
LA NO FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO A PARTIR DE LOS JUICIOS AXIOLÓGICOS: UN ANÁLISIS A PARTIR DE HANS KELSEN

Alexander Restrepo Ramírez*

RESUMEN

Este trabajo analiza algunos de los planteamientos principales del teórico del derecho Hans Kelsen, respecto del rechazo de la moral como forma de fundamentación y validación de la ciencia jurídica. Para tal fin se explora principalmente su obra *Teoría pura del derecho*, donde el autor aborda inicialmente las categorías de *ser* y *deber ser*, como formas lógicas para diferenciar el derecho de todo tipo de determinación axiológica que no permita comprender el derecho como ciencia jurídica. Seguidamente se mostrará cómo el autor asume la tarea de una fundamentación de la ciencia jurídica, desligada de juicios de valor sobre lo *bueno* o lo *justo*, considerando en ellas pretensiones metafísicas referidas a lo absoluto. De igual forma, se enuncian algunos apartes de la discusión lógico-positivista relacionadas con el planteamiento de Kelsen y algunas tesis contrarias, ubicadas sobre todo en el ámbito de la filosofía del derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho, moral, valor, ser, deber.

ABSTRACT

This paper discusses some of the main approaches law theorist Hans Kelsen, regarding the rejection of morality as a form of justification and

* Profesional en Filosofía y Letras de la Universidad de la Salle. Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre y candidato a doctor en Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá).

validation of legal science. For this purpose, it explores his mainly work *A pure theory of law*, where the author initially discusses the categories of *being* and *should be*, as logical ways to differentiate the right of every type of axiological determination not possible to understand the law as legal science. Then we show how the author takes on the task of a foundation of legal science, divorced from value judgments about what is good or fair, considering metaphysical claims concerning the absolute. Similarly, are set some excerpts of the logical positivist discussion related to the approach of Kelsen and some contrary thesis, located mainly in the field of philosophy of law.

KEY WORDS

Law, moral, value, being, ought

INTRODUCCIÓN

Podría decirse que desde el siglo XIX cuando emerge el positivismo en Europa, la filosofía del derecho ha oscilado entre la dicotomía *derecho natural-derecho positivo*. En nuestros días, aunque dicha tensión/es-cisión parece superada por el triunfo del derecho positivo como marco común del derecho nacional e internacional, el trasfondo de los más álgidos debates de la filosofía del derecho gira en torno a conceptos y problemas fuertemente trabajados en el siglo pasado, sobre todo por la escuela analítica o lógico-positivista del derecho, así como por algunos defensores de la existencia y validez de juicios axiológicos dentro del sistema del derecho, bien sea desde una perspectiva hermenéutica o sociológica. En este trabajo se pretende analizar solamente una de las teorías más prósperas y a la vez polémicas del positivismo jurídico, bajo la figura del eminente iusfilósofo austriaco Hans Kelsen, a contraluz de algunas tesis auxiliares del positivismo lógico y, en menor medida, de la tesis contraria del profesor alemán Rudolph Laun. Este recorrido se justifica para mostrar cómo Kelsen deslegitima el sistema de valores axiológicos como fundamentación del derecho, pretendiendo así que dicho programa es, en términos generales, un residuo metafísico que impide observar el derecho en su forma pura, es decir, desligado de

ideologías ético-políticas que, en su forma lógica, no hacen referencia a hechos susceptibles de regulación por el orden social que constituye el derecho.

EL NÚCLEO DEL DEBATE

La relación entre el derecho y la moral podría ser considerada a la luz de la relación dialéctica entre el *ser* y el *deber ser*. En el *ser* residiría el derecho entendido como orden social coactivo que versa y aplica su producción normativa sobre aspectos fácticos del mundo de la vida, esto es, de la primera instancia sobre la cual el Estado formula su sentido de ser en cuanto organización racional de la vida humana, organización que, a propósito, se da por medio del derecho; y en el *deber ser* se representaría el concepto de moral de manera sustantiva y formal como formulación de las idealizaciones sobre la conducta humana. Es con relación a este conflicto no solamente conceptual, sino ontológico, sobre el que Hans Kelsen establece una de sus teorizaciones más interesantes y a la vez polémicas en *Teoría pura del derecho*, buscando de tajo depurar el concepto de derecho de aspectos que, bien sea de manera ideológica o incorrecta lógicamente, se han ligado al derecho como una necesidad o una pretensión de *deber ser*.

