



## ¿Un espacio para la justicia en la teoría pura? Kelsen y el concepto de justicia conforme a derecho

### A space for justice in the pure theory? Kelsen and the concept of justice under the law

Marcelo Espinosa-Aguilar<sup>1</sup>  <https://orcid.org/0000-0001-5978-1508>

<sup>1</sup> Universidad de Adolfo Ibáñez , Facultad de derecho, Viña del Mar, CHILE.

 [marcelo.espinosa@uai.cl](mailto:marcelo.espinosa@uai.cl)



#### Resumen:

En tres escritos posteriores a la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen empleó el concepto de “justicia conforme a derecho” (justice under the law) para designar el único sentido en que la justicia podría tener cabida dentro de los rigurosos márgenes de la ciencia jurídica. Un análisis crítico de esta noción a partir de los presupuestos de la teoría pura permite concluir que el concepto jurídico de justicia propuesto por Kelsen presenta inconsistencias insalvables.

**Palabras Clave:** juicios jurídicos de valor, relativismo, pureza metodológica, crítica interna, juridicidad

#### Abstract:

In three writings following the first edition of the *Pure Theory of Law*, Kelsen used the concept of “justice under the law” to designate the only sense in which justice could fit within the strict confines of legal science. A critical analysis of this notion, based on the principles of the pure theory, leads to the conclusion that the legal concept of justice proposed by Kelsen presents insurmountable inconsistencies.

**Keywords:** juristic value judgements, relativism, methodological purity, internal critique, legality

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2024 | Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2024

## Introducción

La importancia de Hans Kelsen para el estudio del derecho es un hecho de pública notoriedad que no precisa ser probado. En 1933, un año antes de la publicación de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Legaz y Lacambra (1933, p. 15) ya comparaba la importancia de Kelsen para la filosofía jurídica con la de Kant para la filosofía pura. Hoy, a 90 años de la publicación de su obra más célebre, el parangón es incluso más acertado que en aquella época. Y es que son escasas las temáticas de la teoría general del derecho en que Kelsen no tenga algo importante que decir (Duarte d'Almeida, Gardner, & Green, 2013). Esto no implica, por cierto, aceptar ciegamente sus postulados, sino precisamente lo contrario: lo propio de un clásico es, en efecto, la invitación a abandonar la indiferencia como actitud teórica y convertir en regla a la reflexión.

A pesar de que sus ideas pueden considerarse superadas en muchos aspectos, Kelsen se ha convertido en referencia obligatoria para iniciarse en temáticas tan variadas como los sistemas jurídicos, las normas, la interpretación, el Estado, la democracia, las relaciones internacionales y la justicia. Lo interesante es que gran parte de su quehacer investigativo puede ser situado –directa o indirectamente– en el edificio teórico por él fundado y denominado teoría pura del derecho. Aunque pueda parecer confuso, la teoría pura del derecho no debe confundirse con la *Teoría Pura del Derecho*. La primera designa la empresa teórica inaugurada por Kelsen en los *Hauptprobleme* de 1911 y desarrollada a lo largo de toda su biografía intelectual. La segunda, por su parte, es el título que recibe la obra capital del autor en que recoge sistemáticamente las reflexiones de su aproximación científica al fenómeno jurídico. Pues bien, uno de los aspectos característicos de la teoría pura es su consistente rechazo a la intromisión de elementos exógenos en el estudio científico del derecho positivo. Su objeto, el derecho dado, debe ser cuidadosamente aislado de cualquier influencia que pueda amenazar la pretensión de objetividad y verificabilidad que inspira a la teoría pura. La justicia, en este sentido, es a todas luces el primer candidato para ser excluido como objeto científicamente relevante. Y desde esta perspectiva, el título de este trabajo podría considerarse una osadía intelectual o un error fundamental en la comprensión de una de las tesis más famosas del autor.

Las observaciones de Kelsen sobre de la irracionalidad de la justicia – especialmente en el contexto de sus críticas a la doctrina del derecho natural– son de suyo conocidas en la teoría jurídica. Menos atención, sin embargo, ha suscitado un pasaje casi textualmente reproducido por Kelsen en tres distintas obras (1941a, p. 72; 1941b, p. 41; 1995, p. 16), en el que aboga por un excepcional espacio de compatibilidad entre la justicia y la ciencia jurídica<sup>1</sup>. La justicia, sostiene Kelsen, es

---

<sup>1</sup> La relación entre ciencia jurídica y justicia no fue abordada únicamente en la madurez intelectual del autor. Tempranamente, un joven Kelsen (1911, 1916) ya reflexionaba acerca de la vinculación entre

admisible en los estrictos márgenes de la ciencia jurídica si abandona los juicios subjetivos de valor y es resignificada al alero de la idea de juridicidad. Empero, aunque esta propuesta inicialmente puede parecer atractiva, lo cierto es que no ha despertado mayor interés en los estudiosos de Kelsen. Las pocas referencias disponibles sobre este concepto (D'Amato, 1993, p. 538; Sauchelli, 2016, p. 25) son más bien incidentales y no van dirigidas a evaluar la consistencia interna de la "justicia conforme a derecho" (*justice under the law*) con los presupuestos de la teoría pura, que es precisamente el objeto de este estudio. Por lo tanto, el análisis de este concepto ofrece una valiosa oportunidad para evaluar la suficiencia de la teoría de Kelsen en un espacio poco explorado de su obra.

La justicia conforme a derecho, huelga decirlo, no es el fruto de un alambicado ejercicio exegético, sino de una tesis explícitamente formulada por su autor. Sin perjuicio de lo anterior, el estudio de esta noción es doblemente desafiante. En primer lugar, porque la caracterización proporcionada por Kelsen es considerablemente escueta, lo que requerirá recorrer su corpus teórico para hallar respuestas y también plantear nuevas preguntas. Y, en segundo lugar, porque Kelsen abandona posteriormente este concepto, desarrollando también escuetamente los motivos de su cambio de opinión. Tal parece que uno de los rasgos esenciales de la obra kelseniana es su declarada reticencia a la exposición de resultados definitivos, como él mismo señaló en el prólogo de la segunda edición de la *Teoría Pura* (Kelsen, 2020, p. 53). La reconstrucción crítica que este trabajo pretende realizar no hará sino confirmar que Kelsen jamás abandonó su actitud de eterno principiante.

El trabajo está dividido en cinco secciones. En primer lugar, se explican los presupuestos epistémicos que justifican la necesidad de apartar a la justicia del estudio científico del derecho. En segundo lugar, se aborda la posición personal de Kelsen acerca de la justicia. En tercer lugar, se analiza el concepto de justicia conforme a derecho en los términos expuestos por Kelsen. En cuarto lugar, se presentan dos observaciones críticas sobre dicho concepto desde los presupuestos de la teoría pura. En quinto lugar, se aborda el cambio de opinión de Kelsen y se exploran sus posibles motivos. En la conclusión se resumen los principales resultados de la investigación.

## 1. "Ciencia, no metafísica": la incompetencia de la teoría pura frente a la justicia

Uno de los aspectos definitorios de la teoría pura es la tesis defendida en lo concerniente a la relación entre el derecho y la moral. En breves términos, ella

---

ambos elementos en el marco de la delimitación del objeto de estudio de la ciencia jurídica. No obstante, la tesis que aquí se analiza es propiamente desarrollada en los tres estudios citados de la década del cuarenta.

propugna que existen buenas razones para apartar a la moral –y, por ende, a la justicia– del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, a saber, el derecho positivo. Sin embargo, aunque el derecho y la moral constituyen órdenes normativos diferentes, no pueden por ello pasarse por alto sus múltiples espacios de interacción e influencia, sobre todo desde esta hacia aquel. En este sentido, Kelsen (2020, p. 113) aclara que la pregunta por la relación entre el derecho y la moral puede bifurcarse en dos sentidos que deben ser cuidadosamente distinguidos: por una parte, cuál *es* la relación entre el derecho y la moral, que discurre sobre la forma del derecho; y, por otra, cuál *debe ser* la relación entre el derecho y la moral, que apunta al contenido de un orden jurídico. Se trata de dos preguntas diferentes que, como previene el autor, pueden ocasionar malentendidos si se entremezclan.

La primera pregunta podría ser respondida afirmando que el derecho *es* moral, es decir, que lo que el derecho manda, prohíbe o permite es también mandado, prohibido o permitido por la moral. De esta manera, cuando un orden social se desvía de lo preceptuado por la moral –exige lo que esta prohíbe o viceversa–, dicho orden no podría ser catalogado como jurídico, por no ser justo. En un sentido contrario, se podría responder que es posible, pero no necesario, que el derecho sea justo y de este modo afirmar el carácter jurídico de órdenes sociales injustos. Lo anterior, previene Kelsen (2020, p. 113), puede ser sostenido aun cuando se propugne que el derecho deba ser justo, pues se trata de asuntos independientes.

La segunda pregunta, en cambio, se desplaza hacia una dimensión distinta. En concreto, pretende determinar si acaso el derecho debe tener un contenido moral o no. Quienes sostienen que el derecho *debe ser* moral entienden que este debe tener un contenido moralmente valioso u ostenta en sí mismo un valor moral. Esta idea, continúa el autor, presupone necesariamente la existencia de *una* moral válida y descansa en una comprensión del orden jurídico como parte del orden moral (Kelsen, 2020, p. 114). Así, en palabras del propio Kelsen (2020) “se parte de una definición del derecho que determina a este como parte de la moral, que identifica el derecho con la justicia” (p. 114).

Pues bien, la respuesta de la teoría pura a ambas preguntas exige previamente identificar y profundizar algunos de sus presupuestos epistémicos; solo así será posible desentrañar los motivos de la repulsa kelseniana al entrometimiento de la justicia en el análisis del derecho. En lo sucesivo, serán analizadas separadamente dos tesis que pueden ser útiles para esquematizar la argumentación del autor: la pureza metodológica del conocimiento jurídico y la relatividad del valor moral.

### 1.1. Pureza metodológica

La teoría pura del derecho es conocidamente partidaria de una estricta separación del conocimiento jurídico respecto de cualquier otro saber exógeno. En 1934, a poco más

de dos décadas de haber iniciado su empresa teórica, Kelsen proporcionó su caracterización más célebre en el prefacio de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*. Se trata, en sus propias palabras, de una “teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias naturales, consciente de su singularidad, por ser consciente de las leyes propias de su objeto de estudio” (Kelsen, 2020, p. 49). Inmediatamente después, en el mismo párrafo de la cita recién transcrita, se explicitan su aprensión y propósito: frente al riesgo de subordinarse a los designios de la argumentación jurídico-política, es menester elevar a la ciencia jurídica a la altura de una genuina ciencia, preocupada solo del conocimiento del derecho –no de su elaboración– y a la obtención de resultados inspirados por el ideal de toda ciencia, a saber, objetividad y exactitud (Kelsen, 2020, p. 49). Su pureza, entonces, es esencialmente epistémica (Moreso, 1990, p. 303), y se proyecta en el principio metodológico conforme al cual el conocimiento científico debe focalizarse únicamente en el derecho positivo, liberándolo de todo aquello que no sea parte de su objeto de estudio.

