo en la relación entre los hechos y la norma sino también entre normas. Pero conviene contrastar esta posición con el tema de las lagunas que ya se enumeraron como preámbulo al problema de la interpretación, pues de esta manera se puede sopesar la fuerza de los argumentos del modelo kelseniano.

La problemática hasta ahora mencionada en torno a la interpretación es lo que se podría considerar como *caso difícil*. Pero no son casos que no puedan tener resolución desde el punto de vista jurídico; son aquellos en los que la determinación de las gradas superiores sobre las inferiores no es clara y por tanto el juez requiere de la *interpretación* para tomar una decisión, que a su vez, es fundamentalmente un acto de voluntad determinado por la ley.

Ahora bien, en medio de la búsqueda de aquello que Kelsen (Cfr., Kelsen, 1946b, pp. 138, 139) podría llamar como caso difícil, es necesario abordar el estudio que realiza a las conocidas “lagunas” o casos en “(...) que una decisión judicial se hace lógicamente imposible a falta de una norma(...)” (139). El autor cuestiona la existencia de estas “lagunas”, y considera que lo tradicionalmente entendido como una carencia de normatividad para establecer preceptos adecuados en cada caso, no es más que una posición subjetiva que concibe una decisión como inconveniente o injusta, con la idea de que el legislador no ha pensado en ese caso.

Según la tradición, son tres los tipos de lagunas: laguna total (diferencia entre derecho positivo y derecho deseado), laguna parcial o técnica (se refiere al grado de indeterminación propia de un ordenamiento jurídico) y la laguna del legislador (cuando el ordenamiento jurídico acepta la existencia de “lagunas” y confiere al juez poderes legislativos especiales para salvarlas). Los tres tipos de laguna son considerados por Kelsen como una ficción que surge cuando se pretende comparar la justicia en el sentido de legalidad con la justicia absoluta dictaminada por valores morales, políticos o ideológicos (Cfr., pp. 138-145).

Para cada una de estas lagunas hay una “solución” tradicional: la primera, busca la eliminación o creación de una ley conforme al deseo; la segunda, pretende llenar los aparentes vacíos de la norma con la *interpretación*, también de acuerdo con el deseo; y la tercera confiere ilimitados poderes al juez. En cuanto al derecho positivo, todas estas soluciones son respuestas a un problema inexistente, o que existe como una excusa para velar la influencia de juicios subjetivos sobre las decisiones judiciales. Pero esta es una posición que supone que los valores morales son sinónimo de subjetividad o de irracionalidad y que el ámbito propio del derecho no puede ser otro distinto al de la realidad y la verdad expresada en la norma.

Sin embargo, la aspiración de Kelsen con su *Teoría pura del derecho* encuentra grandes dificultades en las lagunas y responde a ellas con una actitud de negación que, aunque se hace necesaria para mantener coherencia con los postulados de derecho positivo y su exceso de confianza en la capacidad de determinación de la norma, tiene que probar si este exceso de confianza es una apuesta confiable o si por el contrario la norma por sí misma también puede contener en su seno, los mismos problemas de indeterminación presentes en el derecho cuando éste se inspira en los valores, la moral y las ideologías. Es por eso que es de suma importancia abordar con más detalle el papel de la norma en el derecho, especialmente con la intención de establecer si ella es suficiente para hacer que todo un modelo científico se sustente sobre ella.

Ahora bien, en el marco de la tarea propuesta en el presente artículo, se puede señalar, a manera de conclusión, la importancia de la problemática expuesta en la primera parte donde las críticas de Kelsen al concepto de justicia demuestran la necesidad de separar los ordenamientos jurídicos del devenir de las ideologías y la indeterminación de algunas propuestas filosóficas que desarrollan conceptos y fórmulas de justicia inspirados en ideas morales como felicidad, bien, razón o placer. También es imprescindible poner en consideración del lector cómo las críticas de Kelsen dan cuenta del desafío al que se ha enfrentado el derecho desde su génesis, pero que pese a sus valiosos aportes no encuentra una solución definitiva en las herramientas con las que *La teoría pura del derecho* quiere dotar a la ciencia del derecho, pues la propuesta de un derecho absolutamente desligado de conceptos morales o de justicia sigue siendo un objetivo loable antes que una realidad de facto ϕ

REFERENCIAS

- Aristóteles (1985). *Ética Nicomaquea, Ética Eudemia*. Madrid: Gredos.
- Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kant, I. (2001). *Crítica de la razón práctica*. España: Mestas.
- Kelsen, H. (1946a). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Losada.
- Kelsen, H. (1946b). *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.

Kelsen, H. (1999). *¿Qué es la Justicia?* México: Fontamara. S. A.

Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Platón. (1981). "La República". En: *Diálogos*. Madrid: Gredos.