

La concepción Kelseniana de la justicia

Summum jus, summa injuria

Abstract: *In this paper the central elements of the conception of "justice" defended by the Austrian jurist Hans Kelsen, author of the famous pure theory of law are exposed. It is a radically positivist conception of right and justice which is subjected to some critical considerations by the author of the paper.*

Resumen: *En el presente artículo se exponen los elementos centrales de la concepción de "justicia" que ha defendido el jurista austriaco Hans Kelsen, autor de la famosa teoría pura del derecho. Se trata de una concepción radicalmente positivista del derecho y la justicia, que es sometida a algunas consideraciones críticas por parte del autor de este ensayo.*

I. Reflexiones preliminares

La justicia ha sido siempre una de las mayores aspiraciones sociales; no necesariamente de los individuos que se han presentado como sus impulsores o defensores, pero sí de los grupos humanos que experimentan diariamente la convivencia. Se la ha equiparado con la virtud, la legalidad, la igualdad. Se ha dicho que ella consiste en dar a cada uno "lo suyo", o "lo que le pertenece" o "lo que le corresponde" según "sus méritos" o "sus necesidades."

Se la ha considerado íntimamente relacionada con la moral, por cuanto lo legal no siempre parece como lo "justo", lo "bueno" o lo "correcto". Se la ha identificado con la virtud por excelencia y con la meta perfecta de toda convivencia humana. En su nombre se han cometido toda cla-

se de atropellos, se han violado todos los derechos y se ha intentado justificar las más diversas doctrinas terrenales y divinas. Todos la buscamos pero no estamos seguros dónde hallarla. ¿Es ella una vana quimera de los seres humanos, un mero deseo sin fundamento alguno en la naturaleza o en la actividad política de los hombres? ¿O es ella una Idea que se deba perseguir y tratar de realizar, aunque nunca se logre plenamente? Si lo primero, entonces toda reflexión y todo esfuerzo en torno a ella resulta inútil y, por lo tanto, innecesario. Si lo segundo, cabe preguntar entonces a quiénes corresponde esa tarea. En lo que sigue examinaremos la teoría de uno de los más importantes juristas de este siglo¹, el austriaco Hans Kelsen (1881-1973), en torno a esta problemática y, muy especialmente, en relación con la cuestión de si ella es o no un asunto del Derecho.

II. ¿Qué es la justicia?

Esta es, dice Kelsen, *la* pregunta eterna de la humanidad. Se trata más bien, pensamos nosotros, de *una* de las eternas preguntas, junto con otras tales como ¿qué es el ser?, ¿qué es la verdad?, ¿quién es el hombre?, ¿cuál es el bien supremo? y muchas más, algunas de ellas incluso más antiguas que la pregunta por la justicia.²

Ello se debe, afirma Kelsen, a que el ser humano ha soñado siempre con la justicia y ha intentado dar a la pregunta por ella, respuestas *definitivas*, debiendo más bien resignarse a no encontrar jamás tales respuestas. Así, a la pregunta ¿qué es la justicia?, el hombre se ha respondido: "Justicia es lo que Dios quiere", "justicia es lo

que corresponde a la naturaleza humana”, “justicia es dar a cada uno lo que le corresponde”, “justicia es dar a cada uno lo que merece”, “justicia es tratar a todos por igual”, etc. Pero como no ha sido posible ponerse de acuerdo en qué es lo que Dios quiere, qué es lo que le corresponde a cada uno, en qué consiste la naturaleza humana o en qué son iguales todos los seres humanos, ha debido resignarse a no encontrar jamás una respuesta definitiva a esa eterna pregunta.

Kelsen propone “preguntar mejor” y plantear la cuestión de qué sea la justicia más bien como un problema de solución de conflictos, que son en definitiva conflictos de *intereses* o, lo que para él es lo mismo, de percepción subjetiva de *valores*.³ Ahora bien, como los intereses son subjetivos, también lo son en consecuencia los valores, ya sea porque se trata de intereses o valores de un individuo o de un grupo de individuos. Como son subjetivos, los conflictos que surjan entre ellos no pueden ser resueltos de ninguna manera por vía racional, sino emocionalmente, lo cual hace que no puedan fundamentarse en criterios objetivos y absolutos, sino siempre relativos.⁴

Igualmente sucede con la justicia. Ella forma parte del sistema de valores *morales* de una sociedad determinada; su apreciación es generalmente compartida por grupos más o menos grandes de individuos, pero no por ello deja de ser igualmente subjetiva y relativa.