Esta aproximación, reconoce el autor, no es completamente novedosa: la obtención de resultados a partir del exclusivo análisis del derecho positivo es el mismo propósito que orientó a John Austin (1885) en su conocida obra *Lectures on Jurisprudence* (Kelsen, 1995, p. viii). Con todo, a juicio de Kelsen (2020, p. 57), un examen a la teoría general del derecho de los siglos XIX y XX demuestra que, aunque parezca trivial, la pretensión de pureza se ha visto socavada por un peligroso sincretismo metodológico proveniente de su mixtura con saberes tan variados como la psicología, la sociología, la ética y la teoría política. Pues bien, este diagnóstico crítico explica el especial ahínco que la teoría pura dedica al distanciamiento de la ciencia jurídica respecto de las ciencias naturales y de la política jurídica. Será necesario, entonces, examinar por separado las razones de su independencia de una y otra.

En lo concerniente a las ciencias naturales, la estrategia kelseniana comienza subrayando las diferencias entre sus objetos: la ciencia jurídica se ocupa del derecho positivo como un sistema normativo, mientras que el objeto de las ciencias naturales es la naturaleza (Kelsen, 2020, pp. 126-127). Lo anteriormente señalado, por supuesto, no implica desconocer la posibilidad de que la ciencia jurídica considere a la naturaleza en su empresa descriptiva, pero no por tratarse de la naturaleza como tal, sino por formar parte del contenido prescriptivo de una norma jurídica (Kelsen, 1957h, p. 267). Con todo, aunque está vinculado con su objeto, el criterio decisivo para distinguir a la ciencia jurídica de las ciencias naturales es otro, a saber, la diferencia entre sus principios rectores. Lo propio de las ciencias naturales es la descripción de su objeto, la naturaleza, a partir del principio de *causalidad*, es decir, como una ordenación o sistema de elementos conectados entre sí como causa y efecto (Kelsen, 1957e, p. 139; 2020, p. 127). Por su parte, los enunciados formulados por la ciencia jurídica, en tanto ciencia normativa, están regidos por un principio distinto llamado *imputación*, en virtud del cual, bajo condiciones determinadas por el orden jurídico,

debe producirse un acto coactivo también determinado por el orden jurídico (Kelsen, 2020, p. 128).

Una proyección muy relevante de la distinción entre causalidad e imputación tiene que ver con las características estructurales de las proposiciones propias de las ciencias naturales y jurídicas. En este sentido, las leyes naturales y leyes jurídicas pueden diferenciarse en cuanto a la fuente del enlace de los elementos de sus respectivas proposiciones (Kelsen, 1957i, p. 325; 1973, pp. 43-44; 2020, p. 128). En el caso de las ciencias naturales, la conexión causa-efecto de sus elementos es efectuada con independencia de la intervención humana. Así, la proposición “si un metal se calienta, se dilata” es una ley natural que describe en términos puramente causales la relación entre calor y dilatación. El caso de las proposiciones jurídicas es muy distinto: sus elementos están enlazados deónticamente por un acto de voluntad contenido en una norma jurídica. “Si un hombre comete un delito, debe sancionárselo con una pena”, “si un hombre no paga sus deudas, deben ejecutarse coactivamente sus bienes patrimoniales” o, más genéricamente, “si A, entonces debe ser B”, son proposiciones en las que el vínculo entre el antecedente y el consecuente no obedece a una conexión causa-efecto. Antes bien, la pena, la ejecución de bienes o, genéricamente, “B”, están determinados por normas positivas, es decir, por actos humanos (Kelsen, 2020, p. 137).

De esta manera, el primer gran desafío que debe enfrentar la pureza de la ciencia jurídica proviene del peligro de su indeterminación respecto de las ciencias naturales. Las distinciones conceptuales efectuadas precedentemente son solo una parte de lo desarrollado *in extenso* en el capítulo III de la segunda edición de la *Teoría Pura* –titulado precisamente *Derecho y ciencia*–, cuyo propósito es clarificar el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica como una ciencia social normativa. No obstante, la independencia de la ciencia jurídica no se alcanza únicamente al desprenderse de la influencia de las ciencias naturales. Existe una amenaza adicional a la pureza metodológica propugnada por Kelsen.

La segunda fuente de peligro para la empresa kelseniana es el posible entrometimiento de la política en la ciencia jurídica. El motivo es, a estas alturas, obvio: el cometido de la teoría pura es esencialmente descriptivo, esto es, pretende indagar acerca del qué y cómo es el derecho, y se declara incompetente para especular sobre cómo debe ser o qué forma debe tener el derecho. “Es ciencia jurídica, no política jurídica”, afirma Kelsen (2020, p. 57) en términos categóricos. Y es que, a su juicio, el distanciamiento y autonomía del saber jurídico respecto de la ideología política no es siquiera susceptible de ser puesta en cuestión; lo único dudoso es el grado de satisfacción de dicha separación (Kelsen, 1995, p. ix; 2020, p. 51). Se trata, admite Kelsen, de la tesis que mayores críticas suscita. Así lo destaca en el prefacio a la primera edición de la *Teoría Pura*, cuando reconoce que la controversia no orbita en torno al estatuto independiente de la ciencia jurídica dentro de las ciencias en general, sino precisamente en lo relativo a la separación entre la ciencia jurídica y la política (Kelsen, 2020, p. 50). Una teorización científica consecuente, destaca insistentemente Kelsen, condena el ocultamiento de juicios subjetivos de valor bajo el ropaje de la objetividad

científica. La ciencia jurídica, entonces, ha de ser neutral para así impedir su instrumentalización por posiciones políticas contingentes. Esto explica que, a juicio de Kelsen, las críticas formuladas a la teoría pura desde posturas políticas tan disímiles como el fascismo, comunismo, liberalismo, socialismo, nacionalismo, entre otras, no hacen más que confirmar que su virtud reside justamente en su pureza (Kelsen, 2020, pp. 50-51).

Ahora bien, el peligro de sucumbir ante la tentación de instrumentalización política no afecta únicamente a la ciencia jurídica. En este sentido, Kelsen (2020, p. 51) destaca –aún en el prólogo de la primera edición de la *Teoría Pura*– la dispar situación de las ciencias naturales, cuya liberación del yugo de la política se debió al triunfo de un bien superior, a saber, el progreso de la técnica por medio de una investigación libre. ¿Por qué, entonces, la ciencia jurídica no se emancipa de la política? Las ventajas no parecen ser tan evidentes como en otras ciencias naturales, afirma el autor; por tanto, no habría razones de peso para desaconsejar su conexión con una ideología social determinada. Pero la pretensión de pureza metodológica de la ciencia jurídica no claudica ante el influjo dominante de la política en su quehacer. Para Kelsen (2008, pp. 197-198), una doctrina positivista del derecho no pretende cumplir una función de defensa o ataque respecto de un orden normativo vigente. La ciencia jurídica, en cuanto tal, renuncia a prescribir y se limita a describir su objeto sin considerar ningún tipo de interés político. Esto, ciertamente, no significa que la teoría pura no sirva a un interés; obedece, pues, al único interés científicamente relevante: la verdad.

La influencia de la política jurídica en la ciencia jurídica se mantuvo dentro de las preocupaciones que Kelsen exhibiera en la segunda edición de la *Teoría Pura*, de 1960. En efecto, su prólogo hace explícito un aspecto crucial para desentrañar el trasfondo de la oposición a la intromisión de la política: la especial significación que tiene el problema de la justicia –como problema de valores– para la política jurídica (Kelsen, 2020, p. 54). En consecuencia, el rechazo a la injerencia de la política no obedece solo a su lenguaje típicamente prescriptivo, de orientación reformadora o conservadora en relación con el derecho vigente (Kelsen, 2008, p. 197), sino que, además, a su especial conexión con la justicia y la moralidad, dos conceptos que dificultan la satisfacción de las exigencias de objetividad y exactitud propias de toda ciencia. Y esto se conecta con el segundo argumento.

## 1.2. Relativismo axiológico

El examen del primer argumento ha proporcionado dos grandes motivos para mantener a la ciencia jurídica apartada de la política jurídica. El primero, y más básico, es que la autonomía de la ciencia jurídica como ciencia normativa solo puede ser conseguida a través de una estricta depuración de su objeto de estudio, el derecho positivo, respecto de otros elementos exógenos como la política. El segundo, por su parte, alerta sobre una peligrosa implicancia de la no satisfacción de la pureza metodológica requerida: el riesgo de instrumentalización política de la ciencia jurídica. Pues bien, el segundo argumento que esta reconstrucción ofrece pretende

develar el trasfondo de la antipatía de la teoría pura hacia uno de los problemas fundamentales de que se ocupa la política jurídica. De acuerdo con esta segunda tesis, la justicia no tiene cabida en la teoría pura, y esto se debe a la imposibilidad de predicar atributos de verdad o falsedad a los enunciados que dicen relación con el valor moral o político.

Un buen punto de partida para abordar el relativismo kelseniano es el artículo *Value judgements in the science of law*, publicado originalmente en 1942. En él, Kelsen (1957g) traza una fundamental distinción entre dos tipos de juicios de valor empleados en la teoría del derecho, a saber, los juicios jurídicos de valor (*juristic value judgements*) y los juicios de justicia (*judgments of justice*). Los primeros son aquellos que se refieren al comportamiento de los sujetos de derecho y permiten calificarlo como jurídico o antijurídico. Aunque están primordialmente vinculados con la determinación de la licitud o ilicitud de una conducta, Kelsen sostiene que los juicios jurídicos de valor permiten, además, emplear correctamente conceptos propiamente jurídicos como delito, derecho o deber. El segundo tipo de juicio, por su parte, se refiere al derecho como tal o a la actividad de las entidades que crean derecho, y determinan la justicia o injusticia de aquel o esta. Conforme a estos, ejemplifica Kelsen, se podría calificar a la actividad del legislador o su producto, la ley, como justa o injusta. En definitiva, tanto los juicios jurídicos de valor como los juicios de justicia proveen criterios de corrección o incorrección a partir de un sistema jurídico y un sistema moral de referencia, respectivamente. Ahora bien, ¿qué explica la disímil actitud de Kelsen hacia uno y otro tipo de juicio?

