
¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO DE LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO

AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento general. III. Teorías de la justicia. IV. Absolutismo y relativismo. V: Análisis. VI. Elementos a considerar. VII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta sobre si todo lo moralmente bueno debe ser jurídicamente obligatorio y todo lo moralmente malo debe estar jurídicamente prohibido, está relacionada tanto con una añeja discusión teórica, como con el hoy acuciante tema de la crisis del Estado moderno.

Esto es así porque determina cuáles son las dimensiones esenciales de la existencia humano cuya tutela debe correr a cargo del derecho y las instituciones de Estado —pregunta que, más allá de ciertas implicaciones técnicas tiene una necesaria raigambre moral—, es una condición indispensable para poder discutir racionalmente temas como el del fortalecimiento, la reorganización y el redimensionamiento del Estado moderno —entre más obligaciones le asignemos al Estado, mayor tendrá

AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ

que ser su injerencia en la vida cotidiana de los seres humanos—,¹ condiciones todas ellas que parecen hoy en día necesarias para la superación del actual debilitamiento de dicho modelo.

En otras palabras: la determinación de lo que de hecho debe ser garantizado por toda autoridad estatal depende en última instancia de la adecuada comprensión de la relación entre la moral y el derecho; es decir, comienza con la formulación de una respuesta cierta y verdadera a la pregunta que da título al ensayo que nos disponemos a analizar: “¿Qué es la justicia?”.²

Luego de doscientos años de formalismo jurídico —fuertemente aderezados en múltiples ambientes académicos y profesionales por el positivismo kelseniano—, sigue siendo común encontrarnos —aun entre personas intelectualmente bien dotadas— con la opinión de que el único instrumento relevante en el ejercicio de nuestra profesión es la ley positiva, y que la justicia no es otra cosa que el resultado de la aplicación de las normas emanadas de la voluntad del legislador.

Aunque el positivismo de corte kelseniano esté sufriendo fuertes ataques —y repetidas derrotas— en todas partes,³ existe un elemento que le es propio y que continúa galopando libremente por las praderas de la posmodernidad: su radical escepticismo axiológico.⁴

¹ Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.

² En relación con la importancia de la adecuada delimitación de la relación entre moral y derecho, Vigo, Rodolfo L., “El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis”, México, Fontamara, 2003, p. 151.

³ Vigo, Rodolfo L., “De la ley al derecho”, México, Porrúa, 2003, pp. 3-24. Asimismo, Vigo, Rodolfo, “El iusnaturalismo actual...”, pp. 151-155.

⁴ Para Wayne Morrison, la visión kelseniana del derecho: “*speaks to a modernity which is grappling with democracy, perspectivism, and indeterminacy of social purpose. Kelsen clearly identifies his Pure Theory as an anti-natural law project. If the overall purpose of both classical and traditional Christian ethics was to enable man to progress from his present state to his true ends, the elimination of the idea of an essential human nature and any idea of telos robs the moral framework of any substantive content. Moral society can know many masters, it is social-temporal place wherein law, power, and knowledge are open to indetermination; it is —as Nietzsche expressed it— an open sea where we are made homeless and enter into the vast adventure of creating a modern home.*”

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

Semejante postura tiende a afirmar que lo objetivamente justo es un sueño inalcanzable, y que si los seres humanos quieren identificar algo de lo que los rodea con el sueño de la "Justicia" deberán conformarse con descubrirla en la irrestricta aplicación de un cuerpo normativo emanado de un sistema democrático.

En otras palabras, deberán aspirar a la construcción de un "Estado democrático de derecho" o, si nos tomamos en serio el reconocimiento que los derechos económicos, sociales y culturales adquirieron a lo largo del siglo XX, un "Estado social y democrático de derecho".⁵

Aquí los caminos se dividen, pues mientras que algunos afirman que dicho sistema garantizará indefectiblemente el respeto de los derechos fundamentales de todos los seres humanos,⁶ otros sostienen que todo sistema político es un espacio de lucha entre grupos e intereses particularísimos, cuyo hábil manejo del sistema —por ejemplo, mediante tecnicismos legales, manejo adecuado de la opinión pública, corruptelas, etcétera— termina en el dominio de unos cuantos sobre toda la sociedad bajo la siempre conveniente apariencia de un sistema democráticamente legitimado.

Para los primeros, el espacio democrático es compatible con el escepticismo axiológico que nos permite vivir juntos y desarrollar nuestros propios proyectos vitales en un contexto de libertad, mientras que para los

Because its foundations are not 'natural' its institution are never fully established; the know is always about to be undermined by the unknown (or yet-to-be-known); and the contours of the present are defined by a multiplicity of narratives". Morrison, Wayne, Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism, Gran Bretaña, Cavendish, 1997, p. 348.

⁵ Para una razonable caracterización del "Estado de derecho" y las diversas etapas de su desarrollo, Díaz, Elías, "Estado de derecho", en Díaz, Elías, Ruiz Miguel, Alfonso (eds.), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 63-82.

⁶ Pienso, por ejemplo, en la "definición mínima de democracia" de Norberto Bobbio. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 14-16. También podríamos pensar en las condiciones que Habermas pone para poder considerar un sistema político como auténticamente democrático. Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p.

AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ

segundos dicha indeterminación axiológica constituye la esencia misma del fenómeno político (espacio de conflicto y enfrentamiento de voluntades).

A pesar de sus diferencias en la comprensión y valoración del problema, ambas posturas se enfrentan a la misma dificultad: la de la existencia o inexistencia de un parámetro objetivo que permita determinar la legitimidad —entendida como justicia objetiva o bondad moral— de una norma, una política o todo un sistema.

Aunque podríamos seguir “desenrollando” por largo tiempo las grandes discusiones jurídico-políticas contemporáneas, conviene detenernos aquí para retomar nuestra reflexión original: no obstante los muchos avances que la humanidad ha conocido a lo largo de los últimos doscientos años, el escepticismo axiológico pone en riesgo la viabilidad actual del Estado social y democrático de derecho por dos razones estrechamente relacionadas entre sí.

