

**DERECHO Y MORAL: LA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN**

**ALEXANDER TRIANA TRUJILLO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS**

**ESCUELA DE FILOSOFÍA**

**MAESTRÍA EN FILOSOFÍA**

**BUCARAMANGA**

**2011**

**DERECHO Y MORAL: LA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN**

**ALEXANDER TRIANA TRUJILLO**

**Trabajo de Grado para optar al título de Magíster en Filosofía**

**Director:**

**PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO**

**Licenciado en Filosofía y Letras**

**Magíster en Lingüística**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS**

**ESCUELA DE FILOSOFÍA**

**MAESTRÍA EN FILOSOFÍA**

**BUCARAMANGA**

**2011**

*A Maxmin*

*la mayor motivación de todas mis acciones*

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>PÁG.</b>
INTRODUCCIÓN	9
1. LA JUSTICIA Y LOS VALORES	13
1.1 DESCRIPCIÓN	13
1.2 LA FELICIDAD	14
1.3 ALGUNAS FÓRMULAS DE JUSTICIA	25
1.4 DERECHO SIN JUSTICIA	32
1.5 LA ACTIVIDAD DEL JUEZ	35
1.5.1 El Caso Difícil y la Interpretación	37
1.5.2 Las Lagunas	41
2. LA NATURALEZA DE LA LEY	44
2.1 DESCRIPCIÓN	44
2.2 LA INDETERMINACIÓN Y LA UNIVERSALIDAD	44
2.3 DERECHO SUBJETIVO VS DERECHO OBJETIVO	56
2.4 EL DERECHO OBJETIVO Y LOS IMPERATIVOS	63
3. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO EN KELSEN Y KANT	70
3.1 LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD EN EL DERECHO	70
3.2 EL PRINCIPIO UNIVERSAL DEL DERECHO EN KANT	74
3.3 LA INTERPRETACIÓN Y LA INDETERMINACIÓN	85
3.4 LA NORMA FUNDAMENTAL	91
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA	101

## RESUMEN

**TITULO:** DERECHO Y MORAL: LA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN\*

**AUTOR:** Alexander Triana Trujillo\*\*

**PALABRES CLAVES:** Derecho, Moral, Norma, Justicia.

La obra de Hans Kelsen es una importante fuente de estudio para quienes se ocupan de las problemáticas propias del derecho, especialmente en lo que se refiere a la función y la importancia de la moral en los ordenamientos jurídicos. En este sentido a lo largo de este texto se analiza el esfuerzo de Kelsen por purificar el derecho de la influencia de la moral y las ideologías. Kelsen en *Teoría Pura del Derecho* –su obra más representativa– y en *¿Qué es la Justicia?* descubre que el concepto de justicia usado como fundamento del derecho es el responsable de que la moral y las ideologías se instauren como órdenes normativos de las sociedades. La justicia es entendida por Kelsen como aquello que los filósofos han presentado como el fundamento del derecho, bajo la tesis, de que sin ella ningún orden normativo es legítimo, es decir, sin que las normas busquen y se sustenten en principios como el bien, la igualdad, la libertad etc.

La justicia y las ideologías que ella representa son un problema para el derecho porque le impone principios absolutos que lo revisten de indeterminación, irracionalidad y subjetividad. Es por esto que la necesidad de una ciencia pura del derecho tiene su origen en la función que tradicionalmente cumple la moral en la teoría del derecho, pues, los fundamentos que la moral provee al derecho se constituyen en la principal fuente de indeterminación e irracionalidad. Desde esta perspectiva Kelsen decide buscar estos fundamentos en el derecho mismo y de manera más específica en la *norma fundamental*, la cual funciona como sustento de validez y legitimidad del derecho o como una entidad conceptual que le sirve de cimiento a los ordenamientos jurídicos positivos.

---

\* Trabajo de Grado

\*\* Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Filosofía, Maestría en Filosofía, Director Pedro Antonio García Obando.

## ABSTRACT

**TITLE:** LAW AND MORAL: THE PERSPECTIVE OF HANS KELSEN\*

**AUTHORS:** Alexander Triana Trujillo\*\*

**KEYWORDS:** Law, Moral, Standard, Justice.

Hans Kelsen's work is an important source of study for those who treat the proper problematic of law, especially for what refers to the function and the importance of moral in the legal system. In this meaning among the text Kelsen's effort to purify the law from the influence of moral and ideologies will be analyzed. Kelsen discovers in Pure theory of law –his most representative work- and in What is justice?, that the concept of justice used as basis of law is responsible for moral and ideologies to step up as normative orders of the society. Justice is understood from Kelsen as something philosophers have presented as the basis of law, under the theory that without it, no normative order is legitimate, ergo, without standards searching and being supported in principles like the good, equality, liberty, etc.

Justice and the ideologies they represent are a problem for law because it implies absolute principles, which cover it in indeterminacy, irrationality and subjectivity. There for the needs for a pure science of law have their origin in the function that traditionally moral satisfies in the theory of law, well, the basis that moral provides to law constitutes in the main source of indeterminacy and irrationality. Since this perspective Kelsen decides to search for these bases in the very law and in a more specific way in the fundamental standard, which functions like an approve of validity, legitimacy of law or as a conceptual entity that serves as a foundation for positive legal systems.

---

\* Graduation work

\*\* Faculty of human science, School of philosophy, Magister of philosophy, Thesis supervisor Pedro Antonio Garcia Obando

## INTRODUCCIÓN

El problema de la incorporación de la moral en el derecho es un tema que en la actualidad ha alcanzado gran relevancia. Así, por ejemplo, los debates en la filosofía jurídica del siglo XX hasta nuestros días han tenido como grandes protagonistas a Hart con una posición excluyente y Dworkin desde una visión más incluyente y crítica respecto a las posiciones del positivismo jurídico hartiano. Pero aunque es evidente que estos son los grandes protagonistas del debate que se surte en la actualidad en orden a la relación entre la moral y el derecho, no podemos perder de vista que el autor que inaugura este debate es Hans Kelsen con su obra *Teoría Pura del Derecho*, en la que se propone establecer las bases de lo que él llama la “Ciencia del Derecho.”

El proyecto que emprende Kelsen tiene sus raíces en el espíritu purificador kantiano, pues la continua búsqueda de elementos a-priori que liberen a la filosofía de la influencia de las ilusiones trascendentales (alma, mundo y dios) es algo que hereda Kelsen y que quiere instaurar en el derecho. Pero en este caso no son las ilusiones trascendentales aquello que impide que el derecho sea una verdadera ciencia, lo que es un obstáculo para alcanzar la objetividad en el derecho es la justicia entendida como valor absoluto. Ese presupuesto al que debe obedecer todo orden normativo y que parece indispensable como supuesto y fundamento del derecho es para Kelsen el principal foco de indeterminación y subjetividad. Esta es la perspectiva con la que Kelsen aborda el concepto de moral, ya que es por causa de la moral que la justicia se instaura en la base de los ordenamientos jurídicos y sirve como justificación para el establecimiento de ideologías que buscan su sustento material en las normas.

En su esfuerzo por purificar el derecho de la moral, Kelsen realiza un cuidadoso análisis de la manera en que desde la filosofía se presenta el concepto de justicia como la fuente de derecho. En su obra *¿Qué es la justicia?* se encarga de rastrear este concepto en varios de los más reconocidos filósofos de la historia, especialmente con el estudio de las fórmulas con las que se sintetizan sus propuestas morales. Este es por tanto el tema central del primer capítulo titulado Derecho y Justicia en Hans Kelsen; en él se estudia el concepto de justicia desde la crítica que Kelsen hace a la forma en que desde la filosofía se han instaurado los valores como principios fundadores de justicia y de derecho. En la primer parte de este capítulo se aborda el concepto de justicia como fundador de normas y se analiza también la manera en que la felicidad desde Platón, Aristóteles y Kant se constituye en el fundamento de la justicia y por la misma vía del derecho.

El estudio que se realiza en este capítulo retoma las diversas fórmulas con las que desde la filosofía se ha pretendido instaurar a la felicidad, la vida y la libertad como valores que debe respetar y proteger el derecho. Pero para el modelo kelseniano las expresiones formales que buscan ser la inspiración de los ordenamientos sociales bajo el supuesto de que en ellas se encarnan los principios que deben ser respetados por los hombres no pueden ser el objeto del derecho, ya que son fórmulas carentes de contenido, subjetivas e indeterminadas. Kelsen concentra toda su atención en los peligros que se corre con este tipo de principios siempre irracionales e ideales. Sus críticas en este sentido no solo manifiestan un fuerte celo por instaurar principios claros y objetivos para el derecho sino que además permite observar su preocupación por el papel negativo que la moral puede ejercer dentro del derecho.

Kelsen es consciente del fuerte papel que la moral cumple dentro del derecho y considera que esta relación no es conveniente por las razones antes mencionadas. Es en este punto donde propone un nuevo concepto de derecho desde una perspectiva purificadora en la que prima la “razón científica” sobre los

valores y los condicionamientos morales. El imperio de la razón científica sobre los valores propuestos por la moral es a lo que Kelsen apunta y sobre lo que quiere sustentar su teoría del derecho. Este es el tema de la segunda parte de este capítulo; en él estudiaremos las herramientas que permiten hacer del derecho una ciencia que no dependa de las nociones subjetivas de la moral y la justicia. Es decir, se muestra la manera en que el ejercicio purificador de Kelsen exige el planteamiento de un derecho sin justicia; un derecho sin la indeterminación propia de la moral y la filosofía. Sin embargo, a renglón seguido, se toma al derecho como objeto de estudio para estudiar la manera en que la indeterminación se hace presente en él no solo como una herencia de la moral y la filosofía sino como una característica inherente al derecho mismo.

La indeterminación presente en el derecho es entonces el tema a tratar en el segundo capítulo titulado La Naturaleza de la Ley; en él nos concentraremos en establecer cuáles son los elementos que hacen de la ley una fuente de indeterminación tanto para el derecho como para la moral. Este capítulo desarrolla esta problemática en tres partes: en la primer parte se sigue con el análisis de las lagunas y su relación con la naturaleza universal de la ley, en la segunda se estudian las críticas de Kelsen al derecho subjetivo y en la tercera se aborda la relación entre el Derecho objetivo y la moral desde las categorías normativas presentadas por Kant con el nombre de imperativos.

Del estudio de la ley como fuente de indeterminación damos paso al estudio de las máximas o principios que tanto en Kelsen como en Kant funcionan como sustento explicativo y de legitimidad del derecho. En el tercer capítulo titulado Los Fundamentos del Derecho en Kelsen y Kant nos ocuparemos del principio universal del derecho kantiano, el cual funciona como sustento explicativo y de legitimidad del poder coercitivo del derecho. Con el análisis de esta máxima podemos rastrear la manera en que Kant, pese a establecer marcadas diferencias entre derecho y moral incluye a los valores de la libertad y la justicia como

sustento de los ordenamientos jurídicos. También estudiaremos lo que frente a la perspectiva kantiana se muestra como la respuesta del modelo kelseniano que, pese a establecer al igual que Kant distancia metodológicas y de contenido entre la moral y el derecho, recurre a la norma fundamental como sustento de validez y legitimidad del derecho o como una entidad conceptual que le sirve de cimiento a los ordenamientos jurídicos positivos.

Con este recorrido crítico-analítico lo que se quiere mostrar es la manera en que el esfuerzo purificador del modelo kelseniano termina en la instauración de un nuevo orden moral para el derecho. Es decir, el derecho bajo el modelo kelseniano es una ciencia autónoma respecto a la influencia de los valores tradicionales de la moral como la justicia y la libertad, pero a la vez debe responder a unos nuevos parámetros de validez que descansan en la instauración del poder autorreferencial de un principio metafísico que cumple la función de justificar y validar el establecimiento de los ordenamientos jurídicos positivos.

## 1. LA JUSTICIA Y LOS VALORES

### 1.1 DESCRIPCIÓN

El primer capítulo titulado *Derecho y Justicia en Hans Kelsen* se desarrolla en dos partes: en la primera se estudia el concepto de justicia desde la crítica que Kelsen hace a la forma en que desde la filosofía se han instaurado los valores como principios fundadores de justicia y de derecho. En la segunda se analiza el nuevo concepto de derecho que Kelsen propone desde una perspectiva purificadora en la que prima la “razón científica” sobre los valores y los condicionamientos morales.

En el primer apartado en el que se estudia el concepto de justicia como fundador de normas se analiza también la manera en que el concepto de felicidad abordado por autores como Platón, Aristóteles y Kant se constituye en el fundamento filosófico de las diversas tradicionales concepciones de justicia. Pero esta justicia como las normas que de ella emanan es ideal y carente de contenido por esto el derecho que se funde en estos principios es ideal e irracional. En el segundo apartado se le da continuidad a esta problemática por medio de la presentación de las herramientas que permiten hacer del derecho una ciencia que no dependa de 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.

## 1.2 LA FELICIDAD

En dos de sus más conocidos escritos, Hans Kelsen<sup>1</sup> considera necesario establecer los límites de separación 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 en el que las relaciones que se establecen entre las mismas constituyen la verdadera naturaleza del derecho. Es un ordenamiento jurídico que pretende regular no sólo la conducta humana sino también las consecuencias de las mismas o los acontecimientos naturales que se refieran a la conducta humana ya sea como consecuencia o como condición de la misma.\* De esta forma nuestro autor empieza a establecer el “objeto” del derecho y a la vez señala que no tiene el monopolio de este “objeto” porque la religión y la moral también regulan la conducta humana y por tanto se hace necesario definir con claridad lo que se entiende por derecho y así poder diferenciarlo de cualquier otra forma de regulación de la conducta humana.

Es precisamente en la búsqueda de una definición concreta de derecho donde se puede observar la diferencia que existe entre derecho y justicia y a la vez profundizar en el papel de la justicia en su relación con la norma. Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* inicia la búsqueda de esa definición estableciendo un proceso purificador en el que la moral es el primer elemento del que el derecho pretende 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 lo que la moral busca. Las críticas de Kelsen<sup>2</sup> en este sentido están orientadas específicamente a la relación entre la noción de justicia y la noción de felicidad establecida por filósofos como Platón cuando se cambia la

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. p. 3

\* Kelsen, afirma que la muerte es objeto del derecho, pues pese a que es un proceso fisiológico natural está regulado por la norma (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*). *Ibíd.*, p. 3,4

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* México: Fontamara S. A, 1999. p. 10.

pregunta de la justicia por la pregunta de la felicidad, pues, el debate de Sócrates con Trasímaco en *La República* lo que hace es desplazar el problema de la justicia a la discusión por la felicidad del justo y la infelicidad del injusto. Esto lo podemos observar 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 -dijo.*  
*-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.<sup>3</sup>*

Desde esta perspectiva la pregunta ¿qué es la justicia? Requiere responder primero 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, pues 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 aquellos que hacen parte de esta sociedad hipotética coincidan en lo que entienden por felicidad. Pero lo que sucede es que la felicidad antes de ser algo que sirva para establecer nociones universales o al menos lugares comunes es una noción 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<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Platón. *La República*. En: *Diálogos de Platón*. Madrid: Gredos.1981. 354<sup>a</sup>.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 11,12.

La incompatibilidad entre ordenamiento social y felicidad individual parece hacerse evidente en la medida en que en muchas ocasiones la felicidad de uno implica la infelicidad del otro o de los otros. Y esto se hace más evidente cuando entendemos por felicidad la satisfacción de necesidades, pues de la misma manera que con el ejemplo del amor si lo que se quiere es que las normas garanticen la felicidad de cada uno siempre se presentarán dificultades, ya sea por los distintos sentidos de felicidad o por el tercero excluido que implica la elección. Y el pedir que los ordenamientos sociales garanticen la felicidad de todos por igual también es una pretensión difícil de satisfacer, 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.”<sup>5</sup>

Para que un ordenamiento jurídico acoja, proteja o promueva la felicidad es inevitable que algunos individuos terminen excluidos; por eso las propuestas de corte liberal como la de Bentham que quieren salvar esta dificultad al procurar la felicidad de todos buscando la mayor felicidad posible del mayor número de personas se constituyen en una alternativa viable para solucionar este problema, pues por lo menos se buscan los medios más idóneos para satisfacer las necesidades de muchos. Pero esto no hace menos fuerte la crítica de Kelsen pues pese a que se puede propender por la felicidad de una mayoría esta “felicidad” debe tomar carácter objetivo en la materialidad que representa el colectivo.

El colectivo es el que decide la noción de felicidad que prima y que debe ser atendida por el orden social que impere. 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 nociones de felicidad particulares. De esta manera se hace necesario que la noción subjetiva e individual de felicidad

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 13.

sufra una metamorfosis para convertirse en algo sino 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<sup>6</sup>.

La felicidad objetiva es aquella que se impone por parte de determinada forma de gobierno, de la misma manera que se impone 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 las autoridades y los legisladores deben garantizar y cómo jerarquizarlos? Para Kelsen esta pregunta es determinante porque el tratar de resolverla deja el descubierto los infaltables conflictos de intereses que son los que nos permiten hablar de justicia.

“Y solamente donde existen conflictos de intereses aparece la justicia como problema.”<sup>7</sup> Es interesante cómo Kelsen, después de realizar sus críticas a Platón por transformar la pregunta por la justicia en la pregunta por la felicidad toma la vía opuesta al transformar la pregunta por la felicidad en la pregunta por la justicia. Y se hace evidente cómo, en última instancia, está totalmente de acuerdo con esta identificación. Cuando señala que el conflicto de valores que es el que da origen a la problemática de la justicia es un problema que no puede ser resuelto por medios racionales o científicos. 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. Y esto hace que el juicio referido a valores esté siempre mediado por factores emocionales subjetivos. Después de esto queda clara la posición de Kelsen<sup>8</sup> respecto a dos

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 14,15.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 16, 17,18.

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.