Desde la óptica kelseniana, los juicios jurídicos de valor poseen una ventaja ostensible para su utilización por la ciencia jurídica. En efecto, estos pueden ser verdaderos o falsos y su verdad o falsedad puede ser comprobada (Kelsen, 1957g, p. 210). Así, para determinar si el juicio “la conducta C es lícita” es verdadero, tendrán que ser examinadas las normas que componen el sistema jurídico-positivo de referencia, sea un derecho positivo nacional determinado o el derecho internacional. En este sentido, afirma Kelsen, un comportamiento será lícito (*lawful*) si “corresponde” con una norma jurídica, y será ilícito (*unlawful*) si “contradice” a una norma jurídica del sistema (1957g, p. 210). La ventaja de este tipo de juicios radica, entonces, en la completa afinidad de estos con el propósito de la teoría pura: los valores de derecho (*values of law*) en que se basan los juicios jurídicos de valor son objetivos y, por ende, verificables (Kelsen, 1957g, p. 229). La existencia y contenido del derecho positivo, en tanto derecho dado o puesto, no puede ser puesta en cuestión. Muy distinta es la situación de los juicios de justicia, los cuales no pueden ser comprobados objetivamente y, por lo tanto, no tienen cabida en la ciencia del derecho. Y es que, aunque pretenden ser objetivamente válidos, lo cierto es que los valores de justicia (*values of justice*) en que estos descansan no son verificables por medio de hechos. La diferencia es, pues, crucial: los valores de derecho son determinables por referencia al derecho positivo de

un sistema jurídico determinado; los valores de justicia, en cambio, carecen de una referencia objetiva. Son, en última instancia, expresión de las preferencias morales o políticas del sujeto que enuncia un juicio de justicia (Kelsen, 1957g, p. 229).

Así pues, la razón que justifica el dispar estatuto de uno y otro tipo de juicio es la esencial relatividad del valor moral (Kelsen, 2020, p. 114). Los valores morales son, por definición, relativos y a menudo irreconciliables entre sí (Kelsen, 1995, p. 8). A juicio de Kelsen, se trata de una tesis fácilmente comprobable. Basta con examinar someramente la historia de las ideas morales para advertir que no es posible identificar un núcleo común entre todas las concepciones morales existentes. Ni siquiera la conservación de la paz y la no violencia serían contenidos morales perennes, aduce Kelsen (2020) citando algunos pasajes de Heráclito y Jesús (pp. 114-115). Ahora bien, el propio autor se encarga de aclarar que una doctrina relativista de los valores no pretende, en caso alguno, negar la existencia de valores en general ni de la justicia en particular. Antes bien, su propósito es subrayar la imposibilidad de erigir valores absolutos y, por consiguiente, los juicios de valor que recaen sobre estos no pueden excluir la posibilidad de otros valores en un sentido opuesto (Kelsen, 2020, p. 117). En consecuencia, la moralidad –siempre relativa– no podría jamás operar como un parámetro absoluto de valoración del derecho positivo, precisamente por no satisfacer las exigencias del conocimiento científico. Las cuestiones morales, especialmente la validez de sus juicios de valor, no pueden ser demostradas racionalmente, sino solo respondidas emocionalmente, por medio de los sentimientos o deseos de quien inquiere sobre ellas (Kelsen, 1957e, p. 141; 1957g, p. 229).

Sin perjuicio de que el relativismo axiológico sostenido por Kelsen impide hallar un contenido valórico común entre los diferentes los sistemas morales, habría, a su juicio, otro camino para abordar la pregunta por aquello que estos comparten. Atendida la esencial subjetividad y contingencia de las conductas que los órdenes morales mandan, prohíben o permiten, Kelsen (2020, p. 115) renuncia a la búsqueda de un sustrato común en su contenido, y opta por concentrarse en la *forma* que estos adoptan. En efecto, un aspecto que indiscutiblemente comparte todo orden moral es el deber, esto es, su carácter de norma, con independencia de su contenido específico. Así, se considera moralmente bueno o valioso aquello que se condice con una determinada norma moral, y malo, en cambio, aquello que la contradice. Pues bien, teniendo presente este cambio de mirada, la pregunta dejada en suspenso al inicio de este apartado –*i.e.*, cuál *es* y cuál *debe ser* la relación entre derecho y moral– puede ahora ser respondida. El derecho, según su esencia, *es* moral, ya no por su contenido específico, sino por ser norma y, por tanto, disponer que ciertas conductas son obligatorias, prohibidas o permitidas (Kelsen, 2020, pp. 115-116). Nótese cómo Kelsen aborda la pregunta por la relación entre el derecho y la moral desde una perspectiva distinta: soslaya momentáneamente lo concerniente al contenido del derecho (cuál *debe ser* el contenido prescriptivo de las normas jurídicas) para concentrarse, por

ahora, solo en su forma. De acuerdo con esta mirada, entonces, es posible afirmar que el derecho tiene un valor, específicamente un valor jurídico, pero esto no es más que reconocer que el derecho es norma. ¿Y qué ocurre, en cambio, con la pregunta por el contenido del derecho? La respuesta de Kelsen (2020, pp. 116-117) es categórica: si se reconoce que el derecho *es* esencialmente moral, no tiene sentido la exigencia conforme a la cual el derecho *debe ser* moral. Esto solo tendría asidero si existiera un valor moral único y absoluto. Desde una doctrina relativista de los valores, en cambio, la exigencia de que el derecho debe ser moral significa simplemente que el derecho positivo debe ajustarse a uno entre varios sistemas morales.

Efectuadas estas precisiones conceptuales, es posible comprender a cabalidad las implicancias de la insistencia de Kelsen en separar tajantemente al derecho de la moralidad y la justicia. A su juicio, esto permite develar dos aspectos importantes. Por una parte, que el juicio conforme al cual se califica a un sistema jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, es meramente relativo, pues se efectúa a partir de uno de muchos sistemas morales de referencia. Y, por otra parte, permite recalcar que la validez de un sistema jurídico-positivo es completamente independiente de su conformidad o disconformidad con un determinado orden moral (Kelsen, 2020, p. 117).

De esta forma, la pureza metodológica del saber jurídico y el carácter relativo de los valores morales sitúan a la justicia fuera de la órbita de la ciencia jurídica kelseniana. No es tarea de la teoría pura calificar a un derecho positivo determinado como justo o injusto, bueno o malo; su propósito es responder a la pregunta acerca de qué es el derecho, proporcionando la base objetiva necesaria para la formulación de juicios jurídicos de valor (Squella, 1992, p. 343). La justicia, desde esta perspectiva, no reúne las condiciones necesarias para poder ser aprehendida científicamente. Kelsen lo plantea en los siguientes términos:

Regarded from the point of view of rational cognition, there are only interests, and hence conflicts of interests. They can be solved by an order that either satisfies one interest at the expense of the other, or seeks to establish a compromise between the two. That only one of these two orders is 'just' cannot be established by rational cognition. Such cognition can grasp only a positive order evidenced by objectively determinable acts. This order is the positive law. Only this can be an object of science; only this is the object of the pure theory of law, which is a science, and not metaphysics. This science seeks the real and possible law, not the just, and in this sense it is radically realistic and empirical. It declines to justify or condemn.

[Desde el punto de vista del conocimiento racional, solo hay intereses y, por ende, conflictos de intereses. Ellos pueden ser solucionados por un orden que satisface un interés a expensas de otro, o que busque establecer una transacción entre ambos. Que uno de estos dos órdenes sea 'justo' no puede ser establecido por el conocimiento racional. Tal conocimiento solo puede captar un orden positivo verificable por actos objetivamente determinables. Este orden es el derecho positivo. Solo este puede ser un objeto de ciencia; solo este es el objeto de la

teoría pura del derecho, que es una ciencia, y no metafísica. Esta ciencia busca el derecho real y posible, no el justo, y en este sentido es radicalmente realista y empírica. Renuncia a justificar o a condenar]. (Kelsen, 1941b, p. 49)<sup>2</sup>

La prosa de Kelsen exhibe en este pasaje su característico talante antimetafísico. Desde el prisma descriptivo que informa a la ciencia jurídica, el análisis de la mayor o menor satisfacción del valor de justicia de un sistema normativo es una actividad que claramente excede su propósito. Si, entonces, el único objeto científicamente relevante para la teoría pura es el derecho positivo, no cabe sino concluir la incompetencia de aquella respecto de la justicia.

## 2. ¿Qué es la justicia para Kelsen?

A pesar de no tener cabida en los estrictos márgenes científicos fijados por la teoría pura, Kelsen exhibió un genuino interés por el estudio de la justicia a lo largo de su trayectoria académica. Sin pretensión de exhaustividad, destacan, entre otras obras, el apéndice de la versión original de la segunda edición de la *Teoría Pura*, titulado *El problema de la justicia (Das Problem der Gerechtigkeit)*, las consideraciones iniciales de la primera parte de la *Teoría General del Derecho y del Estado* (Kelsen, 1995, pp. 3-17), sus estudios acerca de la justicia en las Sagradas Escrituras (Kelsen, 1957b), en la filosofía de Platón (Kelsen, 1957c) y en la de Aristóteles (Kelsen, 1957d), además de sus diversas reflexiones dedicadas al derecho natural (por todas, Kelsen, 1973). Con todo, una obra que sobresale entre sus múltiples aproximaciones a la justicia es su ensayo *What is justice?* (Kelsen, 1957a), basado en su conferencia de despedida de la Universidad de California, Berkeley, en 1952. En este trabajo, Kelsen ofrece una breve pero incisiva indagación filosófica respecto de la justicia, especialmente en lo concerniente a sus posibilidades de definición, como lo sugiere su título. Sin desmerecer, desde luego, la calidad y característica lucidez desplegada por el autor en los trabajos antes citados, *What is justice?* adquiere una especial relevancia en lo relativo a su teorización sobre la justicia. Y es que su virtud no solo reside en la madurez intelectual del autor, de 70 años en aquel entonces –y a unos pocos años de publicar la segunda edición de la *Teoría Pura*–, sino que, además, y por sobre todo, porque Kelsen presenta por primera vez su visión personal acerca de la justicia.