III. El sentido subjetivo y objetivo de la justicia

Subjetivamente, dice Kelsen, justicia es lo mismo que felicidad. Un orden es justo “cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad”.⁵

En esta —por lo demás bastante extraña— significación que da Kelsen a la justicia, resulta evidente el carácter relativo de la justicia y la imposibilidad total de que ella pueda encontrarse en sociedad alguna, máxime si se trata de la felicidad de todos: nada hay más subjetivo y por lo

tanto relativo que la felicidad; no solo es muy distinto lo que cada uno entiende por ello, sino también lo que a cada uno lo hace feliz. Lo más usual, entonces, es que haya permanente conflicto entre las formas, los medios y los fines en que los seres humanos tratan de encontrar la felicidad. No solo entran en conflicto, sino que frecuentemente la felicidad de uno excluye la felicidad e incluso provoca la desgracia de otro.⁶ Trátese, pues, de la felicidad de cada uno o de cada grupo, la justicia así entendida es imposible de realización. Tampoco es posible que un orden social, para ser justo, deba procurar la mayor felicidad posible del mayor número posible de individuos, según la célebre expresión de J. Bentham, por lo mismo que lo que hace felices a los distintos grupos sociales es muy diverso.⁷

Como la felicidad no la puede encontrar el individuo por sí mismo, aislado, sino solo en sociedad con los demás, Kelsen propone entonces entender la justicia más bien en un sentido objetivo-colectivo, como felicidad social. Aún en este caso, no será la felicidad social en sentido universal, sino la de un colectivo social determinado. Pero ¿qué debemos entender por felicidad social? La felicidad —dice—, entendida como felicidad social, no puede significar más que la satisfacción de ciertas necesidades que son comunes al conjunto social. Sin embargo, cuáles sean en definitiva esas necesidades y cuál el orden jerárquico de atención prioritaria, es también individual y grupalmente subjetivo y relativo, por cuanto los seres humanos tienen las más diversas opiniones no solo en cuestiones religiosas y filosóficas, sino también en materia económica y política. Eso significa que tampoco en este sentido objetivo-colectivo se puede encontrar un significado absoluto y universal al significado de la justicia.⁸

Se trata ya no de necesidades meramente individuales, sino de necesidades socialmente reconocidas como tales. La idea de felicidad se convierte en una categoría social. Kelsen establece un paralelismo entre este cambio de significado en la idea de felicidad, con el cambio que se produce con la idea de libertad cuando ella deja de ser concebida como mera libertad individual, ausencia de coacción, anarquía, y se convierte en

una categoría social: la libertad social que, según Kelsen, se expresa de la manera más perfecta en la democracia: "La libertad de la anarquía se transforma así en la autodeterminación de la democracia. De la misma manera, se transforma la idea de justicia, de un principio que garantiza la felicidad⁹ individual de todos, en un orden social que protege determinados intereses, precisamente aquellos que la mayoría de los sometidos a dicho orden reconoce como valiosos y dignos de protección".¹⁰

IV. El principio de igualdad

Este famoso principio, dice Kelsen, también ha sido considerado como "esencia de la justicia"; sin embargo, parte de una suposición (*Annahme*), a saber, la de que "todos los hombres (*Menschen*), 'todos los que tienen rostro humano' son iguales por naturaleza y culmina (*Gipfelt*)¹¹ con la exigencia de que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera. Pero como la suposición es completamente falsa, pues de hecho (*tatsächlich*)¹² los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales, esta exigencia puede significar únicamente que el orden social, en el otorgamiento de derechos y en la imposición de deberes, debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades. ¡Solamente de algunas, de ninguna manera de todas las desigualdades!¹³ Sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos, a los locos igual que a los cuerdos. ¿Cuáles son pues las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles las que no? Esta es la pregunta decisiva, y el principio de igualdad no da respuesta alguna a la misma."¹⁴ De manera que el principio de igualdad ante la ley, dice Kelsen, tampoco nos sirve para resolver el problema de la justicia. En realidad, tal principio lo que expresa es que en la administración de justicia no se debe hacer más diferencias que las que el derecho mismo establece. Si la ley reconoce derechos políticos a los hombres y no a las mujeres, no cabe hablar ahí de desigualdad ante la ley, mucho menos de injusticia. Por el contrario, cuando los órganos correspondientes, al aplicar el derecho reconocen a los hombres de-

rechos políticos que les otorga la ley, y a las mujeres no, están respetando el principio de igualdad ante la ley. Se trata en realidad del mismo principio de juridicidad o legalidad que es propio de por sí a todo ordenamiento jurídico, y no interesa si dicho ordenamiento es justo o injusto. No tiene reparo Kelsen en afirmar que el principio de igualdad así entendido "apenas tiene algo que ver con la igualdad" ("*mit Gleichheit hat dieses Prinzip kaum noch etwas zu tun*").¹⁵

