

La concepción kelseniana de los juicios de valor¹

Hans Kelsen's Conception of Value Judgments

Por JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS
Universidad de Salamanca

RESUMEN

*En este trabajo pretendo realizar una exploración de la concepción kelseniana de los juicios de valor. Partiendo de un examen de su posición de escepticismo ético, que consiste en una metaética relativista desde la que él niega que se puedan fundamentar racionalmente juicios de valor morales, me ocuparé de las siguientes cuestiones: (1) un análisis crítico de la tipología de los juicios de valor que Kelsen nos ofrece en la *Reine Rechtslehre*, distinguiendo entre juicios de valor y juicios de realidad, y, dentro de estos, unas categorías «especiales»; (2) el problema de la valoración de las normas jurídicas a partir de normas de justicia; (3) los cambios que experimentó su concepción en la etapa final de su pensamiento, presidida por la *Allgemeine Theorie der Normen*; y (4) finalmente, examinaré la forma como, a su modo de ver, los juicios de valor morales y políticos pueden influir en el desarrollo de la actividad científico-jurídica, y cuál es la actitud que deben mantener los científicos del derecho hacia ellos.*

Palabras clave: *Kelsen, metaética, relativismo, juicios de valor, juicios de realidad, valores de la ley, valores de la justicia, ciencia del derecho.*

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R (Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER.

ABSTRACT

*In this article I expect to perform an exploration of kelsenian conception of value judgments. Starting from an examination of his position of ethical scepticism, which involves a metaethical relativism from which he denies the possibility to found moral value judgments in a rational way, I will deal with the following issues: (1) a critical analysis of the typology of value judgments that Kelsen offers in his *Reine Rechtslehre*, and that lead him to differentiate between value judgments and judgments about reality, and, among these, to stablish some «special» categories; (2) the problem of valuation of legal norms based on norms of justice; (3) the changes that his conception underwent in the final stage of his thought, which is represented by the *Allgemeine Theorie der Normen*; and (4) finally, I will examine in which way, according to him, moral and political value judgments can influence the development of the activity of science of law, and which is the attitude that scientists of law should maintain toward them.*

Key words: *Kelsen, metaethics, relativism, value judgments, judgments about reality, values of law, values of justice, science of law.*

SUMARIO: 1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS JUICIOS DE VALOR MORALES: UNA CUESTIÓN EPISTEMOLÓGICA.—2. LA CONCEPCIÓN DE KELSEN SOBRE LOS JUICIOS DE VALOR. 2.1 *Juicios de valor y juicios de realidad en la Teoría pura del derecho.* 2.2 *La valoración de las normas jurídicas.* 2.3 *Los juicios de valor en la Allgemeine Theorie der Normen.*—3. LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO.—4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

SUMMARY: 1. THE FOUNDATION OF MORAL VALUE JUDGMENTS: AN EPISTEMOLOGICAL ISSUE.—2. KELSEN'S CONCEPTION OF VALUE JUDGMENTS. 2.1 *Value judgments and judgments about reality in the Pure Theory of Law.* 2.2 *The valuation of legal norms.* 2.3 *Value Judgments in the Allgemeine Theorie der Normen.*—3. VALUE JUDGMENTS IN SCIENCE OF LAW.—4. BIBLIOGRAPHY.

1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS JUICIOS DE VALOR MORALES: UNA CUESTIÓN EPISTEMOLÓGICA

La cuestión de si se pueden fundamentar racionalmente juicios de valor morales es seguramente el problema más importante al que se enfrentan las distintas concepciones filosófico-morales. Históricamente esa cuestión ha recibido respuestas diferentes, tanto positivas como negativas: quienes rechazan que los juicios de valor morales se

puedan fundamentar racionalmente mantienen una posición de *escepticismo ético*, mientras que quienes admiten que es posible la justificación racional de ciertos contenidos morales y de justicia se revelan como *cognitivistas éticos*. Estos todavía tendrán que responder una cuestión no menos importante: cuáles son los valores y principios morales susceptibles de obtener una fundamentación racional. Entre quienes representan la primera posición ha de mencionarse a Hans Kelsen, cuya concepción sobre los juicios de valor –y de los juicios de valor morales– examinaré en este trabajo.

Como es sabido, Kelsen es considerado el filósofo del derecho más importante del siglo xx. A lo largo de su trayectoria identificó y trató de dar solución a un conjunto de problemas que, en parte gracias a la profundidad con la que acometió su examen y a la extraordinaria ambición de su proyecto teórico, se siguen percibiendo como problemas típicos de teoría del derecho. Quizá por esta razón su doctrina jurídica, cuya exposición más lograda se condensa en la segunda edición alemana de la *Reine Rechtslehre*², sigue siendo objeto de estudio y discusión para los expertos en teoría del derecho.

Ahora bien, aunque la teoría del derecho fue el principal foco de interés de Kelsen, pensar que su actividad se centró exclusivamente en ese campo sería un error inducido por una visión simplificadora. Agustín Squella (1981, 65) ha desmentido que a Kelsen solo le interesaran los aspectos puramente normativos del derecho y que, por así decirlo, descuidara y apenas prestara atención a los aspectos valorativos³. Ciertamente, ocuparse de esos aspectos conduce a abandonar el ámbito de la teoría del derecho y, en definitiva, del examen del derecho real y efectivo –el derecho que *es*– y a situarse en el ámbito de la valoración moral del derecho, es decir, del derecho que *debe ser*, del derecho moral o justo. Supone, pues, ocuparse de cuestiones que se adentran en el terreno de la filosofía moral.

En contraste con la teoría del derecho de Kelsen, su filosofía moral es una pieza de su pensamiento menos conocida, pero no por ello carente de interés. Para emprender un examen de la particular visión de Kelsen sobre los juicios de valor morales, es necesario situarse en su contexto.

Quizá el aspecto más remarcable de la filosofía moral de Kelsen es que asume una posición de *no cognitivismo* o *escepticismo ético*, que le lleva a rechazar que se pueda conocer algo parecido a una «justicia absoluta», y que los juicios de valor morales sean susceptibles de

² Wien, Franz Deuticke, 1960.

³ Squella subraya que «ni la teoría pura ni su creador se encuentran recogidos en una consideración exclusivamente normativa del Derecho, y que, por lo mismo, dentro del cuadro de ideas de esta doctrina y de su autor, cabe perfectamente un desarrollo adicional de lo que hemos llamado el elemento valorativo del fenómeno jurídico» (1981, 65).

obtener una fundamentación racional, de forma que sean aceptables para todos.

Kelsen es consciente de que las normas de derecho positivo son objeto permanente de valoración moral. Desde su escepticismo ético no niega ese extremo; pero sí rechaza que los juicios sobre el valor moral del derecho se puedan justificar *intersubjetivamente*. Esto es consecuencia de que su escepticismo se concreta en una posición *relativista* en el plano axiológico, que le conduce a rechazar que se puedan conocer valores (jurídicos, éticos o estéticos) absolutos, y a aceptar que únicamente los valores relativos pueden ser objeto de conocimiento racional.

A pesar de que Kelsen se mantuvo firme en su posición escéptica, la cuestión de la valoración moral del derecho fue su principal preocupación como filósofo moral. Es sin duda en el tratamiento de este problema donde el fundador de la teoría pura del derecho se encuentra ante un verdadero reto, pues es justamente aquí donde aparecen claramente enfrentados los dos planos del *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*), que en su pensamiento se oponen de manera irreconciliable. Para fundamentar esa oposición⁴, que Kelsen tiene muy presente desde sus inicios –pues hace mención a ella en su primera gran obra, los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*⁵ (1911)–, se apoya en dos de los representantes de la Escuela neokantiana de Baden: Windelband y Simmel, para quienes las categorías del *Sein* y el *Sollen* eran lógicamente irreductibles. Haciéndose eco de estos autores, Kelsen tiende un abismo lógico entre el *ser* y el *deber ser*, y sostiene que a partir de enunciados sobre hechos (del *Sein*) no se pueden derivar enunciados normativos o valorativos (del *Sollen*), pues ello significaría incurrir en un sofisma lógico (*Trugschluß*) que había sido desvelado por Hume y que desde Moore se conoce como «falacia naturalista». Así pues, del hecho de que algo *es* no se puede deducir que sea *debido* y que, por tanto, *debe* tener lugar o *debe ser* valorado positivamente.