El propósito central de *What is justice?* es exhibir las inexorables dificultades que toda teorización acerca de la justicia debe enfrentar, particularmente en lo concerniente a sus posibilidades de definición. Tal parece, insinúa Kelsen, que es de aquellas cuestiones para las que no se puede hallar una respuesta definitiva (1957a, p. 1), y la forma de corroborar esta hipótesis es por medio de un somero recorrido por algunas de las concepciones más influyentes sobre la justicia. Su análisis, de más está decirlo, no tiene propósitos didácticos sino críticos: desde el prisma del relativismo

<sup>2</sup> N. del T.: Las traducciones presentadas en este artículo son responsabilidad exclusiva del autor.

axiológico, el ensayo se esmera en subrayar el carácter meramente relativo de cada una de las concepciones revisadas. Para estos efectos, Kelsen (1957a, p. 11) distingue dos tipos de teorizaciones sobre la justicia. Por una parte, las doctrinas metafísico-religiosas, que son aquellas que consideran a la justicia como un concepto trascendente, es decir, como una noción no susceptible de ser completamente realizada en un sistema normativo real, pero que ciertamente incide en la forma en que se evalúa la realidad social. A juicio de Kelsen, dos ejemplos conocidamente influyentes de esta versión serían las filosofías de la justicia de Platón y Jesús. Por otro lado, es posible identificar doctrinas racionalistas –o pseudo racionalistas, como él mismo destaca–, que son aquellas que intentan aproximarse al *quid* de la justicia sin recurrir a ideas trascendentes, sino por medio de la razón humana (Kelsen, 1957a, p. 13). Si bien comparten un propósito común, las respuestas que se han formulado desde esta segunda visión han sido múltiples. En este contexto, Kelsen efectúa un breve repaso de algunas teorizaciones racionalistas defendidas a lo largo de la historia de las ideas, como la de dar a cada cual lo suyo, el principio de retribución, el principio de igualdad, la regla de oro, el imperativo categórico de Kant y la ética de Aristóteles. Su conclusión, a estas alturas poco sorprendente, es que en su mayoría constituyen fórmulas vacías que podrían justificar cualquier orden social, razón que explicaría su usual aceptación como respuestas satisfactorias a la cuestión de la justicia (Kelsen, 1957a, p. 18). Posteriormente, Kelsen concentra sus observaciones en la escuela del derecho natural, destacando que se trata de una doctrina que ha tenido tanto versiones metafísico-religiosas como racionalistas, pero que en cualquier caso exhiben discrepancias manifiestas, incluso irreconciliables entre sí, motivo por el cual ninguna sería seriamente sostenible desde el punto de vista de una ciencia racional del derecho (Kelsen, 1957a, p. 20).

Pues bien, la ruta emprendida por Kelsen (1957a) pretende hacer patente, una vez más, una idea en la que tanto insistió a lo largo de su obra previa y posterior: no es posible establecer por medio de consideraciones racionales un estándar absoluto de corrección del comportamiento humano. A través de la razón solo es posible acceder a valores relativos y, por ende, *la* justicia, que constituye “una de las ilusiones eternas de la humanidad”, no sería más que un ideal irracional (p. 21), condenando al fracaso a cualquier propuesta con pretensión de universalidad. Pero *What is justice?* no es solo un riguroso testeo a algunas teorías de la justicia desde el prisma relativista. Es también la sede de algunas reflexiones personales del autor en lo concerniente a la justicia. En efecto, haciéndose cargo de las acusaciones de amoralidad e incluso inmoralidad de una teoría relativista, Kelsen afirma que la opción por esta doctrina no implica enervar sino robustecer su compromiso con la responsabilidad moral. Abogar por la relatividad de los valores morales no quiere decir que estos no existan. Por el contrario, existen, y, por consiguiente, en lugar de evadir la pregunta por la justicia – como usualmente se malinterpreta –, es menester abordarla, pero sin pretender proporcionar una respuesta absoluta. En consecuencia, ante la inextricable

discrepancia entre los diversos sistemas morales, una teoría relativista exige efectuar una elección (Kelsen, 1957a, p. 22).

La opción de Kelsen en este punto es clara. El principio moral que inspira a una filosofía de la justicia relativista es el principio de tolerancia. Tolerancia, en este contexto, significa libertad de pensamiento (Kelsen, 1957a, p. 23), lo que a juicio del autor solo puede ser cumplido en el marco de una democracia como forma de gobierno. Una democracia tolerante sería, para Kelsen, un pleonasma: precisamente la vigencia del principio de tolerancia es lo que separa a una democracia de una autocracia. La democracia es, pues, una expresión del relativismo en el campo de la política y uno de sus principios cardinales consiste en el respeto a la opinión política de los demás (Kelsen, 1934, pp. 156-157; 1957f, p. 204). Desde esta perspectiva, contenidos tan característicos de la democracia como la tolerancia, el respeto a los derechos de las minorías, la libertad de expresión y la libertad de pensamiento no tendrían cabida dentro de una forma de gobierno basada en la creencia en valores absolutos (Kelsen, 1957f, p. 206). Con todo, el férreo compromiso democrático de Kelsen descansa en una circunstancia adicional y crucial para su quehacer: la democracia es condición de posibilidad del desarrollo de la ciencia. Solo la democracia confiere a la investigación científica el marco necesario de libertad e independencia para que pueda prosperar (Kelsen, 1957a, pp. 23-24).

Por fin, tras abordar la tríada democracia-tolerancia-ciencia, Kelsen finaliza su manifiesto relativista con un famoso pasaje de cierre:

I started this essay with the question as to what is justice. Now, at its end I am quite aware that I have not answered it. My only excuse is that in this respect I am in the best of company. It would have been more than presumptuous to make the reader believe that I could succeed where the most illustrious thinkers have failed. And, indeed, I do not know, and I cannot say what justice is, the absolute justice for which mankind is longing. I must acquiesce in a relative justice and I can only say what justice is to me. Since science is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth can prosper. 'My' justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy—the justice of tolerance. [Comencé este ensayo con la pregunta ¿qué es la justicia? Ahora, al finalizarlo, soy bastante consciente de que no la he respondido. Mi única excusa es que cuento con la mejor compañía. Habría sido más que presumido hacer creer al lector que podría triunfar donde los más ilustres pensadores han fracasado. En efecto, no sé y no puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad anhela alcanzar. Debo conformarme con una justicia relativa y solo puedo decir qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por ende, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en un orden social bajo cuya protección puede prosperar la búsqueda de la verdad. 'Mi' justicia, entonces, es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia]. (Kelsen, 1957a, p. 24)

Nótese, una vez más, la influencia de la investigación científica en las cavilaciones kelsenianas. La justicia –i.e., la justicia absoluta– no es susceptible de ser aprehendida científicamente, pero *su* justicia aboga por las condiciones para el pleno desarrollo de la ciencia. En otras palabras, las razones que obligan a Kelsen a renunciar a la búsqueda de una justicia absoluta son científicas, pero los argumentos esgrimidos en defensa de su propia justicia también orbitan en torno a la ciencia. Con todo, el despliegue de estos argumentos es muy distinto en uno y otro caso. En el primero, la justicia absoluta es irrelevante científicamente por no superar el exigente estándar de racionalidad del conocimiento científico. El segundo caso, en cambio, Kelsen argumenta políticamente a favor de la ciencia, delineando su concepto –relativo– de justicia a partir de los presupuestos institucionales necesarios para su correcto desenvolvimiento.

### 3. Juridicidad, ergo, objetividad: la “justicia conforme a derecho”

Hasta el momento, los resultados de la reconstrucción previamente realizada no ofrecen gran novedad para quienes tienen algún grado de familiaridad con las ideas centrales del pensamiento de Kelsen. Muy por el contrario: representan ideas célebres en la teoría jurídico-política del autor. Por una parte, la incompetencia de la teoría pura frente a la justicia es tempranamente enseñada en las cátedras de teoría del derecho por tratarse de uno de los aspectos definitorios de la ciencia jurídica kelseniana. Y, por otra, es de suyo conocida la afiliación de Kelsen al relativismo, tanto filosófico como político, y su consiguiente defensa de una idea de justicia basada en la democracia.

Mucho menos famosa, sin embargo, ha sido una idea defendida por Kelsen (1941a; 1941b; 1995), y que, a la luz de las consideraciones ya deslizadas, podría parecer contraintuitiva: de acuerdo con el propio autor, habría un sentido en el que la justicia sí podría tener cabida en la teoría pura del derecho. A pesar de lo atrevida que puede parecer esta afirmación, se trata de una tesis en la que el autor no ahondó mayormente. Antes bien, se limitó a reproducir en términos casi idénticos el mismo párrafo en sus ensayos *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* y *Essential conditions of international justice*, ambos de 1941, así como también unos años más tarde en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, publicada originalmente en 1945. Por motivos que a estas alturas parecen obvios, Kelsen se vale de una noción de justicia que dista de la empleada por la doctrina del derecho natural. Y es que la inherente relatividad de los juicios de valor referidos a la justicia obliga a sustituir su tradicional significación por otra muy distinta:

This change of meaning of the concept of justice goes hand in hand with the tendency to withdraw the problem of justice from the insecure realm of subjective judgments of value, and establish it on the firm ground of a given

social order. 'Justice' in this sense means legality. It is 'just' for a general rule to be applied in all cases where according to its content the rule should be applied. It is 'unjust' for it to be applied in one case and not in a similar case. And this seems 'unjust' without regard to the value of the general rule itself, the application of which is under consideration. Justice, in this sense, is a quality which relates not to the content of a positive order, but to its application. 'Justice' means the maintenance of a positive order by applying it conscientiously. It is 'justice under the law' This is the only sense in which the concept of justice can enter into a science of law.

[Este cambio de significado del concepto de justicia va de la mano con la tendencia de retirar el problema de la justicia del inseguro ámbito de los juicios subjetivos de valor, y establecerlo sobre la base firme de un orden social dado. 'Justicia', en este sentido, significa juridicidad. 'Justo' es que una regla general sea efectivamente aplicada en todos los casos en que, de acuerdo con su contenido, debe ser aplicada. 'Injusto' es que sea aplicada en un caso y no en otro similar. Y esto parece 'injusto' sin atender al valor de la regla general misma cuya aplicación está bajo consideración. La justicia, en este sentido, es una cualidad que no se relaciona con el contenido de un orden positivo, sino con su aplicación. 'Justicia' significa el mantenimiento de un orden positivo por medio de su aplicación consciente. Es 'justicia conforme a derecho'. Este es el único sentido en el cual el concepto de justicia puede tener cabida en una ciencia del derecho]. (Kelsen, 1941b, p. 49)

A pesar de lo incidental de su ubicación y su desarrollo visiblemente escueto, Kelsen da cuenta en este párrafo de una tesis que, lejos de ser periférica, puede ser central en su teorización acerca de la justicia. Su propósito, no podía ser otro, es reemplazar la inextricable subjetividad de la aproximación tradicional a la justicia por una noción susceptible de ser objetivamente verificable. De esta manera, en plena sintonía con las críticas ya revisadas, Kelsen halla en el propio sistema jurídico –y no en un sistema moral determinado– el sustrato de su nueva noción de justicia. La pluma del autor en este punto es bastante clara: el único concepto de justicia admisible en el derecho es aquel que se despreocupa por su contenido, sede de irreconciliables desacuerdos, y se concentra en la forma en que son aplicadas las reglas jurídicas. Por razones que serán desarrolladas más adelante, la justicia conforme a derecho no ha sido un concepto especialmente atractivo para los estudiosos de Kelsen, lo que justifica la necesidad de desmenuzar sus aspectos más relevantes.