En efecto, Kelsen (1995, p. 8, 16) reclama una necesaria separación conceptual entre el derecho y otros elementos que considera extraños al objeto de estudio de la ciencia jurídica, considerando como una fuente de constante ambigüedad y errores apreciativos, relacionar el derecho con un deber ser perteneciente a la moral o a la política (p. 12). En este sentido, considera Kelsen que la pretensión histórica de predicar del derecho juicios valorativos sobre lo moral y lo políticamente justo, es un error apreciativo que consiste en desconocer las fronteras entre ciencia y política.

Observar así la propuesta de Kelsen permite remontarse a la idea kantiana de una *crítica*, que sustancialmente no es sólo hacia la razón pura, sino hacia la filosofía en sí, al indagar por los límites de todo aquello que puede conocerse, para lo cual, una consecuencia trascendental es que los objetos de la metafísica no pueden entrar en el programa

de una ciencia segura si no ha pasado primero por el tribunal de la propia y pura razón. En efecto, Kant afirma lo siguiente: “El primero y más importante asunto de la filosofía consiste, pues, en cortar, de una vez por todas, el perjudicial influjo de la metafísica, taponando la fuente de los errores” (1999, p. 28). Ello contribuiría significativamente a establecer la importancia y validez del conocimiento especulativo, esto es, más determinante para la filosofía en sí que para la metafísica, que ya en el periodo ilustrado en el que Kant elabora su obra, había perdido gran parte de su prestigio por causa de la creciente predilección por la seguridad de los conocimientos de la matemática y la física (p. 17-20).

Por otra parte, la idea kantiana de despertar del “sueño dogmático” era una necesidad de fundamentación que consistía en establecer si la metafísica, como las ciencias de la naturaleza, podría entrar en ese camino seguro de fundamentación epistémica. En el caso de Kelsen, de manera casi análoga, la *Teoría pura del derecho* podría considerarse como un intento de superación de esas taras conceptuales que ligaban al derecho con elementos teóricos no solamente extraños, sino peligrosos para el programa de una fundamentación epistemológica de la ciencia jurídica.

Este programa en la teoría del derecho de Kelsen, implica una crítica positiva del derecho, la cual se da por medio de categorías como la naturaleza, la moral, la ciencia y el Estado, entre otras. Es una crítica positiva porque Kelsen asume de manera clara la idea de que el derecho sólo puede ser comprendido en términos de ciencia jurídica, y el concepto de ciencia que intenta establecer para el derecho es a la vez el de un conocimiento firme y seguro.

Ahora bien, Kelsen concibe el derecho como un conjunto de normas (1988, p. 3), y para ello realiza un análisis ontológico que permite categorizar el sentido de una norma como coacción de la conducta humana. Puesto que esa coacción se da sobre un aspecto tan voluble como lo es la acción del hombre, la ciencia jurídica que investiga su objeto que es el derecho, es decir, la norma, si desea describir de manera objetiva dicho objeto, solamente puede hacerlo considerándolo al margen de juicios y conceptos que escapen de las condiciones de

validez de un juicio en su sentido de facticidad. Es ahí en donde la dialéctica entre el ser y el deber ser se torna categóricamente viable para Kelsen en el programa de una fundamentación epistemológica del derecho.