Pero 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 que se establece desde una perspectiva moral. Pero la relación moral-felicidad y 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 felicidad, que, como ser individual, no puede encontrar, y por tanto, busca en la sociedad. Llámese “Justicia” a la felicidad social”<sup>9</sup>. 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 exista 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 pueden hacer parte del orden social que impera, sino en los conflictos que suelen presentarse. El ejemplo que cita nuestro 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<sup>10</sup>. Este ejemplo es muy significativo dado que la mayoría de las constituciones actuales consagran el inalienable e inviolable valor de la vida y a la vez

---

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado, Op. cit. p. 38.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 19.

reglamentan que sus ciudadanos presten un servicio militar que los obliga a arriesgar su vida 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 por entenderse que una vida sin libertad no tiene valor alguno. Pero también puede parecer injusto si la vida es el valor que hay que proteger. También 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. También el enfrentamiento entre el valor de la libertad individual con el valor de la seguridad económica se hace evidente cuando se tuviera que elegir entre un sistema económico planificado que garantice la seguridad económica individual pero que implique una limitación considerable de las libertades individuales.

Kelsen, al estudiar los conflictos entre valores, 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 lo podemos ver en los comentarios que realiza para cada uno de los ejemplos que representa conflicto entre valores; en el primero, el que se refiere al conflicto entre el valor de la vida y los intereses de la nación nuestro 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.<sup>11</sup>

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

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 20.

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.<sup>12</sup>

Con esta crítica lo que busca es negar a la noción de felicidad cualquier posibilidad de reflexión racional situándola 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<sup>13</sup> 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. La felicidad entendida como cualquiera 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 si no por juicios de valor subjetivos. En pocas palabras, un ordenamiento social que se determine por valores es un ordenamiento social irracional.

Pero las principales reflexiones políticas de carácter racional tienen a la felicidad y a la justicia como sustento de los ordenamientos sociales ideales. Esto se hace patente en *La Republica* y en *La Política*. En ambas obras Platón y Aristóteles sostienen que la (*audaimonía*) es el bien máximo que le da sentido y valor a *polis*. Platón por ejemplo como ya lo vimos identifica a la justicia con la felicidad y Aristóteles realiza la misma tarea desde *La Ética*. “(...) 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.”<sup>14</sup> Y como el estagirita señala a renglón seguido, es en la determinación de qué es lo que se entiende por felicidad donde están los

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea. Ética Eudemia*. Madrid: Gredos. 1094ª 5,10.

principales desacuerdos. Ahora bien, con esto no se puede agotar la noción de justicia aristotélica<sup>15</sup> y menos cuando en este apartado no se nombra de manera explícita este 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 del concepto 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.”<sup>16</sup> Platón expresa así su concepción de ley y política en tanto que estas no dependen del todo de la naturaleza a la manera de las cosas físicas sino que están orientadas al bien del Estado por la persuasión y la utilidad y no por principios objetivos y necesarios. Sus palabras en *La Republica* 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 por que 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.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 24.

<sup>17</sup> Platón. *La República*. En: *Diálogos de Platón*, Op. cit. 520ª.

La observación de Platón a Adimanto además de mostrar que el gobernante debe buscar la felicidad de todos sus gobernados y no parte de ellos, también nos 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. Pero 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 pero no responde a principios objetivos de 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 colocar 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.”<sup>18</sup> Nuestro autor con sus ataques a la noción de justicia platónica lo que hace es quitarle cualquier piso de objetividad a la reflexión política basada en valores y de paso ponernos en el antagonismo entre juicios de valor y juicios de realidad. Este antagonismo que tiene que ser resuelto desde el siguiente criterio: La primacía de los juicios de valor en los ordenamientos sociales desde cualquier punto de vista implican la primacía 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 nuestro autor con la verdad debería pasar lo mismo que con la justicia y la felicidad en tanto que los tres son entendidos como valores en el seno de la sociedad y nos

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 25.

llevarían irremediablemente a la subjetividad. La pregunta es ¿qué es lo que 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 el acuerdo por eso nos 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.”<sup>19</sup> 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 lo que nuestro autor llama *soluciones metafísico-religiosas* al referirse a la propuesta de justicia platónica que concibe a la idea de justicia como una idea que obtiene su validez de la idea de bien absoluto. El problema de esta propuesta según Kelsen consiste en que la idea de bien absoluto al estar más allá de todo razonamiento se hace inaccesible y con esto cualquier posibilidad de conocimiento racional de la justicia.

Esto es lo que concluye de su lectura de la carta VII de Platón pues sostiene que Platón 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<sup>20</sup>.

La propuesta de Platón desde la opinión de Kelsen es a todas luces inaceptable ya que no puede ser el sustento de un ordenamiento social racional en el que primen criterios objetivos. Es más, la relaciona de manera directa con las propuestas religiosas cristianas en las que las nociones de justicia y

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 41

conocimiento dependen de los caprichos y la voluntad de un Dios omnipotente pero que no es racional ni objetivo. “La sabiduría de este mundo es necesidad para Dios.”<sup>21</sup> Entonces La justicia y los demás valores son una convención social o una propuesta metafísica-religiosa que no obedecen a principios racionales o facticos que garanticen objetividad.

Por eso el sentido original de “Justicia” es para Kelsen absoluto e inalcanzable, tan inalcanzable como la cosa en sí lo está de los fenómenos. O como las ideas platónicas lo están de la realidad sensible. Nuestro autor considera que el problema de la relación entre derecho y moral lleva consigo la carga del dualismo metafísico en el que la posibilidad de justicia depende de la concordancia entre lo ideal y lo real que a la vez depende de la posibilidad de llegar a conocer ese orden absolutamente justo. Pero 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<sup>22</sup> y esto es aún más peligroso ya que en esa búsqueda de la “Justicia” pueden aparecer quienes se crean con la autoridad o la capacidad de haber hallado esa tan anhelada e inaccesible justicia. Es 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 o imposiciones de poder o sociales, termina por expresarse formalmente por medio de 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 estas son las herramientas con las que se implementan los distintos sistemas políticos.

---

<sup>21</sup> 1 Corintios III, 19. Citado por: KELSEN, Hans. *Ibíd.*, p. 44

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Op. cit. p.14, 15.

### 1.3 ALGUNAS FÓRMULAS DE JUSTICIA

Por esta razón se propone hacer un estudio detallado de las leyes, especialmente de aquellas que son la expresión de la justicia-moral.\* Lo primero que señala 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 su comentario al problema no resuelto de la jerarquía de valores, al respecto afirma:

“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.”<sup>23</sup> Esta estrategia argumentativa de identificación se puede observar en algunas *formulas de justicia* que han fundado muchas de las reflexiones filosóficas y políticas sobre la ley y la justicia. Por ejemplo las fórmulas tradicionales que dicen: “la justicia significa dar a cada quien lo suyo”, “bien por bien”, “pagar con la misma moneda” se han convertido en normas de justicia que han configurado la manera en que se legisla. La posición de Kelsen frente a estas fórmulas deja ver su profunda preocupación por el alcance y consecuencias de la aplicación de las mismas 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 primer formula “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 se constituyen en el fundamento de un ordenamiento jurídico. Pues la voluntad del legislador y la subjetividad expresada por la costumbre y el acuerdo se materializan en legislaciones complejas de cualquier tipo. “Por esto la fórmula “a

---

\* 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.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 29-30.

cada quien lo suyo” puede servir para justificar cualquier orden social, sea éste capitalista socialista, democrático o aristocrático”<sup>24</sup>.

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” pues en este caso los pueblos desarrollan estas categorías en relación a los devenires espaciotemporales y la cultura. Pero como ya dijimos líneas atrás, el problema está en que estas fórmulas se constituyen en la base conceptual de nociones de justicias que inspiran el derecho. Además con esta fórmula el problema mencionado adquiere nuevos matices pues en última instancia ésta es sólo una manera de mencionar el “principio de igualdad” 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.”<sup>25</sup> 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 matices.

Aristóteles en su *Ética Nicomáquea* 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 “más excelente” porque determina las relaciones entre el gobernante y su pueblo, y entre los integrantes del mismo. Es una virtud que trasciende el ámbito individual al referirse 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

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 46

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 48

parece referirse al bien ajeno, porque afecta a otros; hace lo que conviene a otro sea gobernante o compañero”<sup>26</sup>. Es en la tarea de identificar la naturaleza de la justicia cuando se plantea la idea de justicia como legalidad y equidad; además de esto, en los análisis de los distintos sentidos de lo justo y lo injusto lo primero que Aristóteles hace es señalar la dependencia entre estas dos nociones.

Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que 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<sup>27</sup>.

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 es una relación que implica interdependencia? Lo que señala Aristóteles es 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), (...)”<sup>28</sup>. Según esto, y atendiendo a la definición de justicia, es justo únicamente aquello que es legal y equitativo dado que es posible que se presente acciones ilegales pero que no expresen desigualdad. La desigualdad funciona como la diferencia específica del concepto de justicia pues 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 por estar orientada al bien de otros.

---

<sup>26</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. *Ética Eudemia*, Op. cit. 1130<sup>a</sup>.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, 1129b

<sup>28</sup> *Ibíd.*, 1130b 5,10.

Kelsen por su parte crítica la propuesta de justicia aristotélica por hacer de la equidad una noción que depende fundamentalmente de la moral positiva o de la moral tradicional de su tiempo. Critica también la manera en que 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<sup>29</sup>.

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 el concepto de justicia, pues lo trata 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 definición 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 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. Este término medio 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 en que - 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

---

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 63-64.

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”<sup>30</sup>. Pero los extremos que definen la proporción y el mérito están dados de antemano por la sociedad, pues lo bueno o la virtud y lo malo o el vicio son definidos por un orden social específico. Pues como el mismo Aristóteles advierte, todos están de acuerdo en que las distribuciones deben corresponder al mérito, pero las diferencias están en lo que cada quien entiende por mérito: los oligárquicos lo entienden 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 lo 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”<sup>31</sup>.

El imperativo categórico kantiano también es considerado por Kelsen como una fórmula vacía que trata de dar respuesta al problema de la justicia. Pero aunque el imperativo categórico tiene un propósito mucho mayor que dar respuesta al problema de la justicia\* lo que sí se hace evidente es la intención de presentarlo como una fórmula científica o cuasi-científica. 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 tome ley universal*”<sup>32</sup>. Esta es una

---

<sup>30</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. *Ética Eudemia*, Op. cit. 1131b 10,15.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?*, Op. cit. p. 67

\* Kant fórmula 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.

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe, 1983. p.72.

de las formulaciones kantianas que pretende conciliar la subjetividad del deseo con la objetividad de la ley pidiéndole al individuo que quiera lo que los demás quieren y nunca lo que solo 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<sup>33</sup>. 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”<sup>34</sup>. 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 de determinación racional de la conducta humana, este imperativo sí puede ser usado en el sentido en el que Kelsen lo entiende, dado que un individuo que se guie por la ley del imperativo siempre estará observando y respetando el orden establecido por las leyes positivas. Para entender mejor esta interpretación observemos lo que dice Kelsen sobre el imperativo:

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”

---

<sup>33</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. España: Mestas, 2001. p. 47.

<sup>34</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Op. cit. p. 61

o la regla áurea, puede servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular<sup>35</sup>.

Según Kelsen, el imperativo categórico al no establecer con claridad qué normas podemos o debemos desear que sean obligatorias para todos, se convierte en una fórmula vacía de justicia haciendo 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”<sup>36</sup> con esta reformulación Kelsen hace énfasis en los resortes de la norma, en este caso el dolor y el placer son los elementos que determina lo que debo evitar para los demás y lo que debo buscar para mí. El problema está en que lo 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 aurea Kelsen sostiene que su sentido principal no es subjetivo sino objetivo, al respecto afirma: “Su significado debe ser: condúctete con los demás como éstos deban conducirse contigo; y, en realidad, éstos deben conducirse de acuerdo con un orden objetivo.”<sup>37</sup> El orden objetivo al que nuestro autor se refiere es al establecido por la moral y el derecho positivo, es decir, por un orden social en particular.

---

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 61.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p. 56

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 58

En consecuencia, desde el análisis anterior Kelsen<sup>38</sup> 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 suyo de cada quien, o cuáles son los principios que uno quiera 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; como el nacional-socialismo, el fascismo, la democracia, el liberalismo, etc. Por tanto, ni siquiera las normas con pretensiones morales pueden garantizar la conformidad de la norma con una justicia intangible e ideal.

#### **1.4 DERECHO SIN JUSTICIA**

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

La propuesta de derecho presentada por nuestro 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

---

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p.11.

técnica social. No un problema ético”<sup>39</sup>. Con esta definición se señala la diferencia entre derecho y justicia, pues, para nuestro autor *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 (...)”<sup>40</sup>. Con esto 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 que no tengan ninguna base ideológica.

La razón científica, el conocimiento, 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 solo 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<sup>41</sup>.

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<sup>42</sup>. Pero nuestro autor redefine el papel que la Justicia cumple en orden al derecho, delimita su significado al restringirlo al ámbito de un orden social dado. En este sentido, justicia se identifica con legalidad o ilegalidad,

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 6.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 43.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, *Op. cit.* p. 15

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, *Op. cit.* p. 25.

es decir, un individuo es justo en la medida en que cumple las normas establecidas por un orden jurídico determinado<sup>43</sup>.

Ahora bien, este arreglo conceptual no es suficiente para solucionar el problema fundamental que está en el trasfondo de la necesidad purificadora de Kelsen. Determinar cuándo una conducta se subsume o no bajo 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, es con el primer tipo de juicio con el que 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”<sup>44</sup>.

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. Kelsen<sup>45</sup> 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). El primero hace parte del orden causal de la naturaleza y el segundo es fruto de un ordenamiento social particular. Una ejecución extra juicio es un asesinato donde el 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 corresponden al sentido *objetivo de un acto jurídico*<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado, Op. cit. p. 16.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 28.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 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 nuestro autor es una labor científica porque se desarrolla 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*. Es por eso que a continuación observaremos la manera en que el modelo kelseniano repercute en la actividad que debe desarrollar el juez.

## 1.5 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”<sup>47</sup>.

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 la norma 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

---

\* 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.” *Ibíd.*, p. 29.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 31.

fundamento las influencias de los sentimientos y los deseos que toman forma de juicios morales o ideológicos.\*

Pero establecer la relación entre los actos naturales y la norma es, para Kelsen<sup>48</sup>, 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 reconociendo 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* inicia estableciendo el concepto de derecho en orden a su esencia, en ella se 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”<sup>49</sup>. Las relaciones que se establecen en un ordenamiento jurídico, no son relaciones absolutamente determinadas y no son 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

---

\* 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 solo 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.” *Ibíd.*, p. 32.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 126, 127.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, Op. cit. p. 3.

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”<sup>50</sup>.

### 1.5.1 El Caso Difícil y la Interpretación

Pero al 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 nuestro autor busca “purificar” al derecho. Kelsen<sup>51</sup> 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 es preciso abordar con más detalle la posición de Kelsen en orden a la interpretación.

A todos estos problemas la interpretación debe ofrecer una vía de solución conforme con las pretensiones de la *Teoría Pura del Derecho*, es decir, conforme a la razón científica y el conocimiento, y no en las bases de la moral y las ideologías. Pero si se quiere conocer como la interpretación puede dar solución a estos problemas es necesario señalar primero su función. Según Kelsen<sup>52</sup> la interpretación verifica el sentido que puede tomar la aplicación de la norma

---

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Op. cit. p. 136.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 129,130.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 131.

siempre que se desarrolle dentro de las varias posibilidades del marco de la norma a ejecutarse, es el reconocimiento del primer problema de conformidad entre los estados de cosas exteriores y su significación. La significación de una norma no es unívoca, y siempre que se ajusten al marco de la norma a aplicar, las decisiones que se toman a partir de ella tampoco. En este sentido, la norma funciona como esquema de interpretación en el que las 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<sup>53</sup>.

Para nuestro autor, 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 como 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”<sup>54</sup>. 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”, etc.

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

---

<sup>53</sup> 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.” *Ibíd.*, p. 132.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 133.

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 que su proceder en el establecimiento de un mandato en forma de ley no es del mismo tipo que cuando un individuo “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<sup>55</sup>.

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 la formulación de la misma. 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*<sup>56</sup>. 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.

---

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado, Op. cit. p.40.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 41,42.

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<sup>57</sup>.

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.<sup>58</sup> La norma inferior que no es completamente determinable por la superior es para nuestro 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

---

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho, Op. cit. p. 121.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 121.

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 en la relación entre normas. Pero conviene que contrastemos esta posición con el tema de las lagunas que ya hemos enumerado como preámbulo del problema de la interpretación, pues de esta manera se puede sopesar la fuerza de los argumentos del modelo kelseniano.

### 1.5.2 Las Lagunas

La problemática hasta ahora mencionada entorno 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 casos 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. Decisión que es fundamentalmente un acto de voluntad determinado por la ley.

Ahora bien, en medio de la búsqueda de aquello que Kelsen<sup>59</sup> 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 (...)”<sup>60</sup>. Cuestiona la existencia de estas “lagunas”, y considera que lo que tradicionalmente se entiende como una carencia de normatividad para establecer preceptos adecuados para cada caso, no es más que una posición subjetiva que considera a una decisión como inconveniente o injusta, con la idea de que el legislador no ha pensado en ese caso.

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. Pág. 138,139.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, p. 139.

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 nuestro autor 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<sup>61</sup>.

Para cada una de estas lagunas hay una “solución” tradicional: la primera, busca la eliminación o creación de una ley que sea conforme a deseo; la segunda, pretende llenar los aparentes vacíos de la norma con la *interpretación*, también conforme a deseo; y la tercera confiere ilimitados poderes al juez. Para el derecho positivo todas estas soluciones son soluciones a un problema que no existe, o 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 expresa en la norma. Pero la aspiración de Kelsen con su *Teoría Pura del Derecho* encuentra en las lagunas grandes dificultades a las que responde desde una actitud de negación que aunque se hace necesaria para mantener coherencia con los postulados de derecho positivo y su exceso de confianza en el poder de 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 que se presentan 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

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 138-145.

la norma es suficiente para hacer que todo un modelo científico se sustente sobre ella.