Lo que Kelsen presenta como justicia conforme a derecho no es más que la instanciación jurisdiccional de una noción bastante conocida en la historia de las ideas, a saber, la de justicia formal o "justicia como regularidad" (Rawls, 1995, p. 66). Y no podía ser de otra manera. La justicia formal, por definición, prescinde en su caracterización de todo aspecto substantivo y se expresa por medio de lo que más tarde Bobbio (1993, pp. 64-67) denominó "la regla de justicia", según la cual "se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual". La estrategia kelseniana es entonces consistente con su propósito inicial, y no es necesario para ello

innovar, sino rescatar aquello que comparten todas las teorizaciones de la justicia, desde Platón y Aristóteles, pasando por Santo Tomás, hasta las especulaciones contemporáneas. La idea de justicia, para decirlo con Perelman (1964), ha estado siempre comprometida con una determinada aplicación de la idea de igualdad (p. 23) y esta, por supuesto, no es la excepción. En efecto, la justicia conforme a derecho diseñada por Kelsen se perfila como un mandato de igualdad en la aplicación de la ley, donde lo justo o injusto no estriba en el contenido de las reglas jurídicas propiamente tales, sino a la manera en que estas han de ser aplicadas. Por esta razón, no genera mayor sorpresa que el propio autor, con ocasión de la explicación de esta noción, señale explícitamente que constituye un tipo de justicia “compatible con un orden jurídico positivo y exigida por él, ya se trate de un sistema capitalista o comunista, democrático o autocrático” (Kelsen, 1995, p. 16). En definitiva, la justicia conforme a derecho se erige como una noción jurisdiccional que aboga por repeler toda forma de discriminación arbitraria en la aplicación del derecho, sin considerar la justicia material en juego como un factor relevante. Juridicidad, en este sentido, es sinónimo de uniformidad en la aplicación de las reglas jurídicas; y, por consiguiente, se reafirma cuando se aplica una disposición normativa para casos iguales, y se ve fracturada cuando se aplica en un caso y no en otro similar.

Pues bien, esta declarada inclinación de Kelsen por la certeza y seguridad jurídicas en la adjudicación no es, a decir verdad, novedosa ni tampoco inesperada a la luz de sus postulados. Lo que verdaderamente llama la atención, en cambio, es la idea expresada en la oración final del párrafo citado, a saber, la admisibilidad de la justicia conforme a derecho dentro de los márgenes de ciencia jurídica. De acuerdo con esta idea, la teoría pura del derecho sería solo *prima facie* incompetente ante la justicia, siempre y cuando, de más está decirlo, esta sea juridificada y, por tanto, librada de todo ingrediente moral. Urge, entonces, examinar cuidadosamente esta tesis en la sección siguiente.

#### **4. La justicia conforme a derecho *versus* los postulados de la teoría pura**

La tesis de la congenialidad de la justicia con la teoría pura puede parecer, a primera vista, provocadora, máxime si se repara en que dicha afirmación es formulada explícitamente por su artífice. Empero, el impacto disminuye al advertir que la noción de justicia empleada para estos efectos es de tipo formal, específicamente jurídica y solo concentrada en la aplicación objetiva del derecho. Consecuentemente, la extrañeza inicial deviene en aquiescencia: la resignificación kelseniana de la justicia, aunque escuetamente planteada, parece ser consistente con los lineamientos que impulsan la aproximación científica de la teoría pura.

Intentar desentrañar el porqué del escaso desarrollo que Kelsen dedicó a la justicia conforme a derecho es, a estas alturas, un ejercicio superfluo. A este respecto, solo cabe decir que su interés se concentró primordialmente en criticar la aproximación tradicional a la justicia material propugnada por la doctrina del derecho natural. Con todo, independientemente de los concisos términos en que se pronuncia el autor, la conexión que propone entre justicia y juridicidad abre un interesante campo de análisis al interior de la teoría kelseniana. Y es que, si bien el trasfondo de esta noción no tiene nada de revolucionario, sí lo es su anclaje a una empresa conocidamente inspirada por los ideales de objetividad y exactitud.

Sin embargo, por motivos que serán desarrollados a continuación, hay buenas razones para estimar que el concepto formal y jurisdiccional de justicia propuesto por Kelsen no supera el exigente umbral científico impuesto por él mismo. En primer lugar, porque desatiende aspectos centrales de su teoría de la interpretación y, en segundo lugar, porque su concepto no logra desentenderse por completo del ámbito de los juicios subjetivos de valor. Estos dos argumentos, distintos pero encadenados, serán examinados en lo sucesivo.

#### **4.1. Primera dificultad: la norma como un marco abierto de posibilidades**

Un aspecto fundamental que rápidamente destaca Kelsen en el capítulo x de la primera edición de la *Teoría Pura* –dedicado a la interpretación– es la estrecha conexión que existe entre la interpretación y la aplicación del derecho. La interpretación, afirma el autor, es una operación intelectual que necesariamente precede a la aplicación. Para poder concretar el contenido prescriptivo de una disposición jurídica es imprescindible el ejercicio de atribución de sentido respecto del conjunto de signos lingüísticos que la componen. Solo por medio de esta actividad es posible transitar desde un nivel del sistema jurídico al siguiente, esto es, de una norma superior a una inferior (Kelsen, 1992, p. 77). Ahora bien, Kelsen (1959, p. 305) no circunscribe la aplicación del derecho únicamente al momento jurisdiccional, ni tampoco reserva la creación del derecho exclusivamente a la legislación. Su tesis, famosa en la teoría jurídica, es que –salvo dos excepciones puntuales– todo acto de creación es un acto de aplicación, y viceversa. En este sentido, cuando el parlamento crea una ley está también aplicando la norma que le confiere la potestad para legislar, mientras que, cuando un tribunal aplica una norma general para un caso concreto, está al mismo tiempo creando una norma individual que le atribuye un significado preciso. Por lo tanto, la aplicación judicial del derecho se erige como una actividad eminentemente creadora, pues su resultado –la norma individual– jamás será idéntico a la disposición interpretada. Esto, sin embargo, no quiere decir que la interpretación sea una actividad sometida al arbitrio absoluto del intérprete de turno, ni tampoco, por supuesto, que se trate de una actividad completamente guiada por la norma

superior. Y precisamente esta doble negación constituye el núcleo de la teoría de la interpretación de Kelsen. En efecto, la determinación que puede hacer la norma superior respecto del contenido de la inferior será siempre parcial y nunca completa. A juicio de Kelsen, la norma superior dejaría siempre un margen de discreción para la actividad del intérprete, adoptando, en sus propias palabras, la forma de un marco que ha de ser llenado (1992, p. 78). Desarrollando la metáfora del marco, Kelsen (1992) señala que

In all these cases of intended or unintended indeterminacy of the lower level, various possibilities for applying the higher-level norm suggest themselves. The legal act applying the legal norm can be made to correspond to one or another of the several possible readings of the norm. Or it can be made to correspond to the norm-issuer's will [...] Or, in the case of two norms contradicting each other, the legal act can be made to correspond to one or the other of them, or it can be so fashioned that decisions are taken as if the norms abrogated one another. In all these cases, the norm to be applied is simply a frame within which various possibilities for application are given, and every act that stays within this frame, in some possible sense filling it in, is in conformity with the norm.

En todos estos casos de indeterminación intencionada o no intencionada del nivel inferior se ofrecen varias posibilidades para aplicar la norma del nivel superior. El acto que aplica la norma jurídica puede inclinarse por una u otra de las varias lecturas posibles de la norma. O puede adecuarse a la voluntad del emisor de la norma [...] O, en el caso de dos normas que se contradicen entre sí, puede corresponderse con una u otra de ellas, o puede estar configurado de tal manera que las normas se anulen recíprocamente. En todos estos casos, la norma a aplicar es simplemente un marco dentro del cual existen varias posibilidades de aplicación, y cada acto que se mantenga dentro de este marco, llenándolo en algún sentido posible, está en conformidad con la norma. (p. 80)

El fragmento sintetiza un aspecto central en teoría de la interpretación de Kelsen. Una norma es un marco abierto de posibilidades porque quien la aplica no se enfrenta a una sino a varias alternativas interpretativas igualmente admisibles. Así, en lugar de concentrarse exclusivamente en el acto de aplicación de una norma, Kelsen (1992) destaca también el proceso que le precede, a saber, el esbozo del marco que provee la norma interpretada y las diversas posibilidades de aplicación que aquella ofrece (p. 80). La interpretación es, desde esta perspectiva, un acto de conocimiento y un acto de voluntad (Kelsen, 1992, pp. 82-83). Es primero un acto de conocimiento en cuya virtud se identifica el marco de referencia de la norma, es decir, son aprehendidas las alternativas de atribución de sentido al texto normativo. Luego, es un acto de voluntad por medio del cual el intérprete se inclina por una de las opciones proporcionadas por el marco, creando así una norma individual. ¿Es posible, en este contexto, constreñir la actividad interpretativa para evitar este margen de apreciación? La respuesta de Kelsen es un rotundo no. Intencionada o no, la indeterminación del derecho es una cualidad necesaria de las reglas jurídicas, aunque el derecho positivo procure eliminarla. Con mayor razón, los llamados métodos de interpretación jurídica (argumento *a contrario*, por analogía, etc.) no son tampoco candidatos para disiparla;

antes bien, refuerzan las distintas opciones interpretativas dentro del marco, incluso en sentidos abiertamente contradictorios. Por ello, sin restarles importancia, Kelsen (1992) sostiene que las técnicas de interpretación brindan soluciones meramente contingentes, no calificables como correctas, tornando fútil establecer la primacía de un método por sobre otro (pp. 81-82).

Las consideraciones precedentes llevan a Kelsen (1992) a reconocer un importante límite de su teoría de la interpretación: la determinación de cuál es el sentido correcto dentro del marco de una norma no es un problema abordable por la teoría del derecho, sino por la política jurídica (p. 82). En efecto, Kelsen (1992) subraya que en el acto de conocimiento que supone toda aplicación de una norma son además apprehendidos ingredientes extrajurídicos –como valoraciones morales o de justicia– que no siempre son susceptibles de ser identificados, ni mucho menos abordados jurídicamente (p. 83). Asimismo, a la luz del fragmento citado más arriba, la aplicación efectuada por un determinado órgano será “conforme a la norma” en la medida en que la norma inferior creada se enmarque en el abanico de posibilidades que establece la norma superior. En consecuencia, no habría una sino varias alternativas interpretativas para una norma, todas igualmente admisibles, sin que el derecho positivo o la ciencia jurídica puedan fijar *la* interpretación correcta.

Así pues, si no ha de ser posible determinar científicamente el sentido correcto que ha de atribuirse a una norma, ¿cuál es, entonces, la función de la ciencia jurídica en lo relativo a la interpretación? En palabras de Kelsen (1951), su labor es

...first of all to find, by a critical analysis, the possible meanings of the legal norm undergoing interpretation; and, then, to show their consequences, leaving it to the competent legal authorities to choose from among the various possible interpretations the one which they, for political reasons, consider to be preferable, and which they alone are entitled to select.