Kelsen se sirvió de ese error lógico como un instrumento de crítica contra la teoría del derecho natural, a la que acusó de haber pasado sistemáticamente del *Sein* al *Sollen* al tratar de obtener, a partir de hechos naturales (que configuran la naturaleza humana, de las cosas, etc.), normas o principios de derecho natural⁶, a los que los represen-

⁴ Para Errázuriz Mackenna (1986, 395) esa oposición es un «principio axiomático» de la teoría pura del derecho.

⁵ En el prólogo de la segunda edición Kelsen explica que «Los *Hauptprobleme* toman como punto de partida la *oposición fundamental entre ser (Sein) y deber ser (Sollen)*, descubierta por Kant en su esfuerzo por fundamentar la autonomía de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el *deber ser* la expresión de la autonomía del derecho que ha de ser determinado por la ciencia jurídica, a diferencia de un ser social susceptible de ser concebido sociológicamente» (Kelsen: 1923, VI).

⁶ Véase Kelsen: 1957b, 137; 1957e, 20; 1963a, 4; 1968a, 247.

tantes de esa teoría asignan un valor de justicia absoluto. Esos principios absolutamente justos son el fundamento, no solo para la valoración moral de las normas de derecho positivo, sino también de su validez, pues para los iusnaturalistas ambas cuestiones no se pueden separar. El problema es que para mantener esa unión –o mejor, esa confusión– entre la cuestión de la validez y la cuestión del valor moral de las normas, es preciso situarse en un plano de cognitivismo ético, algo que Kelsen no puede admitir. Él diferencia ambas cuestiones y piensa que deben afrontarse por separado, pues a su juicio esa confusión es resultado de introducir el valor moral de las normas como criterio de la validez jurídica. Desde su escepticismo ético, defiende que la valoración moral de las normas de derecho positivo como justas o injustas es enteramente independiente de su validez.

La cuestión de la valoración moral del derecho deriva en la cuestión del contenido de la justicia. Kelsen se pregunta si ese contenido se puede dilucidar racionalmente, y su respuesta no deja resquicio para la duda: la justicia absoluta es un ideal irracional, cuyo contenido no es accesible al conocimiento humano⁷. Al pronunciarse en estos términos, pretende reflejar que la determinación del contenido de la justicia –como problema que compete a la filosofía moral– es una cuestión de índole epistemológica, que a su modo de ver solo se puede responder negativamente. Basándose en una concepción científico-gnoseológica que rechaza que existan las «cosas en sí» –como objetos de conocimiento que sobrepasan los límites de la percepción sensorial, en sentido kantiano–, sostiene que, aun en caso de que exista una justicia absoluta y valores morales absolutos, estos no se pueden conocer. El alcance limitado de las capacidades cognitivas humanas hace que la única justicia y los únicos valores asequibles al entendimiento humano sean relativos.

Kelsen es consciente de que una justificación en términos meramente relativos de la justicia y los valores supone una desventaja que, sin embargo, él, como relativista, sí está dispuesto a asumir: las concepciones sobre la justicia y los valores son cambiantes y pueden ser muy diferentes de unos contextos históricos y sociales a otros, como lo son también para quienes conviven en una misma sociedad. Aunque Kelsen admite que una filosofía moral relativista no puede proporcionar las mismas certezas sobre la justicia y los valores que su contrapartida absolutista, esa es la única opción para quienes, como él, desconfían de la capacidad del intelecto humano para conocer valores absolutos.

Así pues, el relativismo ético de Kelsen se explica por consideraciones de carácter gnoseológico. En ese contexto, también califica su posición como «relativista», pues a su modo de ver el relativismo ético se corresponde, en teoría del conocimiento, con una posición de

⁷ Kelsen: 1934, 14; 1947, 397; 1960, 401; 1963b, 61.

relativismo epistemológico. Una asociación muy similar se produce también entre las contrapartidas «absolutistas», pues el absolutismo ético se suele coligar con un absolutismo epistemológico. Esta circunstancia revelaría que hay una conexión esencial entre la filosofía moral y la teoría del conocimiento⁸, que se ha manifestado en un doble antagonismo: *por un lado*, entre el absolutismo y el relativismo éticos, y, *por otro*, entre el absolutismo y el relativismo filosóficos (o epistemológicos). Finalmente, aunque aquí me limitaré a mencionarlo, a los dos señalados se añade un tercer antagonismo, que se ciñe al ámbito de las ideas políticas⁹, induciendo una actitud favorable, bien a formas de gobierno autocráticas (absolutismo político), bien a la democracia (relativismo político).

La correspondencia que más interesa en este contexto es la que se establece entre un punto de vista filosófico-moral y una concepción epistemológica. Aunque Kelsen la examinó en diferentes trabajos, fue quizá en «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics» (1948) donde lo hizo de forma más ambiciosa. En ese escrito Kelsen trató de investigar los fundamentos filosóficos del absolutismo y el relativismo, y de ponerlos en conexión con una orientación política y una concepción filosófico-moral que, como ahora explicaré, consiste fundamentalmente en un punto de vista metaético.

Al enfocar la cuestión desde la teoría del conocimiento, el absolutismo filosófico se presenta como un conjunto de doctrinas cuyo nexo común es la adopción de un punto de vista metafísico según el cual existen las «cosas en sí», como realidades absolutas e independientes del conocimiento humano, que trascienden los límites de la experiencia (Kelsen: 1957a, 198-199). Pasando al plano moral, en su vertiente ética, el absolutismo se caracteriza por la idea de que el valor es inmanente a la realidad, y de que los juicios de valor morales tienen la misma objetividad que los enunciados que describen hechos. Nada de extraño tiene, pues, que desde esa óptica los valores morales se presenten como absolutos.

En contraste, el relativismo, en teoría del conocimiento, implica una epistemología empirista, según la cual el ámbito de la realidad que puede ser objeto de conocimiento está férreamente determinado por los límites de la experiencia (Kelsen: 1957a, 198), de forma que cualquier supuesta «realidad» que pretenda situarse más allá de esas lindes es incognoscible. En consecuencia, lo absoluto –la «cosa en sí»– no puede admitirse como objeto posible de conocimiento.

Al hacer traslación de este planteamiento gnoseológico al plano moral, resulta que la justicia absoluta y los valores morales absolutos, como objetos que están más allá de la experiencia, son incognoscibles. Para Kelsen la justicia absoluta es un ideal irracional, y esto significa tanto como negar que sea accesible al conocimiento. La única

⁸ Kelsen: 1957a, 198; 1968c, 1924.

⁹ Kelsen: 1957a, 198; 1968c, 1938; 2006, 224.

justicia y los únicos valores que son inteligibles para los seres humanos son relativos, pues son la expresión de lo que cada individuo, desde su propia concepción moral, entiende que es justo o valioso.

