

CONTEXTO SISTEMÁTICO DE LAS PREGUNTAS FILOSÓFICAS SOBRE LA JUSTICIA ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA PREGUNTA KELSENIANA Y SUS SUPUESTOS

GUIDO SOAJE RAMOS
Argentina

I

1. Planteamiento de la cuestión

1.1. Dentro de la antropología filosófica, en cuanto que se aplica a determinar la peculiaridad del ente humano, es ya un lugar clásico, es decir, un genuino tópico, el que consiste en señalar al hombre como *un ente que pregunta*.¹

1.2. Ahora bien, *no se pregunta sin supuestos*, porque se pregunta dentro de un *contexto*. De esta condición no está exenta la pregunta filosófica, por irreductible y por radical que fuere. Sabido es que la exigencia de una completa ausencia de presuposiciones (*eine vollständige Voraussetzungslosigkeit*) es de cumplimiento imposible por el hombre filósofo.

Desde luego no hay que confundir *presuposiciones o supuestos* necesariamente con *prejuicios (Vorurteile)*, y parte de la tarea crítica de la filosofía consiste en discernir éstos cuando influyen en una posición sostenida por algún pensador, sea o no filósofo. Ya F. Brentano advertía que las exigencias que se le plantean a un investigador científico, son similares a las que debe satisfacer un juez.

Para que un juez considere un caso jurídico, nadie pretende que el poder judicial (de aquél) sea enteramente una *tabula rasa*, ni tampoco que (aquél) no posea ninguno de los conocimientos que son relevantes para la decisión del

¹ Es el título de un interesante trabajo de Strauss, E., "Der Mensch als ein fragendes Wesen", en *Jahrbuch für Psychologie und Psychotherapie*, I. 1953, pp. 139-154. Quien ha examinado con notable finura el tema de la pregunta en el punto de partida de la metafísica, ha sido Emerich Coreth en su libro *Metaphysik. Eine methodisch-systematische Grundlegung*, Innsbruck, Tyrolia Verlag, 1964 (2a. ed.).

caso; pero sí se exige que él, no ligado *subjetivamente* por ninguna inclinación ni convicción que obren a la manera de prejuicios, pueda juzgar con equilibrio y de modo puramente *objetivo*, mirando con imparcialidad los *pro* y los *contra*. Así obviamente a ninguno se le ha ocurrido nada más que el rechazo de ciertas presuposiciones que, *sin estar él mismo científicamente seguro* [de ellas], sea directamente sea en sus consecuencias, *pueden prejuzgar* sobre el resultado de una investigación puramente científica.²

1.3. Quizá no sea del todo redundante detenerse un poco en indicar algunos *aspectos* o elementos de la *pregunta* en el diálogo *interior* del filósofo consigo mismo.

1.3.1. Ante todo, se trata evidentemente de *quién* es el que pregunta. Ese *quién* no interroga como si él fuere la *tabula rasa* a la que aludía Brentano en el pasaje antes transcrito.³

1.3.2. En segundo lugar, hay un *sobre qué* se pregunta (o un *acerca de qué*) y un *qué* se pregunta, los que deben ser cuidadosamente discernidos.

1.3.3. Además, cabe señalar *qué tipo de respuesta* espera el interrogador. Éste, a veces no libre de prejuicios, aguarda una respuesta positiva, o bien, negativa. Cuando ya se tiene una hipótesis que prefigura la respuesta, no es del todo improbable que a la espera de una confirmación se crea haber hallado la respuesta que se esperaba: positiva o negativa.

Obviamente, una adecuada formulación del *qué* se pregunta, si ella fuere suficientemente *explícita* (lo que rara vez ocurre), debería incluir el tipo de respuesta que se espera. Sin el cumplimiento de esta exigencia, la pregunta resulta todavía imprecisa.

1.3.4. Cuando de los *supuestos* de las preguntas *filosóficas* sobre la *justicia* se trata, pueden ser indicados los siguientes como los más relevantes.

1.3.4.1. Concepto del *hombre* (en particular, de su especificidad, de su personalidad, de su razón en su doble uso teórico y práctico, de su libertad, de su historicidad, de su sociabilidad, de su politicidad, etcétera).

1.3.4.2. Concepción de los *grupos sociales* y del *Estado*.

1.3.4.3. Concepto de la *moralidad* (o *eticidad*).

² Brentano, F., "Über voraussetzungslose Forschung", en *Die vier Phasen der Philosophie*, Hamburg, Meiner, F., 1968 (2a. ed.), p. 138.

³ No hay que entender aquí esta referencia al *quién* pregunta en el sentido del famoso texto de Fichte sobre la relación entre el peculiar hombre que filosofa, y la filosofía que él propone.

Lo que se quiere subrayar es solamente la incidencia del *sujeto* que interroga, en el *qué* de la pregunta por él formulada.

1.3.4.4. Concepto de la *realidad*. Posición ante la alternativa: realismo-idealismo.

1.3.4.5. Posición ante el tema del *valor* (o del *bien*) y ante el tema del *fin*.

1.3.4.6. Posición ante el tema de *Dios*.

1.3.4.7. Supuestos *gnoseológicos* y *epistemológicos*.

Claro está que los supuestos que acabo de consignar, pueden ser *explícitos* o *implícitos* y que las más de las veces, en las doctrinas sobre la justicia y previamente aun en las preguntas filosóficas sobre ella, prevalecerán los del segundo modo. Por otra parte, los mencionados supuestos encierran una incuestionable relación, más o menos manifiesta, con esas preguntas sobre la justicia, y desde luego en general con las correspondientes al campo jurídico.⁴

1.4. Sin tener en cuenta esos supuestos (explícitos o implícitos), ni el filósofo en diálogo consigo mismo podrá considerar cabalmente las posiciones ajenas ni la(s) propia(s), ni sus críticos comprender con justeza la(s) de él ni criticarla(s) en su coherencia interna ni apreciar su valor en punto a su adecuación con la esfera objetiva correspondiente.