## 2. LA NATURALEZA DE LA LEY

### 2.1 DESCRIPCIÓN

El segundo capítulo titulado *La Naturaleza de la Ley* se desarrolla en tres partes en las que se estudia el problema de la indeterminación de la ley y sus consecuencias para el derecho y la moral. En la primera parte se sigue con el análisis de las lagunas y su relación con la naturaleza universal de la ley, en la segunda se estudian las críticas de Kelsen al *derecho subjetivo* y en la tercera se aborda la relación entre el Derecho objetivo y la moral desde las categorías normativas presentadas por Kant con el nombre de imperativos.

### 2.2 LA INDETERMINACIÓN Y LA UNIVERSALIDAD

Para Kelsen, todas las soluciones que se le dan al problema de las lagunas son soluciones a un problema que no existe, o existe como una excusa para velar la influencia de juicios subjetivos sobre las decisiones judiciales. Esta es una evidente preocupación por las posibles y nefastas consecuencias del uso del derecho con fines políticos o ideológicos. Pero la oposición de Kelsen respecto a una teoría del derecho que incorpore valores absolutos como fundamentación estructural y filosófica de sistemas normativos, obedece –paradójicamente– a una fuerte postura moral y a una fuerte creencia en un tipo de justicia capaz de superar las imperfecciones humanas por medio de la formalidad y objetividad de la ley. Robert Walter conocedor y representante de la teoría del derecho al hacer un riguroso análisis de la forma en que Kelsen aborda el problema de la justicia expresa que no es intención de nuestro autor dar por superado el concepto de justicia, y no busca presentarlo como algo que no debe ser objeto de discusión e

investigación<sup>62</sup>. Esta es una observación muy acertada ya que de las investigaciones críticas de Kelsen al problema de la justicia depende buena parte de la justificación a la formulación e instauración de una teoría pura del derecho.

Lo que Kelsen hace en su obra *¿Qué es la justicia?* es tomar algunos de los principios de justicia más populares para señalar que sus formulaciones son indeterminadas y permiten la sustentación de cualquier ordenamiento social al ser carentes de contenido. Y es aquí donde el problema de la justicia entendida desde una perspectiva moral se une con el tema de las lagunas en el derecho. Para Kelsen no es aceptable que el derecho dependa de fórmulas vacías o esté sometido a los devenires de interpretaciones regidas por los caprichos de la voluntad y la subjetividad. Las posiciones establecidas por nuestro autor niegan la existencia de estas lagunas, sin embargo es necesario que nos detengamos un momento para responder con cuidado a la pregunta ¿existen las lagunas? Pues si estas existen en el derecho no hay ninguna razón para suponer que los principios que provienen de la moral al carecer de contenido son más o menos inconvenientes que los que provienen del derecho ya que ambos serían insuficientes para subsumir estados de cosas de hechos a estados de cosas legales

Tratemos de definir entonces eso que ya hemos tratado en algún momento con el nombre de lagunas. Este problema podemos rastrearlo desde lo que señala Aristóteles en *La Ética y la Política* cuando estudia la ley en su naturaleza universal y su dificultad para llegar a determinar casos particulares. Ya se ha señalado que para Aristóteles la justicia se define a partir de la *ley* y la *equidad* como principios esenciales, pues para hablar de justicia en sentido propio son necesarios ambos elementos ya que la ley por sí sola no expresa el sentido absoluto de la justicia debido a que se pueden dar leyes injustas.

---

<sup>62</sup> Cf: Robert Walter. Kelsen, la Teoría pura del derecho y el problema de la justicia. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1997. p. 19.

Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y a aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar rectamente de un modo universal<sup>63</sup>.

Este problema es tratado por Aristóteles en relación a temáticas como la verdad por la correspondencia entre la forma sustancial o esencia y la entelequia o sustancia. La verdad aristotélica en este caso exige que la correspondencia sea absoluta, pues para que hablemos de conocimiento, el plano de las esencias y los universales debe corresponder con el plano de los entes particulares -en otras palabras- el enunciado o juicio debe coincidir con los individuos concretos a los que se refiere<sup>64</sup>. La rectitud de la que habla Aristóteles es muy similar, solo que en este caso no es un problema epistemológico u ontológico sino que es de tipo práctico, lo cual hace que las exigencias en la relación entre lo universal y lo particular cambien radicalmente. “En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error”<sup>65</sup>. El objeto de estudio de la reflexión práctica no es de la misma naturaleza que los seres de la del mundo físico. El estagirita concibe en este caso el error como parte de la ecuación práctica, pues el juicio basado en la ley está limitado por la *naturaleza* de la ley. Cuando Aristóteles se refiere a la naturaleza de la ley lo hace desde una dimensión ontológica que busca definir la cosa desde su forma sustancial o desde su esencia. De esta determinación dependen las posibilidades del desarrollo de este objeto, en este caso, la *ley*.

Las observaciones de Aristóteles en orden a la verdad están hechas sobre un tipo de objeto distinto o con una naturaleza distinta a la de la ley. Para Aristóteles la

---

<sup>63</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. *Ética Eudemia*. Madrid: Gredos, 1985. 1138<sup>a</sup> 10,15.

<sup>64</sup> Cf. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Madrid: Gredos. 1990. IX, 1051b-5.

<sup>65</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. *Ética Eudemia*, Op. cit. 1138<sup>a</sup> 15,20.

*naturaleza*<sup>66</sup> y sus principios son abordados desde *La Física* y *La Metafísica* entendidas como ciencias segunda y primera respectivamente. La razón de la jerarquización está en su objeto de estudio; la *física* se ocupa del ser pero no en sí mismo sino en uno de sus aspectos -el movimiento-, la metafísica o ciencia primera por su parte tiene como objeto al ser en cuanto ser o en sí mismo. El ocuparse del ser en sí es lo que hace que la metafísica sea la ciencia primera pues no se ocupa del ser en alguna de sus modos o manifestaciones sino del ser sin nada más a él mismo. En la delimitación de saberes que hace Aristóteles encontramos al hombre como un nuevo objeto de estudio, pero no es éste ser o modo del ser el objeto propio de *La Ética* y *La Política*. El objeto de estudio de estas disciplinas es el hombre como productor de “actos” los cuales no pueden ser estudiados de la misma manera que los demás seres de la naturaleza al carecer de materialización objetiva. Ahora bien, la razón de estas observaciones de tipo metodológico estriba en demostrar que para Aristóteles la verdad entendida desde la física o la metafísica difiere de la verdad desde la ética y la política. La naturaleza de la ley está dada por el ámbito de estudio de las disciplinas en las que se estudia, pero especialmente por el papel que cumple dentro de ellas ya que es la ley la que se ocupa de establecer la determinación de las acciones de los hombres con miras a los fines del estado o la virtud. Esta relación entre la ley y las acciones es muy similar a la relación que establece Kelsen entre los estados de cosas de hecho o naturales y los estados de cosas en su significación jurídica. Para recapitular, citemos el ejemplo mencionado en el primer capítulo en el que un estado de cosas de hecho o natural como la muerte puede ser categorizado según las circunstancias en su significación jurídica como asesinato<sup>67</sup>. En esta situación se puede observar que la correspondencia entre los estados de cosas

---

<sup>66</sup> Aristóteles, es uno de los primeros filósofos en advertir la no univocidad del lenguaje, ya en el libro V de la *Metafísica* se encarga de identificar los distintos sentidos en que se puede hablar de algunos de los enunciados más importantes para sus propuestas teóricas. En este caso hablamos de Naturaleza en dos sentidos: el primero -que es el que corresponde al uso que se da en estas líneas- se refiere a la naturaleza entendida como la realidad toda, como objeto de estudio de la filosofía; el segundo sentido -que es el uso fundamental de este capítulo corresponde con la cualidad inherente o que define determinada entidad, en este caso, la ley.

<sup>67</sup>Cf. Primer capítulo de este texto. p. 19.

fundamentales para la toma de decisiones es posible. Para ilustrarlo mejor veamos el ejemplo expuesto por Kelsen:

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 solo 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<sup>68</sup>.

La propuesta de Kelsen supone que es posible que los estados de cosas de hecho, externos o naturales, correspondan con estados de cosas jurídicos o predeterminados por el legislador. Pero la naturaleza de la ley como la señala Aristóteles hace que esto sea poco factible pues en algunos casos es necesario entrar a corregirla, ya que la ley por sí misma no puede llegar a todos los casos particulares. Es necesario establecer un ejercicio de correspondencia que no es tan exacto como el que se puede establecer desde las ciencias fundamentales del ser. Ahora bien, como es costumbre en Aristóteles, la dificultad del objeto no es suficiente para que deje el juicio sobre el mismo a la indeterminación, por el contrario, establece un criterio que le puede permitir al juez corregir la ley y operar con la incompatibilidad entre los estados de cosas de hecho y los estados de cosas jurídicos.

Por tanto cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso lo equitativo es lo justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho, Op. cit. p. 32.

<sup>69</sup> ARISTÓTELES. Ética Nicomaquea. Ética Eudemia, Op. cit. 1138<sup>a</sup> 15,20.

De todo esto se sigue que para Aristóteles las lagunas son una realidad. Sin embargo, vale la pena retomar la posición aristotélica y su relación con la tipología de las lagunas, es decir, estudiemos la manera en que las observaciones del estagirita pueden situarse en alguno de los tres escenarios o formas de lagunas señaladas en el primer capítulo<sup>70</sup>. Analicemos entonces las distintas formas de lagunas: La laguna total se refiere a la diferencia que se puede dar entre la expresión de la ley en su formalidad y la intención del legislador o el espíritu que la inspira; la laguna parcial o técnica se refiere al grado de indeterminación que se le reconoce a los ordenamientos jurídicos, y la laguna del legislador se presenta cuando el ordenamiento jurídico acepta la existencia de “lagunas” y confiere al juez poderes legislativos especiales para salvarlas<sup>71</sup>. De los tres casos mencionados, la primera es la única que queda por fuera de las consideraciones hechas por Aristóteles frente al alcance de la ley. Pues no afirma que la ley no exprese o pueda expresar la voluntad del legislador sino que la ley tanto en su formalidad como en su espíritu es insuficiente para legislar casos particulares. Por su parte la segunda y la tercera hacen referencia especial a la incapacidad natural de la ley para determinar casos particulares. Y es fundamentalmente en el tercer sentido en el que se encuentran las dificultades más grandes. Pues Aristóteles confiere un gran poder al nivel interpretativo al afirmar la necesidad de corregir la ley bajo el supuesto de que el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y conocido el caso particular.

Aristóteles supone tal necesidad porque considera que la acción del juez es una acción de justicia. Es decir, la superación del error presente en la insuficiencia de la ley es algo factible gracias al criterio de lo *equitativo*. Para Kelsen esto genera grandes inconvenientes ya que con tal flexibilidad en la interpretación y aplicación de la ley se puede subvertir el ordenamiento jurídico y suplantar al legislador. Su principal crítica está orientada a la definición de laguna, pues, entendemos como

---

<sup>70</sup> Cf: primer capítulo de este texto. p. 24; también en: KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 138,145.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 138-145.

laguna en términos generales al evento en el que la ley es insuficiente para determinar las cuestiones de hecho o los casos particulares. Sin embargo, para Kelsen esto no es lo que pasa con las lagunas, pues sostiene que la laguna en última instancia no es una falta de correspondencia entre un estado de cosas de hecho con un estado de cosas jurídico. La posición de Kelsen consiste fundamentalmente en presentar a las lagunas como una falta de correspondencia entre el derecho positivo y determinada concepción de justicia. En palabras de Kelsen: “La llamada “laguna” no es por ende otra cosa que la diferencia entre el Derecho positivo y un orden mejor más justo y más recto. Solo porque se compara el orden positivo con uno de este género y se comprueba así su deficiencia, puede afirmarse algo semejante a una “laguna” ”<sup>72</sup>. En este sentido la laguna es una ficción fruto de los deseos subjetivos de los individuos cuando contrastan el derecho positivo con sus propias concepciones de justicia o con las formas ideales de justicia. Kelsen se muestra reiterativo en su propósito de suspender o eliminar a la justicia de la ecuación en la toma de decisiones y en las consideraciones teóricas que se hagan entorno al derecho. Las lagunas son desde su punto de vista una manifestación más de la perjudicial influencia de las ideas indeterminadas, subjetivas y poco racionales de la justicia en la teoría del derecho. Para demostrarlo sigue insistiendo en la importancia de respetar la ley en su expresión positiva y afirma que la solución que se ofrece a las “lagunas”<sup>73</sup> -como él lo expresa- lleva a la alteración total o parcial del ordenamiento positivo. Según esto la propuesta de la equidad aristotélica está motivada por principios subjetivos e irracionales, pues faculta al juez para que instaure su voluntad como legisladora.

(...) la interpretación no tiene aquí la función de poner en aplicación la norma a interpretarse, sino al contrario, la de eliminarla para reemplazarla por una mejor, más acertada, más justa, en breves términos, por la norma deseada por quien

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*, p. 139, 140.

<sup>73</sup> La expresión *laguna* entre comillas quiere mantener el sentido que Kelsen le quiere dar.

aplica el Derecho. Bajo la apariencia de complementar el orden jurídico la norma original es suprimida de golpe y sustituida por una nueva<sup>74</sup>.

Para Kelsen la naturaleza universal de la ley no es un problema o una dificultad como lo dice Aristóteles. Es por eso que no considera necesario establecer algún mecanismo que complemente el ordenamiento positivo. La interpretación debe ceñirse los lineamientos de la ley. Una posición de este tipo no sólo es la mejor sino la más deseable, que la ley sea suficiente en la toma de decisiones y que el factor humano no interfiera o no haga parte de la ecuación. Ahora bien, Kelsen condena a los filósofos por elaborar conceptos de justicia bajo presupuestos ideales e irrealizables y por crear principios de justicia carentes de contenido que sirven para instaurar cualquier forma de orden social. Sin embargo, se propone demostrar que la ley no solo es necesaria sino suficiente para garantizar la correcta aplicación del derecho. La posición de Kelsen es mucho más ambiciosa que la de Aristóteles, ya que la necesidad de corrección de la ley es vista por el estagirita no como deseable sino como inevitable. Esta característica de la ley se muestra como insuperable desde la ley en sí misma, pues la universalidad es algo que la define y sin lo cual no sería ley.

El mismo Kelsen analiza una forma de corrección de la ley que se establece desde el legislador. En este tipo de corrección se supone como cierta la tesis de Aristóteles, es decir se asume que existen las lagunas y que se muestran con fuerza de necesidad. Si el legislador hace su labor con plena conciencia de esta limitación puede tomar la posición de Aristóteles y dejar como tácita la necesidad de corrección por parte de los jueces, o puede ir más allá y hacer explícita la necesidad de corrección por medio de la misma legislación. Esto último se puede observar en la legislación austriaca y suiza en sus artículos 6° y 1° respectivamente.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p.140.

*Art. 1*

*1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.*

*2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*

*3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence*<sup>75</sup>.

Este artículo del código civil suizo nos permite observar que una legislación puede asumir desde sus fundamentos el problema de la naturaleza de la ley con un profundo sentido pragmático. Para garantizar que la voluntad de legislador sea respetada se incluye en la misma legislación los imprevistos que se pudieren presentar. Al hacer explícito lo que Aristóteles señala como una operación tácita, la legislación suiza transforma lo indeterminado en determinado, pues, técnicamente aun en todos aquellos casos particulares en los que la legislación ordinaria parezca insuficiente, la ley sigue haciéndose efectiva cuando el juez decide a discreción, y a la vez responde a lo mandado por este artículo.

Este es el mejor de los escenarios para quien busca garantizar -por lo menos en sentido formal- el imperio del derecho positivo, pues una norma puede instaurarse como poder absoluto y su espíritu parece hacerse omnipresente en toda decisión. Pero Kelsen se opone a esta salida, ya que para él no es necesario dar solución a un problema que no existe. Para este tipo de formulaciones tiene objeciones epistemológicas e ideales. Epistemológicas porque presenta las problemáticas de la teoría del derecho bajo las mismas categorías epistemológicas de la ciencia positiva. Como ya se ha señalado al querer contrastar la relación entre la ley y los hechos de la misma forma en que se contrasta los universales o conceptos y las cosas, se pretenden encontrar errores y verdades absolutas con carácter de

---

<sup>75</sup> Disponible en Internet: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>. Página Web de la Confederación Suiza (Confédération Suisse). Con acceso septiembre, 8, 2010.

1. La ley rige todos los asuntos definidos por la carta o por el espíritu de alguna de sus disposiciones.

2. En caso de falta de una disposición legal aplicable, el juez dictamina según el derecho de consuetudinario y, en ausencia de éste, según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador. 3. Trata de soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia. Traducción: *José Horacio Rosales Cueva*, Docente Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

necesidad y universalidad al estilo de las leyes de la física. En este caso se confunden las leyes positivas y los hechos como objeto propio del derecho con las leyes de la naturaleza y la naturaleza. Ahora bien, esta tendencia de legitimar la labor de determinado saber con el prestigio que alcanzaron las ciencias de la naturaleza no es algo que le suceda únicamente a Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho*<sup>76</sup>. Kant también quiere hacer de su teoría moral una teoría cuasi-científica, pues después de reformular una nueva teoría del conocimiento depurada de los errores inspirados por las ideas trascendentales, emprende un camino que lo lleva poco a poco a la formulación del imperativo categórico, el cual debe funcionar como un principio puro de determinación de las acciones humanas al no responder a otro tipo de motivación que la forma de la ley.

Este imperativo, es el imperativo categórico: Cuando pienso en general un imperativo hipotético, no sé de antemano lo que contendrá; no lo sé hasta que la condición me es dada. Pero si pienso un imperativo categórico, ya sé al punto lo que contiene, pues como el imperativo, aparte de la ley, no contiene más que la necesidad de la máxima de conformarse con esa ley, y la ley, empero, no contiene ninguna condición a que esté limitada, no queda más que la universalidad de una ley en general a la que ha de conformarse la máxima de la acción, y esa conformidad es lo único que el imperativo representa propiamente como necesario<sup>77</sup>.