Si únicamente se pueden admitir valores morales relativos, entonces para Kelsen los juicios de valor morales no pueden pretender una validez absoluta. En otras palabras, esos juicios no pueden ser candidatos a obtener una justificación racional, *intersubjetiva*, ni pueden ser válidos y aceptables para todos. Por esa razón el escepticismo kelseniano se revela como una posición que es ante todo *metaética*, pues responde negativamente a la pregunta de si se pueden fundamentar racionalmente juicios de valor morales. De esta manera, el teórico del derecho Kelsen, como filósofo moral, nunca llega a plantearse la segunda cuestión que mencioné al comienzo: cuáles son los principios y valores que son susceptibles de obtener una fundamentación racional y cuál es su contenido.

Formularse esa segunda pregunta significaría descender del nivel de la metaética –también llamada *ética analítica*– al nivel de la *ética normativa*, en la que Kelsen no cree como empresa racional. Por esa razón se mantiene en el plano metaético, adoptando una actitud escéptica que es coherente con la sensibilidad y los planteamientos científicos y gnoseológicos propios de la época y el contexto intelectual en el que se desarrolló su doctrina. Como consecuencia, él no llegó a plantearse otras cuestiones sobre la justicia y los valores más allá de si se puede conocer su contenido¹⁰.

Dicho esto, en el ámbito metaético hay multitud de posiciones defendibles¹¹, tanto *cognitivistas* como *no cognitivistas*. Trazar una

¹⁰ Bjarup (1986, 296) opina que el relativismo de Kelsen es «ético normativo» y se fundamenta sobre consideraciones metaéticas de carácter epistemológico.

¹¹ Moreso (2003, 3 y ss.) trata de presentar los distintos puntos de vista metaéticos combinando las posibles respuestas que admiten tres preguntas clave: (1) la cuestión «semántica»: ¿Pueden verificarse los juicios morales? ¿Son susceptibles de verdad o falsedad?; (2) la cuestión «ontológica»: ¿Hay predicados morales que se refieren a propiedades morales de las cosas? ¿Se pueden verificar juicios morales a partir de genuinos hechos morales?; (3) la cuestión de la «objetividad»: ¿Son posibles los acuerdos racionales en materia moral? ¿Hay cuestiones morales susceptibles de obtener una respuesta unívoca para todos los individuos y en todos los contextos? Combinando las respuestas afirmativas y negativas a estas preguntas, se revelan ocho posiciones que *a priori* son lógicamente posibles. Pero dado que la cuestión semántica y la cuestión ontológica mantienen una estrecha relación de interdependencia, las respuestas que reciben no pueden ser divergentes, pues ello daría lugar a posiciones imposibles o muy minoritarias. En realidad hay cuatro posiciones típicas, que están representadas por otras tantas corrientes: (i) cuando se responde a las tres preguntas afirmativamente, estamos ante el *realismo moral*; (ii) cuando se responde afirmativamente a la cuestión semántica y a la ontológica, y negativamente a la cuestión de la objetividad, estamos ante el *naturalismo* o *subjetivismo*; (iii) cuando las dos primeras cuestiones reciben una respuesta negativa y la tercera una afirmativa, estamos ante la posición típicamente *prescriptivista*; y (iv) finalmente, hay espacio también para el *emotivismo* de Ayer y Stevenson, que responde negativamente a las tres preguntas. Esas cuatro posiciones son muy generales y admiten diversas variantes. La metaética de Kelsen consiste en un relativismo ético desde el que se responden negativamente a

especie de mapa que permita situarlas es algo que excede los límites de este estudio, pero a pesar de ello opino que puede ser útil tratar de identificar cuál es el lugar que ocupa el relativismo kelseniano en ese contexto. Para satisfacer ese objetivo, una fuente de conocimiento muy recomendable pueden ser algunos trabajos de Nino. Este autor señala que dentro de la metaética hay dos grupos de teorías principales: las teorías *descriptivistas* y las teorías *no descriptivistas* (Nino: 1997, 355). Para las primeras los juicios de valor morales son enunciados descriptivos, que cumplen una función cognitiva y pueden ser verdaderos o falsos. Cabe situar aquí el *intuicionismo* de Moore, aunque para este autor los juicios de valor morales no pueden verificarse en términos empíricos, pues describen hechos que no son «naturales». Esto es consecuencia de que el significado de conceptos como «bueno» o «malo» no se puede explicar mediante palabras no éticas. Por eso su sentido solo se puede captar a través de una genuina intuición intelectual¹².

Para Nino el relativismo de Kelsen estaría más cerca del segundo grupo de teorías: las *no descriptivistas*. Estas rechazan que los juicios de valor morales describan hechos, lo que supone que esos juicios no son discutibles desde el punto de vista de la verdad, ni cumplen una función cognitiva (Nino: 1997, 363). Su función no es informar, sino tratar de influir en la conducta individual. Esto genera dudas sobre si es posible justificar esos juicios, y por esa razón el no descriptivismo ético se suele asociar a una visión escéptica respecto del papel que juega la racionalidad en materia ética.

En las teorías *no descriptivistas* existen dos corrientes típicas: el *emotivismo* y el *prescriptivismo*. El primero, representado por Stevenson pero que tiene un antecedente en Ayer, subraya la insuficiencia del método empírico en su aplicación al ámbito de la moral. Rechaza que los juicios morales sean verificables empíricamente, y por tanto no tiene sentido debatir si se pueden esgrimir mejores razones a favor de ciertos juicios¹³. En cambio, los juicios morales tienen un sentido emotivo (a pesar de que se les atribuye cierto significado descriptivo), mediante el cual pretenden influir en las actitudes ajenas, generando motivos para actuar de una manera determinada.

La segunda gran corriente no descriptivista es el *prescriptivismo universal* de Hare. Para este autor los juicios morales son prescripciones *universalizables* (aunque también atribuye a los términos morales cierto sentido descriptivo), de forma que quien expresa un juicio de valor moral prescribe una forma de conducta que será exigible en

las tres preguntas; pero a su vez habría que introducir criterios adicionales que permitieran caracterizar su posición de forma más precisa, y diferenciarla, por ejemplo, del emotivismo de Ayer.

¹² Nino (1997, 361) denuncia la paradoja que supone rechazar la apelación a la experiencia mientras se confía en una intuición.

¹³ Por esa razón Nino (1997, 365) reprocha al emotivismo destruir la moralidad.

todas las situaciones que compartan los mismos rasgos, y al mismo tiempo se compromete a que su conducta sea consecuente con ese juicio. Pero hay un segundo punto de desencuentro con el emotivismo: el prescriptivismo admite como legítima la pretensión de reclamar mejores razones que apoyen los juicios de valor morales. Como consecuencia, se admite que algunos juicios estarán respaldados por mejores razones que otros¹⁴.

Frente a las teorías descriptivistas y no descriptivistas, otras posiciones filosófico-morales admiten que hay hechos empíricos que son relevantes para resolver cuestiones valorativas, y a su vez que algunos juicios pueden contar con mejor respaldo que otros (Nino: 1997, 372). El espectro de teorías morales es prácticamente inabarcable, y puesto que una descripción más detallada no ayuda a esclarecer el lugar que ocupa la metaética de Kelsen en este complejo esquema, es preferible no profundizar en ello.

Aunque el relativismo kelseniano orbita en torno a posiciones no descriptivistas, no coincide ni con el emotivismo ni con el prescriptivismo. Pero a tenor de lo expuesto hasta ahora, parece que está más próximo al segundo, pues, como luego explicaré, para Kelsen los valores son constituidos por normas, aunque no se identifican con ellas¹⁵. En ese sentido, los juicios de valor morales conectan una conducta y una norma moral que prescribe una acción o una omisión, de modo que si la conducta se ajusta a la norma, se valorará positivamente, mientras que si es contraria a la norma, el juicio será negativo.