1.5. Como es notorio, a la tematización reflexiva de la justicia se llega por dos vías: la del *jurista*, que ya en ámbito iusfilosófico interroga sobre ésta; la del *filósofo*, que puede ser o no ser un jurista, aunque posea un conocimiento serio del campo jurídico, y que pregunta también respecto de aquélla.

En ambos casos el aludido tema de los *supuestos* se presenta como insoslayable y exige su consideración, aunque a tal exigencia las más de las veces suele ser insensible, o por lo menos poco sensible, el jurista sin cabal actitud filosófica.

Y si se tiene presente lo expresado anteriormente sobre la distinción entre *supuestos legítimos* y *meros prejuicios* (*vid. supra*, 1.2.), no será difícil percatarse de que, en sede crítica, sólo una crítica integral o global evita el riesgo de la parcialidad en la medida en que manifieste su disposición a revisar sus supuestos y a descartarlos incluso, si se revelan meros *prejuicios*.

1.6. Ya que la filosofía del derecho en cuanto que es precisamente *filosofía* no puede desligarse de las otras disciplinas filosóficas con las que constituye un *todo*, en el examen y elaboración de sus temas, en el caso de la *justicia*, logrará un nivel y una calidad tanto más *filosó-*

⁴ Aunque sea incidentalmente es menester dejar asentado que el tema de la justicia se halla inscrito en el del campo jurídico. Baste anotar que las sentencias judiciales no son, en principio, ajenas a la justicia y que aquéllas se dan dentro del campo jurídico.

ficos cuanto más rigurosamente tenga en cuenta los supuestos concernientes a los temas *fundantes* del que en la oportunidad se tematiza.

1.7. Estas consideraciones proemiales eran tal vez útiles, si no indispensables, para entender la parte central de mi comunicación en la que me propongo, por un lado, mostrar la necesidad de que la crítica se extienda a los *supuestos* de algunas *preguntas* filosóficas sobre la justicia, formuladas por ciertos pensadores tomados como ejemplos ilustrativos y, desde luego, de las *respuestas* respectivas; y, por otro, sugerir de este modo la conveniencia de que en próximos congresos de filosofía del derecho, organizados por la institución ahora convocante, sean abordados temas en los que esté incluida explícitamente la relación del tema iusfilosófico en sentido muy estricto con alguno(s) de los temas fundantes, cualesquiera que fueren.

1.8. Como ejemplo ilustrativo he escogido principalmente la posición de Kelsen, que por cierto no expondré ni siquiera de manera sintética, por suponerla conocida, y de la que me ceñiré a señalar algunos *supuestos* relevantes, que influyen ya en el *sentido* y en el *alcance* de *la(s) pregunta(s) misma(s)*.

2. Algunos supuestos en la posición de Kelsen sobre la justicia

2.1. Ante todo, quizá lo más relevante sea el hecho de que, en la medida en que puede inferirse de la cronología de las numerosas publicaciones de Kelsen, su tematización *directa* de la justicia habría sido posterior a la configuración de su teoría pura del derecho. Adviértase que digo con rigor “tematización directa” con todas sus implicaciones, y no meras referencias por vía de alusión. Sólo de esto último se puede hablar, por ejemplo, en su trabajo: *La idea del derecho natural* del año 1927,⁵ es decir, cuando ya está perfilada en sus grandes líneas su mencionada teoría.⁶ Años después de ese estudio del 1927 aparece, en 1931, su artículo sobre *La justicia platónica*.⁷ Hay que esperar luego hasta *Las metamorfosis de la justicia* (1947), *¿Qué es justicia?* (1953) y “*El problema de la justicia*” (1960) para encontrar la tematización aludida.

⁵ “Die Idee des Naturrechts”, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 7 (1927-1928), parágr. I-II. En lo sucesivo “*Die Idee des N.*”.

⁶ En el prólogo a la primera edición de su *Reine Rechtslehre* (1934) hace notar Kelsen que desde hace más de dos decenios ha emprendido el desarrollo de su teoría pura del derecho. *Vid. el comienzo del prólogo* (apartado I).

⁷ Art. cit. en *Utrechtsh Dagblad*, no. 278, 24 nov. 1931. Posteriormente publicado en francés (1932), en alemán (1933), etcétera.

Ahora bien, para Kelsen, como es bien sabido, la teoría pura del derecho es una teoría del derecho *positivo* y se le llama *pura* porque pretende excluir del conocimiento de *ese* derecho (que para él resulta ser el *único* derecho o bien *el* derecho a secas) todos los elementos que le serían extraños. Por eso la ciencia particular del derecho —la jurisprudencia— debe ser distinguida —entre varias distinciones necesarias para él—, de la filosofía de la *justicia*. Con énfasis singular la teoría pura del derecho se declara incompetente para responder al problema de si un derecho dado *es justo o no*, e incluso al más básico de *qué sea la justicia*. Dichos problemas de ningún modo pueden ser resueltos científicamente por esa ciencia que es la teoría pura del derecho.⁸

Ello así, cabe preguntar si la decisión kelseniana sobre el concepto de derecho *implicaba* ya la posición *negativa*, en sede crítica, respecto de la justicia, reducida luego explícitamente a un mero *ideal irracional*.