El ideal kantiano es asumido por Kelsen desde una orilla distinta pero muy cercana a la moral. El derecho no puede permitir que en la ecuación intervengan elementos distintos a la ley y su formalidad. Por tanto, una legislación como la suiza que incorpora la voluntad del juez como algo distinto a la voluntad de quien aplica formulas matemáticas no solo está siendo muy laxa sino que no es conforme a la “ciencia” del derecho lo pide. Y en este sentido las decisiones

---

<sup>76</sup> Es importante señalar que desde el prólogo de su *Teoría Pura del Derecho* Kelsen advierte que su tarea es desarrollar una teoría jurídica libre de toda ideología política y de todo elemento científico natural. Sin embargo, es evidente que hay un ideal científicista en su teoría del derecho en tanto que quiere hacer de este una ciencia pura que responda a los principios de objetividad y exactitud. (Cf: KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 1995)

<sup>77</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Op. cit. p. 71,72.

tomadas por un juez bajo estas circunstancias son una clara alteración de la correspondencia entre la ley y los hechos.

Eso en cuanto a las objeciones epistemológicas que como en Kant atraviesan todo el horizonte de su teoría. La consecuencia de esto es el establecimiento de una teoría del derecho inspirada en el sentido absoluto y puro de la formalidad de ley en oposición a la indeterminación y subjetividad irracional de la voluntad de los hombres. Aunque Kelsen critica algunas de las teorías políticas de los filósofos por establecer nociones de justicia absolutas bajo principios indeterminados y carentes de contenido. Se propone por su parte reelaborar al estilo kantiano una nueva ciencia que depure los ideales tradicionales de justicia absoluta con unos ideales nuevos de justicia absoluta pero con la característica del sustento en la formalidad de la ley.

La justicia es una preocupación latente en la teoría de Kelsen, es una justicia no solo absoluta sino también determinada. Y esta característica inspira las críticas de Kelsen a legislaciones que permiten o motivan la indeterminación.

Retomemos el artículo primero del código civil suizo:

Art. 1

1. La ley rige todos los asuntos definidos por la carta o por el espíritu de alguna de sus disposiciones.
2. En caso de falta de una disposición legal aplicable, el juez dictamina según el derecho de consuetudinario y, en ausencia de éste, según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador.
3. Trata de soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia.

El párrafo segundo considera como posible la inexistencia de una ley apropiada para un estado de cosas de hecho y faculta al juez para que en estos casos asuma el papel de legislador. El juez solo debe remplazar al legislador en los casos excepcionales en los que la ley sea insuficiente, pero el riesgo que se corre

con este tipo de ley está en que el juez se instaure como legislador no sólo en los casos excepcionales sino en aquellos que él crea necesario para hacer valer su propia concepción de justicia. El asunto al que Kelsen apunta está en la relación entre el legislador general y el que aplica individualmente el derecho. Pues según Kelsen lo que está en juego es el principio de legalidad de la ejecución de las normas generales o la validez de las mismas<sup>78</sup>. El riesgo que se asume tiene relación directa con la correcta relación de poder entre los distintos órganos del estado. Pues, si el juez se excede en su función, suplanta al legislador y altera todo el orden establecido desde la constitución.

Este grado de indeterminación es el que Kelsen desapruueba. Dado que la legislación establecida desde las gradas superiores puede ser remplazada por una legislación impuesta de manera subrepticia por el ejecutor del derecho de las gradas inferiores. Es entonces en la voluntad del ejecutor del derecho donde descansa la fuerza y la validez de la ley, y si no se le dan límites a esta voluntad y por el contrario se le confieren más libertades se debe asumir que el ejecutor de derecho responderá no a la ley sino a sus principios, deseos, concepciones ideológicas o políticas. Es decir, la “laguna dentro de la ley” tal modo como lo presenta Aristóteles o la legislación Suiza funciona como la excusa perfecta para que la aplicación la ley no sea una acción racional.

El ejecutor de derecho debe creer que sólo le está permitido dejar de aplicar la ley en los casos en los que no puede ser aplicada por no contener posibilidad alguna de aplicación. El juez habrá de creer que sólo es libre cuando le está permitido hacer las veces de legislador. La ficción de “laguna” le oculta que también es libre, en verdad, en este respecto<sup>79</sup>.

Gracias a estas líneas la libertad con la que cuenta el juez se hace más evidente, por tanto – al modo kantiano- es necesario someter al juicio de la razón a las leyes y las normas. Aunque el juicio que hace Kelsen está enfocado a las leyes y los

---

<sup>78</sup> Cf: KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. México: Porrúa, p.144.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p.140.

principios de justicia emanados de las teorías filosóficas, es preciso señalar que la indeterminación apreciable desde las lagunas o fuera de ellas es algo que puede hacer parte de la expresión de las leyes emanadas no sólo de la filosofía sino del derecho mismo. El primer paso puede consistir en reconocer lo que para Kelsen es imposible de reconocer, las lagunas son una consecuencia de lo que Aristóteles llama la naturaleza de la ley, naturaleza que es innegable especialmente si lo vemos desde el ámbito puramente teórico que es el ámbito al que quiere llevar Kelsen la reflexión en torno al Derecho. Recordemos que la propuesta del modelo kelseniano opera desde una posición teórico descriptiva en la que el derecho – entendido como el conjunto de normas que hacen parte de un ordenamiento jurídico – es el objeto al que se dirige la ciencia que quiere alcanzar la objetividad y la exactitud. Es por eso que las observaciones que hasta el momento hemos hecho en relación a la ley y los elementos que la revisten de indeterminación como su esencia universal, las lagunas y la necesidad de interpretación se convierten en importantes obstáculos para el proyecto purificador y científicista de Kelsen. Para profundizar en valor y sentido de estos obstáculos pasemos a estudiar la característica de la universalidad de la ley en tanto que Kelsen ve en ella la mejor forma de eliminar las ideologías y las influencias ético – políticas del derecho subjetivo.

### **2.3 DERECHO SUBJETIVO VS DERECHO OBJETIVO**

La naturaleza de la *Teoría Pura del Derecho* está en su universalidad y objetividad, que son el fruto del rechazo a los juicios ético-políticos propios de los conceptos de derecho en sentido subjetivo. La universalidad de la Teoría Pura del Derecho es el resultado de una cuidadosa labor de exclusión de aquellos elementos que revisten de subjetividad y particularidad al derecho. Se pueden identificar cuatro momentos en los que Kelsen hace sus enconadas críticas a lo que considera como la *ideología del derecho subjetivo*. El primero es una

descripción del derecho subjetivo, en el segundo se plantea un rechazo a la identificación de persona con sujeto de derecho, el tercero es la definición de relación jurídica y deber jurídico, y el cuarto es la presentación del derecho positivo como el único posible<sup>80</sup>.

Kelsen advierte que la teoría general del derecho al aceptar que el derecho puede ser entendido de manera subjetiva y objetiva a la vez, invita a una clara contradicción. Para Kelsen es inadmisibles la convivencia de estas dos posturas teóricas del derecho ya que su incompatibilidad se hace manifiesta cuando el Derecho objetivo<sup>81</sup> entendido como orden (ordenamiento) de normas no puede establecer ningún tipo de relación con el derecho subjetivo pues este último al estar fundado en el *interés o la voluntad* no puede establecer una relación de correspondencia. Es decir, el ordenamiento establecido por el Derecho positivo no se puede subsumir a las nociones de interés y voluntad propias del derecho subjetivo. Pero esto no es lo único que le molesta a nuestro autor sobre la teoría general del derecho. También niega que el Derecho objetivo sea simplemente el resultado del establecimiento previo del derecho subjetivo. Para entender mejor la relación entre derecho subjetivo y objetivo –con la que Kelsen no está de acuerdo– observemos la afirmación del Derbung un importante teórico del positivismo jurídico del siglo XIX:

Los derechos en sentido subjetivo existían ya históricamente mucho tiempo antes de que se desarrollara un orden estatal consciente de sí mismo. Se funda en la personalidad de los individuos y en el respeto que supieron obtener y lograr a todo trance para su persona y sus bienes. Sólo por abstracción hubo de extraerse paulatinamente de la concepción de los derechos subjetivos existentes el concepto de orden jurídico<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 68,78.

<sup>81</sup> a partir de este momento se usa derecho, sin mayúscula, para hacer referencia al derecho subjetivo, y cuando se escribe la mayúscula se hace referencia al Derecho objetivo (ordenamiento jurídico).

<sup>82</sup> Derbung. En: KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p.70.

La genealogía del Derecho positivo expuesta en estas líneas lo ubica en una relación de dependencia y de inferioridad jerárquica frente al derecho subjetivo. Además, implica reconocer que el Derecho objetivo responde a las necesidades y principios expuestos desde el derecho subjetivo. Las consecuencias del dualismo de la teoría del derecho no sólo son ideológicas sino también funcionales, ya que desde esta perspectiva el Derecho objetivo sólo es la manifestación formal de las necesidades expuestas en el derecho subjetivo. Para comprender mejor el alcance de la postura de Derbung llevemos esta problemática al ámbito ontológico aristotélico que líneas atrás tratamos. La verdad es vista por Aristóteles como la necesidad de correspondencia entre la substancia entelequia o compuesto de materia y forma (lo que realmente existe), con la forma sustancial o esencia. La esencia en última instancia es el juicio o concepto que se deriva de la entelequia. Todo juicio verdadero supone una correspondencia ontológica entre los juicios y las cosas, pues los juicios y los conceptos sólo pueden proceder de las substancias. En palabras de Aristóteles: "(...) Debemos en efecto considerar qué es lo que decimos. Pues tú no eres blanco porque nosotros pensemos verdaderamente que eres blanco, sino que, porque tú eres blanco, nosotros, los que afirmamos, nos ajustamos a la verdad"<sup>83</sup>. Aunque la comparación parezca forzada se hace necesaria, porque así es posible entender el grado de dependencia de la teoría subjetiva frente a la teoría objetiva. Si la existencia del orden jurídico es apenas *una abstracción* de los derechos subjetivos, entonces la validez del orden jurídico no está en sí mismo sino en los lineamientos establecidos por una realidad que le precede.

En este orden de ideas el derecho subjetivo se muestra como la máxima instancia y la fuente de Derecho. Y por tal razón también puede constituirse en aquello con lo que los ordenamientos jurídicos deben contrastar en caso de laguna. Esta relación entre derecho subjetivo y objetivo que Kelsen no puede aceptar por la contradicción que implica el tratar de subsumir las leyes y el ordenamientos de las

---

<sup>83</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. Op. cit. p. IX, 1051b-5.

mismas a la *voluntad y el interés* del derecho subjetivo, se muestra como una alternativa viable para el problema de las lagunas. Pues por un lado se puede tomar como criterio de determinación diferente a la formalidad de la ley, y por otro lado con esta dualidad se puede superar el problema que origina las lagunas, es decir, hace más compatible la naturaleza universal de la ley con los aspectos particulares de los hechos.

Pero dejemos por un momento la posibilidad que se abre paso desde el dualismo de la teoría del Derecho para concentrar nuestra atención en el segundo elemento que Kelsen somete a crítica, este es la identificación de persona y sujeto de Derecho. Estudiemos la definición de personalidad jurídica que es considerada por nuestro autor como una ficción.

El concepto fundamental del derecho es la libertad...el concepto abstracto de la libertad es: posibilidad de determinarse a algo... El hombre es sujeto de derecho por cuanto les es propia esa posibilidad de determinarse, por cuanto tiene una voluntad<sup>84</sup>.

El problema de esta definición de personalidad jurídica es, según Kelsen, que el individuo aunque sea libre, y cuente con voluntad, no puede concederse Derecho a sí mismo, pues una relación jurídica supone establecer acuerdos por lo menos entre dos individuos. De esta manera nuestro autor busca negar la genealogía del Derecho propuesta por la teoría general para remplazarla por una nueva genealogía en la que el orden de los factores se invierte. Es decir, la dualidad de la Teoría General del Derecho que impone como necesario y superior el derecho subjetivo por ser aquel del que se abstraen los contenidos del Derecho objetivo, se ve relegada por una nueva genealogía en la que es el Derecho objetivo el que se instaure como única opción posible de emanación de Derecho. La propuesta de Kelsen va más allá del simple desarrollo de metodologías y sistemas para reorganizar la "ciencia del derecho", su metodología también incluye el desarrollo

---

<sup>84</sup> GEORG FRIEDRICH, Puchta. En: KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho, Op. cit. p. 72

de un complejo sistema conceptual para establece los fundamentos metafísicos del derecho empezando con su origen y finalidad.

El origen del Derecho no está en un sujeto del que se abstraen los derechos que están en él de manera esencial sino en una forma de contrato o acuerdo entre dos o más individuos. El Derecho no es inherente a los individuos, es el resultado de un tipo de interacción social en la que se formalizan los acuerdos. Pero no es de la interacción social de donde proviene el Derecho, la interacción social apenas es la condición necesaria para que se establezcan los contratos que se constituyen en la verdadera fuente de Derecho.

Pues nadie puede concederse derechos a sí mismo como quiera que el derecho del uno sólo existe bajo el supuesto del deber de otro, y que esa relación jurídica conforme al orden jurídico objetivo sólo puede tener lugar por la manifestación de la voluntad concordante de dos individuos. Y aun esto mismo, en tanto que el contrato es instituido por el Derecho objetivo como situación de hecho productora de derecho; de modo que la determinación jurídica parte en último término de ese mismo Derecho objetivo, y no de los sujetos de derecho a él sometidos, por lo que tampoco existe plena autonomía del derecho privado<sup>85</sup>.

La fuente del Derecho es el Derecho mismo y no los objetos de Derecho, en este sentido la voluntad y las necesidades de los individuos son apenas objeto de Derecho pero no el origen del mismo. Esta distinción es útil en la elaboración de una propuesta teórica que pretende revestir de universalidad al Derecho, pues hacer del Derecho una “ciencia” desde los presupuestos teóricos del derecho subjetivo implica invertir los valores de determinación, pues la persona como fuente de Derecho es un elemento que reviste de particularidad e indeterminación cosa que es un problema si lo que se quiere es mostrar al Derecho como un sistema puro y libre de las influencias de particulares formas de pensar o sentir materializadas o sistematizadas en ideologías. Podemos concluir que para Kelsen la negación de la identificación de persona con sujeto de derecho es la negación

---

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho, Op. cit. p. 72

de la ideología del derecho subjetivo como fuente primaria y superior de Derecho y a la vez la negación del sujeto particular, sus necesidades y deseos como fuente de Derecho. Esta es una de las críticas más fuertes que nuestro autor desarrolla contra el derecho subjetivo. Pero para que se pueda consolidar necesita ir más allá de la negación del derecho subjetivo como fuente de Derecho, es por eso que analiza el concepto de relación jurídica que se deriva de lo que considera como *ideología del derecho subjetivo*.

Entramos entonces en el tercer momento de la crítica kelseniana al concepto de derecho subjetivo. La relación jurídica desde la *dualidad derecho subjetivo y objetivo* divide las relaciones jurídicas en personales y reales; las primeras son aquellas que se establecen entre sujetos, y las segundas son aquellas que se establecen entre sujetos y objetos jurídicos, y entre personas y cosas. Dentro de este grupo Kelsen destaca a la propiedad como relación jurídica *par excellence*<sup>86</sup>. “Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y justamente por eso se la separa esencialmente de los derechos creditorios, que solo fundamentan relaciones jurídicas personales”<sup>87</sup>. Esta forma de asumir las relaciones jurídicas -especialmente este último tipo- permite vislumbrar la posibilidad de una genealogía del Derecho desde el derecho subjetivo, pues en este sentido se establecería Derecho directamente desde la relación del sujeto con la cosa sin ningún otro tipo de mediación. Así la relación jurídica real determina la posibilidad de Derecho desde la facultad que tiene la persona sobre la cosa. Pero desde el punto de vista de Kelsen, la relación jurídica aquí presente no es propiamente la relación de la persona sobre la cosa sino “(...) la relación del propietario con todos los otros sujetos que son excluidos de intervención en su cosa, y que son obligados por el Derecho objetivo a respetar el derecho de disposición exclusivo del propietario”<sup>88</sup>. No hay un vínculo contractual del sujeto o los sujetos con la cosa, sino una relación jurídica entre sujetos. Cuando Kelsen

---

<sup>86</sup> Cf: *Ibíd.*, p. 74.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 75.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 75.

reduce las relaciones jurídicas a las relaciones de facultades y deberes jurídicos entre sujetos delimita a su vez el objeto y la naturaleza de la ley. Lo interesante de esta estrategia es que se quiere instaurar al Derecho objetivo como única fuente de Derecho, negando la posibilidad de cualquier tipo de relación jurídica que sustente el desarrollo de derechos personales o inherentes al sujeto. Además también se niega cualquier posibilidad de vínculo jurídico entre el sujeto y la naturaleza, pues siguiendo a Kelsen, si se asume como relación jurídica a la propiedad, ésta no puede ser asumida como el dominio jurídico de una persona sobre una cosa sino como una relación jurídica entre sujetos<sup>89</sup>.

Todo este esfuerzo que va diluyendo el concepto de derecho subjetivo, también nos permite observar que en la tarea de purificación del Derecho es imprescindible reducir los dominios del Derecho a las relaciones jurídicas fundadas en el Derecho objetivo. El tema de la propiedad es muy ilustrativo, ya que incluso lo que se considera como facultades y derechos de las personas sobre las cosa son apenas configuraciones de deberes de unos para con otros. El alcance de las relaciones jurídicas se concentra en los tratos establecidos por los sujetos bajo el principio del deber. De esta forma el deber se instaura como el fundamento del Derecho para que el Derecho objetivo mantenga su carácter de universalidad y abstracción. La importancia que nuestro autor le otorga al concepto de deber jurídico es determinante, ya que al querer instaurar al Derecho objetivo como única forma posible de Derecho, tiene que negar la relación jurídica en la que se sustentan los derechos de la persona sobre la cosa y sustentar el Derecho únicamente desde las relaciones entre los individuos.