No obstante, es importante precisar que la categoría del *deber ser* en Kelsen puede ser observada en dos perspectivas: una que se explica desde una postura interna del derecho, donde no se la asume como un principio moral, ya que la asume el autor vienés desde un concepto meramente lógico, desde el cual la norma presenta la forma de una conducta esperada por parte de las personas sujetas de un orden jurídico:

La categoría formal del deber ser o de la norma nos indica el género próximo, pero no la diferencia específica del derecho (...). Lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica (...) no es una cualidad inmanente de la misma ni tampoco la relación con una norma metajurídica, moral, es decir, trascendente al derecho positivo; sino única y exclusivamente el hecho de que el precepto jurídico la establece como condición de una consecuencia específica; es decir, el hecho de que el orden jurídico reacciona contra esa conducta con un acto de coacción. (2009, § 12)

Así pues, Kelsen (1995, p. 19) en su descripción del estatus ontológico de las normas, o sea del derecho, utiliza una conceptualización que parte de consideraciones lógicas¹. De ahí que el concepto de *deber*, sea que se pretenda fácticamente que algo deba producirse, es algo indefinible si se observa en términos axiológicos. La norma es algo que enuncia aquello que “deba ser o producirse” (p. 18)², pero esto no implica que sea indefinible por el hecho de que aluda a una conducta que deba producirse desde una obligación moral, al igual que de dicha enunciación no se sigue que esta conducta se produzca fácticamente “dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser” (p. 19-20).

1 En referencia a la obra *Principia ética* de G. E. Moore, donde se define el concepto de lo “bueno” en identidad con un concepto simple, esto es, indefinible y, por lo tanto, lógicamente incorrecto.

2 En otro lugar, Kelsen (2011, p. 71) expone esta dialéctica en los siguientes términos: “De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o suceder”.

Con esta distinción, Kelsen está vaciando el contenido de una norma de toda implicación fáctica que, según la contingencia humana, puede ser unas veces y otras no. Consecuentemente, la validez de una norma no requiere que el hecho deontológicamente descrito por la norma se produzca en la realidad (p. 20)³. A la norma, para ser norma, le basta que sea válida por pertenecer a la unidad de un determinado ordenamiento jurídico, y de que imponga a una conducta un acto coactivo que se encuentra vigente en la legislación y que puede, de hecho, imputarse en el momento de que la necesidad así lo demande.

Aunque es sin duda un contexto diferente al kantiano sobre el cual Kelsen intenta ir depurando el derecho de aspectos que le pueden ser ambiguos y ajenos, el recurso epistémico es similar, por cuanto intenta comprender las posibilidades de ser representado por el conocimiento un hecho, en el caso de Kelsen, jurídico, en el de Kant, especulativo y moral.

Y, por otra parte, (que es la que interesa observar aquí), la categoría del deber ser puede observarse en términos negativos desde la obra de Kelsen, cuando la perspectiva de análisis es externa, es decir, ético-política. Ello explica por qué nuestro autor aborda el problema de la dialéctica entre lo ontológico y lo deontológico en su descripción del derecho, apelando a recursos que operan de manera diametralmente opuesta a la de una fundamentación del derecho por la moral, entendiendo que la moral se halla en el reino de un deber ser que, en todo caso, como en su referencia a Moore, es un concepto simple e indefinible, como lo puede ser el concepto de “bueno” o “justo”. En este caso, Kelsen observa la dialéctica entre ser y deber ser de manera

3 En este sentido, Kelsen propone un argumento, aunque en otro sentido, similar al que estableció Kant para determinar que la “buena voluntad” es imperativa, es decir, es necesariamente buena, con lo cual adquiere legitimidad como acto moral, independientemente de si en la realidad este sucede. Así, la buena voluntad es buena por el solo hecho de quererla, sin necesidad de que la descripción de su querer tenga correspondencia en la realidad. Afirma Kant (1946, p. 21): “(...) parece constituir la buena voluntad la indispensable condición que nos hace dignos de ser felices”. Con ello, el sistema kantiano establece en la categoría del deber ser, esto es, del objeto del querer, la máxima valoración de validez del acto moral, aun cuando dicho objeto del querer no sea un hecho. Luego agrega (p. 32): “(...) cuando se trata de un valor moral no importan las acciones, que se ven, sino aquellos íntimos principios de las mismas que no se ven”. En otro lugar afirma Kant (1981, p. 205): “Por eso no es propiamente la moral la doctrina de cómo nos *hacemos* felices, sino de cómo debemos llegar a *ser dignos* de la felicidad”.