Aunque parece que la metaética relativista de Kelsen está más próxima a las tesis prescriptivistas, ello no le impide atribuir a los juicios de valor morales cierto carácter emotivo, pues con su emisión se tratan de suscitar actitudes en el oyente, que pueden ser, dependiendo de la situación, de aprobación o desaprobación. Probablemente este rasgo es una consecuencia de la proximidad contextual de Kelsen a los miembros del Círculo de Viena.

Finalmente, igual que sucedía en Hare, para Kelsen el carácter fundamentalmente prescriptivo de los juicios de valor morales es compatible con que tengan también cierto carácter descriptivo, pues se refieren a conductas y actos humanos que tienen lugar en el plano del *Sein*. Aunque para Kelsen, como he explicado antes, una cesura radical separa los planos del *Sein* y el *Sollen*, ello no impide que esos juicios hagan referencia a hechos de la realidad¹⁶. A pesar de ello, esta sepa-

¹⁴ Para Nino (1997, 370), el único avance de Hare frente al emotivismo es que admite que los juicios morales son universalizables.

¹⁵ Según Pettit (1986, 317), para Kelsen los juicios de valor morales involucran normas que poseen una fuerza prescriptiva incondicional. Aunque esto es cierto, hay que matizar que son las normas las que constituyen los valores. Son ellas las que tienen sentido prescriptivo, y no los valores como tales. Véase Kelsen: 1960, 16 y ss. y 358; 1963b, 60.

¹⁶ Esto mismo se puede atribuir, en la teoría del derecho de Kelsen, a las proposiciones (*Rechtssätze*) que describen el contenido de las normas jurídicas positivas

ración categorial, lejos de flexibilizarse, en la etapa final de Kelsen, presidida por la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), acabaría intensificándose¹⁷.

Así pues, a modo de recapitulación, el relativismo de Kelsen se puede caracterizar, a grandes rasgos, como sigue: (i) es una posición escéptica a la que Kelsen llega como resultado de un planteamiento epistemológico que le hace rechazar la inteligibilidad de las «cosas en sí» y de los valores morales absolutos; (ii) es una posición metaética que (iii) se aproxima más al prescriptivismo que al emotivismo, pues sostiene que los juicios de valor morales conectan una conducta y una norma moral, de modo que la valoración que recibe esa conducta será favorable o desfavorable dependiendo de si se ajusta o no a la norma; (iv) a pesar de ello, los juicios de valor morales tienen cierto carácter emotivo, pues tratan de despertar sentimientos y actitudes en el oyente; y (v) por último, que esos juicios tengan un sentido prescriptivo no es obstáculo para admitir que también cumplen cierta función descriptiva, en la medida en que informan sobre la realidad.

2. LA CONCEPCIÓN DE KELSEN SOBRE LOS JUICIOS DE VALOR

La concepción de Kelsen sobre los juicios de valor es un aspecto particularmente interesante de su filosofía moral, pues, como ahora mostraré, en su tratamiento nuestro autor desplegó grandes dotes analíticas.

La visión de Kelsen sobre este asunto apenas experimentó cambios significativos. Un primer trabajo importante fue «Value Judgments in the Science of Law» (1942). En él diferencia los dos tipos de juicios más interesantes para la actividad de la ciencia del derecho: los juicios sobre la legalidad o la licitud de una conducta, que se confronta con una norma jurídica (Kelsen: 1957d, 222), y los juicios morales sobre la justicia, que se apoyan sobre normas o principios que reclaman una validez absoluta. Para distinguirlos, Kelsen habla de los «valores de la ley» y los «valores de la justicia».

(*Rechtsnormen*). Igual que las *Rechtsnormen*, las *Rechtssätze* son enunciados sobre el *deber ser*; pero a diferencia de aquellas tienen también un sentido descriptivo, al informar acerca del *ser* de un *deber ser* (Kelsen: 1945, 45; 1957d, 210; 1960, 73). Con esto se quiere expresar que el mismo *deber ser* está presente en las normas y en los enunciados que describen esas normas, aunque cumple una función distinta en cada caso. Mientras que las *Rechtsnormen* prescriben y dirigen la conducta, las *Rechtssätze* realizan una función cognitiva, y tienen una aplicación científica de la que carecen, en cambio, los juicios de valor sobre cómo *debe ser* el derecho, dado que tienen una carga emotiva.

¹⁷ Más adelante retomaré esta cuestión.

En la edición francesa de la *Reine Rechtslehre* (1953) ese esquema no se modifica, salvo porque Kelsen sostiene que los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta son verdaderos juicios de hecho (Kelsen: 1963b, 56-57), que conectan una conducta real con una norma de derecho positivo. Sin embargo, en la segunda edición alemana (1960), Kelsen se refiere nuevamente a esos juicios como juicios de valor, y no como juicios de hecho, quizá porque entiende que la ciencia del derecho es una ciencia que versa sobre normas, y no sobre hechos¹⁸. En 1960 distingue también, por primera vez, los juicios de valor (*Werturteile*) que expresan una relación entre una conducta y una norma jurídica y los juicios de realidad (*Wirklichkeitsurteile*), de los que señala algunos subtipos.

Finalmente, en la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) Kelsen nos dejó la única revisión que experimentó su concepción. En esa obra introdujo una interesante doctrina (Kelsen: 1979, 46 y ss.) que significó una nueva forma de presentar la oposición entre el *ser* y el *deber ser*, entre la realidad factual y la normatividad. Se trata de la doctrina del sustrato modalmente indiferente.

2.1 Juicios de valor y juicios de realidad en la *Teoría pura del derecho*

En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen parte de la distinción entre juicios de valor y juicios de realidad. Estos últimos son enunciados que se caracterizan porque describen un acontecer real (Kelsen: 1960, 17), que puede hacer referencia tanto a la realidad natural como a la realidad social. Además, explica que todo juicio, tanto si es de realidad como de valor, establece una relación entre dos elementos, lo que permite clasificarlos dependiendo de cuáles son los componentes que se relacionan. Más allá de esto los enunciados no tienen características comunes.

Para Kelsen no todos los juicios de valor tienen la misma importancia. Él sitúa en primer término los juicios que confrontan un hecho de la realidad (del *Sein*) –por lo general una conducta– y una norma *válida* que prescribe un *deber ser* (un *Sollen*). Estos son los juicios que más interesan a la ciencia del derecho, y por eso es natural que les conceda más protagonismo. Estos juicios presuponen normas que establecen una conducta como debida, y, al hacerlo, están constituyendo un valor que opera como pauta de juicio. De ese modo, cuando una conducta se corresponde con una norma, se valora positivamente como «buena»; y en caso contrario se valora negativamente como «mala» (Kelsen: 1960, 17 y 358). Los juicios de valor morales y los juicios sobre la legalidad de una conducta son subespecies de este tipo de juicios de valor.

¹⁸ Así opina Hilgendorf: 2001, 132.

Kelsen subraya que solo la realidad puede estar sujeta a valoraciones. Pero admite a su vez que junto a la realidad fáctica hay una realidad específicamente normativa, que como objeto de conocimiento se mantiene separada de la realidad fáctica por una cesura insalvable. Esto hace que se pregunte si, además de los actos y conductas humanos, no habría que someter también a las normas, que forman el ámbito de la realidad del *Sollen*, a una valoración basada igualmente en normas, pero en este caso normas de justicia. La respuesta a esa cuestión se remite al apéndice «Das Problem der Gerechtigkeit», donde Kelsen rechaza que tenga una respuesta racional (Kelsen: 1960, 358 y ss.). Más adelante explicaré detalladamente cómo trató Kelsen esta cuestión.