Primera: porque al negarles un contenido específico desdibuja —hasta hacer desaparecer— la capacidad de los “Derechos Humanos” de tutelar una noción tan exigente como la “dignidad” de la persona humana: sujetos al juego democrático y a presiones político-económicas, los catálogos de “Derechos Humanos” pueden llegar a ser diseñados, interpretados o implementados de muchas maneras, llegando incluso a esconder —bajo tan prestigiada y noble careta— auténticos mecanismos de opresión.

Segunda: porque una inadecuada determinación de aquellas dimensiones de la existencia humana cuya tutela corresponde al Estado, derivará en el incremento y agudización de los graves problemas sociales que tanto han debilitado al Estado moderno a lo largo de los últimas décadas (por ejemplo, la “crisis fiscal del Estado”, la incapacidad de resolver un catálogo interminable de demandas, la deslegitimación del sistema jurídicopolítico, una grave afectación de las economías nacionales e internacionales, ingobernabilidad, etcétera).

En un mundo dominado por el escepticismo axiológico en comento, el destino de los seres humanos —especialmente de los más desprotegidos— es marcado ya no por las leyes y los códigos, sino por la voluntad de

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

aquellos pocos que cuentan con los medios para privatizar la función pública arrastrándola hacia la ribera de sus intereses particulares.

Reflexionar sobre estos temas resulta de radical importancia en el marco del desarrollo contemporáneo de la cultura occidental. Hacerlo desde el ensayo *¿Qué es la justicia?*, de Hans Kelsen ofrece la ventaja de abordar el problema desde una de las más notorias autoridades que el pensamiento jurídico contemporáneo ha conocido. Asimismo, permite entrever con meridiana claridad el tipo de cuestionamientos que habrá de afrontar aquel que asuma el reto de explicar convincentemente el tipo de relación que existe entre la moral y el derecho.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

Comencemos por desarrollar las ideas fundamentales que Kelsen expone a lo largo de los nueve capítulos del pequeño ensayo al que nos hemos referido, resumiendo su contenido dentro de tres grandes apartados: planteamiento general, teorías de la justicia y conclusiones.

El planteamiento general del jurista austriaco puede resumirse en los siguientes seis puntos:

1. La justicia es una cualidad posible mas no necesaria de un ordenamiento social, en tanto que en sentido subjetivo la justicia consiste en la adecuación de la conducta de los seres humanos a los cuerpos normativos de la colectividad en la que habitan.⁷
2. En el marco de toda existencia subjetiva, el deseo de justicia —afirma Kelsen— se identifica con la permanente y universal tendencia humana a buscar y conseguir la felicidad.

⁷ Kelsen abre el primer capítulo de su ensayo con las siguientes palabras: "La justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo". Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 1995, p. 9.

3. La felicidad a la que puede aspirarse en una colectividad no puede ser la de la satisfacción de toda clase de caprichos por parte de los ciudadanos, sino una felicidad basada en un orden social objetivo que permita a los hombres satisfacer todas sus necesidades relevantes sin dañar a otros. En palabras de Kelsen, un orden social es justo “cuando regula la conducta de los hombres, de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad”.⁸ Esto en el entendido de que “la felicidad que un orden social garantiza no puede ser la felicidad tomada en un sentido individual-subjetivo, sino colectivo-objetivo. Lo anterior quiere decir que por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfechas (como) la necesidad de alimentos, vestido, habitación y otras del mismo estilo”.⁹
4. Además de la identificación ya mencionada entre los conceptos de justicia, felicidad y su vinculación con la legalidad como medio para alcanzar la felicidad que Kelsen denomina objetivo-colectiva, el austriaco afirma la existencia de una identificación constante entre los ideales de justicia y libertad, donde la libertad consiste en la capacidad de que todos los individuos vean satisfechas las necesidades que su sociedad ha reconocido como relevantes a través de las normas del ordenamiento jurídico que la rige.
5. En consecuencia, para Kelsen existe una fuerte vinculación —si no es que identidad— entre las nociones de justicia, felicidad, legalidad y libertad, mismas que a su vez se hallan relacionadas con la “democracia”,¹⁰ pues para Kelsen la democracia es el “orden social

⁸ “Pero, ¿cuándo 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”. *Idem*.

⁹ *Ibidem*, pp. 13-14.

¹⁰ Resulta interesante leer con detenimiento la siguiente afirmación de nuestro autor: “Como la verdadera libertad, es decir, la libertad de toda coacción de todo tipo de gobierno

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

que protege aquellos (intereses) que la mayoría de los sometidos a dicho orden reconoce como valiosos y dignos de protección”.¹¹

6. No sin antes resaltar el hecho —implícito en los tres puntos anteriores— de que la argumentación kelseniana da pie para afirmar que aquello que hace justo a un Estado moderno es la satisfacción de las necesidades fundamentales (económicas, civiles y políticas) que han sido reconocidas como tales por un sistema jurídico democrático, terminemos nuestra enunciación de las bases conceptuales del ensayo en comentario con la inclusión en el razonamiento del escepticismo axiológico kelseniano; y es que para Kelsen, la determinación de los valores que permiten a una colectividad establecer los bienes que habrá de proteger con su sistema jurídico no puede ser hecha “por medio del conocimiento racional” sino que “es siempre un juicio que, a última hora, estará determinado por factores emocionales y por consiguiente tiene un carácter eminentemente subjetivo”.¹²

Por su parte, los argumentos esgrimidos por Kelsen para justificar su afirmación sobre la subjetividad de todas las valoraciones sociales son tres:

es incompatible con el orden social, cualquiera que éste sea, la idea de libertad no puede conservar la significación negativa de un mero ser-libre de todo gobierno. El concepto de libertad debe aceptar la importancia que tiene una determinada forma de gobierno. Libertad debe significar gobierno de la mayoría y, en caso necesario, contra la minoría de los súbditos. La libertad de la anarquía se transforma así en la autodeterminación de la democracia”. *Ibidem*, p. 15.

¹¹ *Ibidem*, pp. 15-16.

¹² *Ibidem*, p. 17. Dicho en otras palabras, Kelsen piensa que en temas de moral y de justicia “sólo es posible dar una respuesta subjetiva y en ningún caso formular un juicio objetivo como lo es aquel que afirma que el acero es más pesado que el agua y el agua más pesada que la madera. Estos son juicios de realidad que pueden ser comprobados experimentalmente y no juicios de valor que no permiten tales verificaciones”. *Ibidem*, p. 22.