V. El derecho y la justicia

Durante siglos se ha estimado que el derecho y la justicia están en estrecha relación; tanto que al derecho se le ha considerado el medio por excelencia para realizar la justicia, y a ésta la finalidad por antonomasia del derecho. Kelsen niega que exista tal relación y considera que uno de los méritos principales de su teoría "pura" del derecho, es haber establecido no solo la distinción, sino también la separación tajante de ambos conceptos. La concepción de que hay un criterio de justicia exterior al derecho positivo, con base en el cual debe supuestamente calificarse este derecho positivo como justo o injusto, es una de las principales confusiones en que ha estado sumida la ciencia jurídica, y dicha confusión ha dado lugar también a que se haya intentado, por un lado, poner al derecho al servicio de toda clase de ideologías y, por otro, que se haya creado un falso dualismo derecho-justicia.¹⁶ La teoría pura del derecho elimina tal dualismo. Derecho y justicia son conceptos diferentes, y la ciencia jurídica debe limitarse al estudio del derecho positivo sin involucrarse en la cuestión de la justicia, ya que esta es un valor moral exterior al derecho: "La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente, excluyendo a esta última de su objeto específico".¹⁷ Los intentos de fundar la justicia en criterios absolutos, en relación con los cuales deba supuestamente medirse la justicia de los ordenamientos jurídicos positivos, son en realidad concepciones metafísico-religiosas o "pseudoracionalistas" que nada tienen que ver con el derecho. Sus definiciones de la justicia son fórmulas vacías de

contenido (*inhaltsleere*) y, por lo tanto, totalmente inútiles (*wertlose*) para definir la justicia.¹⁸ Para sustraer el problema de la justicia del subjetivismo que encierran esas falsas fundamentaciones y darle objetividad, es necesario —dice Kelsen— entender la justicia como legalidad. Los juicios de valor específicamente jurídicos se refieren únicamente a la legalidad o ilegalidad de una conducta, sea ésta de particulares o de órganos que tienen que ver con la producción y la aplicación del derecho. Los valores contenidos en los juicios sobre la legalidad o ilegalidad de una conducta, los llama Kelsen “valores de la legalidad”, y son —dice— objetivos y comprobables. Los valores contenidos en juicios sobre la justicia o injusticia de un orden jurídico, los llama “valores de justicia” y los considera totalmente subjetivos. La única relación con la justicia que tiene el derecho, es que sea aplicado como debe serlo de acuerdo con sus propias disposiciones.¹⁹

Es sabido que, según Kelsen, la validez (*Geltung*) de las normas jurídicas positivas no está determinada por ningún criterio exterior a ellas mismas que “justifique” su contenido; por eso no requieren ser confrontadas con supuestas normas no escritas, de contenido religioso, metafísico o moral. No puede depender la validez objetiva de las normas jurídicas de criterios cuya validez es absolutamente subjetiva, ya que esas doctrinas no pasan de ser meras ilusiones y una objetivación de intereses subjetivos.²⁰ El derecho positivo, por el contrario, es solo uno para cada territorio nacional, aplicado por igual a todos los miembros sometidos a él, y en su correcta aplicación consiste la justicia. Se trata, obviamente, de una justicia puramente formal, independiente del contenido de la norma. La validez de las normas jurídicas está dada en y por su misma existencia: “Por ‘validez’ (de las normas jurídicas) entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene ‘fuerza obligatoria’ frente a aquellos cuya conducta regula”.²¹ La validez de las normas jurídicas depende única y exclusivamente de que hayan sido promulgadas por las autoridades socialmente competentes para ello, siguiendo los procedimientos establecidos por el mismo orde-

namiento, y que, además, estén en concordancia con las normas de mayor rango hasta llegar a la norma fundante (*Grundnorm*).²² Todos los ordenamientos jurídicos positivos están inevitablemente en contradicción con alguna de las concepciones metafísicas, religiosas o racionalistas de la justicia; precisamente porque las normas positivas son creación de voluntades humanas, varían de un lugar a otro y de una época a otra, son relativas y chocan con criterios supuestamente absolutos e inmutables, que son en realidad subjetivos. No se puede negar, dice Kelsen, que se puede hacer, como de hecho ocurre, valoraciones desde criterios presuntamente absolutos sobre los distintos ordenamientos positivos para catalogarlos como justos o injustos, pero la validez de los ordenamientos no depende de esos criterios que son más bien relativos.²³