Junto a los juicios de valor que se fundamentan en normas que constituyen valores, Kelsen se refiere también a juicios de realidad (*Wirklichkeitsurteile*) que califica como «especiales», pues no se apoyan en normas. Dentro de esta categoría hay dos subtipos: (i) los juicios de valor que relacionan un objeto o una conducta con el deseo o voluntad de una o varias personas (Kelsen: 1960, 20); y (ii) los juicios de valor sobre la adecuación de un objeto o una conducta como medio para realizar un fin. En el primer caso, el juicio expresa una aprobación o desaprobación emotiva del objeto en cuestión; en el segundo, en cambio, no hay rastro de emotividad, pues la adecuación de un medio a un fin puede verificarse empíricamente (Kelsen: 1960, 24). Esto no quiere decir que esos juicios sean siempre objetivos, sino que a veces son subjetivos. En cambio, los juicios que expresan aprobación o desaprobación sobre un objeto o una conducta son siempre subjetivos.

Este sería el cuadro de juicios que le interesan a Kelsen. Su concepción se asemeja a la de Carnap y otros miembros del Círculo de Viena, con quienes comparte la idea de que la realidad es el único objeto posible de valoración. Kelsen añade la nota distintiva, de impronta neokantiana, de que esa realidad se divide en los dos planos comunicados del *Sein* y el *Sollen*, propiciando que tanto los hechos como las normas sean objeto de valoración en sus respectivos ámbitos de existencia.

Profundizando en la subespecie de juicios de valor que relacionan una conducta y una norma válida –a los que Kelsen dedica especial atención– se pueden diferenciar a su vez dos tipos de juicios atendiendo al sentido que tiene esa validez:

(i) Cuando los juicios de valor conectan la realidad (*v. gr.* una conducta) con una norma jurídica positiva, tanto si ha sido establecida mediante un acto legislativo como si emana de la costumbre, el valor constituido por esa norma es arbitrario, pues se pueden crear otras normas que constituyan valores opuestos. Esto ratifica que esos valores son relativos (Kelsen: 1960, 18), pues se admite que dos normas

opuestas pueden ser válidas al mismo tiempo, siempre que pertenezcan a sistemas normativos diferentes¹⁹.

(ii) En cambio, cuando un juicio de valor se fundamenta sobre una norma a la que se atribuye un valor absoluto –Kelsen se refiere a una norma de justicia²⁰– se excluye la posibilidad de fundamentar juicios de valor opuestos.

La confusión entre ambos tipos de juicios es algo frecuente en los juicios de valor morales y políticos. Para comprender cabalmente cómo entiende Kelsen esos juicios, es preciso explicar que una señal de identidad de su pensamiento es su voluntarismo. Para Kelsen toda norma es expresión de un acto de voluntad, lo que significa que las normas no se pueden originar en ninguna otra facultad humana (v. gr. la razón). Por eso Kelsen rechaza sin tregua la idea de una *ratio practica*. De esta manera, toda norma constitutiva de un valor –tanto da si es un valor moral o jurídico– es una norma creada –o «puesta»– mediante un acto de voluntad. Volviendo a los juicios de valor morales, Kelsen entiende que se basan en normas que el sujeto juzgante asume en cada caso y que son «puestas» arbitrariamente por él como fundamento de sus valoraciones. Su carácter arbitrario hace que los valores constituidos por ellas solo puedan valer relativamente y desde la óptica de quien juzga. El problema es que, a menudo, desde posiciones propias de una filosofía moral absolutista, se pretende asignar a los juicios de valor morales una validez absoluta, atribuyendo a la norma en la que se fundamentan un origen trascendente y remitiéndola a la voluntad de Dios o a una razón supraempírica. Con esta maniobra se pretende hacer pasar por objetivos juicios que en realidad son subjetivos. Para Kelsen ese subterfugio formaría parte del *modus operandi* de la doctrina iusnaturalista²¹.

Así pues, en el fondo, los juicios de valor morales expresan emociones, intereses y deseos personales, que se pretenden disfrazar con el ropaje de lo absoluto²². El emisor asigna, consciente o inconscientemente, un valor absoluto a las normas sobre las que se fundamentan

¹⁹ Esta es una situación de *conflicto de deberes*, en la que dos normas se oponen mutuamente sin que ello suponga una incompatibilidad, pues pertenecen a dos sistemas normativos diferentes. La oposición se puede dar entre dos normas pertenecientes a dos sistemas jurídicos distintos o a dos sistemas normativos de naturaleza diversa, como un sistema jurídico y un sistema moral o religioso. Véase Squella: 1981, 68.

²⁰ Kelsen distingue las normas de justicia de los conceptos abstractos. Un concepto define cuáles son las cualidades de un objeto. Si un objeto cualquiera reúne esas cualidades, entonces cae bajo el concepto. A diferencia de las normas de justicia –que son prescripciones generales aplicables a un número *a priori* indeterminado de casos– los conceptos no constituyen valores. Definir esos conceptos es una función del conocimiento, mientras que la creación de normas es competencia de la voluntad. Ambas funciones no se deben confundir, y no se puede tratar de obtener normas a partir de conceptos. El incumplimiento de esa prohibición explicaría los reproches de Kelsen a la «jurisprudencia de conceptos» (*Begriffsjurisprudenz*) (Kelsen: 1960, 17-18 [al pie] y 362-363).

²¹ Véase Kelsen: 1960, 442.

²² Véase Kelsen: 1957a, 199; 1960, 18; y, en especial, 1947, 392-393; 1957d, 228.

esos juicios (Kelsen: 1957d, 228). Con ello se intenta atribuir a los juicios de valor morales y políticos la misma objetividad que tienen los enunciados descriptivos de las ciencias empíricas, y al mismo tiempo postular una justicia que es independiente de la voluntad humana²³.

Para Kelsen, en cambio, esos juicios no pueden integrarse en el desarrollo de una genuina actividad científica²⁴. Con ello demuestra su proximidad a planteamientos que, décadas antes, habían defendido los miembros del Círculo de Viena, que, con Carnap al frente, sostenían que los pronunciamientos morales eran simples expresiones emotivas sin valor cognitivo, y los desdeñaban refiriéndose a ellos como «sinsentidos».

El contraste entre lo que a menudo se pretende hacer creer que son esos juicios –pronunciamientos susceptibles de objetividad, que informan de la correspondencia entre una conducta y una norma moral que se presupone absolutamente válida– y lo que son en realidad –expresiones emotivas encubiertas del emisor– se conecta con la oposición entre los dos planteamientos filosófico-morales y epistemológicos a los que antes me he referido. Desde una posición de *absolutismo ético*, se pretenden proporcionar soluciones metafísicas a los problemas morales, apelando a una esfera trascendente. De esa forma se atribuye a los juicios de valor morales un valor absoluto, presentándolos como juicios objetivos. En cambio, desde una posición *relativista* se trata de investigar qué se oculta tras esos juicios, desenmascarándolos y mostrando lo que son en realidad: expresiones emotivas carentes de valor cognitivo. Por el contrario, los juicios que expresan si existe o no una correspondencia entre una conducta y una norma jurídica cumplen una función cognitiva y se pueden incorporar al desarrollo de una actividad científico-jurídica.

En «Value Judgments in the Science of Law» Kelsen presta especial atención a los juicios de valor que relacionan una conducta y una norma *jurídica*. Esos juicios atañen a lo legal e ilegal, lo lícito y lo ilícito (Kelsen: 1957d, 209 y 222). Kelsen se refiere a los «valores de la ley» frente a los «valores de la justicia» (Kelsen: 1957d, 209), que son el fundamento de los juicios de valor morales. Esta obra se ocupa de dos cuestiones que se presentan de forma combinada: *por un lado*, la cuestión de la validez normativa, que es omnipresente en la teoría kelseniana del derecho; y, *por otro lado*, la cuestión relativa a las condiciones de objetividad de los juicios de valor jurídicos. Esa objetividad depende de dos cosas: (i) la pertenencia a un sistema de juicios constituidos por normas jurídicas válidas; y (ii) la verificación de ciertos hechos que condicionan la validez de las normas.