1. Un argumento historicista, según el cual la moral y el derecho son una creación cultural, particular y contingente.
2. Un segundo argumento construido a partir de la incapacidad de las ciencias sociales para determinar de manera cierta y necesaria (a la manera de las matemáticas) los medios adecuados para la obtención de fines sociales.
3. La inexistencia un parámetro necesario y objetivo que nos permita distinguir —aun cuando los medios fuesen determinables— los fines justos de los fines injustos (vuelta al argumento historicista).

Detengámonos unos momentos en estos tres argumentos para ampliar algunas de las más interesantes ideas que Kelsen presenta en el escrito que estamos analizando. Kelsen construye su crítica historicista a partir de la idea de que los valores subjetivos —aquellos con los que se toman las decisiones morales— no son una creación arbitraria de individuos aislados, sino el resultado de la incorporación personal de un “sistema positivo de valores” creado a partir de “influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado (familia, raza, clan, casta, profesión) bajo determinadas condiciones económicas”.¹³ Dicho lo anterior, Kelsen concluye que “todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justicia, es un fenómeno social y por lo tanto, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece”.¹⁴

Por otro lado, Kelsen desarrolla el argumento del carácter deficiente y aproximativo de las ciencias sociales a partir de la consideración de un hecho que le llama poderosamente la atención, a saber: la tendencia natural de los seres humanos a justificar con argumentos morales sus propias conductas. “Aunque la pregunta acerca de cuál sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente —afirma Kelsen—, el juicio subjetivo y relativo con el que en realidad se responde a la misma, es presentado por lo general

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 27-28.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como norma de validez absoluta. Un rasgo característico del hombre es el sentir una profunda necesidad de justificación de su conducta: el tener una conciencia. La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. La conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come al pequeño, tanto en el reino animal como en el humano. Pero cuando un “pez humano”, movido por sus instintos, se conduce de esta manera, procura justificar su conducta”.¹⁵

Si la moralidad no es en realidad sino un mecanismo natural de disimulo, de auto-justificación, cabe ahora preguntarnos cuáles son en realidad los motivos por los que todo ser humano actúa. Kelsen responde a esta pregunta con brutal sinceridad: el temor y el deseo.

Sobre el tercer argumento —aquel que sostiene que aun cuando las ciencias sociales pudiesen asegurarnos la realización de cualquier objetivo social, quedaría pendiente la justificación de dicho fin—, nos limitaremos a citar directamente a nuestro autor:

“El fin —afirma Kelsen— justifica o, como suele decirse, santifica los medios. Pero los medios no justifican el fin. Y es precisamente la justificación del fin, de ese fin que no es medio para otro fin superior, que es precisamente el fin último y supremo, lo que constituye la justificación de nuestra conducta”.¹⁶

III. TEORÍAS DE LA JUSTICIA

Llegados a este punto podemos avanzar con mayor rapidez, ya que Kelsen dedica los siguientes cinco capítulos de su obra a la consideración de tres doctrinas encaminadas a la obtención de una justificación absoluta de los valores morales, por un lado, y las instituciones normativas que de ellos se derivarían, por el otro.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 29-30.

¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

1. *Las soluciones metafísico-religiosas.*¹⁷ En este apartado Kelsen desarrolla su estudio de las enseñanzas de Platón sobre el Mundo de las Ideas, por un lado y de Jesucristo, por el otro; afirmando que para ellos el proyecto de la justicia es un proyecto de carácter ideal o divino, cuyo conocimiento se encuentra reservado a unos cuantos privilegiados: el rey filósofo, en el caso de Platón, los profetas y los santos en el caso del cristianismo.

2. *Las fórmulas vacías de la justicia.*¹⁸ En este apartado Kelsen estudia las implicaciones del tratar de resolver el problema de la justicia mediante formulas vacías o principios tales como: i) "darle a cada quien lo que le corresponde"; ii) devolver siempre "bien por bien, mal por mal"; el principio de iii) igualdad total entre todos los seres humanos (según el cual todos deben ser tratados de la misma manera), iv) el "principio de igualdad ante la ley"; v) el principio de carácter comunista que reza "de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades"; y vi) el principio ordinariamente conocido como "regla de oro" ("no hagas a los demás lo que tú no quieres que a ti te hagan").

Aunque Kelsen los trata por separado, también podemos incluir en este rubro a dos autores cuyas teorías son susceptibles de recibir la misma crítica que las formas vacías antes mencionadas.

Kant, cuyo imperativo categórico es identificado como igualmente vacío y subjetivista que las fórmulas antes mencionadas.

Aristóteles, cuya conceptualización de la virtud como "el punto medio entre dos extremos", es visto como una más de las fórmulas vacías de la justicia, cuyo contenido no podrá ser otro que aquel que la autoridad haya determinado con antelación a favor de la conservación del *status quo*.

3. *Las escuelas de derecho natural.* La conceptualización kelseniana de las escuelas de derecho natural resulta de especial importancia en el contexto de nuestro análisis.

Kelsen divide su exposición sobre el derecho natural en dos partes: breve explicación de los rasgos fundamentales de su concepción del derecho

¹⁷ *Ibidem*, pp. 39-44.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 45-68.

natural; y crítica a los sistemas de derecho natural con base en dos argumentos: el argumento de la “falacia naturalista”, y el argumento de la pluralidad de conclusiones y normativas —muchas veces contradictorias— a las que puede llegarse apelando a una naturaleza humana supuestamente absoluta, universal y permanente. En relación con lo primero —esto es, el concepto kelseniano de derecho natural— la siguiente cita resulta especialmente ilustrativa:

Tanto el tipo metafísico de filosofía jurídica como el racionalista están representados en la escuela del derecho natural que dominó durante los siglos XVII y XVIII, fue abandonada casi por completo en el siglo XIX y en nuestros días vuelve a tener influencia, La teoría del derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas que surge de la naturaleza. La naturaleza es presentada como autoridad normativa, como una especie de legislador. Mediante un cuidadoso análisis de la naturaleza podemos encontrar en ella normas inmanentes que prescriben la conducta recta, es decir, justa del hombre.¹⁹

Llegados a este punto, Kelsen distingue dos tipos de iusnaturalismo:

- a) Iusnaturalismo metafísico: aquel que encuentra el origen del derecho natural en la voluntad divina.²⁰
- b) Iusnaturalismo racionalista: aquel que busca fundamentar el derecho natural a partir del reconocimiento del “principio de la justicia en la razón humana, sin necesidad de recurrir a la voluntad divina”.²¹

¹⁹ *Ibidem*, pp. 69-70.