Hay muchos indicios que sugieren una respuesta afirmativa a dicha pregunta. Sin pretender una exposición orgánica, que sería aquí inoportuna, me limitaré a señalar algunos.

En virtud de su actitud *metodológica*, en la que coinciden momentos neokantianos (los de Marburgo) con otros de índole ficcionalista y otros positivistas, comienza Kelsen por separar *el* concepto de derecho de la idea de justicia, la que en tal contexto resulta para él solidaria del derecho *natural* a tal punto que hay textos suyos en que ambos se identifican.⁹ Si bien algunos críticos de Kelsen —entre ellos Hohenauer¹⁰— han señalado hace ya tiempo graves *impurezas* en su teoría *pura* y lo han acusado de empirismo, al margen de estas incoherencias que se le atribuyen, es obvio que sus declaradas premisas metodológicas — las de un *formalismo logicista* emparentado con el de Hermann Cohen, no obstante las diferencias entre ambos — y su

⁸ Vid. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", en *Harvard Law Review*, núm. 1, vol. LV, nov. de 1941, pp. 44-45. En lo sucesivo *The P.T.L. and A.J.*

⁹ Vid. "La justicia como derecho natural" en "The Metamorphoses of the Idea of Justice" en *Interpretations of Modern Legal Philosophies* (Essays in Honor of Roscoe Pound), New York, Oxford, U.P. 1947, parág. 3 (en lo sucesivo *The Metam*); "Para la Teoría de la Justicia, que denominamos Teoría del Derecho Natural. . ." en *Die Idee des N.*, parág. II; "Lo que hasta ahora se ha considerado derecho natural, o lo que es lo mismo, justicia. . ." *The P.T.L. and A.J.*, parág. I. Desde luego, "justicia" está tomada aquí en un sentido distinto del que Kelsen da a esa palabra en cuanto significa *juridicidad* como mera *legalidad*, o como lo que él llama *justicia de derecho* (el mantenimiento de un orden positivo por su consciente aplicación), que es el único sentido en que, para él, el concepto de justicia es admisible en una ciencia del derecho. Vid. *último trabajo citado*, párrafo I, *in fine*.

¹⁰ "Der Neukantianismus und seine Grenzen als Gesellschafts- und Rechtsphilosophie", en *Blätter für deutsche Philosophie*, 1928, pp. 310-330.

doble identificación, por un lado, de derecho a secas con derecho positivo (e.d. su monismo jurídico), y por otro, de justicia (no como mera legalidad)¹¹ con derecho natural, comportaban la exclusión de la justicia del campo de la ciencia jurídica. La oposición al derecho natural en nombre de su monismo jurídico entrañaba palmariamente esa actitud excluyente.

Tal vez sea pertinente recordar que para Kelsen, tan poco inclinada a reconocer evidencias, “el *postulado* metodológico de separar el concepto de derecho de la idea de la justicia parece ser *evidente de suyo*”.¹² Aparentemente se trataría, previa tal separación, de un examen por separado de ambos temas que podrían constituir así asuntos susceptibles de sendas consideraciones racionales y objetivas. Mas tal apariencia sería engañosa y Kelsen en el curso de su itinerario intelectual se encargará expresamente de desengañarnos. Su monismo jurídico le exigía rechazar lo que se le presentaba como el otro polo de una alternativa ineludible sin término medio: el derecho natural identificado con la justicia. De allí que en una etapa cronológicamente posterior se dedicara a una crítica, de resultados siempre negativos, de la idea de justicia, reduciendo a ésta a un *ideal irracional*, con lo que procuraba confirmar su opción inicial por un monismo jurídico, tal como él lo entendía.

2.2. Conviene detenerse un momento en el análisis de esta opción y de la alternativa en la que se inscribe, porque de este modo será posible mostrar un supuesto decisivo en la pregunta de Kelsen por la justicia, y, desde luego, en su conocida respuesta.

De qué modo se plantea a Kelsen la alternativa aludida, sólo puede determinarse si, por lo pronto, se repara en cómo concebía los miembros o polos de aquélla. Quizá por influencia de Bergbohm^{12 b 13} derecho natural y derecho positivo aparecen para Kelsen como dos *sistemas completos* (a lo menos con pretensión de tales)¹³ de regulación o *normación jurídica*. (Por cierto para Kelsen el derecho es *norma*, y lo

¹¹ *Vid. supra* nota 9, *in fine*.

¹² *The Metam*, Introd.

^{12 bis}. Es conocida la tesis de K. Bergbohm en ese arsenal de argumentos antiiusnaturalistas que es su libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen*, Leipzig, 1892, t. I, XVI, p. 407: “Toda teoría jurídica dualista es, con respecto a la vida jurídica práctica, enteramente imposible”. (El subrayado ya se encuentra en el texto original. La traducción es del autor de esta comunicación.)

¹³ Que tal pretensión de *completud* (o *completitud*) anide en la idea del derecho natural, explica a juicio de Kelsen que la teoría de aquél ignore pura y simplemente el problema de la *aplicación* y que el proceso de su presunta realización suprima, por contradicción, su propia idea. *Vid. Die Idee des N.*, parág. XIX.

es esencialmente.) Y, supuesto ello, se será *monista* o *dualista* si se admite un solo derecho o se admiten los dos.

Además, para Kelsen, el derecho natural (igual a Justicia), entendido como *sistema* de normación o más precisamente de *normas*, presentaría para sus sostenedores el carácter de *evidencia inmediata* en todas sus partes¹⁴ y en su estructura lógica funcionaría mediante *la deducción*.¹⁵ Sólo de paso puede anotarse la incongruencia que implícitamente se atribuye a la teoría del derecho natural, al asignarle ambos caracteres, ya que si *todo* el contenido de la ordenación *natural* (o iusnaturalista) presentara *evidencia inmediata*, no se alcanza a entender qué función cumpliría *la deducción* lógica.