Más que un asunto del derecho, dice Kelsen, la justicia es también “la exigencia de la Política”. Y añade: “La Política —doctrina del Estado justo— coincide con la Filosofía jurídica —doctrina del Derecho justo—...”²⁴ El manejo inexacto que hace Kelsen de algunos conceptos filosóficos y las confusiones en que incurre cuando incursiona en estos temas, lo llevan a afirmar que la Política, en cuanto teoría del mejor Estado posible, “aparece como una parte constitutiva de la Ética, como uno de los conocimientos morales que señalan finalidades objetivas a la conducta humana, es decir, que estatuyen como debidos ciertos contenidos”. En un segundo sentido, la Política es una “técnica social” y como tal es “conexión de medios y fines para el logro de la conducta humana deseada”.²⁵

VI. Justicia, tolerancia y democracia

La teoría positivista de Kelsen rechaza toda exigencia de un fundamento moral no solo para la justicia como legalidad, sino en general para las normas jurídicas. Kelsen se pregunta si este relativismo suyo, que comparte con otros, tiene algún fundamento moral o puede calificarse de amoral o inmoral “como muchos afirman”. A esta cuestión responde que sí tiene fundamento moral una teoría relativista de los valores como la

suya, y es el principio de la *tolerancia*, que consiste en respetar y permitir la exteriorización pacífica de las concepciones de los demás, que no se comparten. No se trata, sin embargo, de una tolerancia absoluta, sino de aquella que cabe dentro de un orden de paz y convivencia pacífica. Pero incluso el que se deba preferir la paz es, según Kelsen, subjetivo. Para los permanentes conflictos de intereses solo cabe satisfacer unos a costa de otros o el compromiso social, y solo “si se supone que la paz social es el valor supremo, el compromiso aparecerá como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es solo una justicia relativa y, en ningún caso absoluta.”²⁶ Si en lo moral la justicia tiene como fundamento la tolerancia, en lo político justicia es sinónimo de *democracia*, que es el orden social en que se da por excelencia la libertad, la cual es, a su vez, sinónimo de tolerancia. Al no poder ser absoluta la tolerancia, cabe preguntarse entonces, hasta dónde llegan los límites de la tolerancia en una sociedad democrática. ¿Puede permitirlo –tolerarlo– todo, incluso a sus enemigos? Sí, dice Kelsen, debe la democracia tener tolerancia también para las manifestaciones de sus enemigos, siempre y cuando sean pacíficas; sin embargo, tiene derecho un gobierno democrático a “reprimir con la fuerza y evitar con medios adecuados los intentos que procuren derrocarlo violentamente”. La principal dificultad está en trazar correctamente la línea divisoria entre lo que debe permitir y lo que no; pero aquí está la esencia de la democracia y debe, incluso, correr riesgos. Una democracia que no sea capaz de afrontar esos peligros “no es digna de ser defendida”.²⁷ Es de sobra conocida la identificación y el entusiasmo de Kelsen por lo que –tan ambiguamente, por lo demás– se conoce como “democracia”. Por eso mismo resulta, a nuestro juicio, paradójico e interesante, hacer notar cómo el propio Kelsen desenmascara la “ilusión” que está en el alma misma de las “democracias” modernas. Existe, dice, la democracia directa y la indirecta; la directa no es posible desde hace mucho tiempo debido a que las comunidades son demasiado grandes y no pueden hacer valer su voluntad directamente mediante mecanismos de votación directa. Por eso, se ha recurrido a la democracia “indirecta”, “parlamenta-

ria” o “representativa”; pero resulta que “es una falsa ilusión de la ideología política de la democracia indirecta o representativa creer que el parlamento ‘representa’ al pueblo, que es un ‘órgano’ de éste...” También órganos no democráticos, sino más bien autocráticos, y toda clase de grupos sociales que quieren el poder, se han valido de la ficción de la “representación” para presentarse como servidores del pueblo y representantes de toda la sociedad.²⁸ Para que la representación sea auténtica, dice Kelsen, no basta con la elección de representantes, sino que “es necesario que el representante se encuentre jurídicamente obligado a ejecutar la voluntad del representado, y que el cumplimiento de esta obligación se halle garantizada (*sic*) jurídicamente. La garantía típica es el poder del representado de remover al representante, en el caso de que la actividad de este último no se ajuste a los deseos del primero”.²⁹ La “ilusión” de la representación se produce también cuando se hace creer que el representante no lo es propiamente de “sus” electores, por lo cual no es requisito indispensable que transmita su voluntad, sino que es representante de todo el conglomerado social, de todo el pueblo: esta es –dice Kelsen– también una “ficción política”. El que las funciones legislativas y de gobierno sean transmitidas a órganos especiales es, antes que democracia “representativa”, una manifestación de que “la diferenciación de las condiciones sociales conduce a la división del trabajo no solamente en la producción económica sino en el dominio de la creación del derecho”.³⁰

VII. Relativismo e Idea de la justicia. Consideraciones críticas

Es ineludible realizar algunas reflexiones críticas en relación con la concepción de justicia que hemos venido exponiendo.