[primero que todo, encontrar, mediante un análisis crítico, los posibles significados de la norma jurídica que está siendo interpretada; y, luego, mostrar sus consecuencias, dejando a las autoridades competentes elegir entre las diversas interpretaciones posibles aquella que, por razones políticas, consideran preferible y la que solo ellas están autorizadas para seleccionar]. (p. xvi)

Presentar los distintos significados dentro del marco de una norma y exhibir sus consecuencias son, pues, propósitos coherentes con su teoría de la interpretación. Kelsen, en este sentido, interpela directamente al enfoque tradicional de la interpretación, de carácter normativo, que la entiende como una actividad encaminada a descubrir la única interpretación correcta de una norma (Paulson, 1990, p. 144). Un acto de aplicación que se ajuste a las normas aplicables debe ser aceptado como válido, incluso si se estima que la interpretación adoptada debió haber sido distinta (Vinx, 2007, p. 152). Este hallazgo nada sorprendente a la luz de la teoría kelseniana es, sin embargo, crucial para examinar la compatibilidad de su teoría de la interpretación con la noción de justicia conforme a derecho. Así, lo que a primera vista

ha parecido un excursus es, en realidad, un presupuesto fundamental para el análisis crítico.

La tesis conforme a la cual es 'justo' que una regla se aplique en todos los casos en que, de acuerdo a su contenido, debe ser aplicada, e 'injusto' que se aplique en un caso y no en otro similar, exhibe dificultades ostensibles cuando se contrasta con la teoría de la interpretación de Kelsen. De acuerdo con la teoría del marco analizada previamente, no existe una solución correcta, sino varias igualmente admisibles jurídicamente. En este sentido, la interpretación realizada por los órganos competentes de un sistema jurídico –eso que Kelsen llama *interpretación auténtica*– puede respetar la juridicidad (*legality*) de distintas maneras, siempre y cuando la aplicación de la norma se ciña a los márgenes fijados por su marco. Por consiguiente, dada la diversidad de alternativas que destaca la teoría kelseniana, es jurídicamente posible, incluso esperable, que en dos o más casos semejantes una misma norma reciba diferentes interpretaciones. ¿Puede entonces conciliarse la teoría de la interpretación kelseniana con su noción de justicia conforme a derecho? Todo depende del sentido que se otorgue a la expresión "aplicar" en la formulación de su concepto. Para ello, será necesario apartarse brevemente de la obra del autor.

De acuerdo con una distinción muy difundida en la teoría jurídica contemporánea, es imperativo diferenciar los conceptos de disposición y norma (por todos, Alchourrón y Bulygin, 1996; Guastini, 2011; Bulygin, 2021). Una disposición (o formulación) normativa es el conjunto de signos lingüísticos contenidos en una determinada fuente del derecho, mientras que una norma es el producto de la operación de atribución de significado a una disposición (Guastini, 2014, pp. 337-343). Ciertamente, por medio de esta diáda es posible representar conceptualmente la diversidad de significados que puede asumir un mismo texto normativo. Disposición y norma son, en este esquema, objeto y resultado de la interpretación, respectivamente (Hallivis, 2007, p. 31). Empero, este aparatage teórico es también útil para precisar qué se entiende por "aplicación" en contextos jurídicos. En efecto, aplicar una disposición o una norma quiere decir que son *usadas*, pero sus condiciones e instancias de uso son diferentes (Pino, 2012, pp. 58-59). Por una parte, aplicar una disposición significa interpretarla, es decir, es el acto de proporcionar un sentido preciso a un texto normativo. Por otra parte, aplicar una norma consiste en utilizarla en una argumentación jurídica como fundamento de una decisión. Pues bien, teniendo presente esta precisión conceptual, ¿qué quiere decir Kelsen cuando se refiere a la aplicación de una regla (*rule*) en la formulación de la justicia conforme a derecho? A pesar de que el autor no empleó expresamente la distinción disposición-norma, su teoría del marco asume la diferencia entre un texto normativo y sus posibles significados. En consecuencia, se asoman dos posibles respuestas a la pregunta planteada, aunque ninguna desprovista de problemas.

La primera opción sería entender que Kelsen se refiere a la igual aplicación de una *norma*. Desde esta perspectiva, sería jurídicamente justo que, en casos similares, una disposición normativa reciba idénticas interpretaciones dentro del marco de posibilidades que ella ofrece, otorgando un mismo fundamento para la decisión de asuntos análogos. Con todo, por las consideraciones esbozadas previamente, esta alternativa debe ser rápidamente descartada por su evidente incompatibilidad con la teoría de la interpretación del autor: obviando sus dificultades prácticas, aceptar tal idea supondría algún grado de simpatía con concepciones normativas de la interpretación que Kelsen rechaza directamente. Por ello, la opción más aceptable sería entender que el autor se refiere a la igual aplicación de una *disposición normativa*, es decir, al uso de un mismo texto normativo para resolver casos similares; sin considerar su significación específica. De esta manera, la satisfacción del criterio jurídico de justicia se conseguiría simplemente empleando la misma disposición para casos similares, a pesar de que las interpretaciones de la disposición en cuestión sean diferentes o incluso contradictorias.

Esta última lectura ofrecida, que parece ser más congruente con los breves términos esbozados por Kelsen (1941a; 1941b; 1995) y con su teoría del marco, no libera de críticas a su propuesta. Si la primera alternativa fue rápidamente desechada por ser incompatible con su teoría de la interpretación, la segunda, aunque compatible, convierte a la igual aplicación en una idea vacía y presa de la variedad de significaciones posibles de una disposición normativa. A pesar de que se aplique la misma disposición para la resolución de casos similares, las normas creadas en uno y otro pueden ser muy diferentes, lo que convierte a la idea de igual aplicación en una noción estéril y de escasa relevancia científica. En consecuencia, el mantenimiento de un orden positivo a través de su aplicación consciente no sería más que el sometimiento de los órganos de aplicación a un marco que provee múltiples alternativas. “Aplicación consciente” no es, entonces, sinónimo de interpretación consistente, que parece ser la idea que subyace a las pretensiones tradicionales de justicia formal en su vertiente jurisdiccional. Así, teniendo presente la teoría de la interpretación de Kelsen, la idea de la igual aplicación de la ley propugnada por la justicia conforme a derecho se convierte en una idea trivial en que lo “igual” no es más que la multiplicidad de interpretaciones posibles proporcionadas por el marco de una disposición normativa.

## 4.2 Segunda dificultad: juicios de semejanza y juicios jurídicos de valor

La justicia conforme a derecho es, como ya fue subrayado, una instanciación propiamente jurisdiccional de la idea de justicia formal. De acuerdo con esta noción, la exigencia de trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales se proyecta en la igual aplicación del derecho para casos similares. Se trata, entonces, de

un tipo de justicia que no aboga por el contenido moralmente valioso de las reglas jurídicas, sino solo por su aplicación imparcial y consistente. Este inequívoco sacrificio de la rectitud del contenido de las normas jurídicas ha sido criticado por los efectos que puede significar llevar esta idea hasta sus últimas consecuencias. Hart, en *El Concepto de Derecho*, caracteriza el costo que ha de pagar una teorización de estas características:

Esta conexión estrecha entre la justicia en la administración del derecho y la noción misma de regla ha tentado a algunos pensadores famosos a identificar la justicia con la conformidad con el derecho. Esto es, claramente, un error, a menos que 'derecho' reciba algún significado especialmente amplio; porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como justas o injustas. En realidad nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta, que prohíbe el acceso de la gente de color a los parques, ha sido administrada con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley, tras un proceso 'fair'. (Hart, 2012, p. 200)

No es posible saber a ciencia cierta si Hart está pensando precisamente en el concepto kelseniano de justicia conforme a derecho. Sin perjuicio de ello, las críticas planteadas son plenamente predicables a la categoría formal de justicia defendida por el autor. Atender únicamente a la aplicación del derecho implica necesariamente obviar posibles injusticias en el contenido de las disposiciones aplicadas. Con todo, la respuesta de Kelsen a esta crítica estaría presumiblemente dirigida por su relativismo axiológico: por reprochable que parezca el contenido de una norma, no es posible dotar de objetividad a un juicio de valor moral, razón por la cual es menester concentrarse exclusivamente en la aplicación del derecho sin considerar su contenido. Una concepción de la justicia que propugna un contenido valioso de las reglas jurídicas pertenece al ámbito de los juicios subjetivos de valor y, por consiguiente, no tiene cabida en los estrictos márgenes de la ciencia jurídica.

Ahora bien, sin restarle mérito a las observaciones de Hart, el análisis ulterior no pretende emprender una crítica externa, es decir, aquella que se formula a partir de un rechazo a los presupuestos teóricos de Kelsen. Para estos efectos es mejor continuar con la crítica interna, esto es, aquella que se sitúa al interior de la teoría kelseniana, y que, aceptando sus presupuestos, es capaz de hallar inconsistencias o problemas en su teorización. Corresponde, entonces, examinar la operatividad de la justicia conforme a derecho para determinar si se intensifican, morigeran o son derechamente resueltos los problemas detectados en el apartado anterior.

La inclinación de Kelsen por un concepto jurídico de justicia es a primera vista consistente con el propósito de su teoría pura. La única versión admisible de la justicia en la ciencia del derecho debe ser una que se desprenda de elementos extrajurídicos y se concentre en un aspecto objetivamente determinable como es la igual aplicación

del derecho para casos similares. Ciertamente, este afán científico libera a la justicia conforme a derecho de un gran problema, a saber, la determinación siempre polémica de qué es moralmente valioso o correcto. Sin embargo, subsiste una fundamental interrogante que debe ser respondida. En efecto, toda especulación sobre la justicia – y esta no es la excepción– ha de determinar cuál es el criterio conforme al cual se califica a un elemento como igual o distinto respecto de otro (Ross, 2005, pp. 334-345; Hart, 2012, pp. 198-199). La igualdad, esencia de la justicia, es una abstracción de la desigualdad existente (Radbruch, 1951, pp. 33-34), y, por lo mismo, es necesario desentrañar el patrón o medida empleado para el juicio de semejanza entre dos o más personas o cosas que no son idénticas. Y este es, dicho sea de paso, el punto en el que se hacen patentes las diferencias entre las diversas concepciones de la justicia (Perelman, 1964, p. 27). La importancia de esta pregunta es, pues, significativa y conceptualmente previa a la aplicación de la regla de justicia: primeramente, ha de ser determinado el criterio conforme al cual dos elementos serán catalogados como iguales, para luego proporcionar un trato igualitario (Bobbio, 1993, pp. 64-65). El problema, sin embargo, es que Kelsen no se hace cargo de esta pregunta en su caracterización de la justicia. De acuerdo con el autor, es jurídicamente justo aplicar una regla a dos casos similares e injusto hacerlo en un caso y no en otro similar, pero en ningún momento explicita el criterio para calificar como semejantes a dos o más casos.