Ahora bien, para Kelsen ninguna teoría de derecho natural ha logrado determinar el *contenido* de esa ordenación *natural* (orden por sí mismo *justo*) de un modo que por lo menos se aproxime a *la objetividad* y a *la exactitud* que cabe reconocer tanto a la ciencia natural como a la *jurisprudencia* cuando, respectivamente, determinan el contenido de las leyes físicas de la naturaleza o el contenido de cualquier orden jurídico positivo dado.¹⁶ A su juicio, lo que él llama el *conocimiento racional* sólo puede captar un orden *positivo* —es el derecho positivo— *comprobado por actos objetivamente determinables* y que, como tal, es el único que puede ser objeto de ciencia.¹⁷

En cambio, el derecho natural (igual a Justicia) ni exhibe la evidencia que pretende, ni por vía de *la deducción* puede su teoría derivar normas de la naturaleza sin incurrir en la falacia de derivar el deber del ser o bien deducir válidamente normas jurídicas que no sean tautológicas, de un principio de justicia (el *suum cuique*) que es una tautología.

Ha sido menester este examen para poner de relieve, como *un* supuesto de decisiva relevancia en la pregunta de Kelsen por la justicia, su concepción de los dos miembros de la alternativa aludida, en particular del derecho natural (Justicia). Respecto de este segundo miembro ofrece una caracterización general muy discutible, cuyos rasgos son de cuestionable verificación en ciertas doctrinas iusnaturalistas, sea el de *la completud*, sea el de *la evidencia inmediata de todas las normas*, sea el de *la función asignada al razonamiento deduc-*

¹⁴ Lo sostiene expresamente en varios lugares de su obra: así, por ejemplo, en *Die Idee des N.*, parág. VI, XII, XIV, XVI, y XVII.

¹⁵ Cf., *Die Idee des N.*, parág. XVII (“deducción desde el principio supremo de justicia de las normas de Derecho Natural. . .”); “Das Problem der Gerechtigkeit”, en *Reine Rechtslehre*, Viena Deuticke, 1960 (en lo sucesivo será citado como *Das Probl. der G.*), parág. 33.

¹⁶ Cf. *The P.T.L. and A.J.*, parág. I.

¹⁷ *Ibid.*

tivo. No obstante ello, mantiene ese paso firme y seguro que le es tan peculiar, sin detenerse nunca a revisar su concepto del derecho natural en general. Además, es pertinente agregar que aun cuando su concepción del derecho natural *normativo* (el único que considera, por su actitud exclusivamente *normológica*) fuera acertada en general¹⁸ —desde luego no lo es y para serlo debería ser modificada—¹⁹ y también aun cuando sus interpretaciones de ciertas doctrinas iusnaturalistas exhibieran una fidelidad que con frecuencia falta, Kelsen habría impugnado radicalmente el iusnaturalismo en razón de algunos supuestos suyos y habría seguido optando por el sedicente monismo jurídico ya asumido desde el comienzo. Y con esa opción, la justicia, no reducida a mera legalidad o conformidad con un orden jurídico positivo dado, ya estaba condenada a ser determinada a lo más como un *ideal irracional*, algo así como una suerte de equivalente en este contexto de la “ilusión trascendental” de la que hablaba Kant a propósito de una metafísica teórica. En esa determinación el adjetivo es sobre todo el más relevante, ya que tiene una obvia acepción peyorativa que claramente tiñe el sentido del sustantivo.

A esta altura del presente análisis puede señalarse como uno de sus resultados que la pregunta de Kelsen sobre qué sea la justicia, presupone que una respuesta afirmativa tendría que dar una solución *precisa, evidente y cierta a todos* los problemas que se plantean a los hombres en el campo jurídico de un modo similar a lo que un orden normativo jurídico positivo dado ofrece, según él, ante esas cuestiones. Incluso si se redujere la pregunta en ámbito *normológico al principio de justicia*, éste para no ser una mera tautología, debería brindar una base de la que pudieran derivarse *deductivamente todas* las regulaciones *justas* de las diversas situaciones relevantes dentro del campo jurídico. Y si no una base de ese tipo, por lo menos un *criterio* que *por sí sólo* permitiera (incluso a *cualquier* hombre) resolver esos problemas. En este sentido cabe entender lo que Kelsen dice como objeción contra los que invocan el *suum cuique*: “Es fácil ver que la *cuestión decisiva* para la *aplicación* de esta norma: qué es lo suyo, lo

¹⁸ En rigor, a mi juicio, la oposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, en general, en ambos casos, en punto al derecho como *norma*, se reduce a la que se da entre la negativa y la afirmativa, respectivamente, ante la cuestión de si hay normas jurídicas cuya validez no depende de su *posición* por un autor *humano*. Para no complicar esta alusión se preacinde aquí de la oposición entre el iusnaturalismo, en general, y un positivismo jurídico *teológico* (o *teologista*).

¹⁹ *Vid.* nota 18, donde se indica cómo debería caracterizarse, en general, el iusnaturalismo, del que hay muy diferentes formas y direcciones.

debido a cada cual, su derecho, *no es resuelto por esta norma.*"²⁰ De ahí la alternativa implícita: o el *sum cuique* resuelve lo que en cada caso sea lo suyo de cada cual o es una tautología. Que esa presunta alternativa no admita término medio —es la posición de Kelsen— no puede ser aceptado por quien —es mi caso— no admita los aludidos supuestos kelsenianos.