1. Kelsen rechaza, y a nuestro juicio muy acertadamente, toda pretensión de dar una respuesta *definitiva* a la pregunta “¿qué es la justicia?” ¿Cómo podría darse una tal respuesta definitiva, si la justicia se da en las relaciones humanas, las cuales cambian constantemente en el

tiempo y en el espacio? A nuestro juicio es un error de Kelsen considerar que las viejas respuestas a esta cuestión, como aquella que dice “justicia es dar a cada uno lo suyo” y las similares, pretenden ser respuestas definitivas en el sentido de tener un *contenido definido*. Ello sería atribuirles una pretensión que no pueden y, seguramente, tampoco quieren tener. Al contrario, le asiste razón a Kelsen cuando afirma que estas fórmulas son vacías de contenido (*inhaltsleere*). Pero es que no puede ser de otra forma; lo cual, sin embargo, no las descalifica como intentos válidos de ofrecer una respuesta a la pregunta por la justicia. Es extraño que Kelsen, tan partidario de lo formal en el derecho, parece no considerar el carácter meramente formal de las expresiones: “dar a cada uno lo suyo”, “dar a cada uno lo que le pertenece”, “dar a cada uno lo que merece”, etc., siendo que esas definiciones, o “respuestas”, lo son meramente formales, cuyo contenido debe ser aportado en cada circunstancia particular. Pretender invalidar esas respuestas a la pregunta por la justicia, replicando, como hace Kelsen, con la pregunta “¿y quién dice qué es lo suyo de cada uno?”, o afirmando que “no es posible saber lo que merece o le pertenece a cada uno”, es atribuirles un carácter de respuestas definitivas con contenido definido que ellas, como hemos dicho, no pueden tener. Es curioso que Kelsen diga que la pregunta ¿qué es lo que realmente puede considerarse como “lo suyo” de cada uno?, es una pregunta que queda sin respuesta.³¹ ¿Pretende Kelsen que tenga en algún momento una respuesta definitiva o es, por el contrario, una pregunta que debe ser contestada en cada ocasión en que deba ser dado a alguien “lo suyo”, de acuerdo con circunstancias específicas? En eso radica precisamente el problema de la justicia, del cual el derecho no solo no se puede desentender, sino que trata efectivamente de atender mediante las normas de la equidad, como aplicación de la ley general a los casos particulares.

2. Kelsen dice que el derecho es un *concepto* y la justicia es una *idea*, y utiliza la distinción para separar la justicia del derecho. A nuestro juicio tal distinción es muy acertada y valiosa para *distinguir* pero *no separar* el derecho de la justi-

cia. Tomamos la justicia como una *Idea* —con mayúscula— en el sentido kantiano de “perfección no realizada”. Refiriéndose a la educación perfecta como *Idea*, dice Kant: “Una *Idea* no es otra cosa que el concepto (*Begriff*) de una perfección (*Vollkommenheit*) que todavía no (*noch nicht*) se da en la experiencia”.³² Igualmente puede concebirse la justicia como una *Idea*, es decir, como una meta —un sueño o una ilusión, si se quiere—, como una perfección que, aunque nunca alcanzada plenamente, constituye para la humanidad un anhelo, al igual que lo son la verdad, la paz o la misma “felicidad social” de la que habla Kelsen. Esa perfección de la justicia se persigue permanentemente, aunque no solo por medio del derecho, sí *también* por medio de él.³³

3. El positivismo jurídico de Kelsen implica una justificación tácita de todo ordenamiento jurídico positivo y, por lo tanto, de todo Estado existente. Recuérdese que para él, Estado y Derecho se identifican. Kelsen reprocha a los iusnaturalistas el ampararse en sus criterios para justificar ideologías y gobiernos, pero su positivismo hace lo mismo amparado en la mera positividad del derecho: lo que es, coincide con lo que debe ser. Kelsen dice que su teoría pura no justifica ningún orden estatal, pero también puede afirmarse que los justifica todos, y ello a pesar de su defensa específica de la democracia. Además, es un asunto de mucha gravedad identificar el ser del orden estatal con el deber ser jurídico, siendo que el deber ser jurídico está dirigido a *todos* los subordinados, a pesar de que no es más que la manifestación de la *voluntad* de unos *pocos*. El derecho es normatividad de la conducta humana, es decir, manda (prohíbe, permite, ordena) un comportamiento *social* determinado, y si la voluntad de los que eso mandan no debe ser nunca nada distinto de lo que es, entonces su *ser* —en este caso su *querer*— se identifica siempre con su deber ser y el deber ser de los demás, o sea todo ordenamiento jurídico *es* siempre como *debe ser*.