(...), la función esencial de un orden, y aun de un orden coactivo como el del Derecho, no puede ser otra que la ligazón normativa de los individuos a él sometidos. Y está ligazón normativa no puede ser designada sino por la palabra “deber”, puesto que aun el deber moral no expresa otra cosa que la ligazón que sufre el individuo por la validez de un orden moral<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Cf: *Ibíd.*, p.74.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 76.

Las relaciones jurídicas en el derecho positivo son relaciones entre individuos, pero estas relaciones sólo son jurídicas cuando es la ley la que las regula. Esto exige un mayor nivel de abstracción, pues las relaciones entre los individuos al estar mediadas por las leyes adquieren sentido y fuerza sólo cuando son respetadas y acatadas por los individuos. Kelsen al señalar que en el deber descansa la función esencial del derecho no sólo está utilizando una categoría propia de la moral para el derecho sino que también hace que toda su teoría del derecho dependa de la ligazón que se pueda establecer entre la norma y el individuo. En este sentido, la moral se convierte en el modelo con el que Kelsen reedifica el Derecho, pues la relación jurídica depende de la manera en que el individuo se someta a la ley bajo la fórmula del deber. La validez del orden moral se reemplaza por la validez del orden jurídico y el deber moral por el deber jurídico y en este orden de ideas, los principios morales a su vez se convierten en normas jurídicas. Para profundizar en este aspecto del modelo kelseniano es pertinente que nos remitamos a la teoría moral kantiana y a las consideraciones que desde el Derecho objetivo se hacen con respecto al deber.

## **2.4 EL DERECHO OBJETIVO Y LOS IMPERATIVOS**

Pese a la identificación que señalamos líneas atrás entre el deber como noción moral y el deber como noción jurídica, Kelsen sostiene que el deber moral y el deber jurídico se diferencian porque el deber jurídico tiene la función de estatuir una obligación siempre en observancia de un acto coactivo o consecuencia jurídica<sup>91</sup>. Pero esta diferencia parece estar inspirada en la moral kantiana, pues la tesis moral kantiana descansa en el sentido puro y a priori que garantiza el imperativo categórico kantiano. Pues una acción es moral si los resortes de la misma se inspiran en el respeto a la ley y no en un castigo o recompensa ulterior.

---

<sup>91</sup> Cf: *Ibíd.*, p. 77

*El hombre siente en sí mismo una poderosa fuerza contraria a todos los mandamientos del deber, que la razón le presenta tan dignos de respeto; consiste esa fuerza contraria en sus necesidades y sus inclinaciones, cuya satisfacción total comprende bajo el nombre de felicidad. Ahora bien; la razón ordena sus preceptos, sin prometer con ello nada a las inclinaciones, severamente y por ende, con desprecio, por decirlo así, y desatención a esas pretensiones tan impetuosas y a la vez tan aceptables al parecer – que ninguna mandamiento consigue nunca anular –. De aquí se origina una dialéctica natural, esto es una tendencia a discutir esas estrechas leyes del deber, a poner en duda su validez, o al menos su pureza y severidad estricta, o acomodarlas en lo posible a nuestros deseos y a nuestras inclinaciones, es decir, en el fondo a pervertirlas y a privarlas de su dignidad, cosa que al fin y al cabo la misma razón práctica vulgar no puede aprobar<sup>92</sup>.*

La moralidad de la acción está definida por la ley y no por la felicidad o lo que Kant llama la razón práctica vulgar. En este caso, el deber jurídico responde a la coacción negativa de la consecuencia jurídica. El acto coactivo se dirige al individuo para conseguir la ligazón a la ley, siempre con miras al cuidado de la satisfacción de las inclinaciones. El deber moral por su parte, tiene un lugar específico y claro en la disputa de las dos fuerzas motivadoras de la acción -la razón y la sensibilidad- que luchan por el dominio del objeto de la investigación moral, la voluntad humana. Las inclinaciones son el elemento perturbador y contrario a todo lo que la razón puede significar, deben ser reprendidas y controladas por la razón que hace el papel del ente digno, revestido de autoridad y majestad. Del ganador de la lucha de estos dos elementos depende la moralidad de la acción. Si triunfan las inclinaciones y se busca la felicidad, la acción no tiene valor moral al depender de la experiencia y no ser buena por sí misma; pero si triunfa la razón sobre las inclinaciones, la acción cumple con el fin por el cual fue creado el imperativo (determinar las acciones humanas purificándolas de cualquier tipo de intencionalidad diferente al respeto a la ley.)

Pero el deber jurídico es una forma especial de deber que usa a la ley como expresión. Pues cuando Kelsen afirma: “Toda proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber jurídico, aunque es posible que estatuya

---

<sup>92</sup> KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Op. cit. p.45, 46.

también una facultad”<sup>93</sup>. Lo que Hace es un proceso de identificación entre la norma en su sentido formal y el deber entendido como una obligación con sanciones específicas. Según esta identificación la fuerza de la ley depende del deber que se expresa o contiene. Ahora bien, la ley en su función facultativa relaciona el derecho subjetivo y el Derecho objetivo para fusionarlos en uno solo. “El derecho subjetivo no es un derecho distinto del objetivo, es el Derecho objetivo mismo, en tanto que se dirige con la consecuencia jurídica por él estatuida, contra un sujeto concreto (deber), o en tanto que se pone a la disposición del mismo (facultad)”<sup>94</sup>. El deber en este sentido tiene una función negativa pues la ligazón que establece con el individuo mediante la ley está siempre en función de la sanción. Quien transgrede o respeta la ley lo hace movido por la sanción de la que puede ser objeto y no por la ley en sí misma.

Este tipo de determinación del individuo es conocido como imperativo hipotético, que se diferencia del imperativo categórico porque en este último caso la voluntad es aquello que debe someterse a leyes que sinteticen en sí mismas el sentido del deber. Kant al establecer esta diferencia se inspira en las leyes de la física que se presentan como el mejor modelo de lo que significa una ley, pues, son conocidas a priori por la razón y no por la experiencia<sup>95</sup>. Denomina con el nombre de imperativos a las leyes que rigen la voluntad humana porque como lo señala “(...) 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”<sup>96</sup>.

Pero el Derecho opera con los imperativos hipotéticos, pues el deber jurídico determina al individuo siempre con el condicionamiento de los fines. Kant, en la segunda parte de la *Fundamentación de Metafísica de las Costumbres* hace un

---

<sup>93</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 78.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p.79.

<sup>95</sup> Cfr: KANT, Immanuel. Crítica de la razón práctica. España: Mestas, 2001.p. 47.

<sup>96</sup> KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Op. cit. p. 61.

estudio detallado de las diversas formas que toman cada uno de los imperativos, especialmente el imperativo hipotético, que tiene diversos sentidos unas veces entendido como el imperativo de habilidad y otras como imperativo de sagacidad. Dice Kant, refiriéndose a la sagacidad “Una historia es pragmática cuando nos hace sagaces, esto es, enseña al mundo cómo podrá procurar el provecho mejor o, al menos, tan bien como los antecesores”<sup>97</sup>.

Los consejos<sup>98</sup> de sagacidad, como nuestro autor los llama, nos dan los parámetros para conseguir el mejor y mayor provecho de la acción. Por su parte, las reglas de la habilidad explican mejor la relación deseo-medio-fin con la siguiente expresión “El que quiere el fin, quiere también (en tanto que la razón tiene influjo decisivo sobre sus acciones) el medio necesario indispensable para alcanzarlo, si está en su poder”<sup>99</sup>.

Ambos modos en que la razón constriñe la voluntad, dependen del poder coercitivo del fin; es decir, de la calidad y cantidad de bienestar que puede proveer la acción. Pero se hace inviable tratar de elaborar consejos de sagacidad y reglas de habilidad para todos los hombres y para cualquier circunstancia. Pues, como dice Kant: “Cada cual coloca su felicidad y bienestar en esto o aquello, según su particular opinión del dolor o del placer, y las variaciones de esta opinión hacen experimentar necesidades diferentes al mismo individuo (...)”<sup>100</sup>. Kant quiere eliminar la influencia de los fines, pues de paso supera el problema de la indeterminación del querer de los individuos. Al eliminar los fines, sólo queda como elemento ordenador de la voluntad, la razón. Es decir, que para la elaboración de una ley moral con carácter de universalidad y necesidad absoluta se debe hacer únicamente desde la razón. Este es también el objetivo de Kelsen con el Derecho, al querer eliminar la indeterminación y subjetividad presente en la

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 65.

<sup>98</sup> *Cf.* *Ibíd.*

<sup>99</sup> *Ibíd.*, 66

<sup>100</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. España: Mestas, Op. cit. p. 46.

noción de justicia, en las lagunas y en el derecho subjetivo, quiere instaurar a la razón como prenda de garantía para el desarrollo de una ciencia objetiva. Pero el problema de este planteamiento está en que el derecho al tener que valerse de los imperativos hipotético tiene que buscar la determinación de los individuos teniendo en cuenta los fines y su indeterminación. Es decir, el Derecho en su pretensión de universalidad y necesidad tiene minado su camino desde la naturaleza de los principios que lo componen.

La *sanción*<sup>101</sup> entendida como la amenaza o perjuicio en el caso de incumplimiento de una norma desde el punto de vista penal y como Kelsen lo amplia también incluyendo la indemnización y la nulidad<sup>102</sup>, opera como aquello que debe observar quien está determinado por normas jurídicas. La relación entre el derecho y la sanción es tan estrecha que es imposible concebir el uno sin el otro. Desde el punto de vista de Kelsen el Derecho puede ser entendido como un conjunto de normas coactivas donde la sanción funciona como una técnica de regulación de la conducta<sup>103</sup>. Esto lo expresa Kelsen cuando trata el tema de la validez y eficacia del derecho.

*El derecho, cuyo concepto está aquí expuesto es un orden coactivo de conducta humana, esto es, un conjunto de normas que enlazan a determinadas circunstancias, en especial, a determinadas conductas humanas como condición, determinados actos coactivos como consecuencia*<sup>104</sup>.

La misma distinción entre moral y derecho hace que el objetivo de determinación racional de la conducta sea más difícil de alcanzar. Atienza, inspirado en von Wright presenta una tipología de normas que sirve de guía para comprender mejor

---

<sup>101</sup> “Kelsen, a través de sus distintas obras, define la palabra "sanción" señalando las siguientes propiedades necesarias y suficientes: a) se trata de un acto coercitivo, o sea de un acto de fuerza efectiva o latente; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y d) debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo. NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 168.

<sup>102</sup> Cf: MANUEL, Atienza. Introducción al Derecho. México: Fontamara, 1998. p. 28,32.

<sup>103</sup> Cf: *Ibíd.*, p.65.

<sup>104</sup> KELSEN, Hans. Validez y Eficacia del Derecho. Buenos Aires: Astrea, p. 49.

la diferencia entre los distintos órdenes normativos. En este caso nos concentraremos en la distinción entre derecho y moral que señala y que ya hemos hecho explícita líneas atrás.

*En el contenido de las normas: el Derecho, según una tradición que proviene de Kant regula los actos externos y la moral los internos. En la condición de aplicación: las normas jurídicas serían, pues, hipotéticas y las morales categóricas. En la autoridad-destinatario de las normas: las normas jurídicas son heterónomas, provienen del exterior del propio sujeto, mientras que las morales son autónomas, en ellas coincide la autoridad del destinatario; o bien (en otra posible variante): las normas jurídicas a diferencia de las morales, son aquellas que provienen del Estado<sup>105</sup>.*

Estas distinciones permiten observar que la manera en que el Derecho y la Moral determinan la conducta humana no es igual, y que el fundamento de esta distinción descansa en la norma. Tenemos entonces unas normas que desde el Derecho son hipotéticas porque determinan según la influencia y el poder de la sanción, y lo más importante provienen de un agente externo al propio sujeto. La norma que proviene del Estado y su poder coercitivo desde los fines es con lo que se debe determinar racionalmente las acciones humanas. Pero el problema de la subjetividad e indeterminación que se supone superado con en el Derecho objetivo, al cambiar la genealogía del derecho y reducirlo a las relaciones jurídicas establecidas y reguladas por las normas, sigue permaneciendo latente en el seno de la propuesta de Kelsen, pues, al fundar todo el sistema en la norma, en este caso la norma hipotética, se corre el riesgo evidente de que quienes estén determinados por estas, lo estén no por la norma sino por los fines que los guían, y en este sentido la norma siempre es un pretexto para alcanzar o evitar una sanción o recompensa.

La naturaleza del derecho, desde la perspectiva de Kelsen, se define desde un orden coactivo objetivado por la norma. Pero las normas en las que se funda este

---

<sup>105</sup> MANUEL, Atienza. Introducción al derecho. México: Fontamara, Op. cit. p. 30. Es importante señalar que el texto original tiene una numeración que corresponde con un cuadro que esquematiza los tipos de normas.

orden coactivo no operan por sí mismas, ellas dependen de individuos que les den sentido y que las materialicen al decidir quién debe, o no, ser sancionado. Se observa cómo el papel de la norma en la moral y el derecho se ve atravesado por la indeterminación; algo de lo que quieren escapar, tanto Kant desde la moral, como Kelsen desde el derecho. Kant en teoría, blinda a la moral de la indeterminación de la voluntad humana por medio de la formulación del imperativo categórico; pero Kelsen, al estar limitado por los imperativos hipotéticos, esencia de una teoría del derecho fundada en el imperio de un orden coactivo, no puede superar este escollo. La indeterminación se configura como aquello con lo que inevitablemente se debe operar en el derecho y por tanto hace parte de la ecuación.

### **3. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO EN KELSEN Y KANT**

En los capítulos precedentes habíamos estudiado la relación derecho-moral desde la perspectiva de Hans Kelsen: primero, en orden al concepto de justicia, segundo en orden a la ley y su naturaleza indeterminada. En este capítulo analizaremos la manera como Kant y Kelsen recurren -cada uno desde su perspectiva del derecho- al planteamiento de un principio que lo sustente y le brinde legitimidad.

#### **3.1 LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD EN EL DERECHO**

En el segundo capítulo observamos la importancia de lo que Kelsen llama deber jurídico, nuestro autor adopta la función que cumple el deber en la moral para adaptarlo al derecho. Dado que la moral se muestra como un orden coactivo y el deber moral expresa la ligazón del individuo a los principios que de ella emanan es viable asumir la relación entre el individuo y las normas del derecho desde la misma perspectiva, pues, al ser también un orden coactivo, determina la conducta humana por medio de normas<sup>106</sup>. Pero la coacción que se ejerce desde el derecho es diferente a la coacción que se ejerce desde la moral, pues las normas de la moral -como ya se señaló- coaccionan al individuo interiormente en observancia del respeto a la norma por sí misma, y el derecho por su parte coacciona al individuo exteriormente y en observancia de las consecuencias estipuladas por la norma. Además es importante estudiar cómo la noción de deber jurídico nos permite adentrarnos en la naturaleza del derecho en tanto que es gracias a este concepto que se consigue materializar su función social, es decir, el papel que juega como ordenamiento jurídico en los ordenamientos sociales.

---

<sup>106</sup> Cf: KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 76.

La potestad coercitiva del derecho es aquello que permite que cumpla su función. Si la función de la moral es establecer un orden coactivo que permita el despliegue de la libertad interna, la función del derecho consiste en establecer un orden coactivo que garantice la convivencia de la libertad externa sin conflictos. Esta es la manera en que Kant concibe al derecho, la coerción no es un elemento que perjudique la libertad, por el contrario, sin el poder coercitivo el derecho no puede cumplir la función que hace que tenga alguna relevancia social. En palabras de Kant: “El derecho estricto puede también representarse como la posibilidad de una obligación mutua, universal, conforme con la libertad de todos según leyes generales<sup>107</sup>.” En este sentido, la vida social está regulada por una obligación general recíproca que opera como limitante de la libertad individual y a la vez como garante de la libertad social.

Si la libertad externa no es regulada, esta misma facultad puede ser el detonante de conflictos irreconciliables que hagan imposible la convivencia; el derecho tiene por tanto la tarea de hacer compatible según una ley general la libertad de uno con la de los otros<sup>108</sup>. Kelsen y Kant comparten la misma necesidad purificadora incluso con relación al derecho, pues coinciden en la postulación de un derecho puro separado de la moral por medio del principio de verdad. Para Kant, el derecho estricto se configura como tal porque los principios con los que regula la conducta humana no son, ni se fundan en preceptos morales<sup>109</sup>. Además coincide con Kelsen al instaurar como fundamento del derecho la verdad<sup>110</sup>.

Solamente, pues, el derecho puramente exterior puede llamarse derecho estricto. Este derecho se funda, á la verdad, en la conciencia de la obligación de todos según la ley; (...) Así pues, cuando se dice: Un acreedor tiene el derecho de exigir de su deudor el pago de la deuda, no se quiere decir que pueda persuadirle á que su propia razón le obligue á esta

---

<sup>107</sup> KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Madrid: Jacometrezo. 1873. p. 45.

<sup>108</sup> Cf: HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. Barcelona: Herder, 1986. p. 202.

<sup>109</sup> Cf: KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 45.

<sup>110</sup> En el primer capítulo de este texto, se muestra la manera en que Kelsen en su esfuerzo por separar al derecho de la moral y de los valores, rechaza la felicidad y la justicia como fundamentos del derecho pero a su vez instaura a la verdad como el mejor criterio para su fundamentación.

devolución, sino que el forzarle á esta devolución, fuerza que se extiende a todos, puede subsistir con la libertad general; por consiguiente, hasta con la del mismo deudor, según una ley general exterior. El derecho y la facultad de obligar son, pues, una misma cosa<sup>111</sup>.