(i) Los juicios de valor sobre la licitud o ilicitud de una conducta son *objetivos*, en primer lugar, si expresan la relación que existe entre

²³ Kelsen: 1947, 393; 1957a, 199.

²⁴ Kelsen: 1957b, 229; 1960, 22.

una conducta y una norma creada por una autoridad jurídica o por vía consuetudinaria. Esos juicios configuran un sistema (Kelsen: 1957d, 222) que reproduce la construcción escalonada del sistema jurídico. Así pues, en primera instancia, el juicio de que una conducta es legal o ilegal significa que se ajusta o no a una norma jurídica positiva, *v. gr.* una sentencia. La cuestión es ¿cómo se puede determinar si la sentencia sobre la que se pretende fundamentar la objetividad de un juicio es también legal? La respuesta de Kelsen es que sobre la sentencia se puede emitir un juicio de valor similar, apoyado en la ley o la costumbre, que autorizan al juez a dictarla. Del mismo modo, el juicio de que la ley o la costumbre son legales significa que se ajustan a la constitución, que autoriza a crear derecho al órgano legislativo o a la costumbre. Por último, hay que preguntarse sobre la legalidad de la propia constitución, que es la norma positiva primera y superior. Como es sabido, para Kelsen la legalidad de la constitución hay que presuponerla (Kelsen: 1957d, 223), o de lo contrario no sería posible: (1) fundamentar la legalidad de la función legislativa desarrollada por el órgano parlamentario; (2) discriminar entre las decisiones legales e ilegales de los tribunales; y (3) disponer de una base para juzgar las conductas individuales como legales o ilegales. En suma, el fundamento de la objetividad de cualquier juicio de valor sobre la legalidad o ilegalidad de una conducta o una norma es el juicio de valor de que la constitución es legal. Y en la teoría del derecho de Kelsen la objetividad de ese juicio solo se certifica si se presupone la norma fundamental (*Grundnorm*). En «Value Judgments in the Science of Law» Kelsen asigna a esa norma, junto a la tarea bien conocida de fundamentar en última instancia la validez de las normas del sistema, la de proporcionar a los juicios de valor jurídicos una base última de justificación.

Ahora bien, puesto que la objetividad de los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta o una norma se fundamenta en una norma jurídica que a su vez presupone la norma fundamental, para Kelsen no hay más remedio que admitir que esa objetividad es limitada, pues se condiciona a la presuposición de esa norma. Además, presuponer la norma fundamental solo es necesario si se quiere someter a los juicios de valor jurídicos, que encuentran en ella su fundamento último, a una prueba objetiva. Pero abstenerse de interpretar la conducta humana en el esquema que proporcionan las normas jurídicas es igualmente posible (Kelsen: 1957d, 226). El sistema jurídico solo brinda un esquema de interpretación posible, pero no necesario.

(ii) Para Kelsen, la objetividad de los juicios de valor jurídicos también está sujeta a la constatación de ciertos hechos complejos, y en particular de la eficacia general del sistema jurídico, sin la cual no cabría presuponer la norma fundamental (Kelsen: 1957d, 227). Con ello Kelsen termina redirigiendo la discusión a su principal preocupación en teoría del derecho: el fundamento de la validez de las normas. En ese sentido, se puede decir que «Value Judgments in the Science of

Law» es un escrito desorientador, pues en él se entremezclan de forma no siempre clara una teoría sobre la validez de las normas jurídicas y una teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor. A pesar de lo que sugiere el título del trabajo, la teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor es relegada a un segundo plano. Lamentablemente, el desarrollo de esa teoría no se retomó en obras posteriores. En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen se centra de nuevo en el problema de la validez de las normas jurídicas, admitiendo que la eficacia general del sistema jurídico es una condición de esa validez (Kelsen: 1960, 10), pero no su razón última (*conditio per quam*). Los juicios sobre la legalidad o ilegalidad de una conducta ni siquiera se mencionan. Por esta razón, «Value Judgments in the Science of Law» ha de considerarse un esbozo inacabado.

Sin embargo, en esa segunda edición de la *Reine Rechtslehre* se incorporan otros juicios de valor, con lo cual, al final Kelsen engruesa su tipología. Junto a los juicios de valor que se fundamentan en normas objetivamente válidas, presenta los juicios de valor «especiales» sobre la realidad. En esa categoría, se refiere en primer lugar a los juicios de valor que relacionan una conducta con el deseo o voluntad de una o varias personas (Kelsen: 1960, 20). Estos juicios no conectan un hecho y una norma, sino dos hechos de la realidad. A diferencia de los juicios de valor que relacionan hechos con normas, aquí el valor no es constituido por una norma, pues el elemento normativo es excluido de esa relación. Por «valor» en este caso se entiende un estado emocional que se expresa como un sentimiento de aprobación o de desaprobación hacia la conducta u objeto en cuestión. Por eso Kelsen califica esos valores y esos juicios de valor como «subjetivos».

Los valores subjetivos se caracterizan porque el deseo o voluntad que se focaliza hacia un objeto puede tener distintos grados de intensidad. En cambio, cuando están en juego valores objetivos, que son constituidos por normas objetivamente válidas, el valor no admite grados, porque la conducta que se asocia a la norma solo puede ser conforme o disconforme con ella, pero no puede corresponderle en más o en menos (Kelsen: 1960, 21), es decir, gradualmente. En este caso el valor solo puede tener aplicación binaria.

Ahora bien, para Kelsen un rasgo común tanto de los juicios objetivos como de los juicios subjetivos es que ambos pueden cumplir una función cognitiva. Los predicados «objetivo» y «subjetivo» se refieren al valor, pero no al juicio. Por esta razón, aunque un «juicio objetivo» expresa un valor objetivo, y un «juicio subjetivo» un valor subjetivo, ambos pueden ser «objetivos» en el sentido de que pueden transmitir información sobre algún aspecto de la realidad. Los juicios de valor subjetivos (o mejor dicho, los juicios sobre valores subjetivos) tendrán carácter objetivo si la relación que expresan entre un objeto y un deseo o voluntad de una persona no tiene en cuenta si el emisor desea o no el objeto (Kelsen: 1960, 22). En caso contrario, si el emisor expresara un

sentimiento de deseo o de rechazo hacia el objeto, el juicio no tendría valor cognitivo, y en ese sentido no sería diferente de los juicios de valor morales o políticos. Sobre estos no puede haber duda: incluso si se pretende que el valor es objetivo y se piensa que ha sido constituido por una norma de justicia «puesta» por una autoridad trascendente, el juicio es siempre subjetivo, y no tiene valor cognitivo.

Kelsen se ocupa todavía de un segundo tipo de juicios de valor «especiales» sobre la realidad: los que establecen una relación entre un objeto –en realidad está pensando en una acción humana, que opera como un *medio*– y la realización de un *fin*. Una vez se ha establecido un fin, una acción puede recibir una valoración positiva o negativa por su adecuación o no a él. Kelsen explica que los fines pueden ser de dos tipos dependiendo de quién los ha establecido: (i) si se trata de fines trascendentes, que se piensa que han sido establecidos por una autoridad sobrenatural, tienen carácter objetivo; (ii) en cambio, si son fines que los individuos se imponen a sí mismos, tienen carácter subjetivo²⁵. Pero además, no solo el fin, sino también el valor –pues ambos están estrechamente ligados–, puede ser objetivo o subjetivo, en función de quién ha impuesto el fin. Ahora bien, para Kelsen los fines objetivos solo pueden ser admisibles desde planteamientos metafísicos, pues presuponen instancias trascendentes que imponen fines a los seres humanos. Para un relativista epistemológico (y agnóstico) como él solo se puede constatar la existencia de los fines que los seres humanos se imponen a sí mismos, es decir, los fines subjetivos. Cuestión diferente es determinar si en ese caso los juicios de valor son subjetivos o no. Él sostiene que esos juicios, al describir una relación que es verificable empíricamente, son objetivos y tienen un valor cognitivo, a condición de que no involucren los deseos personales del emisor. En caso contrario, si el fin fuera deseado por el emisor, el juicio carecería de objetividad y no tendría valor cognitivo (Kelsen: 1960, 24).