4. La justicia, dice Kelsen, es un ideal irracional. A ella no se puede llegar por medio del conocimiento, sino que, como valor moral que es, se le capta por vía emocional al igual que todos los demás valores. Cabe preguntar entonces cómo puede haber entendimiento humano por

vía emocional antes que por vía racional; cómo podría, por ejemplo, convenirse en una convivencia “democrática” como la que propone Kelsen, en la que reine la tolerancia, por vía emocional, siendo éste precisamente el reino de los sentimientos subjetivos y de los intereses individuales. Hay sin duda en esto una grave contradicción. Podríamos decir más bien que la vía racional es, por lo menos para grandes grupos humanos, el único medio de entendimiento en torno a condiciones de convivencia adecuadas.

5. Quizá nada resume mejor lo que es el positivismo kelseniano en materia de justicia, al mismo tiempo que es lamentable y no requiere comentario adicional, su afirmación de que negar derechos políticos a esclavos o a las mujeres, no viola el principio de igualdad³⁴ ni impide llamar “democrático” a un determinado orden estatal.³⁵

6. La justicia como felicidad social tiene que ver, como dice Kelsen, con “la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfechas”³⁶; eso significa, a nuestro juicio, que la justicia tiene que ver también y muy especialmente con el *contenido* de la *legislación* y no solo con la *forma* de la *aplicación* del derecho, que es a lo que reduce Kelsen el problema de la justicia desde el punto de vista de la ciencia del derecho. Como la legislación no es más que la voluntad de unas pocas personas—quienes ni siquiera son representantes de los sometidos a esa legislación, según se vio *supra*, y cuya voluntad se convierte en deber ser para todos los demás— toda legislación puede orientar al derecho hacia sus fines sociales: la convivencia, la seguridad social, el bien común; o desviarlo de ellos. Si la justicia como felicidad social consiste en la satisfacción, por lo menos, de las necesidades primarias, la injusticia está en la infelicidad social debido a la no satisfacción de dichas necesidades. En esa medida puede hablarse entonces de un derecho justo o injusto. No en vano la justicia, aun entendida como mera legalidad, tampoco conduce a la felicidad “social”. El legislador, al legislar, satisface ciertos intereses y no otros. Precisamente a la hora de legislar es que se legaliza, por ejemplo, el acaparamiento de bienes por un grupo social que impide a otros la satisfacción

de sus necesidades; o se realiza la asignación legal pero injusta de beneficios y cargas sociales; de manera que la justicia o la injusticia puede estar en la misma promulgación o no de una ley, y no solo en su aplicación “técnica” posterior, aplicación que, según Kelsen, será siempre justa cuando está adecuada a lo legislado.

7. En el concepto de “derecho” están intrínsecos y formando parte esencial de él, los conceptos de “igualdad”, “armonía”, “equilibrio”, “proporcionalidad”. Todos ellos tienen que ver también *esencialmente* con la justicia, por lo que constituyen elementos sustanciales de unión entre el derecho y la justicia. El derecho no puede estar desligado de la justicia, y *de hecho* no lo ha estado: las normas de equidad, que son la adecuación de la norma general a los casos y circunstancias particulares, constituyen quizá la mejor muestra de esa ligazón y de que el derecho busca también la justicia. Es evidente que representa un problema permanente determinar *cuál* es la retribución adecuada, *cuál* la armonía perfecta, el nivel de equilibrio o la proporcionalidad adecuados, *qué* es lo suyo de cada uno, en qué consiste el trato *igual* que debe darse a los iguales, en pocas palabras: *qué es lo justo*; pero esta es la cuestión de la justicia y es también un asunto del derecho.

8. Según Kelsen, el principio de igualdad no sirve para resolver el problema de la justicia, ya que es un principio vacío porque es subjetivo en qué consiste la igualdad. Sin embargo, todos los ordenamientos jurídicos se ven obligados a contemplar igualdades y diferencias positivamente. Cuáles diferencias sean esenciales y cuáles no, eso varía según las distintas concepciones individuales y sociales, por lo que también esto es relativo. Sin embargo, Kelsen reconoce que no deben ser tratados igualmente niños y adultos, o locos y cuerdos; pero no dice que sería injusto tratarlos igual, sino que sería “absurdo” hacerlo, lo cual no es más que negarse a utilizar la palabra “justicia”.

9. Cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico; algunos de esos ordenamientos permiten satisfacer más o menos bien las necesidades básicas de sus miembros; otros, por el contrario, posibilitan —es decir, legalizan— que unos pocos

mantengan a grandes mayorías en condiciones, incluso, de miseria. No obstante, la “ciencia” jurídica kelseniana “se rehúsa”³⁷ a hacer valoraciones de los ordenamientos positivos, y se limita a “describir” el derecho, o sea, a decirnos cómo es lo que es. ¿No es esto, para una ciencia “normativa” que, aunque no prescribe ella misma conductas, sí las tiene por objeto de estudio, muy poco decir?