diferente a como lo plantea el profesor Rudolph Laun en su discurso sobre derecho y moral. Para el profesor Laun (1959, p. 6), derecho y moral se identifican, en la medida en que no es derecho válido el que es impuesto por una necesidad del ser (heteronomía), sino el derecho que es aceptado por la libertad de la voluntad de los individuos (autonomía), que es en donde reside el deber ser.

Laun, siguiendo de cerca la conceptualización ética kantiana y su distinción entre imperativos hipotéticos e imperativos categóricos, señala que, a pesar de la externalidad de la ley heterónoma, si forma parte de una voluntad interna, no puede obligar y, si obliga, entonces no puede ser expresión de una voluntad externa, sino que es parte de la voluntad, esto es, que esos mandatos del derecho son a su vez autónomos.

En la obra de Laun se busca encontrar la fundamentación racional que permite comprender por qué derecho y moral no son conceptos separados. Para dicho efecto, se observa a su vez que, desde el punto de vista del ejercicio político, del poder, lo que se presume como una necesidad que condiciona la voluntad de quienes están sujetos a dicho poder, no se puede asumir como derecho.

Pero de lo que hagan los detentadores del poder, de que dicten, promulguen y publiquen leyes y las impongan por la fuerza, no se infiere que alguien deba obedecer; de los discursos, firmas, papeles impresos y bayonetas no se sigue ningún deber. El llamado derecho positivo no tiene, por ende, como contenido, ningún deber, sino únicamente una necesidad condicionada. (p. 11)

Lo anterior revela que tanto Kelsen como Laun utilizan el mismo recurso epistemológico para mostrar dos tesis contrarias, a saber: por una parte, la de una separación conceptual y fáctica y, por otra parte, la de una relación de identidad ontológica entre derecho y moral (1995, p. 41, 47, 66, 75). La separación entre derecho y moral tiene en Kelsen la circunstancia radical de que en la medida de que son órdenes sociales que ordenan o prohíben, sólo se diferencian sustancialmente en el modo como pueden realizar dicha aprobación o prohibición. En el caso del derecho, según Kelsen, únicamente puede producirse por

medio de la coacción⁴, pero en el caso del profesor Laun, del hecho de que una norma disponga *x* o *y* conducta o estado de cosas en el mundo, no se sigue que así deba ser, es decir, que el hombre deba verse constreñido a realizar la conducta que dicta la norma.

Sin embargo, Kelsen es cuidadoso de no derivar del derecho la categoría de necesidad o de imperatividad, es decir, de obligación: “Que el derecho sea un orden coactivo no significa –como a veces suele afirmarse– que pertenezca a la esencia del derecho “constreñir” a la conducta obligatoria, a la conducta exigida por el orden jurídico” (p. 48). La diferencia en el planteamiento de Kelsen frente al de Laun, es que para el primero a la esencia del derecho no corresponde la exigencia moral de cumplir con la conducta descrita en la norma, en donde del ser no necesariamente se deriva el deber ser. Este es, efectivamente, un argumento cuya finalidad tiende a despojar al derecho de las implicaciones morales que, desde diferentes sectores, le han formulado históricamente algo que, en el mismo prólogo a la segunda edición, asumió Kelsen (p. 12) como una pretensión de una nueva reformulación metafísica del derecho natural.

La invalidez de los juicios de valor para la ciencia jurídica se ve reforzada en Kelsen a la luz de estados de cosas en el mundo que demuestran la no necesidad de categorizaciones morales para una fundamentación del derecho. En efecto, así procede el jurista austriaco cuando compara la norma y la disposición de un funcionario fiscal con la orden de un *gangster* (p. 22). La primera tiene una validez objetiva por cuanto está facultada por una “ley impositiva”; la segunda no lo está por carecer, no de una justificación moral, sino de dicha validez legal.