La forma como Kelsen entiende los juicios sobre la adecuación de un medio para alcanzar un fin –que son juicios de racionalidad técnica susceptibles de verificación– es sorprendente a la par que discutible, pues él termina subordinando la objetividad de esos juicios a que el emisor sea neutral y no sienta deseos hacia el fin propuesto. Parece que Kelsen no ha tenido en cuenta que muchos fines que perseguimos en nuestra vida diaria están inducidos por deseos personales. Desear esos fines no afecta en modo alguno a la objetividad del juicio *técnico* que establece que un medio es adecuado para alcanzar un fin. En contra de la opinión de Kelsen, ese juicio, que puede verificarse, sería *objetivo* y cumpliría una función cognitiva independientemente de nuestra actitud hacia el fin.

Más allá de esta falta de finura de Kelsen al ocuparse de los juicios técnicos sobre la adecuación de un medio para alcanzar un fin, su con-

²⁵ Kelsen: 1960, 23. Véase también 1957c, 352.

cepción sobre los juicios de valor ha recibido algunas críticas. En particular, Eric Hilgendorf ha sido especialmente severo en su apreciación de este segmento escasamente conocido del pensamiento kelseniano. Él se centra básicamente en dos aspectos. *Por un lado*, denuncia que la visión de Kelsen es muy limitada, pues en relación con los juicios de valor hay algunas cuestiones sobre las que él evita pronunciarse, y que dejan abiertos algunos interrogantes. Esto puede ser cierto, pero como ahora explicaré no autoriza a interpretar las omisiones de Kelsen en el sentido que Hilgendorf considere más oportuno. Según este autor, Kelsen se equivoca al afirmar que la realidad es el único objeto posible de valoración, puesto que, si eso fuera cierto, los juicios comparativos –del tipo «A es mejor que B»– y los juicios estéticos no tendrían cabida en su rígido esquema (Hilgendorf: 2001, 131). La primera afirmación ya es discutible, pues habría que preguntarse si se puede valorar algo que no pertenece a la realidad, incluso *comparativamente*. Esos juicios comparan objetos *reales*. En segundo lugar, no hay razón para pensar que Kelsen cuestionara que los juicios estéticos valoran objetos reales. Es verdad que esos juicios están muy alejados del ámbito de sus intereses, pero Hilgendorf saca una conclusión precipitada al descartar que puedan tener espacio en su concepción. Que Kelsen no mencione esos juicios no se debería interpretar como un rechazo del enjuiciamiento en ese campo. Lo que ocurre es que los juicios que más le interesan a él son los que proporcionan información a los científicos del derecho y a los operadores jurídicos.

Por otro lado, Hilgendorf niega la afirmación, que atribuye a Kelsen, de que todo juicio depende necesariamente de una norma, que a su vez constituye un valor. Al hacer ese reproche no tiene en cuenta que Kelsen se ocupa también de los juicios de realidad que adjetiva como «especiales», y cuya formulación no involucra normas. Esto da pie a pensar que la comprensión de este autor sobre la teoría kelseniana de los juicios de valor es fragmentaria.

Volviendo a los juicios de valor morales, de lo explicado hasta ahora se desprende que la forma como Kelsen presenta esos juicios está influida por la atmósfera intelectual vienesa de los años veinte y treinta. Kelsen coincide con el Círculo de Viena al señalar el carácter emotivo de esos juicios. Pero, a su vez, estos tienen también una dimensión prescriptiva, pues en la base de cada valoración hay una norma «puesta» por el emisor y dependiente de su arbitrio. Para asignar a esas normas un valor absoluto, no han faltado grandiosas elaboraciones doctrinales que, como la teoría del derecho natural, han creado la ficción de que han sido puestas por instancias trascendentes.

En general, los juicios de valor morales, independientemente de la apariencia que se pretenda darles, confrontan conductas humanas con normas que han sido puestas por el emisor arbitrariamente. Pero, como ahora explicaré, para Kelsen también las normas jurídicas pueden ser objeto de valoración moral a través de «normas de justicia».

2.2 La valoración de las normas jurídicas

La cuestión de si las normas jurídicas pueden estar sujetas a valoración a partir de otras normas (de justicia) se plantea en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* y es remitida al apéndice «Das Problem der Gerechtigkeit». Kelsen explica que la justicia es una cualidad que en el lenguaje usual no se atribuye solo a comportamientos humanos, sino también a normas (Kelsen: 1960, 358). Se dice que una norma de derecho positivo es justa si se corresponde con una norma de justicia cuya validez se presupone; en caso contrario esa norma es injusta. Él sostiene que desde posiciones iusnaturalistas se tiende a confundir la cuestión de la justificación de las normas con la cuestión de su validez, de modo que la concordancia con preceptos de derecho natural –que no son otra cosa que normas de justicia– se contempla como condición de la validez de las normas jurídicas. Como consecuencia, cuando una norma de derecho positivo contradice un precepto de derecho natural –es decir, si tiene un valor negativo con respecto a él– la norma injusta pierde su validez y se considera inexistente. Por esa razón –concluye Kelsen–, la teoría iusnaturalista solo atribuye validez al derecho natural, y no al derecho positivo como tal (Kelsen: 1960, 359).

En contraste, desde su visión positivista del derecho Kelsen afirma que la validez de las normas de derecho positivo es independiente de su correspondencia con cualquier norma de justicia. Además, para él lo único que permiten valorar las normas de justicia es que ciertos hechos –los actos de creación de normas jurídicas– se ajustan o no a las exigencias materiales que ellas imponen; pero no permiten, en cambio, la confrontación directa de las normas de derecho positivo con ellas, pues según Kelsen la existencia de dos normas simultáneamente válidas que regulan una misma conducta daría lugar, bien a una redundancia –si la regulación es coincidente–, bien a una incompatibilidad lógica –si regulan esa conducta de forma contradictoria. En consecuencia, lo que prescriben las normas de justicia son actos mediante los cuales se establecen (*setzen*) normas que han de tener un contenido determinado (Kelsen: 1960, 360).

Al prescribir las normas de justicia la creación de normas de derecho positivo con un contenido determinado, el acto que establece una norma jurídica puede ser conforme o disconforme con la norma de justicia. Será conforme a la norma si tiene el contenido que ella prescribe, en cuyo caso se entiende que es justo y adquiere un valor de justicia positivo. En caso contrario, el acto tendrá un valor de justicia negativo y será injusto. Lo que se valora no es, pues, la norma en sí, sino únicamente el acto que la crea.

Para complicar más las cosas, en relación con las normas de derecho positivo hay que diferenciar dos valores: (i) el *valor de justicia* del acto creador de esas normas, y (ii) el *valor jurídico* que es constituido por ellas. Como positivista, Kelsen sostiene que esas normas tienen

valor jurídico positivo incluso cuando han sido creadas por un acto cuyo valor de justicia es negativo (Kelsen: 1960, 360). Desde una posición iusnaturalista se diría que la norma es injusta, lo cual es un error, porque la propiedad de la justicia solo es atribuible al acto que crea y da sentido a la norma. Esto supone que un acto puede ser prescrito por una norma jurídica y al mismo tiempo prohibido por una norma de justicia, es decir, que ese mismo acto *deba ser* y no *deba ser*. Desde el punto de vista *lógico* esa situación genera un problema, pues un acto no puede ser *debido* (*gesollt*) y *no debido* al mismo tiempo. En consecuencia, solo cabría aplicar una de esas normas, pues ambas no pueden ser válidas simultáneamente. Esto conduce a Kelsen a concluir que la validez de una norma jurídica no se puede cuestionar desde el punto de vista de la justicia. Es más, para él no tiene sentido que una norma jurídica se valore como injusta por ser contraria a una norma de justicia²⁶.