10. Kelsen concluye su escrito *Was ist Gerechtigkeit?* con estas hermosas palabras, las cuales transcribimos por ello completas: “Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado. Mi disculpa es que en este caso estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron. En realidad, yo no sé si puedo³⁸ decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.³⁹

Cabe plantear al respecto, finalmente, algunas consideraciones adicionales: Aunque Kelsen afirme que solo puede decir lo que la justicia es “para él” (*für mich*), solo tiene sentido, obviamente, que nos lo diga, si tiene al mismo tiempo la pretensión de que otros la comprendan y la compartan. Si todas las concepciones de la justicia fueran igualmente válidas o inválidas, no tendría sentido hablar o escribir al respecto. Por lo tanto, aunque Kelsen afirme que, salvo que se la identifique con legalidad solo es posible una concepción subjetiva de la justicia, como la suya, hay en él una pretensión –totalmente legítima, por lo demás– de que su concepción de la justicia sea, por lo menos en algún grado, objetivamente válida, aceptable y aceptada por otros. Además, contrario a lo que afirma Kelsen de que la justicia es un ideal irracional, solo por vía *racional* y no por vía emocional es posible dialogar

con él y entenderse en torno a su concepción de la justicia. Kelsen califica, como hemos visto, de “vacías de contenido” (*inhaltsleere*) todas las definiciones que desde perspectivas no positivistas se han dado de la justicia, por cuanto todas ellas son “subjetivas”. ¿No podría entonces rechazarse también la suya, con el criterio de que “libertad”, “tolerancia”, “paz” y “democracia” son conceptos “vacíos de contenido”, multívocos y subjetivos? Nosotros pensamos que descalificar con ese criterio la concepción kelseniana de la justicia no sería “justo”, y que los citados conceptos, al igual que la justicia, son más bien Ideas que, aunque de contenido impreciso, no son “vacías de contenido”, y constituyen utopías legítimas para la humanidad. Además el derecho está, quiéralo o no la ciencia jurídica kelseniana, esencialmente ligado con ellas.

Notas

1. “Se le ha llamado el jurista del siglo, y con eso se ha dicho demasiado poco.” R. Walter y C. Jabloner, “Hans Kelsen. Leben, Werk, Wirkung”, en F. Czeike. *Historisches Lexikon Wien*. Kremayr & Scheriau, Bd. 3,521.
2. “Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres –desde Platón a Kant. Y sin embargo, hoy como antes, esta pregunta no ha sido contestada”. (Hans Kelsen. *¿Qué es la justicia?* México: Distribuciones Fontanamara, 1996, sexta ed., versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, 8.) Para indicar alguna discrepancia con la –por lo demás excelente– traducción mencionada, en aspectos que pueden resultar de importancia, recurrimos también a la versión original *Was ist Gerechtigkeit?* (Wien: Franz Deuticke, 1975, zweite Auflage), e incorporamos al texto nuestra propia traducción. En este caso, por ejemplo, Garzón traduce “...ist ...unbeantwortet” como “carece de respuesta”. En vista de que la carencia puede ser temporal o permanente, estimo que se ajusta mejor la traducción que hemos dado: “no ha sido contestada”. De hecho Kelsen intenta, tanto en este escrito como en su *Teoría General*