No es posible aquí examinar su crítica de *todas* las normas de justicia (sea de las que él llama de tipo *racional*, sea de las por él denominadas de tipo *metafísico*), pero su procedimiento argumentativo-refutativo es, en general, el mismo *mutatis mutandis*.²¹

2.3. En lo que sigue se aludirá muy someramente a algunos otros supuestos de Kelsen que se hallan entrañablemente ligados con los que han sido mostrados anteriormente, y que influyen también decisivamente en la pregunta misma sobre qué sea la justicia. Se trata de: a) su noción de *naturaleza*; b) su posición *determinista* ante el tema de la *libertad* humana; c) sus tesis sobre la *función* específica de la *razón* humana y su negación, por internamente contradictoria, del concepto de *razón práctica* (y consiguientemente, de *conocimiento práctico*); d) su noción de *norma*, y e) la *axiología* kelseniana. Ni que decir se tiene que esta mención no pretende, de ningún modo, un carácter exhaustivo. Además, hay que tener muy presentes el sentido y el alcance del *monismo* jurídico de Kelsen.

2.4. Como base de su crítica de las normas naturales de justicia, base que incide en la pregunta misma sobre la justicia, Kelsen recurre, como es bien sabido, a una noción de *naturaleza* que ya en esa pregunta misma está implícitamente excluyendo una respuesta afirmativa o positiva, en cuanto ambos adjetivos funcionan aquí como sinónimos.

Para él *naturaleza* tiene que entenderse como “la realidad empírica

²⁰ *Das Problem der G.*, parág. 10. De la actitud intelectual de Kelsen es muy sugestivo lo que dentro de ese parágrafo viene a continuación de la cita. Para aplicar el *sum cuique* como norma de justicia es menester un orden normativo que defina lo que es *suyo* para cada cual, en cuanto otros tienen un deber correspondiente. Ello así, argumenta Kelsen, cualquier orden normativo, cualesquiera que sean los derechos y deberes que establezca, en particular todo orden jurídico positivo “corresponde a la norma de justicia del *sum cuique* y puede por tanto ser apreciado como justo”. *Ibid.* Dado el *monismo* jurídico de Kelsen la referencia a *cualquier* orden normativo, que desde el momento en que establece *derechos*, etcétera, no puede ser sino *jurídico* y *positivo*, parece superflua (o una mera concesión *aparente*). Por lo tanto, en la argumentación de Kelsen está ya el supuesto de que *lo suyo* de un sujeto jurídico requiere, en todos los casos, que un orden normativo jurídico *positivo* lo haya determinado o establecido (*statuiert*) como tal, *cualquiera sea*, por lo demás, *esa determinación*. Reaparece así el supuesto *positivista*, esta vez en relación con *lo suyo* de cada cual y funcionando como fundamento de la argumentación. Lo *suyo* no puede, en ningún caso, ser determinado por un orden normativo que no sea un orden *positivo* establecido por un autor *humano*.

²¹ *Vid. op. cit.*, en nota 20.

del acontecer fáctico en general” o como “la realidad concreta del acontecer fáctico, concebida en un permanente cambio”, y cuyo “ser es un devenir”. Y si se piensa en ella *en particular*, en el caso de los hombres, ella “es dada en el comportamiento fáctico —interno o externo— de los hombres”.²² (De la naturaleza así entendida está *excluida* cualquier referencia a fines, que de ser naturales supondrían una “autoridad trascendente”. Toda teleología de la naturaleza es teológica.)²³

Claro está que en esta noción de naturaleza confluyen temas kantianos²⁴ y positivistas, pero lo que importa subrayar con énfasis es su función de supuesto de validez inconclusa para Kelsen, quien llega incluso a ver en la teoría del derecho natural “un vicio lógico fundamental” al querer ella “deducir” (sic) de la naturaleza —“conjunto de hechos ligados según el principio causal”— e.d. de un ser (*Sein*) un deber (*Sollen*).²⁵

Por otra parte, en punto a la necesaria presuposición de “una autoridad trascendente” para toda teleología de la naturaleza, basta mencionar el ejemplo de Aristotéles en quien se da ésta sin aquélla.

2.5. Es conocida la distinción kelseniana entre los principios de *causalidad* y de *imputación*, de los que ofrece sendas concepciones que son muy peculiares de su doctrina total. Lo que a veces no es tan conocido, es que para él “la imputación no presupone ni el hecho ni la ficción de la libertad como no-determinación causal ni tampoco el error subjetivo del hombre de ser libre él mismo”.²⁶

Al fin de cuentas el hombre es *parte de la naturaleza* (en el sentido en que Kelsen la concibe) y como tal “no es libre”, lo que “significa que su comportamiento, considerado como hecho natural, es causado, conforme a la ley de la naturaleza, por otros hechos”.²⁷ Paradójicamente Kelsen sostiene que “la erección de un orden normativo regulativo del comportamiento de los hombres, sólo a base del cual

²² *Das Problem der G.*, parág. 32 y 33. Desde esa base, no sometida a crítica por Kelsen, él argumenta que entonces “Las normas inmutables de la teoría del Derecho Natural sólo pueden ser las leyes de la Naturaleza (*Naturgesetze*)”. *Op. cit.* parág. 33.