Esta negación de los juicios morales o axiológicos como fundamentación del derecho viene en Kelsen influida por la negación de pretender incluir en el derecho elementos indeterminados y, por lo tanto, incomprensibles, como lo son los conceptos de “justo” o “bueno”, ya que estos han representado la necesidad de remitirse a una existencia que podría denominarse trascendente, absoluta. A ello opone Kelsen

4 En este sentido coincide Kelsen con Habermas, cuando entienden ambos que el derecho, diferente de la moral, posee la fuerza institucional y social de la coerción. Ver Kelsen (1995, p. 75) y Habermas (2001, p. 145, 171).

la total inconveniencia de reglamentar la conducta humana siguiendo preceptos que no son dictados por la misma voluntad humana. “Con respecto a una teoría científica del valor sólo corresponde, con todo, tomar en consideración las normas establecidas por actos de voluntad humanos y los valores constituidos mediante ellos” (p. 32)⁵.

En este sentido, la teoría pura de Kelsen se ubica en el trasfondo de la más radical iusfilosofía positiva y analítica, en donde, por ejemplo, analizando algunos de los postulados de la escuela sueca de Uppsala, Theodor Geiger afirma: Los *valores* no son reales, sino imaginarios. Lo bueno, lo bello, lo correcto son *termini* que no tienen correspondencias en el mundo de la realidad” (1982, p. 15), agrega, además, muy similar al planteamiento de Kelsen, que estos enunciados valorativos no tienen sentido teórico, por lo cual, a su vez, la ciencia misma debe abstenerse de formularlos (p. 16). Dicho sentido teórico no hace referencia a la forma de las normas jurídicas que, independientemente de que hablen de un deber ser conforme a las conductas esperadas de parte de los individuos en un orden social, no implican, desde el punto de vista de los valores, una realidad que pueda fundamentar dicho ordenamiento jurídico. De ahí que Kelsen plantee que el juicio de valor acerca de que una conducta es “buena”, solamente expresa que dicha conducta corresponde a la objetividad descrita por una norma, así, “(...) el valor como lo debido se contrapone a lo real como entitativo; valor y realidad –así como ser y deber– se escinden en dos esferas distintas”. (Kelsen, 1995, p. 32)

Con lo anterior, Kelsen se instala en el mundo de los hechos, de lo que puede ser pensado por el hombre conforme a un estado de cosas posible. En este sentido, se distancia de Alf Ross en cuanto sostiene que el dualismo lógico entre ser y deber ser tienen en la realidad social una significación normativa, sólo si tanto el concepto de ser como de deber ser pueden ser considerados en cierta relación; es decir, para Ross, la norma de deber no sería posible “(...) si el ser y el deber constituyeran dos dominios distintos” (citado en Kelsen, 1995, p. 32). A esta afirmación opone Kelsen:

5 En otro lugar afirma Kelsen (2011, p. 71): “Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica.

(...) el enunciado que afirma que algo es tiene un sentido enteramente distinto del enunciado que afirma que algo deba, o no deba ser, así como de que algo sea debido, no se sigue que algo sea, o no sea, en esto consiste el dualismo lógico entre ser y deber (...). (p. 32)

En efecto, en Kelsen la vacuidad de los juicios de valor para el derecho puede ser observada desde una postura analítica, en donde el lenguaje mismo representa un modo de observarse un hecho sin necesidad de fundamentarlo en una obligación o deber moral. Así por ejemplo puntualiza Kelsen: "(...) la norma que establece: "No debes matar" es superflua, si existe una norma válida que establezca: "Quien mate será sancionado penalmente"; que el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta en cuanto enlaza una sanción a la conducta contraria". (p. 68). A la vez, el deber ser que describe una conducta esperada por una norma, sólo dice que a la actuación contraria de una persona se le imputa una sanción conforme a la norma, pero de ello no se desprende juicio de valor alguno, sino simplemente un estado de cosas en el mundo.