Una posible alternativa para superar el silencio de Kelsen sería revisar sus reflexiones críticas acerca de la doctrina del derecho natural en el apéndice de su *Teoría General del Derecho y del Estado*. En ella, el autor analiza la idea de igualdad como esencia de la justicia, señalando categóricamente que la doctrina del derecho natural es incapaz de proporcionar elementos objetivos para establecer qué o quiénes son iguales (Kelsen, 1949, p. 439). A su juicio, la determinación de las diferencias relevantes es un asunto que compete al derecho positivo, específicamente a la legislación (Kelsen, 1949, p. 440). Con todo, esta respuesta no resuelve la duda planteada anteriormente. Kelsen, en este punto, está aludiendo a la justicia del derecho legislado y no a la de su aplicación, subsistiendo aún la pregunta por la determinación de las semejanzas relevantes entre dos o más casos. Ahora bien, a pesar de no responder la pregunta planteada, el autor descarta inmediatamente después la última gran candidata para zanjar la cuestión pendiente: la vieja verdad, afirma Kelsen, es que la ciencia jurídica es incapaz y, por ende, no está autorizada para ofrecer los juicios de valor necesarios para la atribución de diferencias o semejanzas (1949, p. 440). Pues bien, aunque no parezca atingente al problema planteado, esta observación es extrapolable a la dimensión jurisdiccional de la justicia formal. Descartado que la legislación pueda decir algo respecto de la semejanza entre dos casos, la función asignada a la ciencia jurídica impide que pueda subsanar el elemento faltante en el vacío teórico detectado. Por lo tanto, ni el derecho positivo –por impertinente– ni la ciencia jurídica –por incompetente– pueden determinar

objetivamente la semejanza entre casos para hacer operativa la idea de justicia conforme a derecho.

A decir verdad, la determinación de la semejanza relevante entre casos es un asunto de suyo conocido en las reflexiones jurídicas. Se trata de un aspecto medular del razonamiento por analogía (Schauer, 2013, pp. 105-109), así como en el uso de precedentes judiciales (Alexy, 2017, p. 377). Ambos supuestos impulsan calurosos debates en sede jurisdiccional para demostrar o denegar la existencia de un factor de importancia en que un caso y otro se asemejan. Del mismo modo, un observador, jurista o lego, podría considerar injusto el trato diferenciado empleado por los tribunales de justicia a dos o más casos que ostentan semejanzas relevantes, mientras que otro podría estar en desacuerdo por estimar que existen diferencias significativas que justifican soluciones jurídicas diversas en cada caso. ¿Es verdaderamente un problema la discrepancia en la identificación de similitudes o diferencias entre casos? En modo alguno; no es más que constatar uno de los rasgos esenciales que comparten el razonamiento analógico, los precedentes y la pretensión de igual aplicación del derecho. El problema, en cambio, es el cariz científico (auto)impuesto por Kelsen a su noción de justicia conforme a derecho.

Aunque el propósito expresamente declarado por Kelsen es, como se sabe, liberar a la justicia del inseguro ámbito de los juicios subjetivos de valor, lo cierto es que su concepto no logra dicho cometido. En efecto, además de las consideraciones ya expuestas en el apartado previo relativas a su teoría de la interpretación, habría una dificultad adicional en lo concerniente a la determinación de la igualdad o semejanza relevante entre casos. Concretamente, no es posible hallar criterios objetivos con base en los cuales posteriormente se atribuya una aplicación igual o desigual a dos a más casos, según corresponda. En este sentido, la justicia conforme a derecho no lograría huir por completo del subjetivo terreno de los deseos o preferencias personales. Y esta crítica puede ser apoyada a través del análisis del especial estatuto que tiene la adjudicación para Kelsen en lo relativo a los juicios de valor.

Dependiendo de la perspectiva que se tome, la actividad jurisdiccional podría ser objeto tanto de juicios de justicia como de juicios jurídicos de valor (Kelsen, 1995, pp. 55-56; 1957g, p. 209). Por un lado, si se considera al juez como un creador de derecho, su decisión podría ser calificada como justa o injusta a partir de las preferencias políticas o morales de quien lo evalúe. Si, por otro lado, se atiende al juez como un aplicador, su actividad podría ser catalogada como jurídica o antijurídica según si su sentencia se ajusta o no al ordenamiento jurídico vigente. En este contexto, ¿a partir de qué tipo de juicio ha de ser determinada la igual aplicación de la ley propugnada por la justicia conforme a derecho? La respuesta, a primera vista, podría inclinarse por los juicios jurídicos de valor, toda vez que por medio de ellos se puede determinar objetivamente la conformidad con el derecho positivo sin invocar

expresiones de deseo o sentimientos. No obstante, aunque esta opción es congruente con el propósito declarado por el autor, sería incorrecto atribuir a este tipo de juicios un rol para el que no están concebidos. En lo que concierne a la función jurisdiccional, los juicios jurídicos de valor “solo” permiten determinar la juridicidad de una decisión singular. La evaluación de la consistencia e imparcialidad en la aplicación comparativa de la ley es una función que escapa por completo de sus atribuciones. Por lo tanto, si una decisión judicial se ajusta al ordenamiento jurídico de referencia –y al marco que sus reglas proveen–, no cabe bajo ningún respecto catalogarla como antijurídica, a pesar de que emplee un criterio diferente en relación con un caso similar.

Pues bien, la constatación de la incompetencia de los juicios jurídicos de valor para aprehender y determinar la igual aplicación de la ley en casos similares admite dos posibles lecturas. La primera opción sería insistir en la pretensión de objetividad científica de la justicia conforme a derecho, aduciendo la existencia de otro tipo de juicios de valor, también objetivos, capaces de determinar una semejanza relevante entre casos. Empero, el mérito de esta primera alternativa se esfuma rápidamente si se repara en que la tipología kelseniana de los juicios de valor no proporciona un candidato óptimo para tal cometido. A pesar de que más tarde, en la segunda edición de la *Teoría Pura*, Kelsen incorpora dos juicios de valor “especiales” (Sendín, 2019, p. 226), ninguno de ellos es apto para dar respuesta a la interrogante planteada. En efecto, ni el juicio de valor que relaciona una conducta humana con el deseo o voluntad de una o más personas (Kelsen, 2020, pp. 75-76) ni aquel que se refiere a la relación entre medios y fines (Kelsen, 2020, pp. 76-77) guardan alguna relación con el problema de la identificación de similitudes entre dos o más casos. Por lo tanto, es más aceptable reconocer una inconsistencia interna del pensamiento de Kelsen y admitir que la determinación de la semejanza y la consiguiente satisfacción del criterio de justicia conforme a derecho es más bien tributaria de un juicio de justicia, esto es, de un tipo de operación intelectual que descansa en la apreciación o preferencia personal de quien lo formula y, por consiguiente, pertenece al ámbito de los juicios subjetivos de valor.

Así las cosas, el atractivo inicial de la noción de justicia conforme a derecho se desvanece por los hallazgos recién exhibidos. Y es que, a pesar de que Kelsen señala explícitamente que se trata del único sentido en que la justicia es admisible en los confines de la ciencia jurídica, sus propias teorizaciones acerca de la interpretación y los juicios de valor en el derecho desestiman tal afirmación.

## 5. Un drástico cambio de opinión

A estas alturas, un lector familiarizado con la obra de Kelsen podría reprochar la falta de rigurosidad bibliográfica de la sección anterior por prescindir de reflexiones posteriores del autor en lo relativo a la justicia. Esta omisión, sin embargo, ha sido

deliberada. Se ha procurado emplear un aparataje bibliográfico que no se aparte significativamente de la época en que Kelsen emplea el concepto de justicia conforme a derecho (entre 1941 y 1945) para así evitar una crítica anacrónica. Ello explica la utilización de la primera edición de la *Teoría Pura* (de 1934) para la primera observación crítica, y de la *Teoría General del Derecho y del Estado* (de 1945) y el ensayo *Value judgements in the science of law* (originalmente publicado en 1942) para la segunda.

Ahora bien, la razón de fondo de esta decisión metodológica es que el concepto de justicia conforme a derecho escuetamente desarrollado por el autor en los años cuarenta es derechamente abandonado en la década siguiente. Y la evidencia de esta afirmación puede ser hallada en su recopilación de ensayos titulada *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (Kelsen, 1957). De acuerdo con lo indicado por el propio autor en el prefacio de dicha obra, algunos trabajos allí contenidos son genuinamente nuevos, mientras que otros ya publicados anteriormente son presentados en una versión revisada. Y este es precisamente el caso de su ensayo *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* (Kelsen, 1957h), el cual recibe una modificación crucial respecto de su versión original (Kelsen, 1941b). En efecto, la reedición de dicho ensayo reduce sustantivamente el contenido de la sección referente a las filosofías de la justicia, otrora sede del concepto de justicia conforme a derecho, y elimina por completo la referencia a este.

Este dato, por sí solo, no es sin embargo suficiente para acreditar el cambio de pensamiento del autor. A pesar de la completa eliminación de la referencia, subsisten incólumes las reflexiones planteadas por Kelsen en otras dos obras (1941a, p. 72; 1995, p. 16) que replican casi textualmente el párrafo ya analizado. Por lo demás, la versión reeditada del artículo no desestima expresamente el concepto omitido, sino más bien invita al lector, en una nota al pie (Kelsen, 1957, p. 390), a revisar las reflexiones del autor acerca de la justicia y el derecho natural en sus ensayos *What is Justice?* y *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science*. No obstante, las dudas se disipan si se presta atención a un crucial pasaje del primero de estos ensayos:

The principle of equality as a postulate directed at the authority creating the law meaning equality in the law, should not be confused with the principle of equality before the law, which is directed at the authorities applying the law to concrete cases. It means that the law-applying organs shall not, in deciding a case, make a difference that is not provided for in the law to be applied, that is to say, they shall apply the law as it should be applied according to its own meaning. It is the principle of legality, of lawfulness, which is immanent in every legal order. It is presented sometimes as justice under the law. But, in truth, it has nothing to do with justice at all.

[El principio de igualdad como un postulado dirigido a la autoridad que crea la ley –igualdad en la ley– no debe ser confundido con el principio de igualdad ante la ley, que está dirigido a las autoridades que aplican el derecho a casos concretos. Esto significa que los órganos encargados de aplicar la ley no deben, al decidir un

caso, hacer una diferencia que no esté prevista en la ley que se va a aplicar, es decir, deben aplicarla tal como se debe hacer según su propio significado. Este es el principio de legalidad, de juridicidad, que es inmanente a todo ordenamiento jurídico. Este es presentado a veces como justicia conforme a derecho. Pero, en realidad, no tiene nada que ver con la justicia. (Kelsen, 1957a, p. 15)

La prosa de Kelsen es aquí categórica y no admite dobles lecturas. Lo que antes era el único sentido de justicia admisible en los estrictos confines de la ciencia jurídica es ahora un concepto que no guarda siquiera relación con la justicia. ¿Qué justifica este drástico viraje? A pesar de que Kelsen no dedica más que este escueto párrafo para desdecirse de su postura anterior, hay en él elementos consistentes con su teorización coetánea y posterior sobre la justicia que permiten comprender las razones del cambio.