- del Derecho y del Estado*, darle una respuesta, si bien personal y de ninguna manera absoluta, a esta pregunta; ello obviamente no tendría razón de ser si la pregunta no tuviera respuesta alguna posible.
3. Kelsen hace un uso muy poco riguroso de ciertos conceptos filosóficos, por ejemplo del concepto de valor. Él identifica "valores" con "intereses", conflicto y jerarquía de intereses con conflicto y jerarquía de valores.
 4. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 17, 27s.
 5. Id., 9.
 6. Id., 13. "Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo si por justicia se entiende la felicidad individual."(6)
 7. Ibid.
 8. Vid. H. Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. de Eduardo García Máynez. México: Univ. Nacional Autónoma, 1988, 7.
 9. En la versión castellana de Garzón dice "libertad" y no "felicidad" como corresponde, pero se trata con toda seguridad de un error involuntario.
 10. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 15s.
 11. En la traducción de Garzón dice "termina con", lo cual podría prestarse a ambigüedad.
 12. Valga también aquí la observación de que Garzón traduce *tatsächlich* como "en verdad", lo cual es posible en otros casos pero no conviene en este. La razón es que, aunque sabemos que *de hecho* los seres humanos no son iguales, *de derecho* sí lo son. Se trata, a nuestro juicio, precisamente de la desigualdad de hecho, confrontada permanentemente con la Idea de la igualdad de los seres humanos, como condición de la justicia. El mismo Kelsen, quien sostiene y con razón, que los seres humanos no son iguales *de hecho*, considera también que deben ser tratados como iguales *de derecho*: El principio de igualdad ante la ley "no significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca." (*¿Qué es la justicia?*, op. cit., 51)
 13. Esta expresión: "¡Solamente de algunas, de ninguna manera de todas las desigualdades!" ("Nur gewisse, keineswegs alle Unterschiede!") que está en el original (cf. *Was ist Gerechtigkeit?*, op. cit., 25) se omite en la versión castellana mencionada. (cf. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 49)
 14. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 48s.
 15. Id., 51.
 16. "Casi toda la ciencia jurídica tradicional se caracteriza por su tendencia a confundir la teoría del derecho positivo con ideologías políticas, disfrazadas unas veces con el ropaje de la especulación metafísica acerca de la justicia, otras con el de la doctrina del derecho natural. La ciencia jurídica tradicional confunde el problema de la esencia del derecho -esto es, la cuestión acerca de lo que el derecho realmente sea- con la cuestión acerca de la que debiera ser. Esa teoría se inclina más o menos a identificar el derecho con la justicia", *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., VII.
 17. Ibid.
 18. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 46.
 19. "'Justo' es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. 'Injusto' sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar. Y esto parece 'injusto' independientemente de cuál sea el valor intrínseco de la regla general cuya aplicación es examinada. Justicia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación." *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., 16.
 20. Id., 57.
 21. Id., 35. También id., 56: "La existencia de una norma jurídica es su validez".
 22. Vid. por ejemplo Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*. Wien, 1992, Österreichische Staatsdruckerei, Nachdruck der 2. Auflage, 32 y 196ss.
 23. "Una doctrina jurídica positivista, es decir, realista, no sostiene, como debe ser subrayado, que no existe justicia, sino que de hecho se presuponen muchas normas de justicia diferentes y posiblemente contradictorias entre sí. No niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está, determinada por la representación de alguna de las muchas posibles normas de justicia y, en especial, no niega que todo orden jurídico positivo, es decir, los actos mediante los cuales son creadas sus normas pueden ser valorados según una de esas muchas normas de justicia y juzgados como justos o injustos. Pero insiste en que esas escalas de valor solo tienen carácter relativo y que, por lo tanto, los actos mediante los cuales ha sido creado un mismo orden jurídico positivo son justificados como justos si se miden con una escala, pero condenados como injustos si se miden con otra; que, sin embargo, un orden jurídico positivo es independiente en su validez de las normas de justicia según las cuales se valoran los actos creadores de sus normas." Hans Kelsen. *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México: Ediciones Fontamara, 1992, 2ª. ed., 131s.

24. H. Kelsen. *Teoría General del Estado*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. México: Edit. Nacional, 1975, 59.
25. Id., 35.
26. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 76ss.
27. Id., 81ss.
28. *Teoría General del Estado*, op. cit., 436.
29. Id., 344
30. Id., 343ss. Véase también Hans Kelsen. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1981, 2. Neudruck der 2. Auflage, 30.
31. *¿Qué es la justicia?*, op. cit. 46.
32. Immanuel Kant. *Über Pädagogik*. En *Kants Werke*. Akademie Textausgabe, Berlín: Walter de Gruyter, 1968, tomo IX, 444: “Eine Idee ist nichts anderes, als der Begriff einer Vollkommenheit, die sich in der Erfahrung noch nicht vorfindet.”
33. C. J. Friedrich expresa la relación que tradicionalmente se ha establecido entre justicia y derecho, la cual a nuestro juicio sigue siendo tan válida hoy como antes, en los siguientes términos. “...La ley se relaciona con la justicia sin que la cumpla de una manera inequívoca. No es posible negar el carácter de ley a aquella que es injusta... pero tampoco es posible identificar la justicia con la ley”. Y añade: “Es preferible interpretar la justicia como un estado hacia el cual está orientada la ley como aproximación. Esta realización aproximada es un proceso dinámico que tiene lugar con el tiempo; está dominado por fuerzas que luchan dentro del marco general del orden político, a fin de hacerse efectivas, de realizarse.” (Carl Joachim Friedrich. *La filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, 275)
34. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 51.
35. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, op. cit., 17.
36. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., 14.
37. *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., 16.
38. Literalmente dice Kelsen “no sé ni puedo decir...”: “...ich weiss nicht und kann nicht sagen...” (*Was ist Gerechtigkeit?*, op. cit., 43)
39. *¿Qué es la justicia?*, op.cit., 82s.