Con ello, Kelsen se instala en una postura que, en cierta medida, asume como irreal la asignación de carácter moral al derecho, no porque las normas de este no representen figuraciones axiológicas, sino porque no las necesita. En cierta medida, para Kelsen el derecho representa en su código normativo simplemente un catálogo de representaciones de un deber ser que sólo tiene validez y operatividad, puesto que permiten fácticamente el control y el orden social, para lo cual, no obstante, a la trascendencia que puedan ver en ello los más grandes defensores de la moral, la apelación a la existencia de valores es del todo accesoria para el derecho, no porque no sean loables o deseables, sino porque no son operativos lógicamente, epistémica y en todo caso, jurídicamente:

Que la norma valga, significa que vale para para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento (aun cuando quizás no se produzca en la realidad). (p. 26)

Esta es pues, una manera bastante contundente de afirmar que el deber ser de la norma no se haya en ningún lugar hipotético o ideal que los hombres quieran ver representados, ya sea en las costumbres, ya sea en la espiritualidad de la religión, o en las vastas cruzadas

teóricas que, desde hace siglos han emprendido los apologetas de la fundamentación moral presuntamente asida a los órdenes jurídicos, económicos y políticos. La razón no tiene nada de inmoral, sino más bien se justifica conforme a una tesis positivista que pretende fundamentar la comprensión abstracta o analítica del mundo de lo real desde lo real mismo (o lo que a la luz de un lente epistemológico se considera tal). En esa medida, Kelsen comparte con Schlick la premisa que considera sólo real o necesario en el orden del mundo aquello que puede ser mensurable desde las necesidades tangibles del hombre: “Nos limitaremos, de momento, a la afirmación de que por naturaleza entendemos todo lo que es real, en cuanto está determinado en el espacio y en el tiempo”. (2002, p. 15)

Consecuentemente, para Kelsen la validez de una norma no requiere que las personas la cumplan conforme a un mandato de la moralidad ni el derecho se valida o invalida según como los hombres actúen en conformidad con una norma que apela presuntamente a una fundamentación axiológica. En este sentido, se distancia de la tesis moral kantiana donde una determinada acción, para ser moral, no debe ser cometida siguiendo una inclinación o interés egoísta diferente al deber mismo. Así pues, con el derecho moderno, como afirma Habermas (2001) en *Facticidad y validez*, la razón práctica que gobernará la conducta de los hombres antes de todo procedimiento legislativo, a través de la Ley exonera moralmente al individuo en cuanto a los intereses por los cuales respeta esa ley o se comporta en consonancia con la norma. En efecto, Kelsen afirma que (...) “esa norma guarda validez, aun cuando las inclinaciones subjetivas, o los intereses egoístas, se contrapongan a la conducta exigida” (p. 73). Según nuestro autor, actuar conforme a causas diferentes de las propias inclinaciones e intereses egoístas es psicológicamente imposible (p. 74), por lo cual, la conducta prescrita por la moral no posee ninguna eficacia si carece de una norma que externamente suponga coerción para un individuo en un determinado orden social y jurídico.

La consecuencia de lo anterior es que, para Kelsen, el derecho es un orden social que, como lo afirmara en otro lugar, representa una determinada técnica social, desligada en sí misma de todo valor ético o político (2009, p. 45), la cual no requiere de “ser justa”, es decir, “ser moral”, para que pueda ser considerada derecho. (1995, p. 76). Este tipo de argumenta-

ción, quizás radical, puede ser interpretada desde una crítica que hace Kelsen de aquello que él mismo denomina *ideología*, la cual, si se observa la pretensión de funcionalidad y operatividad del derecho en el marco de la democracia como parte de su propuesta, debe ser fortalecida por la idea del derecho en términos positivistas, esto es, influido por un rigor metodológico sólido y objetivo, cuyo estatus analítico es equiparable a las más refinadas tesis epistemológicas de su tiempo.