²⁰ “Si se supone que la naturaleza es creación divina, sus normas inmanentes —el derecho natural— son expresiones de la voluntad divina. En este caso, tiene la teoría del derecho natural un carácter metafísico”. *Ibidem*, p. 70.

²¹ *Idem*. La denominación exacta utilizada por Kelsen al explicar este tipo de iusnaturalismo es interesante: “teoría del derecho natural con ropajes racionalistas”.

Habiendo desacreditado ya las escuelas metafísico-religiosas,²² Kelsen se avoca ahora a desacreditar a lo que el denomina escuela del derecho natural racionalista con base en los siguientes argumentos.

Falacia dualista. Kelsen piensa que el conocimiento del deber moral no puede obtenerse a partir del conocimiento racional de la naturaleza, ya que en el nivel de las manifestaciones empíricamente verificables de la naturaleza humana, las personas se nos manifiestan como un mero hecho natural, cuyas acciones carecen de todo valor o deber ser distinto al de la acción misma que ellas realizan.

En otras palabras, el hombre, en cuanto hecho, es tal y como se nos presenta. Todo planteamiento sobre el deber ser del hombre no puede ser entonces fruto de la razón que conoce al hombre, sino de la voluntad — individual o social— que prescribe un determinado parámetro extra-natural encargado de guiar las conductas humanas. Así las cosas, matar al inocente, mentir o robar es malo porque nuestra cultura así lo ha establecido, y no porque una categoría moral nos salte a la vista cuando observamos la conducta externa de quien mata al inocente, miente o roba.

Pluralidad de conclusiones (pluralismo jurídico). En consonancia con el tono general del ensayo, Kelsen concluye que toda noción de deber ser que pretenda constituirse en parámetro social de justicia deberá ser fruto de la exclusiva voluntad humana, y no de una supuesta naturaleza universal. De allí se derivan —según el autor— tanto la muy explicable pluralidad de instituciones jurídicas y sistemas normativos existentes, como la consecuente inexistencia de un supuesto derecho natural, único, universal, necesario e inmutable.

IV. ABSOLUTISMO Y RELATIVISMO

Llegamos así al último tema tratado en un escrito cuya brevedad en nada disminuye la relevancia de su contenido.

²² "Desde el punto de vista de una ciencia racional del derecho, la posición religiosa-metafísica de la teoría del derecho natural no puede ser tomada en cuenta". *Idem*.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

Bajo el título de "Absolutismo y relativismo" Kelsen manifiesta sus conclusiones sobre la cuestión de la justicia en los siguientes términos:

1. La historia del conocimiento humano es muestra evidente de la "inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta".²³
2. "Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto".
3. Dado que para Kelsen "la justicia absoluta es un ideal irracional" y lo único permanente y universal en la existencia humana son los conflictos de intereses, las sociedades que pretendan construir un orden social viable tendrán que optar entre dos posibles salidas: o satisfacer unos intereses a favor de otros, "o establecer un compromiso entre ambos" (p. 76).
4. Si lo que una sociedad busca es la paz, el compromiso es entonces la solución más adecuada ("justa", le llama Kelsen, no sin apresurarse a aclarar que no se trata de una justicia absoluta, sino de una mera justicia positiva, consensual).
5. Finalmente, Kelsen asegura que el sistema político capaz de manejar de la mejor manera posible la formulación y eficaz aplicación del compromiso antes mencionado, es el sistema democrático; mismo que Kelsen comprende no desde una mera visión procedimental, sino como un sistema basado en una serie de principios fundamentales, a saber: la tolerancia; la libertad de pensamiento; la libertad de expresión pacífica de las propias creencias en materia religiosa o política (aun si son antidemocráticas ; y la garantía de la

²³ *Ibidem*, p. 75.

seguridad de los ciudadanos y la estabilidad social como condición necesaria para el desarrollo del sistema.

Dicho lo anterior, Kelsen termina su ensayo con una declaración especialmente significativa:

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, no sé si puedo 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.²⁴

V. ANÁLISIS

Una de las posibles lecturas del texto kelseniano que hemos desglosado permitiría afirmar que, partiendo de la equiparación de los conceptos de justicia, felicidad, legalidad y libertad, un hombre no podría ser justo —ni, por lo tanto, feliz— si no cumple con el derecho vigente de la colectividad en la que vive, siendo ésta, necesariamente una comunidad democrática en la que se respeten las libertades fundamentales (civiles y políticas) y se satisfacen las necesidades socialmente reconocidas como tales (alimentos, vestido, habitación y otras del mismo estilo).

Todo esto bien podría indicar la conveniencia del desarrollo y fortalecimiento de un sistema democrático en el que amplios espacios de

²⁴ *Ibidem*, p. 83.

libertad deberán quedar garantizados en cuanto condición para el desarrollo de los proyectos personales de vida de todos los ciudadanos.

Asimismo, y dada su referencia a ciertas necesidades básicas como condición necesaria para la realización de la felicidad colectiva, podemos identificar la postura kelseniana con la de un Estado medianamente intervencionista, preocupado por el adecuado desarrollo material de sus integrantes, y garante de las condiciones materiales más indispensables para el desarrollo de un proyecto de vida relevante.

Semejante modelo sería notoriamente similar al que hemos descrito anteriormente bajo el título de "Estado social y democrático de derecho". Con ello, Kelsen se convertiría —como no pocos lo presentan— no sólo en un visionario, sino en un vehemente defensor —como de hecho pretendía serlo— de la libertad humana en muchos de los términos en los que actualmente la comprendemos.

No obstante lo anterior, los errores de fondo contenidos en el planteamiento kelseniano demandan la exposición de otra posible lectura de sus postulados.