²³ *Ibid.*

²⁴ Con todo, Kelsen opera con una noción kantiana harto simplificada, ya que hay también el Kant de la *Kritik der Urteilskraft* con su crítica del juicio teleológico y el del *Opus Postumum*. En un libro reciente *Philosophie des Lebendigen. Der Begriff des Organischen bei Kant, sein Grund und seine Aktualität*, y a base del *Opus Postumum* de Kant, Reinhard Low critica la exclusión de la teleología en la ciencia moderna. *Op. Cit.*, Frankfurt, Suhrkamp. 1980.

²⁵ *Cf.*, *Das Problem der G.*, parág. 31.

²⁶ *Cf.*, *Reine Rechtslehre* (ed. 1960), p. 99.

²⁷ *Id.*, p. 95.

puede ocurrir la imputación, presupone que la voluntad de los hombres, cuyo comportamiento es regulado, es causalmente determinable, y por tanto no es libre”.²⁸ Para dar color de verosimilitud a su paradoja echa mano a otra presunta ley natural que formula el tan discutible *hedonismo psicológico*, a saber: que el hombre realiza el comportamiento del que aguarda el placer mayor. Gracias a esta conexión con esa otra “ley natural”, “la representación de la norma puede ser un motivo eficaz del comportamiento que se adecua a la norma”.²⁹

No obstante la brevedad de esta referencia, queda en claro el determinismo asumido por Kelsen y que, desde ya puede anticiparse, ejerce decisiva influencia sobre el tema de la razón práctica humana, al que paso a referirme, no sin dejar de llamar la atención sobre la relevancia de tal supuesto de Kelsen, solidario de su concepción de la naturaleza, en su pregunta por la justicia.

2.6. Para Kelsen la noción de *razón práctica*, que desempeña un papel decisivo en la teoría del derecho natural, sobre todo para responder a la cuestión *sobre qué es justo*, es internamente *contradictoria*. Mas, ¿sobre qué reposa esta calificación?

Hay, por lo pronto, sendas concepciones de la *razón* y de la *voluntad* como “funciones” del hombre. Aquéllas son la base manifiesta de tal calificación; pero de las dos la más influyente, como se lo indicará más adelante, es la de la voluntad, declarada no libre, según ya se ha visto.

Según Kelsen “considerada desde el punto de vista de la *psicología empírica*, la función específica de la razón es *conocer objetos que le son dados o propuestos*” o como dice en el mismo pasaje un poco más adelante, se trata de que sea “conocido un objeto ya dado tal como es”. De allí que él designe como razón la *función cognitiva* (*Erkenntnisfunktion*) en el hombre.³⁰

Y por eso también él verá que la posición de normas, la legislación, *no* es una función *del conocer, sino del querer*. Ello así, no podría ocurrir que hubiera una *razón práctica* (o razón que estableciera normas), la que sería a la vez una razón que conociera y quisiera lo que sería conocer y a la vez querer. Tal noción *contradictoria* sería también para Kelsen de origen teológico-religioso, ya que sólo la razón divina podría ser práctica, es decir, un conocimiento legislativo. Únicamente de Dios se podría afirmar que sean algo el conocer y el querer.³¹

²⁸ *Id.*, p. 97.

²⁹ *Id.*, p. 98.

³⁰ *Das Problem der G.*, parág. 39, *initio*.

³¹ *Op. cit.*, *in fine*.

En la presente comunicación no se puede seguir a Kelsen en sus análisis críticos, pues de lo que ahora se trata es de señalar la incidencia de este supuesto en su “examen científico del problema de la justicia”.³² Ante todo, dadas sus tesis sobre *la naturaleza y sobre la negación de la libertad* en el comportamiento del hombre, no hay desde luego lugar para *la razón práctica* en el hombre. En Kant mismo *lo práctico* corresponde al “mundo de *la libertad*”, como distinto del “mundo de *la naturaleza*”.

Por otra parte, con su *gratuita* restricción del *conocer*, puesta como base de su labor refutativa, todo el orbe de las normas, sean morales, sean jurídicas, queda librado exclusivamente a la voluntad humana, única creadora de normas. Se está así ante un neto *voluntarismo* ético y jurídico.

En su invocación de *la psicología empírica* para afirmar ese supuesto básico que importa *la negación de un conocimiento práctico humano*, Kelsen debió a lo más hablar de *ciertos psicólogos empíricos*, pues *no todos* suscribirían tal negación, que *reduce*, no sin mutilación de *la empiria*, *los usos posibles de la razón humana* y sus diversos tipos de conocimiento (teórico, técnico, práctico, etcétera). Con esa actitud reductiva se llega a una tosca simplificación de un asunto sumamente complejo. (La misma actitud puede discernirse en Alf Ross, de quien cita Kelsen^{32 bis} un párrafo tomándolo de la *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*.) De haber tenido Kelsen un conocimiento más amplio y preciso del tema del conocimiento práctico, sobre todo en cuanto se presenta en el caso del conocimiento de lo justo, su crítica acaso no hubiese sido tan somera. Pero esa *ausencia se refleja en su pregunta sobre la justicia*, pues en ningún momento se hace cargo de que: *a*) puede haber diversos niveles de conocimiento de lo justo; *b*) el conocimiento de lo justo en la conducta puede requerir una peculiar “sabiduría práctica”, como ya lo señalaba Aristóteles en su *Et. Nic. V*, 1137, 10; *c*) por su materia, que de ningún modo puede asimilarse, por ejemplo, a la del conocimiento geométrico, el conocimiento de lo justo puede ser influido favorable o desfavorablemente por factores afectivos, etcétera. Con todo, puede pensarse que aquella ausencia ya estaba decidida desde el punto de partida.

Es frecuente el reproche de *contradicción* interna que Kelsen dirige a posiciones que de la de él divergen, mas en el caso de *la razón práctica* aquél sólo podría justificarse si usando, por lo demás, muy

³² *Id.*, parág. 8.