A la vez, dichas afirmaciones categóricas de Kelsen instalan su teoría jurídica en un dominio lógico que restringe toda subordinación del concepto de validez jurídica a los juicios de valor, o bien, de deber. Conceptos como la “paz” o la “justicia” pertenecen a ese reino, podría decirse, de lo trascendente al derecho mismo; en esta medida, lo trascendente es una dimensión que dentro de una ciencia jurídica no permite comprender el derecho como un orden social. De hecho, esta es la sujeción que Kelsen (1995) sospecha con relación a la paz, como un valor positivo, que no puede considerarse *mínimo moral* relativo a todos los órdenes jurídicos. De igual forma, en el concepto de la *libertad*, es ella misma un valor que no puede aplicarse a la garantía positiva que un orden jurídico pueda prestarles a los individuos; sólo puede ser garantizada de manera negativa en el sentido de que “(...) el orden jurídico prohíbe que se la intervenga” (p. 57).

Con este tipo de precisiones, Kelsen asume respecto de los juicios de valor una indeterminación que viene dada por la relatividad de la asunción subjetiva de los valores representados. Así lo afirma en *¿Qué es la justicia?*: “El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional”. (2011, p. 17). Aquí, por supuesto, entiende Kelsen por conocimiento racional el de la razón especulativa, la cual, en todo caso, al ser referida a objetos de la voluntad humana, depende de la diversidad en las concepciones que los hombres tienen de los diferentes valores, aspecto que señala Kelsen como una constante histórica y cultural que confirma la relatividad del valor moral. (1995, 77)

De ahí que el concepto de derecho en Kelsen necesite desligarse de la imposición de una moral representada bajo la figura de un *deber ser* absoluto e incondicionado, dado que ello corresponde al reino de lo

inteligible, de lo que sólo puede ser imaginado, pero en ningún caso, descrito. De ahí que la validez y eficacia de las normas no pueda soslayarse a la noción de un valor que debe ser representado por el deber ser que tenga una norma, la cual, objetivamente, está referida a una conducta que debe cumplirse o no.

Es por este motivo que la ciencia jurídica sólo versará sobre aquellos hechos que pueden ser descritos en un estado de cosas en el mundo, reglados objetivamente a través de la norma como lo afirma Kelsen: “Un análisis de las proposiciones en las cuales mentamos los actos como actos jurídicos, cuyo sentido objetivo lo constituyen normas, da la respuesta: ella muestra el *presupuesto* bajo el que esa interpretación es posible” (p. 58). En este sentido, Kelsen se instala en una pretensión positivista de comprensión del mundo en términos de aquello que puede ser pensado; de aquello que puede ser dicho. Wittgenstein, en efecto, afirma: “El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas” (1992, p. 15), en la medida en que esas cosas pueden tener diferentes sentidos, orientaciones y formas de ser pensadas, como lo reitera el autor: “Los hechos en el espacio lógico son el mundo”. (p. 13)

Ciertamente, cuando Kelsen establece una crítica de los juicios de valor al margen del concepto de derecho, considera que estos valores que han sido a través del tiempo relacionados con el derecho, ostentan una categoría de absoluto que no puede ser sostenida por una ciencia positiva del derecho. En este sentido, Wittgenstein afirma: “Algo lógico no puede ser meramente posible. La lógica trata de cualquier posibilidad y todas las posibilidades son sus hechos”. (p. 17). De ahí que sea tan complejo, desde el punto vista lógico, condicionar la realidad al deber ser de una sola cosa absoluta en el mundo, además, porque dicha cosa no puede ser descrita en un hecho y, por lo tanto, no puede ser reglada objetivamente por una norma.