Así, ante quienes aceptan sin más la equiparación kelseniana entre justicia y legalidad democrática (donde todo sistema jurídico democráticamente constituido es igualmente capaz de determinar el contenido de la justicia) es necesario señalar que dicha equiparación implica que la justicia no es otra cosa que aquello que se encuentra definido como tal en el cuerpo normativo diseñado por la voluntad de la mayoría.

Con esto, todo sistema legitimado por mecanismos democráticos podría y debería ser considerado como igualmente "justo", lo que visto a simple vista contradice o, cuando menos vacía de todo contenido las afirmaciones de Kelsen sobre la paz, la tolerancia, la seguridad y la libertad como rasgos definitorios del sistema democrático.²⁵

²⁵ En el caso de Kelsen esto no implica, como bien lo señala Bobbio en conocido ensayo sobre el positivismo jurídico, que el austriaco sea un partidario del "positivismo jurídico como

AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ

Si lo que se desea es afirmar —como Kelsen parece hacerlo en la parte final de su artículo— que existen sistemas políticos que garantizan mayores índices de libertad para los seres humanos (por ejemplo, poniendo las bases para el desarrollo de la ciencia que tanto aprecia Kelsen o la consecución de los proyectos personales de vida que habrán de conseguirse sin afectar los legítimos intereses de otras personas), es menester reconocer, entre otras cosas, los requisitos que se necesita satisfacer para que un sistema democrático sirva como auténtico garante —y no como enemigo— de la libertad humana.²⁶

ideología”, según el cual “las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales”. “Kelsen —afirma Bobbio al resaltar la no necesaria vinculación entre positivismo teórico e ideológico—, cuya teoría es ciertamente un producto del positivismo jurídico (sin ser) en modo alguno la exaltación del Estado (y sin contener) la afirmación de que la obligación de obedecer a las leyes del Estado sea una obligación moral”. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1994, p. 49, sino que se acercaría más bien a aquellos que según Laporta buscan la justificación de un sistema jurídico-político en su origen democrático, para encontrarla finalmente en el campo de los derechos humanos. Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995, pp. 77-82.

²⁶ En relación con los parámetros objetivos que Kelsen establece para diferenciar un sistema autocrático de uno democrático, cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995, pp. 335-360. Cfr. también el análisis que de dichos parámetros realiza Fernández Santillán, José, *Filosofía política de la democracia*, México, Fontamara, 1994, pp. 63-72. Tal y como de ambos textos se desprende, la comprensión del concepto kelseniano de “democracia” requiere —para tener sentido— del reconocimiento de, cuando menos, un mínimo de aquellos que hoy en día denominamos “derechos civiles y políticos” —indispensables para garantizar, por ejemplo, el “principio de autodeterminación” que tanto importa en la distinción kelseniana entre democracia y autocracia—. Baste como ejemplo la siguiente afirmación de Kelsen: “El principio mayoritario no se identifica en modo alguno con el dominio absoluto de la mayoría, o dictadura de la mayoría sobre la minoría. Por definición, la mayoría presupone la existencia de una minoría, y el derecho de aquella implica el derecho de existencia de la minoría. El principio mayoritario solamente se observa en una democracia cuando se permite a todos los ciudadanos participar en la creación del orden jurídico, aun cuando el contenido de éste resulte determinado por la voluntad del mayor número. Excluir a una minoría de la creación del orden jurídico sería contrario al principio democrático y al principio mayoritario, aun cuando la exclusión fuese decidida por una mayoría. Este elemento es característico de la democracia” (Kelsen, Hans, *Teoría general del...*, p. 341). Más adelante Kelsen afirma lo siguiente: “En una democracia, la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

En otras palabras, el ensayo de Kelsen está centrado en dos distinciones fundamentales: la que hay entre la justicia absoluta y la justicia efectivamente posible en sociedad, por un lado, y entre los sistemas democráticos, donde se protege la libertad que permite calificarlos como efectivamente “justos”, y los sistemas autocráticos, no justos.

Afirmar que la diferencia entre la justicia y la injusticia depende de aquello que cada colectividad considera como valioso, esto es, que lo que debe entenderse por libertad responde a un juicio completamente subjetivo y arbitrario por parte de cada sociedad, termina por vaciar de todo contenido relevante la distinción entre sistemas autocráticos y democráticos, que es la base sobre la que el propio Kelsen construye en este ensayo su concepto de justicia socialmente posible.²⁷

A tal grado es evidente que éste no es el camino que sigue Kelsen que en otra parte afirma —con respecto de las instituciones supuestamente democráticas de los sistemas autoritarios— que en tales sistemas “las pretendidas expresiones de la voluntad popular carecen por completo de valor, en cuanto nadie puede emitir más opinión que la aceptada por el partido, si quiere evitarse perjuicios en relación con sus propiedades, su libertad y su vida.

mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada. Tal discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y sobre todo, en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción en términos. En la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico” (*ibidem*, pp. 341-342). Por mucho que la noción kelseniana de “compromiso” (*ibidem*, p. 342) pueda llegar a disminuir la “fortaleza” de las afirmaciones anteriores en términos de su vinculación con los derechos fundamentales del hombre, ya se ve que su noción de justicia socialmente posible dista mucho de ser algo completamente subjetivo.

²⁷ Entre los muchos derechos de los que Kelsen habla cuando contrasta los elementos definitorios de la democracia y la autocracia se cuentan: el derecho universal al voto, la libertad de prensa, la libertad de expresión, el reconocimiento de los derechos de las minorías (vida, propiedad, libertad), etcétera.

AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ

Dentro de las dictaduras de partido, las elecciones y los plebiscitos tienen como único objetivo ocultar el hecho de la dictadura”.²⁸

VI. ELEMENTOS A CONSIDERAR

Entre los errores que Kelsen comete y que nos explican la facilidad con la que su sistema democrático podría llegar a vaciarse de contenido —llegando incluso a oponerse al contenido mínimo de la justicia socialmente posible de la que el propio Kelsen nos habla— se cuentan los siguientes.

Racionalismo cientificista. La reducción del criterio de bondad o maldad de las conductas humanas al ámbito de lo empíricamente verificable —fundamento del relativismo kelseniano según el cual no es posible hablar de moralidad objetiva mientras no se descubra un código de conducta universal que funcione como funcionan las leyes de la física o de la química— es un claro reflejo de la influencia que la centenaria distinción cartesiana entre *res cogitans* y la *res extensa* y el ulterior desarrollo del racionalismo cientificista tuvieron en el pensamiento de Kelsen.