^{32 bis} *Cf.*, *Das Problem der G.*, parág. 39, nota 68.

latamente la noción de contradicción lógica, se adoptara su concepto de razón, que no es, por cierto, ni el de Aristóteles, ni el de Tomás de Aquino, ni el de Kant.

Por último, lo que sostiene Kelsen sobre el origen del concepto de razón práctica choca abiertamente, por ejemplo, con lo que se sabe de su uso en el *Corpus Aristotelicum* (en particular en *De An.* III, 10, 433 a 15) en el que aparecen tanto “*praktiké diánoia*” como “*noūs praktikós*” sin conexión con tal origen.

2.7. Si bien se ha aludido en 2.6. a las normas (entre las que estarían para la teoría del derecho natural las normas de justicia) en cuanto que, según Kelsen, son creadas por la voluntad humana, no por la razón, y aunque no se persiga ahora un examen de toda su doctrina sobre las normas y en particular de las jurídicas, quizá convenga una muy breve alusión a un aspecto de la norma, señalado por él y que revela supuestos antropológicos muy relevantes, además de una conexión importante con el tema del valor.

Para Kelsen, tal como aparece en la versión francesa de su trabajo ya citado “El problema de la justicia”, a diferencia del concepto que “es una función del conocimiento, componente racional de nuestra conciencia, de nuestra razón”, la norma “nunca es la función del componente racional sino de los componentes emocionales de nuestra conciencia, es decir, de nuestro deseo o de nuestra voluntad”.³³

Por otro lado, en el mismo contexto al que se acaba de aludir, vale decir que en su tarea de distinguir entre el concepto y la norma, Kelsen sostiene que el concepto, si bien determina los elementos o cualidades que tiene un objeto concreto cuando cae bajo ese concepto, no establece que el objeto *debe* (*soll*) tener estas propiedades. A esto agrega algo que es muy importante para la comprensión de su doctrina desde sus supuestos fundantes. Para él, a diferencia de lo que ocurre con la norma, el concepto no *constituye* un valor (desde luego no en el sentido de que el concepto no *consiste* en un valor, sino en el sentido de que no lo *establece* o lo *instituye* como un valor). A *contrario sensu* la norma sí lo constituye en el sentido indicado.³⁴

Es fácil percatarse de las implicaciones que, para el tema de la justicia en el sentido criticado por Kelsen, encierran ambos puntos.

³³ Cfr., Kelsen, Perelman, *et al.*, “Justice et Droit Naturel” en *Le Droit Naturel*, Paris, P.U.F., 1959, p. 1-123. El texto cit. en p. 9 (“Le concept est une fonction de la connaissance, composante rationnelle de notre conscience, de notre raison, tandis que la norme n’ est jamais la fonction de la composante rationnelle, mais des composantes émotionnelles de notre conscience, c’est à dire de notre désir ou de notre volonté”). Este pasaje falta en la edición alemana de 1960 en el parág. 5.

³⁴ Cf., *Das Problem der G.*, parág. 5.

2.8. Entre los supuestos que me he propuesto examinar en la pregunta de Kelsen sobre la justicia, figura, por último, su *axiología* de base, la que obviamente incide cuando se trata, aunque sea indirectamente, de la justicia como *valor*.

Ante todo, en la obra escrita de Kelsen —por lo menos en la que conozco—³⁵ no se advierte que él haya dedicado mucha atención al tema axiológico. Esta impresión se refuerza cuando se observa que en su estudio más extenso, que trata sobre la justicia (es decir, “El problema de la justicia”) no están ni siquiera aludidos, con la excepción de R. B. Perry y de W. H. Urban, los axiólogos más conocidos.

Además, si la realidad empírica se identifica con la naturaleza, tal como Kelsen la concibe, y si la *empiría* misma es lo que él sostiene, la afirmación de que haya valores propiamente *objetivos* y algunos *no-relativos* debe ser impugnada por razones de principio.

Habida cuenta de lo que acaba de consignarse, puede referirse su posición en el trabajo “Juicios de valor en la ciencia del derecho”,³⁶ donde expone solamente dos teorías axiológicas: una, *la de interés*,³⁶ que él vincula con el mencionado R. B. Perry, autor de una *General Theory of Value* (1926), y otra, *la normativa*, que presenta como sugerida por él mismo. Para *la primera* cada valor es función de un interés en el sentido de una actitud afectivomotriz: si el objeto valorado corresponde al interés de alguien, su valor es positivo, mientras que en el caso contrario —contradice un interés de alguien— su valor es negativo. Por otra parte, *la valoración* misma (que no se identifica con el *juicio de valor*) es la reacción emotiva de alguien ante un objeto, es decir, un acto de deseo o un acto de voluntad, o bien, como dice poco después, un acto afectivo-motor. En cambio, el *juicio de valor* se limita a afirmar que alguien valora un objeto. A su vez para la teoría *normativa* del valor el juicio de valor es al mismo tiempo una valoración (o más precisamente), un acto de valoración. Ese juicio afirma una relación entre el objeto valorado y una norma (un *deber-Sollen*) y por ello se distingue de los juicios de hecho, lo que no ocurre en la primera teoría. Así el valor es *una relación entre un objeto y una norma*; es un *deber (Sollen)* y no una relación fáctica.³⁷ El valor

³⁵ No he podido consultar el trabajo de Kelsen “Die Rechtswissenschaft als Norm oder Kulturwissenschaft”, en *Schmöllers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 1916, Vol. XI, p. 1181 y ss.