El mismo Wittgenstein reitera la imposibilidad de que el lenguaje pueda describir objetos cuya formulación es absurda. Así, el problema de lo bueno o de lo bello (p. 51), lo cual sólo puede ser real dentro de una subjetividad que así se lo representa, cuando el lenguaje lo que está describiendo son hechos. En su *Conferencia de ética*, Wittgenstein

argumenta de una manera implacable que aquellos objetos de la ética, si bien pueden ser loables, no pertenecen al reino de lo real:

Nuestras palabras, usadas tal como lo hacemos en la ciencia, son recipientes capaces solamente de contener y transmitir significado y sentido, significado y sentido *naturales*. La ética, de ser algo, es sobrenatural y nuestras palabras sólo expresan hechos, del mismo modo que una taza de té sólo podrá contener el volumen de agua propio de una taza de té por más que se vierta un litro en ella. (2010, p. 5)

Kelsen refiere este tipo de conceptos en su relación con el derecho como algo lógico y jurídicamente insostenible. Por ejemplo, en el caso de la *justicia*, que ya se ha mencionado aquí, Kelsen afirma: “Resulta del carácter relativo del juicio de valor, según el cual un sistema social es axiológicamente adecuado, que la justicia no puede ser una nota distintiva del derecho frente a otros órdenes coactivos”. (1995, p. 62). En suma, el valor de la justicia, como lo afirmó Kelsen en *¿Qué es la justicia?*, es en todo caso un valor relativo y, por lo tanto, no susceptible de una garantía jurídica desde el punto de vista un deber ser condicionante de la validez del derecho: “Un orden jurídico puede ser juzgado como injusto, según determinada pauta de justicia. Pero el hecho de que el contenido de un orden coactivo eficaz sea juzgado como injusto no constituye en todo caso fundamento para no aceptar ese orden coactivo como un orden jurídico”, (p. 62) con lo cual, nuevamente su tesis resulta contraria a la del profesor alemán Rudolph Laun, quien no ve en el derecho algo diferente de la moral.

Esta es una de las sentencias, sin duda, más determinantes en el sentido de que Kelsen quiere dar a los juicios de valor de la moral que, además de pertenecer al dominio de la subjetividad, no pueden ser objetivados, sino en la medida en que, a través de la norma, son establecidos como un hecho que, por ser, no necesariamente tiene que devenir en un *deber ser*. Dicho deber ser ha sido por costumbre referido a conceptos abstractos en el seno de diferentes culturas a través del tiempo y, de cualquier forma, escapa a los límites de la racionalidad, la cual debería limitarse en virtud de ello a la descripción y asunción de los hechos en el mundo, que sí pueden ser, efectivamente, reglados por el derecho y comprendidos por la ciencia jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- GEIGER, T. (1982). *Moral y derecho*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona, Laia.
- HABERMAS, J. (2001). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Tercera ed. Madrid, Trotta.
- KANT, I. (1946). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de Manuel García Morente. Madrid, Espasa-Calpe.
- KANT, I. (1981). *Crítica de la razón práctica*. Trad. de Rovira Armen-gol, J. Cuarta ed. Buenos Aires, Losada.
- KANT, I. (1999). *Crítica de la razón pura*. Madrid, Alfaguara.
- KELSEN, H. (1988). *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. de Eduardo García Máynez. México, Universidad Autónoma.
- KELSEN, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo. México, Porrúa.
- KELSEN, H. (2011) ¿Qué es la justicia? Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Vigésima cuarta ed. México, Fontamara.
- KELSEN, H. (2009). *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. Madrid, Reus.
- LAUN, R. (1959) *Derecho y moral*. Trad. de Juan José Bremer. Mé-xico, Universidad Nacional Autónoma.
- SCHLICK, M. (2002). *Filosofía de la naturaleza*. Trad. de José Luis González Recio. Madrid, Encuentro Ediciones.
- WITTGENSTEIN, L. (1992). *Tractatus logico philosophicus*. Trad. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Madrid, Alianza.
- WITTGENSTEIN, L. (2010). *Conferencia de ética*. Edición Electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, Valparaíso (Chile).