Todo indica que el propósito de Kelsen es acentuar las diferencias que separan a la juridicidad de la justicia. Una cosa es el sometimiento al ordenamiento jurídico – incluyendo su instanciación jurisdiccional– y otra muy distinta es la adecuación a un criterio particular de justicia. La juridicidad, por un lado, descansa en valores de derecho objetivamente verificables por referencia al derecho vigente; la justicia, por otro lado, depende de valores políticos o morales que carecen de objetividad. La juridicidad, desde esta perspectiva, está necesariamente comprometida con juicios de valor objetivos, mientras que la justicia lo está con juicios de valor siempre subjetivos. Tal parece, entonces, que Kelsen (1941b) reconoce que su propósito de retirar el problema de la justicia del inseguro ámbito correspondiente a los juicios subjetivos de valor, es irrealizable. Así, la “justicia como juridicidad” sería una contradicción de términos: no es posible concebir una noción de justicia que se aparte de los juicios subjetivos de valor, ya que esta cualidad forma parte de su esencia. En definitiva, por razones conceptuales –o, si se prefiere, estructurales– la justicia conforme a derecho no tiene nada que ver con la justicia.

El escaso desarrollo del cambio de opinión de Kelsen impide saber si tuvo en cuenta algunas de las observaciones críticas que se pueden plantear desde el interior de su teoría. De lo que no cabe duda, sin embargo, es que su cambio de opinión resuelve las deficiencias previamente puntualizadas. La razón, evidente a estas alturas, es que el objeto directo de las observaciones críticas ha sido borrado del mapa teórico del autor.

Pues bien, el breve tratamiento de la justicia conforme a derecho y el posterior cambio de opinión del autor pueden explicar la falta de atención que ha recibido este concepto por parte de los especialistas en la obra de Kelsen. Tal ha sido su indiferencia ante este cambio de opinión que no constituye un hito relevante ni en la periodización estándar de la teoría pura (Paulson, 1998a; 1998b; 2021) ni en la de su teoría de la interpretación (Paulson, 1990). Empero, a pesar de que su importancia comparativa en el corpus teórico del autor no sea suficientemente significativa para la inauguración de una nueva etapa o fase en su pensamiento, sí lo es para afinar y dotar de consistencia a su teorización acerca de la justicia, la juridicidad y los juicios de valor.

De esta forma, la reconstrucción crítica aquí propuesta ha confirmado lo que todo lector de Kelsen ha de reconocer: la teoría pura es un proyecto siempre inacabado y por lo tanto renuente a la presentación de resultados concluyentes.

## Conclusiones

1. La pureza metodológica del conocimiento jurídico y la relatividad del valor moral son dos presupuestos centrales para comprender la incompetencia de la teoría pura respecto de la justicia. La primera reclama un tajante distanciamiento del saber jurídico respecto de elementos provenientes de las ciencias naturales y de cualquier elemento ideológico. La segunda, por su parte, afirma que no es posible predicar atributos de verdad o falsedad a los enunciados que dicen relación con el valor moral o político. La justicia, en consecuencia, es doblemente proscrita por la ciencia jurídica: amenaza su independencia y no permite la formulación de juicios objetivos de valor.
2. La esencial relatividad del valor moral impide abogar por una noción absoluta de justicia. Sin embargo, es posible ensayar una teorización sobre la justicia desde el prisma del relativismo. En este sentido, Kelsen propugna un concepto de justicia afín a la actividad científica, a saber, uno que promueve la tolerancia y libertad de pensamiento como ideas matrices y la democracia como su antesala institucional.
3. Existe un sentido excepcional en el que el concepto de justicia podría tener cabida en la teoría pura del derecho. Para ello, Kelsen retira a la justicia del debatible campo de los juicios subjetivos de valor y la redefine a través de un correlato directo con la juridicidad. La justicia conforme a derecho es, en este sentido, una instanciación jurisdiccional de la vieja idea de justicia formal, que promueve la aplicación imparcial y escrupulosa de la ley.
4. La justicia conforme a derecho es inconsistente con los presupuestos de la teoría pura. En primer lugar, no toma en cuenta las características centrales de la teoría de la interpretación kelseniana, convirtiéndola en una idea incompatible con esta o, al menos, de escasa relevancia teórica. En segundo lugar, la juridificación de la justicia no logra desentenderse por completo de los juicios subjetivos de valor, porque son precisamente estos –y no los juicios jurídicos de valor– los que en última instancia determinan la similitud entre casos que posteriormente deberán recibir un trato igual.
5. Kelsen abandona más tarde el concepto jurídico de justicia por medio de un extracto tan breve como aquel en que lo postuló. Las razones que justifican su cambio de opinión están vinculadas con la consolidación de su teoría de los juicios de valor en el derecho. La justicia, por definición, está siempre relacionada con juicios subjetivos de valor; la juridicidad, por su parte, con los juicios jurídicos –y, por ende, objetivos– de valor. Desde esta perspectiva, por

razones conceptuales, no sería admisible en caso alguno erigir un concepto de justicia a partir de la idea de juridicidad.

### Referencias Bibliográficas

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1996). Norma jurídica. En E. Garzón Valdés y F. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 133-147). Trotta
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra.
- Austin, J. (1885). *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law* (5ª ed.). John Murray.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Paidós.
- Bulygin, E. (2021). Dogmática jurídica y sistematización del derecho. En C. E. Alchourrón y E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (pp. 483-501). Trotta.
- D'Amato, A. (1993). On the connection between law and justice. *UC Davis Law Review*, 26(4), 527-582.
- Duarte d'Almeida, L., Gardner, J., y Green, L. (2013). Introduction. En L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, & L. Green (Eds.), *Kelsen revisited: New essays on the pure theory of law* (pp. 1-7). Hart Publishing.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. norma. En S. Pozzolo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. norma* (pp. 133-156). Palestra.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hallivis, M. (2007). *Teoría general de la interpretación* (2da ed.). Porrúa.
- Hart, H. L. A. (2012). *El Concepto de Derecho* (3a ed.). AbeledoPerrot.
- Kelsen, H. (1911). *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Mohr.
- Kelsen, H. (1916). Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung. *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40, 1181-1239.
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. Labor.
- Kelsen, H. (1941a). Essential conditions of international justice. *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting (1921-1969)*, 35, 70-86. <https://doi.org/10.1017/S0272503700059097>
- Kelsen, H. (1941b). The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 55(1), 44-70. <https://doi.org/10.2307/1334739>
- Kelsen, H. (1949). *General theory of law and state*. Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1951). Preface. On interpretation. En *The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems* (pp. xiii-xvii). Steven & Sons Limited.

- Kelsen, H. (1957). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. University of California Press. <https://doi.org/10.1525/9780520405080>
- Kelsen, H. (1957a). What is justice? En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 1-24). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_002](https://doi.org/10.1525/9780520405080_002)
- Kelsen, H. (1957b). The idea of justice in the Holy Scriptures. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 25-81). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_003](https://doi.org/10.1525/9780520405080_003)
- Kelsen, H. (1957c). Platonic justice. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 82-109). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_004](https://doi.org/10.1525/9780520405080_004)
- Kelsen, H. (1957d). Aristotle's doctrine of justice. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 110-136). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_005](https://doi.org/10.1525/9780520405080_005)
- Kelsen, H. (1957e). The natural-law doctrine before the tribunal of science. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 137-173). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_006](https://doi.org/10.1525/9780520405080_006)
- Kelsen, H. (1957f). Absolutism and relativism in philosophy and politics. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 198-208). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_008](https://doi.org/10.1525/9780520405080_008)
- Kelsen, H. (1957g). Value judgements in the science of law. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 209-230). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_009](https://doi.org/10.1525/9780520405080_009)
- Kelsen, H. (1957h). The pure theory of law and analytical jurisprudence. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 266-287). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_012](https://doi.org/10.1525/9780520405080_012)
- Kelsen, H. (1957i). Causality and imputation. En H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (pp. 324-349). University of California Press. [https://doi.org/10.1525/9780520405080\\_15](https://doi.org/10.1525/9780520405080_15)
- Kelsen, H. (1959). *Teoría general del estado*. Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1973). The idea of natural law. En H. Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy* (pp. 27-60). Reidel Publishing Company. [https://doi.org/10.1007/978-94-010-2653-6\\_2](https://doi.org/10.1007/978-94-010-2653-6_2)
- Kelsen, H. (1992). *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 12, 183-198.
- Kelsen, H. (2020). *Teoría Pura del Derecho* (2a ed.). Colihue.

- Legaz y Lacambra, L. (1933). *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*. Bosch.
- Moreso, J.J (1990). Ciencia jurídica y dualismo metodológico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7, 291-313.
- Paulson, S. L. (1990). Kelsen on legal interpretation. *Legal Studies*, 10(2), 136-152. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.1990.tb00596.x>
- Paulson, S. L. (1998a). Four phases in Hans Kelsen's legal theory? Reflections on a periodization. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(1), 153-166. <https://doi.org/10.1093/ojls/18.1.153>
- Paulson, S. L. (1998b). Introduction. En S. L. Paulson y B. L. Paulson (Eds.), *Normativity and norms: Critical perspectives on Kelsenian themes* (pp. xxiii–liii). Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198763154.001.0001>
- Paulson, S. L. (2021). Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases. *Revista cubana de derecho*, 1(2), 53-86.
- Perelman, Ch. (1964). *De la justicia*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pino, G. (2012). La aplicabilidad de las normas jurídicas. En J. J. Moreso y J. L. Martí (Eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona* (pp. 57-96). Marcial Pons.
- Radbruch, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Ross, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba.
- Sauchelli, R. T. (2016). *Normativity in law after positivism* [Tesis doctoral University of California, Irvine]. <https://escholarship.org/uc/item/3wq205j7>
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Marcial Pons.
- Sendín, J. A. (2019). La concepción kelseniana de los juicios de valor. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 35, 211-241. <https://doi.org/10.53054/afd.vi35.2356>
- Squella, A. (1992). *Derecho, desobediencia y justicia* (2a ed.). EDEVAL.
- Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's pure theory of law. Legality and legitimacy*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199227952.001.0001>

### Para citar este artículo bajo norma APA 7

Espinosa-Aguilar, M. (2024). ¿Un espacio para la justicia en la teoría pura? Kelsen y el concepto de justicia conforme a derecho. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 31:e6659. <https://doi.org/10.22199/issn.0719-8175-6659>



doi

Copyright del artículo: ©2024 Marcelo Espinosa-Aguilar



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.