Dicha distinción provocó que un considerable número de autores modernos —Kelsen entre ellos— relegara al ámbito de la irracionalidad —o, en el mejor de los casos, de un marcado formalismo apriorístico — todo lo

²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del...*, cit., nota 26, p. 360. Con respecto a los presupuestos necesarios para el desarrollo de un sistema democrático —y que son los que Kelsen parece aceptar—, Anna Pintore sostiene que “se podría anotar que todas las teorías (modernas) de la democracia, incluso las que se proyectan más sobre el elemento ‘procedimental’, suelen considerar indispensable para la democracia de los modernos la referencia a una serie de derechos (voto, asociación, expresión, *habeas corpus*), cuya concesión (y cuyo disfrute efectivo, al menos ‘a grandes rasgos’) se consideran condiciones *sine qua non* para calificar a un sistema político de democrático, incluso las teorías de las democracias consideradas procedimentales por excelencia, como las de Kelsen, Dahl y Bobbio, prevén siempre un catálogo de derechos de este tipo. Esta observación resulta inobjetable”. Pintore, Anna, *op. cit.*, p. 248.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

que no fuese capaz de ser empíricamente verificado: la moral, la religión, la política y el derecho.²⁹

Historicismo vs. Universalismo. Kelsen cierra toda posible solución del problema que nos ocupa con su apresurada conclusión de que debido a la inexistencia de un catálogo universal de normas morales absolutas que sea capaz de regular todas y cada una de las acciones jurídicamente relevantes de los hombres, es entonces imposible pensar en la existencia de principios morales absolutos.³⁰

Digámoslo en otros términos: debido a su errónea identificación de la totalidad de las escuelas de derecho natural, con las del derecho natural racionalista del Antiguo Régimen, Kelsen ignora la distinción entre principios universales, leyes positivas —sujetas a la determinación por parte de sistemas jurídico-políticos concretos— y decisiones judiciales específicas. Buscando vincular de manera inmediata y total el nivel de los principios con el de las normas, Kelsen acaba negando la existencia de los primeros, consagrando así al derecho como una realidad eminentemente normativo-voluntarista.

La equiparación entre los conceptos de justicia, felicidad y libertad. Como es obvio, dicha equiparación no es evidente ni necesaria. En realidad, la

²⁹ Christopher Dawson explica este fenómeno diciendo que “si bien la nueva síntesis (cientificismo moderno) fue superior en lo relativo al mundo físico a la del siglo XIII, con todo, fue inferior a ésta, ya que no abarcó la realidad como una totalidad. El hombre no sólo perdió su lugar central en el universo como el eslabón entre la realidad superior del espíritu y la realidad inferior de la materia, sino que estaba en peligro de ser echado totalmente fuera del orden inteligible, pues si el universo es concebido como un orden mecánico cerrado y gobernado por leyes matemáticas, ya no hay lugar en él para los valores espirituales y morales que hasta entonces habían sido considerados como la realidad suprema”. Dawson, Christopher, *Historia de la cultura cristiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 447. Si a esto le sumamos la concepción negativa del ser humano —“el temor y el deseo como únicas motivaciones”, afirma Kelsen— que domina una porción sustancial del pensamiento moderno, no debe extrañarnos de que dimensiones existenciales que deberían proporcionar a los hombres orden, paz y felicidad se hayan transformado de hecho en espacios de abuso y enfrentamiento.

³⁰ Para muy afortunada crítica del historicismo, cfr. Strauss, Leo, Cropsey, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 851-861.

confusión que de ella se sigue genera, aun cuando hayamos salido ya de lo que Kelsen denomina la “justicia absoluta” para pasar al ámbito de la “justicia socialmente posible”, una expectativa tan grande con respecto de la función del derecho y de la política, que es prácticamente imposible aceptarla sin comenzar a caminar por el camino de los más aberrantes totalitarismos, tanto de mayorías, como de minorías.

Aceptar dicha equiparación significa abrir la puerta a la consideración del Estado como el primer responsable de la plena realización de los ciudadanos —su felicidad objetiva o socialmente posible—, confiriéndole con ello una autoridad ilimitada para regular cada uno de los aspectos de la existencia humana, y sobrecargándolo con una gama interminable —y eventualmente incosteable— de responsabilidades.

¿Qué conclusiones podemos sacar de lo anterior en relación con el tipo de ideas que deben ser aclaradas para contestar a los cuestionamientos del escepticismo axiológico kelseniano?

En primer lugar, es necesario volver a considerar algo que ya estaba vivamente presente en el renacimiento medieval del siglo XIII, a saber: que no obstante su natural vinculación, la moral y el derecho no son la misma cosa, y que no todo lo que es moralmente exigible (ni siquiera todo lo que es justo), es sujeto de legislación y de obligatoriedad jurídica.³¹

He aquí tres pasajes del Aquinate que pueden iluminar el camino:

³¹ Cfr. Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q 96, a. 2: “Por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”. Es en este contexto donde debe entenderse la S.Th. I-II q 92 a.1 donde se dice que la ley tiene como efecto hacer buenos a los hombres. La ley positiva hace virtuosos a los hombres porque consigue que éstos, respecto a la paz y justicia —ámbito de autoridad de quien tiene a su cargo la comunidad (Cfr. S.Th I-II q 96 a 3, o en *De Regno* I, 16)—, actúen conforme al “verdadero bien, que es el bien común regulado en consonancia con la justicia divina (S.Th I-II q 92 a 1)”; incluso si consigue sólo de manera útil o deleitable, no conforme a la virtud, entonces la ley hace buenos a los hombres “sólo en sentido relativo, es decir, buenos para un determinado régimen (S.Th I-II q 92 a 1)”.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

No hay, por lo tanto, virtud alguna cuyos actos no puedan ser prescritos por la ley (se refiere a la ley natural como propia de la razón práctica). Salvo que la ley humana no se ocupa de todos los actos de todas las virtudes, sino sólo de aquellos que se refieren al bien común, ya sea de manera inmediata, como cuando se presta directamente algún servicio a la comunidad (como el bien público), ya sea de manera mediata, como cuando el legislador adopta medidas para dar a los ciudadanos una buena educación que les ayude a conservar el bien común de la justicia y de la paz.³²