³⁶ “Value Judgments in the Science of Law”, en *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, n. 4, vol. 7, Julio de 1942, reproducido posteriormente como ap. VIII en *What is Justice. Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley and Los Angeles, Univ. of California Press, 1957.

³⁷ *Art. cit.*, parág. II. Algunas precisiones ofrece Kelsen en su *Reine Rechtslehre* (1960), en particular en pp. 16-24.

como deber (*Sollen*) y la realidad (*Wirklichkeit*) como ser caen, precisamente como deber y ser, en dos esferas diversas.³⁸ Por último, Kelsen entiende que para una axiología científica (*wissenschaftliche Wertlehre*) sólo pueden entrar en consideración *normas* puestas por actos volitivos humanos y *valores* constituidos por ellas.³⁹

Supuesta esa distinción de teorías axiológicas, él piensa, por un lado, que la teoría del interés sólo puede aplicarse a los “valores de derecho” (los constituidos por normas jurídicas *positivas* e implicados, por tanto, en los juicios que significan que una conducta es jurídica o antijurídica) a base de una falaz identificación de la norma jurídica con los actos de su creación (esta palabra “creación” sólo significa, por lo demás, que hay una relación determinada entre la *idea* de una norma jurídica *válida*, la idea de un deber —*Sollen*— jurídico y la idea de un determinado acto).⁴⁰

En cambio, el *valor de justicia* (contenido en juicios que sirven para significar que un orden jurídico es justo o injusto), a diferencia de “los valores de derecho” que son objetivamente verificables, es *subjetivo*, aunque un juicio que afirma que algo es justo o injusto pretenda afirmar un valor objetivo. Pretensión que se evidenciaría cuando la *idea de justicia* aparece como *derecho natural*, cuya doctrina respectiva “es una típica ilusión debida a la objetivación de intereses subjetivos”. Por eso, en tal sentido “la teoría del interés puede, en verdad, ser aplicada a los valores de justicia”, ya que éstos aunque aparezcan en relación con una norma, no obstante la pretensión aludida, esa norma no es objetiva sino dependiente de un interés subjetivo. Y aquí Kelsen trae a cuento su conocido *subjetivismo relativista* en materia axiológica, invocando que no hay un solo patrón de justicia y que, por el contrario, los ideales de justicia son de hecho muy diferentes y con frecuencia opuestos.⁴¹ En consecuencia, no es posible considerar los valores de justicia constituidos por esos ideales sino como *valores relativos*.⁴² Para no equivocarse respecto del sentido de esta expresión “valores relativos”, cabe señalar que Kelsen declara manifiestamente, en primer lugar, que en cuanto las normas que forman el fundamento de los juicios de valor, son puestas por actos de voluntad humana, que tales normas constituyen *sólo valores relativos*.⁴³

2.9. Han sido mostrados en los apartados precedentes *algunos* de

³⁸ Cf., *Reine Rechtslehre* (1960), p. 19.

³⁹ *Id.*, p. 18.

⁴⁰ Cf., “Value Judgments in the Science of the Law”, parág. III.

⁴¹ *Art. Cit.*, parág. XIV.

⁴² Cf., *Das Problem der G.*, parág. 9, *in fine*.

⁴³ Cf., *Reine Rechtslehre* (1960), p. 18.

los supuestos que están en la base de la posición de Kelsen ante el tema de la justicia, en particular cuando pregunta qué es la justicia y cuando responde que, si se la concibe en un sentido corriente que no se reduce al de la mera juridicidad como conformidad con un orden normativo jurídico positivo dado, es sólo “un ideal irracional”.

En esta recapitulación final quizá convenga indicar qué significa, *propriadamente y en su último análisis*, la justicia cuando Kelsen se pregunta por ella. Nos lo dice en el siguiente pasaje: “(es) la propiedad de una norma suprema que a su vez *no puede ser deducida*, es decir, que no puede ser legitimada por nada distinto (de ella), y de la que *se presupone que es objetivamente válida*; norma que *prescribe un tratamiento determinado* que hombres deben aplicar a otros hombres y que *constituye así un valor específico, el valor de justicia*”.⁴⁴

Es esa justicia la que en su faena crítica refutativa, basada en supuestos de los que algunos han sido señalados en esta comunicación, Kelsen impugna tenazmente. Hay en su obra muchos pasajes en que resume sus conclusiones, pero tal vez el siguiente que se halla al final de su estudio “La justicia platónica”, sea uno de los más precisos. Dice así: “La *ciencia racional* no pueda dar nunca una respuesta positiva a la cuestión en torno al problema de la justicia; *es incapaz de resolver el problema y lo único que puede hacer es disolverlo como tal problema*. . . El resultado final de la *ciencia* tiene que ser éste, a través de sus distintas formas: que no hay una justicia absoluta que sea susceptible de ser fijada en un concepto racional. *Este ideal es una ilusión. Sólo hay intereses, conflictos de intereses y su solución por la lucha o la transacción*”.⁴⁵

Está claro que para un *ciencismo positivista*, como el de Kelsen en cuanto que está ligado por lo menos con los supuestos expresamente indicados en mi comunicación, aun el problema mismo de la justicia debe ser disuelto como problema o lo que es equivalente, *la pregunta de intención genuinamente filosófica* por la justicia *debe ser disuelta como pregunta con algún sentido*, ya que no lo tendría el plantearse cuestiones que serían estrictamente insolubles.

⁴⁴ Cf., *Justice et Droit Naturel*, p. 12. Curiosamente este pasaje no se encuentra en la edición alemana citada en nota 15, parág. 7, p. 364-365.

⁴⁵ *Op. cit.*, *in fine*.