En este apartado -especialmente con el ejemplo- se puede observar la diferencia que Kant establece entre el derecho y la moral. El deudor puede estar determinado por la moral o el derecho; si el deudor paga persuadido por la fuerza interna de su razón este es un acto moral, pero este tipo de determinación es tan poco frecuente que es necesaria la instauración de una forma de obligación distinta a la persuasión por la razón; en este caso la determinación exterior según la ley lo que hace es garantizar la libertad general por la ley, de tal manera que incluso esta obligación se hace conveniente para quien se ve obligado por la fuerza a saldar su deuda. Pero si el deudor se niega a pagar aún determinado por una ley general exterior, no solo está violando un ordenamiento social sino que está interfiriendo con el derecho a gozar de una libertad general por la ley. Es decir, desde el punto de vista de Kant, este acto ilícito que violenta la ley exterior es una acción injusta, pues esta acción es un obstáculo para el desarrollo de la conformidad de la libertad de todos con la libertad de cada uno. Al respecto Kant nos expresa: “si, pues, mi acción o en general mi estado, puede subsistir con la libertad de todos los demás, según una ley general, me hace una injusticia el que me perturba en este estado (...)”<sup>112</sup>.

Podemos notar con estas palabras que aunque Kant y Kelsen conciben al derecho como una ciencia pura separada de la moral, en Kant aún permanece el valor de la justicia como principio teleológico del derecho. Pues Kant no valida el imperio de cualquier tipo de coacción. La coacción sólo tiene lugar cuando impide o corrige una injusticia, lo que quiere decir que un acto coercitivo que no respete estos límites es también injusto<sup>113</sup>. Es por esto que la determinación externa de

---

<sup>111</sup> KANT. Principios metafísicos de la teoría del derecho, Op. cit. p. 45.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>113</sup> HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, Op. cit. p. 202.

las acciones humanas adquiere su validez y sentido gracias a dos valores: el primero es la libertad, este valor esta en el fondo de los dos ordenamientos, tanto de la moral como del derecho, cumple el papel de hacer realidad lo que en el ser humano se muestra siempre como una posibilidad cuando permite que el hombre pueda escapar al orden causal que rige la naturaleza, por tanto es de suma importancia que este valor sea protegido por la ley general coercitiva. El segundo es la justicia, esta es un producto del primero, pues, la justicia se expresa como la armonía que resulta de la concordancia entre la libertad de todos con la libertad de cada uno, y en este mismo sentido es lo que legitima el ordenamiento social coercitivo o el derecho, ya que: “*El derecho y la facultad de obligar son, pues, una misma cosa*”<sup>114</sup>.

Kant señala tres argumentos con los que quiere separar al derecho de fundamentos empíricos y morales: el primero se refiere al carácter exterior del derecho por ocuparse de la relación de las personas entre sí, en cuanto sus acciones tienen consecuencias e influencias sobre otras. El segundo quiere hacer claridad en que las relaciones entre las personas no dependen de las relaciones guiadas por el *deseo*, entendido este como: *necesidad*, actos de beneficencia o de crueldad; sino únicamente como la relación entre voluntades (arbitrios). El tercer argumento hace énfasis en la pureza del derecho, en cuanto ciencia que no depende de principios empíricos al abordar la relación entre las voluntades únicamente por la forma que las une y no por la materia o fines que motivan a cada una de ellas. El tercer argumento recoge los dos anteriores y muestra la forma en que el derecho puro se hace posible gracias a la noción de libertad<sup>115</sup>, el ejemplo con el que Kant ilustra su posición nos permite ver la importancia de la noción de libertad en sus objetivos purificadores:

No se discute, por ejemplo, en el contrato que otro celebre conmigo para su propio comercio, si, mediante él, podrá obtener este o el otro beneficio; no

---

<sup>114</sup> KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 45.

<sup>115</sup> Cf: *Ibíd.*, p. 42.

se discute más que la forma en la relación del arbitrio respectivo de los contratantes, considerada bajo el punto de vista de la libertad; es decir, que solo hace falta saber si la acción de uno de ellos es o no un obstáculo a la libertad del otro según una ley general<sup>116</sup>.

La formalidad del derecho depende de la subsistencia de una libertad general regulada por principios exteriores que no dependan de las necesidades, deseos o intereses de los individuos. El objetivo de Kant consiste mostrar que gracias al derecho es posible establecer las condiciones que con independencia de la experiencia garantizan a la vez la convivencia y la libertad externa de los sujetos. Pero la Justicia y la libertad son dos valores que dependen del derecho y que desde la óptica de Kelsen no permiten la pureza del derecho y sirven a la instauración material de ideologías. En comparación con Kant, Kelsen se propone una ciencia del derecho mucho más pura en la que no existan valores que guíen y determinen la aplicación de la ley. Kelsen –como lo señala Atienza– cuando propone una ciencia axiológicamente neutral y objetiva se limita a explicar el derecho positivo sin el objetivo de valorarlo. Los actos de aplicación y creación de derecho pueden ser valorados como justos o injustos, pero no el derecho en sí, pues esto último es función del filósofo del derecho y no del científico del derecho<sup>117</sup>.

### 3.2 EL PRINCIPIO UNIVERSAL DEL DERECHO EN KANT

Kant es, en este sentido, un filósofo y no un científico del derecho, pues concibe que el carácter coercitivo del derecho está limitado por la justicia o la injusticia que resulta de la observancia del principio máximo del derecho. A continuación podemos analizar la manera en que Kant formula lo que él denomina *principio universal del derecho*, que es muy similar a su imperativo categórico:

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>117</sup> MANUEL, Atienza. Introducción al derecho. México: Fontamara. Op. cit. p. 30.

*Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo á la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales*<sup>118</sup>.

*Obra exteriormente, de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal (...)*<sup>119</sup>.

Estas son las formulaciones que presenta Kant en orden a la determinación externa de las acciones. Ahora observemos la formulación que corresponde a la determinación interna:

*Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse por tu voluntad ley universal de la naturaleza*<sup>120</sup>.

El parecido entre el principio universal del derecho y el imperativo categórico puede llevarnos a concluir que operan de la misma manera y que la única diferencia consiste en que el principio del derecho rige las acciones externas y el imperativo las internas. Pero la diferencia es mucho más importante, pues, el imperativo categórico además de un sentido explicativo tiene un carácter principalmente funcional. Es decir, al hacer explícita la coacción del deber sobre la voluntad, busca frenar la influencia de las inclinaciones y los sentidos, operando como motivo de acción. Por el contrario, el principio de derecho solo tiene un carácter explicativo ya que su objeto consiste en exponer en qué consiste el *derecho* y no en determinar alguna acción en particular<sup>121</sup>. Es una forma de definir o demostrar la naturaleza del derecho por una vía lógica que muestra al derecho como algo necesario y conveniente para el hombre. Además tiene el objeto de legitimar el derecho como la facultad coercitiva que vela por que la libertad externa -que es lo que expresa este derecho- sea protegida. “Por muy paradójico

---

<sup>118</sup> KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 41.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>120</sup> KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Op. cit. p. 73.

<sup>121</sup> KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 43.

que pueda parecer, sin potestad coercitiva no se concibe un ordenamiento jurídico destinado a garantizar la convivencia en libertad”<sup>122</sup>.

Es entonces evidente que la noción de derecho kantiana aunque quiere responder a los principios de delimitación propios de su método, no lo puede conseguir porque no sólo quiere proponer una teoría del derecho pura o científica, sino que además pretende instaurar una noción de derecho *justo*. Lo anterior, visto desde la perspectiva de Kelsen es un impedimento para la teoría pura del derecho, pues reviste al derecho de la indeterminación propia de las distintas y poco definidas nociones de justicia. Kelsen -como lo señalamos en el primer capítulo- tiene serias objeciones en cuanto a la incorporación de la noción de justicia en el derecho. Para nuestro autor, la justicia es definida desde dos sentidos, el primero se refiere a la conformidad con del derecho positivo en su sentido de *legalidad*, es decir, la justicia o injusticia se establece por la conformidad entre la aplicación justa (igual) de la norma a todos los casos que le corresponde: “Entonces parece “injusto” que una norma general sea aplicada en un caso, pero no en otro que es, sin embargo, semejante; y esto parece injusto sin consideración al valor de la norma general misma”<sup>123</sup>. El segundo sentido de justicia es el que analizamos en el primer capítulo y que postula una dualidad ontológica entre lo real y lo ideal en la que la justicia se manifiesta siempre en el plano de lo ideal. Pero la justicia entendida como valor absoluto es a lo que apuntan los esfuerzos de Kant en la moral y para lo que su imperativo categórico funciona como garantía del uso práctico de la razón. Y ésta es una característica que comparte la moral con el derecho en el seno de la filosofía kantiana, pues el principio máximo del derecho aunque no tiene el alcance aplicativo del imperativo sí tiene a la justicia como valor rector en la definición de la naturaleza del derecho.

---

<sup>122</sup> HÖFFE, Otfried, Immanuel Kant, Op. cit. p. 202.

<sup>123</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 39.

Cuando Atienza analiza el principio máximo del derecho kantiano hace tres comentarios:

El primero es que la definición de Kant no parece referirse propiamente a lo que es el Derecho, sino más bien a lo que debería ser; es, por así decirlo, una definición del Derecho justo. El segundo se refiere a la importancia que en la definición asume la libertad que, en el sistema kantiano, efectivamente –ya vimos que la libertad era el único derecho innato- juega un papel más importante que los otros postulados de la razón práctica. Y el tercero es que la libertad en que está pensando Kant es la libertad negativa, por más que en su obra no falte tampoco referencia a la libertad como autonomía, a la libertad positiva de inspiración rousseauiana<sup>124</sup>.

Podemos valernos de estos comentarios para profundizar en lo que puede brindar la máxima kantiana a la definición del derecho. En orden al primer comentario es importante señalar que desde la diferenciación que anteriormente se hizo entre los principios de la moral y del derecho kantiano se aclaró que el principio máximo del derecho antes que determinar las acciones humanas lo que busca es definir el derecho. Este principio no quiere explicar el derecho desde el *deber* entendido como una forma ideal que se quiere alcanzar; este principio tiene un alcance lógico que define el derecho desde sus fundamentos, quiere decir esto que sin las condiciones por él descritas el derecho como ciencia no puede existir. Lo que se señala en el segundo comentario confirma que Kant define el derecho desde la libertad entendida como una especie de condición a priori que posibilita la convivencia. Y en orden a la tercera observación podemos agregar que si bien la manera en que se presenta el principio del derecho implica un condicionamiento negativo y que Kant entiende el derecho desde su identificación con la facultad de obligar, lo que se plantea es una noción de derecho que desde la coacción impida la interferencia de facultades permitiendo por esta vía la libertad de acción que de otra forma sería imposible.

---

<sup>124</sup> MANUEL, Atienza. Introducción al derecho. México: Fontamara, Op. cit. p. 114.

Para Kant el derecho es justo por un requerimiento y una exigencia de la razón y no por el deseo de una mente idealista. La necesidad se instaura como la principal característica del derecho como ciencia, y esta necesidad descansa en la libertad como garantía a priori. “La libertad (independencia del arbitrio de otro), en la medida en que puede subsistir con la libertad de todos, según una ley universal, es este derecho único, primitivo, propio de cada hombre, por el solo hecho de ser hombre”<sup>125</sup>. Esta necesidad que desde Kant es impuesta por la Naturaleza hace parte también de la búsqueda de Kelsen, pero en su caso no es la naturaleza la que la proporciona sino la ciencia positiva.

La aspiración de purificación de Kelsen implica además de una separación de la moral también una separación entre las normas y los hechos. Es decir que el derecho como ciencia normativa es diferente de las ciencias empíricas<sup>126</sup>. Pero esta separación no es completa, pues aunque por una parte se quiere despreciar el método de estas ciencias por incorporar a la experiencia en su modelo explicativo, por otra parte se quiere adoptar la capacidad de determinación que estas ciencias ofrecen. La causalidad por leyes naturales es aquello que le permite a las ciencias empíricas alcanzar un mayor grado de certeza en sus juicios. El enunciado: “si se calienta un cuerpo metálico, entonces se dilata”, expresa una relación causal necesaria donde se describe un hecho que es independiente de la intervención humana, pues la relación causa-efecto que describe este enunciado no es la descripción de un acto de voluntad sino la descripción de un hecho independiente de ella. En este sentido, las leyes naturales determinan los hechos con mayor certeza que las leyes de ciencia jurídica, pues estas últimas al describir fenómenos que dependen de la intervención y la voluntad humana establecen una relación causal indeterminada<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 54

<sup>126</sup> MANUEL, Atienza. Introducción al derecho. México: Fontamara, Op. cit. p. 206.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p. 207.

En el siguiente enunciado observamos esta característica propia de las leyes de la ciencia jurídica: “según el Derecho penal español, quien comete delito de cohecho debe ser castigado con la pena de prisión menor y multa”. La diferencia que Kelsen señala entre estos dos tipos de enunciados permite establecer dos formas de conexión. La primera –la de las ciencias naturales – es una relación *causal* de hechos. Y la segunda – la de las ciencias normativas – es una relación *imputativa* a la conducta. La forma en que se pueden representar estos enunciados según Kelsen es la siguiente: para la relación causal. “si es A, entonces es B”, y para la relación imputativa “si es A, entonces *debe ser* B”. En la primera relación B es un efecto necesario de A y en la segunda B es una sanción que puede o no (de hecho) seguir a A<sup>128</sup>. El uso no culto de los verbos alemanes *Sein* (ser) y *Sollen* (deber ser) es lo que permite entender el tipo de descripción al que puede aspirar el derecho como ciencia. Pues el *deber ser sollen* en alemán tiene el mismo uso de *müssen* (tener que) otro verbo alemán que se utiliza si hay obligación de actuar de una cierta manera, cuando no hay más opción. Esta falta de opción resulta de una consecuencia lógica, de una fuerza natural o de la ley<sup>129</sup>. En el caso del derecho, el uso de “tener que” aplica en el sentido de la falta de opción que estipula una ley jurídica, pues el verbo *müssen* en un lenguaje no culto puede ser usado tanto para los enunciados del derecho como para los enunciados de las ciencias naturales:

*Damit Wasser zu Eis wird, muss die Temperatur unter Null Grad sinken =Para que el agua se convierta en hielo, la temperatura tiene que descender bajo cero grado.*

*In Kontinentaleuropa muss man rechts fahren = En Europa continental hay que conducir a la derecha.*

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> Disponible en Internet: [http://www.curso-de-aleman.de/grammatik/kapitel\\_20/20\\_2\\_5\\_sollen.htm](http://www.curso-de-aleman.de/grammatik/kapitel_20/20_2_5_sollen.htm). Deutschkurs (español-deutsch). Con acceso: septiembre, 20, 2010.

El uso del verbo *sollen* tiene una connotación más moral y expresa el sentido de “tener que” si no hay ningún poder lo suficientemente fuerte como para imponer su voluntad. Deber, se utiliza si conviene hacer algo por razones morales pero nadie es capaz de imponer que se actúe de una manera u otra.

Das sollte man nicht tun = No se debe hacer esto<sup>130</sup>.

La importancia de estas diferencias radica en el grado de determinación que se expresa con el uso de estos verbos en medio de una relación causal o imputativa. Pero los enunciados de la ciencia jurídica buscan hacer que esta diferencia no sea tan notoria al moverse en el mundo de la imputabilidad pero con una clara orientación de necesidad. En otras palabras, Kelsen quiere reunir lo mejor de dos mundos al abordar el objeto de estudio que le es ajeno a las ciencias de la naturaleza (acciones humanas) y a la vez eliminar la indeterminación que le es inherente a las ciencias que tradicionalmente se ocupan de este objeto. Atienza señala algunas diferencias en lo correspondiente a los límites que demarcan la labor que Kelsen quiere desarrollar. “(...) una cosa es el nivel del derecho positivo (conjunto de *normas*) y otra el de la ciencia del derecho (conjunto de *proposiciones* normativas o enunciados normativos<sup>131</sup>.” En el primer nivel se opera teniendo en cuenta que las normas son prescripciones, en el segundo se opera teniendo en cuenta que las proposiciones normativas son descripciones de normas: “Por eso, en el modelo kelseniano la ciencia jurídica es una ciencia normativa, pero no en el sentido que prescriba normas, sino en el que las describe<sup>132</sup>.”

El modelo kelseniano rompe los límites que demarcan y separan el derecho positivo de la ciencia del derecho al definir y estudiar el derecho como un conjunto de normas, no desde el punto de vista prescriptivo sino descriptivo. El modelo de

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*

<sup>131</sup> MANUEL, Atienza. Introducción al derecho. México: Fontamara, Op. cit. p. 208.

<sup>132</sup> *Ibíd.*

ciencia del derecho que Kelsen propone busca ser: *normativo*, en la medida en que su labor descriptiva está guiada por juicios imputativos de “deber ser”. *Objetivo*, porque se ocupa de principios imputativos de “deber ser”, para explicarlos desde la noción de validez sin entrar en valorar si son buenos o no. *Autónomo* por estar separado de las ciencias naturales y de las ciencias como la sociología y la ética<sup>133</sup>. Según esto, el carácter de cientificidad de la teoría kelseniana depende de una labor puramente descriptiva, en la que se define la *norma* como objeto de estudio y se instaura al criterio de *validez* como la máxima que guía el estudio del científico del derecho. El deber ser y el ser del derecho se expresan desde esta perspectiva como la constante preocupación por la influencia de las ideologías en el derecho lo cual constituye uno de los principales resortes del modelo kelseniano. En este sentido, las ideologías y su influencia en el derecho es lo que debe ser decantado por medio del criterio de validez.

*Si se considera el Derecho positivo, en tanto orden normativo, en relación con la realidad del acontecer efectivo que, según la pretensión del derecho positivo, debe concordar con él (aunque no siempre concuerde), puede entonces calificarse de “ideología”. Si se lo considera en relación con un orden “superior” que tiene la pretensión de que el derecho positivo haya de responderle, como por ejemplo, en relación con el Derecho natural, con un ideal de justicia, cualquiera que fuere, el Derecho positivo se presenta entonces como el derecho “real”, existente, y el derecho natural o la justicia como ideologías<sup>134</sup>.*

Con estas palabras Kelsen quiere cerrar cualquier posibilidad a la incorporación de las ideologías en el derecho positivo. El derecho positivo no debe responder a la necesidad de la identificación o respeto a una voluntad superior como es el caso, primero, del iusnaturalismo medieval que afirma que la razón y la voluntad divina son los que dan origen al derecho; y segundo, el iusnaturalismo racionalista que afirma la universalidad del derecho por tener como fuente a la naturaleza propia de los hombres y las cosas<sup>135</sup>. El derecho positivo no debe buscar

---

<sup>133</sup> Cf: *Ibíd*, p. 212.