Ahora bien, es preciso saber que uno es el fin que se propone la ley humana, y otro el de la divina. Es el fin de la ley humana la tranquilidad temporal del Estado. Esto lo alcanza cohibiendo los actos exteriores en aquello que pueden alterar la paz del Estado.³³

La ley humana se ordena a regir la comunidad de los hombres entre sí. Pero los hombres se relacionan unos con otros por los actos exteriores con que unos con otros se comunican, y esta comunicación pertenece a la justicia, que propiamente es directiva de la sociedad humana.³⁴

La explicación que Tomás de Aquino ofrece en *De Regno* sobre los deberes de la autoridad, nos ayuda a delimitar el campo propio de la ley respecto a la regulación de la virtud. Explica el dominico que así como el ser humano puede actuar como *individuo* gracias a su naturaleza; la comunidad humana —nosotros diríamos el Estado— gracias a la paz, de la que es responsable la autoridad, puede actuar como *in-divisa*.³⁵

Esa paz requiere el cumplimiento de tres responsabilidades de la autoridad. Primero, garantizar la sucesión de los hombres y su sustitución en los diversos oficios de la vida en comunidad que ocasiona la enfermedad, vejez o muerte de quienes lo realizan. Segundo, la prevención del daño

³² *Ibidem*, q 96, a 3.

³³ *Ibidem*, q 100, a 1.

³⁴ *Ibidem*, q 100, a 2c.

³⁵ "*Ipsa tamen hominis unitas per naturam causatur; multitudinis autem unitas, quae pax dicitur, per regentis industriam est procuranda*" (Aquino, Tomás de, *De Regno*, I, 16).

causado por la perversidad de la voluntad humana, ya sea previniendo la inmoralidad, ya sea guiando a los hombres a las virtudes necesarias para que el bien común no se vea amenazado, ya sea previniendo la insurrección, o ya sea evitando los daños que se puedan cometer por perturbar la justicia. Tercero, la defensa de la comunidad contra amenazas externas por parte de terceros a través de una fuerza armada.³⁶

Y puesto que “el hombre no se ordena a la comunidad política con todo su ser y con todas sus cosas; por eso no es necesario que cualquier acto suyo sea meritorio o demeritorio por orden a la comunidad política”;³⁷ las acciones estatales deben ubicarse de manera subsidiaria a las comunidades intermedias que constituyen la sociedad.³⁸

En definitiva, mientras que la moral busca promover la más plena

³⁶ *“Sic igitur bona vita per regis officium in multitudine constituta, consequens est ut ad eius conservationem intendat. Sunt autem tria, quibus bonum publicum permanere non sinitur, quorum quidem unum est a natura proveniens. Non enim bonum multitudinis ad unum tantum tempus institui debet, sed ut sit quodammodo perpetuum. Homines autem cum sint mortales, in perpetuum durare non possunt. Nec, dum vivunt, semper sunt in eodem vigore, quia multis variationibus humana vita subiicitur, et sic non sunt homines ad eadem officia peragenda aequaliter per totam vitam idonei. Aliud autem impedimentum boni publici conservandi ab interiori proveniens in perversitate voluntatum consistit, dum vel sunt desides ad ea peragenda quae requirit respública, vel insuper sunt paci multitudinis noxii, dum transgrediendo iustitiam aliorum pacem perturbant. Tertium autem impedimentum reipublicae conservandae ab exteriori causatur, dum per incursum hostium pax dissolvitur et interdum regnum aut civitas funditus dissipatur. Igitur circa tria praedicta triplex cura imminet regi. Primo quidem de successione hominum et substitutione illorum qui diversis officiis praesunt, ut sicut per divinum regimen in rebus corruptibilibus, quia semper eadem durare non possunt, provisum est ut per generationem alia in locum aliorum succedant, ut vel sic conservetur integritas universi, ita per regis studium conservetur subiectae multitudinis bonum, dum sollicite curat qualiter alii in deficientium locum succedant. Secundo autem ut suis legibus et praeceptis, poenis et praemiis homines sibi subiectos ab iniquitate coerceat et ad opera virtuosa inducat, exemplum a Deo accipiens qui hominibus legem dedit, observantibus quidem mercedem, transgredientibus poenas retribuens. Tertio imminet regi cura ut multitudo sibi subiecta contra hostes tuta reddatur”.* (De Regno, I, 16).

³⁷ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q 21, a 4, ad 3.

³⁸ *“Sic igitur bonae multitudinis institutioni tertium restat ad regis officium pertinens, ut sit de promotione sollicitus, quod fit dum in singulis quae praemissa sunt, si quid inordinatum est corrigere, si quid deest supplere, si quid melius fieri potest, studet perficere* (Aquino, Tomás de, De Regno, I,16).

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

realización de la persona humana, lo propio del derecho es establecer bases que los miembros de la sociedad puedan, de manera personal, determinar el camino concreto que desean seguir de cara a su muy personal perfeccionamiento.³⁹ He aquí la base de la diferencia entre el bien común entendido como las condiciones necesarias para el pleno desarrollo de los integrantes de una colectividad, y el bien común entendido como dicho desarrollo; o la diferencia que hay en el planteamiento norteamericano del derecho a buscar la felicidad como un derecho fundamental de los ciudadanos, y el derecho a la felicidad. El primer caso deriva en el carácter solidario del Estado, en tanto que el segundo lo convierte en obligado principal y lo autoriza a imponer un determinado modelo de realización personal.

En *¿Qué es la justicia?* Kelsen parece acercarse significativamente por momentos a esta misma postura, pero no comprende cómo podría ello ser compatible con la existencia de un catálogo objetivo, universal y necesario de prescripciones morales que puedan y *deban* ser la base de un sistema de derecho positivo de corte democrático.

Evidentemente, semejante confusión se deriva de la inadecuada distinción entre el ámbito de la razón teórica —donde impera la necesidad— y el de la razón práctica —donde impera la libertad—, y es uno de los principales obstáculos que tendremos que resolver en nuestro intento de postular un modelo jurídico distinto ya no sólo al kelseniano, sino a no pocas de las versiones irracionalistas del posmodernismo dominante en nuestros días.⁴⁰

³⁹ "La ley moral regula los comportamientos correspondientes dirigidos a hacer bueno 'mi propio obrar' —los actos realizados por cada uno—, para que 'yo sea o llegue a ser justo o bueno'. La ley civil, sin embargo, intenta regular *las relaciones entre los hombres* para que convivan en paz, seguridad y libertad, así como para que se establezca entre ellos aquella justicia que garantice una adecuada libertad, no sólo política, sino también económica. No se propone, por tanto, hacer buenos a los hombres, si bien es cierto que la acción legislativa pública tiene una gran responsabilidad en promover y favorecer las condiciones y el ambiente donde sea posible vivir una vida buena, virtuosa y digna del hombre". Rhonheimer, Martín, *Derecho a la vida y Estado moderno*, Madrid, Rialp, 1998, p. 17. Al respecto, cfr. también Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II 92, a1.

⁴⁰ Al respecto, cfr. Vigo, Rodolfo, "El iusnaturalismo actual...", pp. 177-183.

Entre la existencia de un catálogo de normas inspirado en una justicia absoluta —imposible e indeseable no sólo para Kelsen, sino para cualquier interesado en la defensa de la libertad humana— y la existencia de un sistema jurídico absolutamente relativista, existe una posición intermedia que reconoce dos distintas maneras en las que las normas de derecho positivo pueden relacionarse con las normas de derecho natural: por conclusión (forma en la que se relaciona el derecho positivo con los primeros principios de la razón práctica) y por determinación (aplicable cuando la dimensión de la vida que regula el derecho no está determinada de manera inmediata por los primeros principios de la razón práctica, y requiere de la creatividad humana para la adecuada resolución de problemas jurídicos relevantes).

Finalmente, conviene aclarar también la confusión que impera en las consideraciones kelsenianas en torno a la naturaleza misma del iusnaturalismo (religioso, metafísico y pseudo-racionalista, en la categorización del autor).

Explicar, por ejemplo, la perfecta compatibilidad entre democracia, libertad y tolerancia, por un lado, y un derecho natural de corte realista —garante último de los tres principios antes mencionados—;⁴¹ la necesaria relación —no oposición o supuesta identidad— entre derecho natural y derecho positivo;⁴² la forma en la que el derecho natural debe ser formulado para no caer en la “falacia naturalista” que tanto preocupa a

⁴¹ Semejante explicación bien podría comenzar las siguientes afirmaciones de Rodolfo Vigo: “A diferencia del iusnaturalismo racionalista del XVII y XVIII, el iusnaturalismo ontológico clásico fue muy modesto al referirse al contenido del derecho natural y muy generoso al reconocer las alternativas con las que contaba la autoridad con capacidad para crear derecho. Obviamente que el iusnaturalismo clásico reivindica la necesidad del derecho positivo. Más allá del control de validez —formal y sustancial— que la juridicidad natural o indisponible ejerce sobre el derecho positivo, éste no se limita a repetir el derecho natural, sino que cumple la función de historizar y reforzar con la coacción a lo justo natural, además de completar lo justo en todos aquellos aspectos en que las alternativas son variadas o nada indica aquella juridicidad natural” (*Ibidem*, pp. 172-174).

⁴² Cfr. Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II q 95, a 1 y 2

¿QUÉ ES LA JUSTICIA? UNA REVISIÓN DEL ARGUMENTO KELSENIANO

Kelsen; o la independencia que en realidad existe entre el iusnaturalismo y la religión,⁴³ es una necesidad urgente.

VII. CONCLUSIÓN

Una lectura pausada de *¿Qué es la justicia?* permite constatar tres hechos fundamentales:

La manera en la que la errónea conceptualización inicial de la naturaleza e interrelación que existe entre la justicia socialmente posible, la “justicia absoluta” y la felicidad humana, implica una inicial e insuficiente fundamentación del escepticismo axiológico kelseniano.

La manera en la que dicho escepticismo axiológico entra en contradicción con la conceptualización kelseniana de la justicia socialmente

⁴³ Para ejemplificar este camino acudimos de nuevo a Rodolfo Vigo: “Confesaba Spinoza que mientras los escolásticos partían de las cosas, Descartes lo hacía desde el sujeto, y él tomaba a Dios como punto de partida. No se equivocaba el autor de la *Ethica ordine geométrico*, al menos en cuanto al Aquinate, dado que cualquier sobrenaturalidad del objeto de la filosofía es ajena al discurso filosófico, y esta peculiaridad del tomismo frente al agustinismo lo lleva a Muñoz Alonso a afirmar: ‘Tomás de Aquino y Agustín son dos pensadores teológicamente idénticos, pero filosóficamente irreconciliables’. Destaca Siacca que en las enseñanzas del Aquinate: ‘no hay género alguno de servidumbre de la filosofía respecto de la teología’ y agrega: ‘...la autonomía que Santo Tomás reconoce al saber humano en general y a la filosofía, saber fundamental, es completa, tiene en sí misma sus principios, no acepta nada dogmáticamente por autoridad, admite sólo que es evidente o está lógicamente probado; es decir, es conocimiento crítico y comunicable, de donde concluye que Tomás constituye el nacimiento de la conciencia laica’. El derecho natural del tomismo no es para creyentes ni emplea verdades dogmáticas, a lo sumo puede decirse con Graneris que no es ateo pero tampoco confesional, en tanto puede vincularse a una religiosidad primera y genérica que se asume filosóficamente al hablar de, por ejemplo, un orden en la naturaleza. Igualmente el testimonio de Finnis en su principal obra (*Natural Law and Natural Rights*) dejando para el último capítulo el problema de Dios, habla de que ese iusnaturalismo clásico no necesita hacer explícito ni llegar a la última causa —lo que en Aristóteles fuera de toda creencia religiosa era el Motor inmóvil— para poder explicar esa juridicidad indisponible que podía conocer cualquier hombre”. (*Ibidem*, pp. 185-186).

AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ

posible como aquella que se deriva del imperio de una legislación democráticamente formulada.

Un listado —tanto inicial, como sugerente— del tipo de conocimientos que deben ser claramente fundados, expresados y difundidos en aras de poder justificar tanto la relación efectivamente existente entre la moral y el derecho, como la naturaleza misma de la juridicidad.