<sup>134</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Op. cit. p. 67.

<sup>135</sup> MANUEL, Atienza. *Introducción al derecho*, Op. cit. p. 210.

justificación y sentido en un lugar distinto al aspecto normativo del derecho mismo. Valores o principios como la justicia y la libertad presentes en la propuesta kantiana no tienen espacio en una teoría del derecho que se define como *la teoría del positivismo jurídico*.

Podemos entonces concluir que el modelo kelseniano es una apuesta por la objetividad e independencia del derecho frente a los valores y las ideologías. En esta apuesta es la norma el objeto al que se dirige el científico del derecho y se dirige con una orientación descriptiva fundada en la naturaleza imputativa o coactiva del derecho. Pero la norma – como lo vimos en el capítulo anterior – tiene una fuerte carga de indeterminación que transfiere al modelo de derecho kelseniano, con el agravante de que este modelo depende de todas sus expectativas de objetividad en la norma. Kant observa el mismo problema cuando estudia la equidad (*aequitas*) y el derecho de necesidad (*Jus necessitatis*). En estos casos afirma que es necesario concebir la posibilidad de la aplicación de lo que llama *derecho equivoco* (*Jus equivocum*)<sup>136</sup>, pues, aunque el derecho está íntimamente ligado con la facultad de obligar no siempre es suficiente para regular los tratos y las relaciones entre los individuos. El objetivo de Kelsen consiste en instaurar el derecho como una ciencia normativa, descriptiva y autorreferente. Sin embargo, en algunos casos las normas no son suficientes y se debe pensar en una forma de derecho meta-normativo.

Un individuo que hace parte de una sociedad comercial en la que se acuerda aportar por partes iguales pero que, sin embargo, ha contribuido más que los demás, en caso de siniestro puede pedir que se le indemnice más, según el principio de equidad por asumir aportes y pérdidas mayores que los demás<sup>137</sup>; Si el juez atiende este caso desde el modelo kelseniano –desde el derecho estricto– tiene que obrar como Kant señala, es decir, el juez al carecer de datos que

---

<sup>136</sup> KANT, Immanuel. Principios Metafísicos de la teoría del derecho, Op. cit. p. 48.

<sup>137</sup> Cf: *Ibíd.*, p. 49.

corrobores la versión del demandante tiene que denegar la petición obedeciendo a los términos del contrato<sup>138</sup>. Pero en los términos de Kelsen el juez no carece de datos para decidir, pues el contrato define el cauce de la decisión. Al juez no le interesa decidir en justicia sino en derecho, la forma de la ley es lo que prima sobre la realidad del acontecer efectivo y “como en el contrato nada se ha estipulado sobre este particular, el juez no puede ajustar su sentencia a condiciones imprevistas y no determinadas”<sup>139</sup>. Al perjudicado solo queda el amparo de lo que Kant llama *equidad* (divinidad muda, cuya voz no puede ser escuchada)<sup>140</sup>.

En defensa de la equidad se esgrime como máxima: “El derecho muy estricto es una injusticia muy grande (*summum jus summa injuria*)” esta máxima permite comprender la dificultad que implica asumir la postura kelseniana como una doctrina absoluta en la que el juez no tiene margen de maniobra. En este mismo sentido, estudiemos otro caso de derecho equívoco: el siguiente es un ejemplo que Kant presenta en el que el derecho a la vida forma parte de la ecuación; el caso es el de un par de naufragos con serio peligro de perder sus vidas y que tienen que competir por una tabla que significa la supervivencia para uno de ellos y a la vez la muerte para el otro. Aquel que se apodera de la tabla y le impide al otro a hacerlo está condenando a muerte a su compañero de tragedia motivado por la necesidad expresa de conservar la propia vida<sup>141</sup>. Lo que se analiza en este caso es: primero, la facultad moral de defender mi vida aun cuando tenga que hacerle daño a quien no me hace daño. Y segundo, el poco alcance que puede tener el derecho en su dimensión de coercitividad en una situación en la que no hay una pena futura que pueda superar el riesgo inmediato de la pérdida de la vida<sup>142</sup>. La manera de abordar estos casos desde el derecho positivo y según el modelo kelseniano depende siempre de manera estricta de las normas

---

<sup>138</sup> Cf: *Ibíd.*

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> Cf: *Ibíd.*

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 51.

<sup>142</sup> Cf: *Ibíd.*

que se deben considerar como marco de referencia para el juez. Pero antes que esto, lo que se puede advertir es que la línea que separa el derecho de la moral es muy delgada, pues lo que Kant llama derecho equívoco es una muestra de que los casos que competen al derecho o se refieren a él están revestidos de fuertes implicaciones morales. El derecho tiene un campo de acción definido por principios objetivos, pero en él intervienen o pueden intervenir consideraciones de tipo subjetivo.

Se ha visto que en dos juicios de derecho (el derecho de equidad y el de necesidad), la ambigüedad (*aequivocatio*) proviene de la confusión de principios objetivos con los principios subjetivos del ejercicio en presencia de la razón y la justicia, puesto que en estos casos, lo que todo el mundo reconoce como esencialmente justo en sí no tiene confirmación ante los tribunales, los cuales absuelven lo que puede ser considerado como injusto en sí; porque la noción de derecho en estos casos no puede tomarse en el mismo sentido<sup>143</sup>.

La disparidad que Kant señala entre “todo el mundo” y los tribunales en los casos en que estos últimos absuelven lo que se puede considerar como injusto en sí, se da por la manera en que se asume la noción de derecho. Podemos decir que el derecho que se ocupa de la justicia en sí es un derecho en sentido moral, y el derecho que se ocupa de la noción de justicia en sentido relativo a las normas positivas es el derecho estricto. Pero la justicia es un valor que Kelsen no está dispuesto a admitir ni en sí misma, ni en sentido relativo. Para nuestro autor la justicia no puede funcionar como fundamento del derecho por ser la manera en que se materializan las ideologías y también por sus diversas formulaciones carentes de contenido con las que se puede justificar cualquier tipo de ordenamiento social. El que las nociones de justicia se presenten de manera equívoca no sólo demuestra el carácter ideal e irracional de la justicia, sino también su fuerte carga de indeterminación, la cual traslada al derecho cuando éste la adopta como fuente de sentido y legitimidad. La indeterminación es parte

---

<sup>143</sup> *Ibíd.*, p. 49.

del derecho, pues se le puede sumar a las dificultades que implican la indeterminación de las normas y las lagunas, una más con la naturaleza equívoca de la noción de justicia. Es por eso que el esfuerzo de Kelsen está orientado a superar la indeterminación que poco a poco se configura como el principal escollo para poder considerar al derecho como ciencia.

### **3.3 LA INTERPRETACIÓN Y LA INDETERMINACIÓN**

La fórmula que Kelsen usa para superar el problema de la indeterminación en el derecho consiste en la implementación de una organización normativa jerárquica que se autorregula por medio del ligamento entre la norma de grado superior y la norma de grado inferior. La norma de grado superior prescribe desde el procedimiento en que se produce la norma inferior hasta parte del contenido de la norma a producirse, de esta manera se espera que se dé una relación de correspondencia entre lo universal expreso en la norma de grado superior y lo particular expreso en la norma de grado inferior.

Pero Kelsen es consciente que estas medidas no son suficientes y tiene que incorporar a la indeterminación como parte importante de la regulación de la conducta humana. Es en este momento en el que se hace presente con toda su fuerza la interpretación como el tema al que apunta toda esta problemática de ligazón entre la norma y la conducta. La interpretación es aquello que nos puede ayudar a establecer con mayor claridad el alcance que la norma como expresión del Derecho objetivo puede tener, pues, de ella dependen las relaciones de determinación o ligamento (Bindung) entre las distintas gradas del orden jurídico.

*Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección el acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto*

*de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto*<sup>144</sup>.

El acto por el que es ejecutada la norma inevitablemente requiere de la interpretación, pues la norma de grado superior sólo funciona como un marco de acción para el ejecutor. La labor del juez o ejecutor no consiste en la descripción de los hechos, su función consiste en la subsunción de éstos a las normas. Pero esta tarea no es sencilla -como ya lo hemos tratado en los capítulos precedentes con el problema de las lagunas o la naturaleza universal de la norma- las normas son elaboradas con nociones que algunas veces son ambiguas o vagas, y esto hace que el ejecutor de Derecho tenga dificultades en su labor de subsunción de hechos a normas. Recordemos con algunos ejemplos las dificultades propias de laguna total (diferencia entre derecho positivo y derecho deseado) y la laguna parcial o técnica (se refiere al grado de indeterminación propia de un ordenamiento jurídico)<sup>145</sup> “Si un aviso puesto en un muro prohíbe colocar avisos en él, ¿está ese aviso violando su propia norma? Si se prohíbe desfilarse con intenciones políticas, llevando banderas rojas, ¿las rosadas están permitidas? ¿prevalece la letra o el espíritu del legislador?”<sup>146</sup>.

Los distintos órganos de los que depende la ejecución de una orden judicial no pueden prever la totalidad de circunstancias en la que cada uno de ellos tiene que operar. Las circunstancias de tiempo, modo, y lugar puede variar de manera intencionada o no intencionada. La indeterminación se da de manera intencionada porque es indispensable darle al juez un margen de acción en el que decida según su criterio. Por ejemplo, cuando por un delito la ley establece dos tipos de pena; la pena pecuniaria o la privación de la libertad. El juez es quien determina la pena a aplicar según la medida que la ley estipule<sup>147</sup>. Esto no quiere decir que la ley no funcione como marco de referencia, lo que sucede es que la ley necesita

---

<sup>144</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 127

<sup>145</sup> Cf: primer capítulo de este texto. p. 24.

<sup>146</sup> MONSALVE, Alfonso. Teoría de la Argumentación. Colombia: Universidad de Antioquia. 1992. p. 169.

<sup>147</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 128.

del criterio del juez para conseguir la subsunción de los estados de cosas de hecho y los estados de cosas legales. No es posible eliminar el factor humano de la ecuación, pero en un modelo como el de Kelsen lo mejor es reducirlo al mínimo.

La otra forma de indeterminación que Kelsen señala es la no intencionada, en ella se pueden ver algunas de las distintas formas de lagunas que ya mencionamos. Es importante señalar que aunque Kelsen no reconoce la existencia de las lagunas las formas de indeterminación no intencionada corresponden con las distintas variaciones de las lagunas<sup>148</sup>. La primera forma de indeterminación no intencionada tiene a la no univocidad del lenguaje como el primero de los ejemplos. "(...) la pluralidad de acepciones de la palabra o la frase en que la norma se expresa. El sentido verbal de la norma no es unívoco; el que tiene que ejecutarla se encuentra ante muchas significaciones posibles<sup>149</sup>." Este problema, propio del lenguaje del que se tiene que servir el derecho para la formulación de las normas, se constituye en una fuente de indeterminación que la ley no puede prever y que hace que el criterio del juez tenga un papel mucho mayor. El segundo caso de indeterminación no intencionada también se refiere al lenguaje, esta vez, por la posible disparidad entre la voluntad del legislador y las palabras con la que se expresa la norma; esto sucede cuando la ley en su formalidad no coincide con la intención del legislador. Y el tercer caso se refiere a la contradicción entre normas que tienen validez simultánea<sup>150</sup>. La contradicción entre normas puede entenderse como el peor de los problemas, pues la indeterminación de estos casos no pasa por la ambigüedad del lenguaje o de la falta de correspondencia entre el legislador y la norma; el problema está en la norma misma y en las relaciones que se establecen entre ellas, que es en última instancia lo que se entiende como orden jurídico. Por estas razones el papel que juega el criterio del juez en los procesos de interpretación se hace sumamente

---

<sup>148</sup> Cf: primer capítulo de este texto. p. 24.

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p.130.

<sup>150</sup> Cf: *Ibíd.* , p.130.

importe pues con él se deben superar estos escollos. Sin embargo, es poco probable esperar que el obrar de los hombres frente a cualquiera de estas problemáticas -especialmente en lo que se refiere a la indeterminación intencionada- sea un obrar objetivo, pues, a las dificultades de los casos de indeterminación antes mencionados se le puede agregar el de una voluntad que debe llenar esos vacíos -con la posibilidad demostrada- de estar condicionada por principios de justicia emanados de la filosofía, la moral o lo que Kelsen llama las ideologías.

Cuando Kelsen hace sus críticas al concepto de justicia en el derecho, lo hace en cuanto que este concepto es utilizado como fundamento del derecho tanto en el nivel prescriptivo como descriptivo. El concepto de justicia es un supuesto que quiere alcanzar o mantener todo orden jurídico y cuando esto sucede las normas que hacen parte del derecho pueden inspirarse o buscan mantener determinada noción de justicia que a su vez sustenta el imperio de las ideologías. Estas críticas que en Kelsen se hacen reiterativas, no solo pueden aplicar para las normas y los principios que sustentan el derecho sino también para los procesos de interpretación en los que además de la norma hay hombres que deben ejecutarlas.

Kelsen no ignora este problema, es por eso que busca reducir el alcance de la interpretación para así reducir el alcance de la indeterminación que las nociones de justicia incorporan en el derecho. Cuando habla de los tribunales y de los órganos que aplican el derecho afirma: "(...) su función y por tanto, la interpretación, solo ha de considerarse como el hallazgo de normas ya existentes, que por esta razón sólo tienen que descubrirse en un procedimiento especial"<sup>151</sup>. Este procedimiento especial además de negar la tesis que sostiene que es posible extraer nuevas normas de las normas existentes; quiere también blindar al derecho de las ideologías y la justicia por medio de procesos autorreferenciales

---

<sup>151</sup> *Ibíd.*, p.137.

que tienen como fuente primaria y final de las decisiones judiciales a la norma. El proceso de interpretación por parte del juez es concebido como un acto cognoscitivo en el que el juez llena el marco de la norma general<sup>152</sup>. En otras palabras, es la búsqueda y verificación de la correspondencia entre el acto y el marco legal que funciona como referencia y límite de la actividad cognitiva del juez; cualquier forma de interpretación que busque la producción jurídica de nuevas normas desemboca en la producción de normas de moral, justicia o juicios de valor. Aunque es posible que se acuda a normas de este tipo sólo cuando el derecho positivo las incorpora como normas jurídico positivas<sup>153</sup>, esto no quiere decir que puedan derivarse nuevas normas como fruto de los procesos de interpretación.

La norma es entonces el centro de la propuesta del modelo kelseniano, pues se convierte en su fundamento por definirse como ciencia normativa-descriptiva con alto grado de autonomía respecto a elementos externos como la justicia, la moral y las ideologías. Al contar con la norma como marco de referencia para la labor interpretativa del juez, se espera superar los aspectos subjetivos que intervienen en el procedimiento de ejecución de la ley. Es por eso que a continuación nos ocuparemos de la norma pero no en el sentido que ya abordamos en el capítulo precedente (la norma y su naturaleza indeterminada) sino en tanto a la función que cumple dentro del marco general del modelo kelseniano.

A lo largo de este texto hemos analizado el esfuerzo de Kelsen por purificar el derecho de la influencia de la moral y las ideologías. Es en esta búsqueda donde descubre que el concepto de justicia usado como fundamento del derecho es el responsable de que la moral y las ideologías se instauren como órdenes normativos de las sociedades. La justicia es entendida por Kelsen como aquello que los filósofos han presentado como el fundamento del derecho, bajo la tesis,

---

<sup>152</sup> *Ibíd.*, p.136.

<sup>153</sup> *Cf.* *Ibíd.*

de que sin ella ningún orden normativo es legítimo, es decir, sin que las normas busquen y se sustenten en principios como el bien, la igualdad, la libertad etc. Pero para nuestro autor, este concepto lo que hace es revestir al derecho con una fuerte carga de indeterminación, irracionalidad y subjetividad. Es por esto que se hace necesario buscar nuevos fundamentos que sustenten la ciencia pura del derecho. Kelsen busca estos fundamentos en el derecho mismo y de manera más específica en las normas, pero no son las normas en su conjunto lo que constituye el fundamento del derecho pues el conjunto de las normas son el derecho mismo.

Kelsen comprende que el derecho necesita de una fuente de legitimidad que permita dar sustento a su modelo, pero es indispensable que este sustento pueda operar sin acudir a ninguna forma de ideología o principio moral. El tipo de sustento que busca Kelsen es muy similar al que Kant propone en sus *Principios Metafísicos de la Teoría del Derecho*. Recordemos que Kant plantea un principio explicativo del derecho que funciona como sustento no solo del derecho sino también de la libertad y la justicia. Lo que Kelsen quiere adoptar de este principio es la forma en que opera como noción lógica explicativa del derecho. El mismo Kant advierte que este principio no opera como cualquier norma que busca determinar las acciones de modo particular, sino que quiere presentar la naturaleza del derecho como el establecimiento de un orden coercitivo necesario que garantiza el desarrollo de la vida humana en convivencia y libertad<sup>154</sup>. Observemos a continuación la manera en que Kelsen presenta un fundamento explicativo y de legitimidad para el derecho que espera sea consistente con su modelo.

---

<sup>154</sup> Cf: KANT. Principios metafísicos de la teoría del derecho. Op. cit. p. 43

### 3.4 LA NORMA FUNDAMENTAL

El fundamento que Kelsen elabora no tiene las elevadas pretensiones del principio del derecho kantiano, pues como podemos suponer no le interesa relacionar al derecho con valores absolutos subjetivos e inalcanzables, sin embargo, quiere alcanzar la solidez lógica que Kant imprime a su principio. “La teoría pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa”<sup>155</sup>. La “norma básica” o norma fundamental (*grundnorm*) es presentada por nuestro autor como el sustento de validez del orden jurídico en su conjunto; en este sentido cumple la misma función que la justicia en Platón o la libertad en Kant, solo que en este caso parece que los principios morales e ideológicos son remplazados por la autoridad de la validez de una meta-norma.

*Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como Derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica. A la calidad de este material, es decir, de los actos que han de ser interpretados como jurídicos, se ajusta el contenido particular de la norma fundamental que funda un orden jurídico particular*<sup>156</sup>.

Estamos frente al principal desarrollo teórico kelseniano desde el punto vista funcional, pues en su arquitectónica esta formulación es la principal fuente de validez y autoridad. La naturaleza de la norma fundamental es distinta a la naturaleza de la norma entendida como parte de los ordenamientos jurídicos, pues además de la diferencia funcional, el origen de la norma fundamental no es un procedimiento jurídico, sino un presupuesto objetivo<sup>157</sup>. Se puede observar que para Kelsen es necesario que la norma fundamental se distancie de las normas jurídicas debido que estas últimas tienen un origen subjetivo: “La norma

---

<sup>155</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho, Op. cit. p. 99.

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.*

es el sentido de un acto de voluntad<sup>158</sup>, es decir, la norma jurídica expresa el sentido de la voluntad de las personas que crean y aplican derecho (el legislador, el juez, los órganos administrativos, las personas que realizan actos jurídicos)<sup>159</sup>. Si bien es cierto que el acto de voluntad que adquiere validez objetiva en la formalización de la norma posiblemente se diferencia de otros actos de voluntad que buscan generar coacción sobre la voluntad de otros y que no se formalizan u objetivaban en una ley, como por ejemplo la orden de un padre a su hijo o de un delincuente que extorsiona a su víctima. También es importante reiterar que en ambos casos la subjetividad es la fuente motivadora del acto de la voluntad impositiva, en este sentido, no hay diferencia entre los mandatos de las normas jurídicas y los mandatos de un orden coactivo distinto, pues tanto el padre como el delincuente pueden formalizar sus órdenes con la intención de hacerlas claras y perennes.

Sin embargo, para Kelsen hay una importante diferencia entre estas dos formas de ordenamiento posible; la relación de coacción que se establece tiene un carácter distinto debido a que la norma jurídica tiene un sustento objetivo con el que no cuentan las otras formas de coacción de la voluntad. Esto es lo que Kelsen quiere demostrar cuando afirma: “El que una norma jurídica sea “válida” significa que ella y sus funciones no son sólo el sentido subjetivo, sino también el sentido objetivo de voluntad mediante el cual –como se dice de forma figurada- es creada esta norma”<sup>160</sup>. Lo que le da a la norma jurídica sustento de validez objetivo es la noción de norma fundamental que funciona como presupuesto de validez del orden jurídico. Este concepto es presentado por Kelsen como *condición lógico-trascendental de validez*.

No es una sorpresa que Kelsen adopte nociones kantianas para su *Teoría Pura del Derecho*, pero lo que llama la atención es la manera en que se usa el sentido

---

<sup>158</sup> KELSEN, Hans. Validez y Eficacia del Derecho, Op. cit. p. 60.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, p. 57, 58.

de lo que Kant en *Critica de la Razón Pura* llama condiciones de posibilidad lógico-trascendentales (intuiciones puras espacio y tiempo), para presentar la naturaleza de la norma fundamental en cuanto se debe entender como supuesta e independiente de la experiencia y la voluntad de los hombres. Espacio y tiempo en tanto condición lógico trascendental de la sensibilidad -y por tanto del conocimiento- se constituyen junto con las condiciones puras del entendimiento (categorías) en la mejor forma de demostrar el carácter autorreferencial del conocimiento, es decir, que de las condiciones presentes en el sujeto que conoce dependen los juicios que se hagan sobre la realidad objetiva. Las condiciones lógico-trascendentales kantianas son redefinidas por Kelsen para otorgarle al derecho un fundamento gnoseológico que revista de validez a los ordenamientos jurídicos positivos. Tal es la naturaleza de la norma fundamental, una condición lógico trascendental que hace posible el carácter autorreferencial del derecho.

*Con la formulación de la norma fundamental la Teoría pura del Derecho (...) solamente quiere hacer resaltar lo que hacen los juristas, casi siempre inconscientemente, cuando en la aprehensión de su objeto rechazan un Derecho natural del que pudieran derivarse la validez del orden jurídico positivo, pero no obstante conciben este Derecho positivo como un orden válido, no como un mero factum de nexos de motivación, sino como norma<sup>161</sup>.*

El modelo kelseniano requiere de una entidad conceptual que le sirva de cimiento a los ordenamientos jurídicos positivos. Esta entidad debe contar con la pureza propia de los conceptos puros kantianos, es decir, debe estar libre de la experiencia y por tanto de cualquier condicionamiento de la moral o las ideologías. Su valor conceptual es tan importante que se constituye en la entidad delegataria de poder jurídico, pues la norma fundamental es un supuesto necesario pese a los posibles cambios de los regímenes políticos, ya que todos ellos requieren de la autoridad de la norma como productora de derecho. Tanto el monarca, como un posible gobierno revolucionario que eventualmente reclame el

---

<sup>161</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Op. cit. p. 100.

poder deben valerse de un ordenamiento jurídico como presupuesto o condición a priori de cualquier sociedad<sup>162</sup>.

Según lo anterior, la norma fundamental guarda una estrecha relación con el poder político. Es una relación de interdependencia que no es casual o accidental, pues el mismo Kelsen plantea los términos en que se establecen los nexos entre el derecho y el poder con las siguientes palabras: “(...) el Derecho no puede existir sin el Poder, no obstante lo cual no es idéntico al Poder. (...) el Derecho es un orden determinado (u organización) del poder”<sup>163</sup>. Es por esto que podemos decir que el proyecto de Kelsen en su teoría pura del derecho encuentra en la norma fundamental su respuesta al problema de la falta de objetividad de las nociones morales que tradicionalmente sirven de sustento a los ordenamientos jurídicos y sociales. Según Kelsen el derecho positivo es una prenda de garantía de objetividad para el derecho y eventualmente para el poder. La viabilidad y el alcance de la norma fundamental es una cuenta pendiente de la teoría kelseniana. Aunque se puede afirmar que Kelsen desarrolla esta problemática con la discusión de la validez y la eficacia del derecho, lo cierto es que la función principal de la norma fundamental es la de hacer innecesaria la noción de justicia para el derecho. Se propone dejar atrás toda influencia de los valores y los principios de justicia que se muestran como necesarios para el derecho, por medio de un modelo autorreferencial fundado en las normas y más exactamente en la norma fundamental.

Podemos entonces concluir que la *Teoría Pura del Derecho* que Kelsen propone no solo quiere eliminar a la moral y las ideologías del Derecho<sup>164</sup> sino que además pretende llenar los vacíos que surgen cuando se dejan de usar como su fundamento. El principio máximo de derecho kantiano que tiene a la libertad y la justicia como fundamentos del derecho es remplazado por una entidad conceptual

---

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p.101.

<sup>163</sup> *Ibíd.*, p.104.

<sup>164</sup> En este caso se habla del Derecho como sistema de enunciación de prescripciones pero no de normas.

que quiere cumplir el mismo papel, pero sin ningún tipo de valor moral o ideológico. Pero esto no quiere decir que la moral no esté en el horizonte del modelo kelesniano, por el contrario, toda la teoría pura del derecho es un continuo esfuerzo moral por hacer del derecho una ciencia capaz de regular los ordenamientos sociales sin ningún asomo de indeterminación y subjetividad. Es por eso que pese a que no es su objetivo y tampoco su metodología, Kelsen termina proponiendo un modelo que no solo responde al *ser* del derecho sino también a su *deber ser*.

## CONCLUSIONES

La exposición de estas conclusiones se desarrolla en tres momentos, en los que se aborda la posición de Kelsen en orden a la relación de la moral y el derecho. En el primero se define su noción de justicia, en el segundo se presentan las principales consecuencias en orden al problema de la indeterminación y la ley, y en el tercero se señala el papel de la norma fundamental como sustento de del derecho.

Pensar el derecho sin justicia parece un absurdo y casi un contrasentido, pero cuando Kelsen emprende el proyecto purificador del derecho descubre que la justicia a la vez que funciona como fundamento de legitimidad de los ordenamientos jurídicos, también es la principal fuente de indeterminación y subjetividad del derecho. Este es el primer y principal problema al que se enfrenta esta teoría pura del derecho con pretensiones científicas, pues los principios de justicia con los que desde la filosofía se han pretendido fundar los ordenamientos sociales tanto a nivel jurídico como político son imprecisos, o en otras palabras, inexactos en cuanto a lo que quieren definir como justo o injusto. Al ser expresados con un alto grado de universalidad, estos principios permiten interpretaciones de todo tipo, entre estas las que sirven a la instauración de ideologías políticas o de poder que no hacen parte del derecho considerado como el conjunto de normas de los ordenamientos jurídicos positivos.

Según esto, pese a que la justicia parece ser inherente al derecho como una de sus características esenciales, Kelsen propone una nueva perspectiva que exige límites y criterios objetivos para la incorporación de este principio en el derecho. Pues, la consecuencia de la relación entre los principios de justicia emanados de la filosofía y los distintos sistemas normativos del derecho, es una ciencia con

fuertes falencias en cuanto a las posibilidades de establecer principios objetivos y sistemas jurídicos apropiados que no estén permeados por intereses particulares, tendencias políticas o ideológicas. Sus críticas al concepto de justicia apuntan a su origen filosófico pero a la vez son planteadas desde las mismas categorías en tanto que recurre a la filosofía cuando plantea la relación entre el derecho y la moral desde la separación expresa el clásico dualismo metafísico en el que la posibilidad de justicia depende de la concordancia entre lo ideal y lo real. En otras palabras, el derecho no puede seguir la noción de justicia que se plantea desde la filosofía ya que esta noción al presentarse de manera universal no solo es indeterminada sino que también es inalcanzable por su carácter ideal y absoluto. Para comprender mejor la posición entorno a la justicia y el derecho desde la perspectiva de Kelsen, podemos decir que el sentido original de “Justicia” es para Kelsen absoluto e inalcanzable, tan inalcanzable como la cosa en sí lo está de los fenómenos o como las ideas platónicas lo están de la realidad sensible.

De esta manera damos paso a las conclusiones que se derivan del estudio de la ley y su naturaleza. La posición que Kelsen defiende se hace relevante en la medida que permite advertir los problemas que se corren cuando se incorpora a la justicia en el derecho especialmente porque la justicia al ser un concepto que depende de categorías morales que a su vez no responden a juicios objetivos sino a acuerdos o imposiciones de poder o sociales, termina por expresarse formalmente por medio de leyes. Es decir, la “materialización” de los ordenamientos sociales se da en las leyes, haciendo que el problema de la relación entre el derecho y la moral sea crucial para la vida de los hombres.

Algunos filósofos como Aristóteles destacan la incapacidad natural de la ley para determinar los casos particulares, lo que le confiere gran poder al nivel interpretativo, pues esta incapacidad supone la necesidad de corregir la ley incluso bajo el supuesto de que el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y conocido el caso particular. Las lagunas son una

prueba importante de las falencias naturales de la ley en lo que corresponde a su poder de determinación, pues, pese a que las lagunas son para Kelsen una manifestación más de la perjudicial influencia de las ideas indeterminadas, subjetivas y poco racionales de la justicia en la teoría del derecho, ellas hacen parte tanto de los principios absolutos de la moral como de los ordenamientos jurídicos del derecho.

Las lagunas no son reconocidas por Kelsen, pero lo que sí acepta es que el juez como creador de Derecho se puede enfrentar a casos particulares que la ley no puede determinar en detalle y que por tanto tiene que interpretar operando en el marco que la ley establece. En este sentido, la posición de Kelsen es mucho más ambiciosa que la de Aristóteles, ya que la necesidad de corrección de la ley es vista por el estagirita no como deseable sino como inevitable, dado que esta característica de la ley se muestra como insuperable desde la ley en sí misma, pues la universalidad es algo que la define y sin lo cual no sería ley.

Kelsen condena a los filósofos por elaborar conceptos de justicia bajo presupuestos ideales e irrealizables y por crear principios de justicia carentes de contenido que sirven para instaurar cualquier forma de orden social. Sin embargo, se propone una concepción de derecho fundada en un ideal de ley tan absoluto como el ideal de justicia de los filósofos cuando quiere sustentar que la ley no solo es necesaria sino suficiente para garantizar la correcta aplicación del derecho. En otras palabras, la noción de justicia de Kelsen es tan ideal que se propone una nueva ciencia que cambie los ideales tradicionales de justicia absoluta por unos ideales nuevos de justicia absoluta, determinada y formal.

El Derecho objetivo parece ser el mejor medio para alcanzar la realización del ideal de Kelsen debido a que por esta vía el derecho se reduce a las relaciones jurídicas establecidas y reguladas por las normas. Sin embargo, la indeterminación y la subjetividad se hace presente en la naturaleza de las normas que lo

conforman, pues, al fundar todo el sistema en la norma, en este caso la norma hipotética, se corre el riesgo evidente de que quienes estén determinados por éstas, lo estén no por la norma sino por los fines que los guían, y en este sentido la norma siempre es un pretexto para alcanzar o evitar una sanción o recompensa.

Ya que la manera en que el Derecho y la Moral determinan la conducta humana no es igual, y que el fundamento de esta distinción descansa en la norma, se hace necesario señalar que el papel de la norma en la moral y el derecho se ve atravesado por la indeterminación; algo de lo que quieren escapar, tanto Kant desde la moral, como Kelsen desde el derecho. Para esto Kant, en teoría, blinda a la moral de la indeterminación de la voluntad humana por medio de la formulación del imperativo categórico; pero Kelsen, al estar limitado por los imperativos hipotéticos, esencia de una teoría del derecho fundada en el imperio de un orden coactivo, no puede superar este escollo y de esta manera la indeterminación se configura como aquello con lo que inevitablemente se debe operar en el derecho y por tanto hace parte de la ecuación.

Otra característica que la teoría pura del derecho comparte con la teoría kantiana en este caso con su teoría del derecho es la necesidad de la instauración de un sustento o principio que le dé validez y legitimidad a los ordenamientos jurídicos coactivos. Con esta intención Kant formula su Principio Universal del Derecho, el cual funciona como sustento racional para el derecho en la medida en que explica la manera en que el derecho es una condición necesaria para la vida de los hombres en libertad y justicia. Desde la perspectiva de Kelsen podemos decir que el esfuerzo kantiano por separar la moral del derecho se muestra insuficiente en la medida en que responde a valores absolutos e ideales que hacen del derecho no una ciencia sino un saber indeterminado y subjetivo.

Pero el mismo Kelsen recurre a un principio similar al kantiano cuando usa la tesis de la existencia de una norma tácita y universal para todos los ordenamientos

positivos llamada norma fundamental, su función es la misma que la del principio universal del derecho kantiano, con la diferencia de que la norma fundamental no cuenta con una formulación explícita sino que se muestra como un supuesto necesario para el derecho positivo en tanto que representa la necesidad y valor del mismo para los ordenamientos positivos en su conjunto. La norma fundamental le sirve a Kelsen para llenar los vacíos que surgen cuando se eliminan del horizonte explicativo del derecho a valores tan importantes y significativos para las sociedades como la justicia, la libertad, etc.

Podemos afirmar que la necesidad purificadora y científicista que orienta toda la *Teoría Pura del Derecho* y se hace presente en el modelo kelseniano es fundamentalmente un esfuerzo moral por hacer del derecho una ciencia libre de las nefastas consecuencias que puede traer para el derecho y la sociedad el que los ordenamientos jurídicos sean establecidas por principios morales o ideológicos que no se inspiran en la fuerza de la razón. Con esto se reitera lo dicho en las últimas líneas del tercer capítulo: (...) *pese a que no es su objetivo y tampoco su metodología Kelsen termina proponiendo un modelo que no solo responde al ser del derecho sino también a su deber ser.*

## BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea. Ética Eudemia*. Madrid: Gredos, 1985.

\_\_\_\_\_. *Metafísica*. Madrid: Gredos. 1990.

JUAN B. E., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. España: Alfaguara, 1998.

\_\_\_\_\_. *Crítica de la razón práctica*. España: Mestas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.

\_\_\_\_\_. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres (Edición bilingüe)*. Barcelona: Ariel, 1999.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* México: Fontamara, S. A, 1999.

\_\_\_\_\_. *¿Qué es la Justicia?* Barcelona: Ariel, 1992.

\_\_\_\_\_. *La polémica Schmitt / Kelsen Sobre la justicia constitucional: ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* : Tecnos, 2009.

\_\_\_\_\_. Teoría general del derecho y del Estado. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

\_\_\_\_\_. Teoría pura del derecho. Buenos Aires: Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. Teoría pura del derecho. México: Porrúa, 1995

\_\_\_\_\_. Validez y eficacia del derecho. En: Validez y Eficacia del Derecho. Buenos Aires: Astrea.

MANUEL, Atienza. Introducción al derecho. México: Fontamara, 1998.

MONSALVE, Alfonso. Teoría de la argumentación. Colombia: Universidad de Antioquia. 1992. p. 169.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 2003.

OTFRIED HÖFFE. Immanuel Kant. Barcelona: Herder, 1986.

PLATÓN. La República. En: Diálogos de Platón. Madrid: Gredos.1981.

ROBERT, Walter. Kelsen, La teoría pura del derecho y el problema de la justicia. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1997.

[http://www.curso-de-aleman.de/grammatik/kapitel\\_20/20\\_2\\_5\\_sollen.htm](http://www.curso-de-aleman.de/grammatik/kapitel_20/20_2_5_sollen.htm).  
Deutschkurs (español-deutsch). Con acceso: septiembre, 20, 2010.

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>. Página Web de la Confederación Suiza  
(Confédération Suisse). Con acceso septiembre, 8, 2010.