Para reforzar su tesis de que solo los actos de creación de normas son susceptibles de valoración a partir de normas de justicia, Kelsen sostiene que una dificultad adicional para admitir que las normas jurídicas pueden ser, por sí mismas, objeto de valoración, se deriva del hecho de que toda norma constituye un valor, y de que hay que diferenciar la norma del valor constituido por ella²⁷. Si admitimos que las normas constituyen valores, ¿cómo pueden ellas mismas ser valoradas? ¿Cómo el valor mismo puede ser valorado? ¿Cómo un valor puede tener valor, e incluso valor negativo? Y por último, ¿cómo una norma, y, por consiguiente, un *deber ser*, puede ser como debe ser, o al contrario, no ser como debe ser? Kelsen responde que solo una realidad –v. gr. un hecho empírico o una acción humana– es susceptible de ser como debe ser o de no ser como debe ser. En otras palabras, solo la realidad (un *Sein*) puede tener valor positivo o negativo desde el punto de vista de la justicia, pues un valor que tiene valor, una norma conforme a una norma, es un pleonasma; mientras que un valor ajeno al valor, una norma contraria a la norma, es un fenómeno contradictorio (Kelsen: 1960, 359).

Estas afirmaciones son muy sorprendentes, teniendo en cuenta que Kelsen, que en la *Reine Rechtslehre* insistía en la necesidad de separar la norma constitutiva del valor y el valor constituido por ella, tiende

²⁶ «Una norma jurídico-positiva válida no puede ser injusta desde ninguno de los dos puntos de vista. Puede que se dé un acto cuyo sentido subjetivo sea un *deber ser*, y que ese acto sea juzgado como injusto desde el punto de vista de una norma de justicia considerada válida. Pero si se considera válida la norma de justicia, entonces el sentido subjetivo de ese acto no puede considerarse como el sentido objetivo de ese acto, y por consiguiente como norma objetivamente válida. Desde el punto de vista de una norma de justicia considerada válida, una norma que no sea conforme con ella no es válida, y si el sentido subjetivo del acto, por ser conforme a la norma fundamental del orden jurídico, se considera como su sentido objetivo, es decir, como norma objetivamente válida, la norma de justicia no puede considerarse válida» (Kelsen: 1960, 361).

²⁷ Véase Kelsen: 1957c, 353; 1960, 19.

ahora a confundir ambos al preguntarse si una norma puede ser valorada a partir de otra norma, o si un valor puede ser valorado y tener valor, e incluso valor negativo. Aunque un «valor valioso» es ciertamente un pleonasma, y un «valor ajeno al valor» una contradicción, esa no es la cuestión. Parece que Kelsen tiende ahora a mezclar lo que antes se había propuesto separar. Pues, en efecto, el objeto de la valoración no es un valor, sino una norma que, en su opinión, también constituye (en el sentido de que genera) un valor. Por consiguiente, la relación que establece el juicio no conecta dos valores, sino que el valor define la relación que se da entre dos normas, una perteneciente a un sistema de derecho positivo y una norma de justicia que se presupone (absolutamente) válida.

Por último, la tesis de Kelsen de que solo los actos de creación de normas, y no las normas mismas, pueden ser valorados desde el punto de vista de la justicia, contradice el uso ordinario del lenguaje. Los juicios morales sobre las normas de derecho positivo, tanto si son expresiones emotivas espontáneas como juicios reflexivos que se sustentan en alguna de las concepciones de moralidad que están vigentes en la sociedad, son cosa cotidiana. A menudo quien emite el juicio ni siquiera conoce el acto mediante el que se creó la norma, ni sabe en qué momento se produjo. Esto es todavía más evidente en las normas consuetudinarias. Parece, pues, que lo que se critica y valora desde el punto de vista de la justicia es el contenido de las normas jurídicas. Afirmar, como hace Kelsen, que los juicios morales sobre el derecho positivo no tienen por objeto normas, sino solo actos creadores de normas, es algo que desafía el sentido común. Por lo demás, aunque desde el punto de vista *lógico* dos normas contradictorias no pueden coexistir dentro del mismo sistema, la contradicción que puede darse entre una norma jurídica y una norma moral –o «de justicia», como lo expresa Kelsen– no supone una incompatibilidad lógica, sino un *conflicto de deberes* entre dos normas pertenecientes a dos sistemas normativos diferentes, es decir, entre normas que pueden ser simultáneamente válidas con arreglo a los criterios de su sistema correspondiente.

2.3 Los juicios de valor en la *Allgemeine Theorie der Normen*

En la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) la visión de Kelsen sobre los juicios de valor se vio de algún modo alterada al modificarse su punto de vista sobre la relación entre los dos planos lógicamente opuestos del *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*). Desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen insistía en la necesidad de separarlos (Kelsen: 1923, VI). Esa exigencia se aprecia claramente en su denuncia del error lógico de la falacia naturalista, que consiste en deducir enunciados prescriptivos o valorativos a partir de enunciados sobre hechos. Ahora bien, esto no fue obstáculo para que, de forma compatible con sus planteamientos, Kelsen siguiera admitiendo que

hay alguna relación entre la realidad factual del *Sein* y la normatividad del *Sollen*. Su teoría de los juicios de valor es un ejemplo. Hasta 1960 sostiene que esos juicios son enunciados que conectan un hecho de la realidad empírica –una conducta humana– con una norma válida. Si esa conducta es conforme a la norma, tiene valor positivo, y dependiendo del tipo de norma de que se trate se considerará *legal* (si es una norma jurídica) o *justa* (si es una norma de justicia). Si, por el contrario, no se corresponde con la norma, se atribuye a esa conducta un valor negativo y se considerará ilegal o injusta.

Esta concepción se modifica en la *Allgemeine Theorie der Normen* a consecuencia de que en la última etapa del pensamiento de Kelsen la oposición entre el *ser* y el *deber ser* se radicaliza. *Ser* y *deber ser* se presentan ahora como dos *modi* deferentes (Kelsen: 1979, 46), que, no obstante, pueden compartir el mismo sustrato. Esto supone que tanto en los enunciados que informan de que algo *es*, como en las normas que prescriben que algo *debe ser*, hay que diferenciar dos partes: (i) que algo *es* y *lo que es*; y (ii) que algo *debe ser* y *lo que debe ser*. Pues bien, *lo que es* y *lo que debe ser*, es decir, el contenido del *ser* y el contenido del *deber ser*, constituyen un sustrato modalmente indiferente²⁸. De esta manera, que algo *es* como *debe ser*, y que el contenido de un *ser* es el mismo que el de un *deber ser*, significa que el sustrato modalmente indiferente es el mismo en ambos casos. Hay, pues, un mismo sustrato que está presente en dos *modi* diferentes: el del *ser* y el del *deber ser*. En otras palabras, el sustrato modalmente indiferente es, por así decirlo, la materia bruta a partir de la cual podemos formular enunciados asertivos y estatuir normas. El sustrato expresa en dos *modi* diferentes *lo que es* y *lo que debe ser*, proporcionándonos una descripción en el primer caso y prescribiendo una conducta en el segundo²⁹.

Como consecuencia de introducir el sustrato modalmente indiferente, las normas y las acciones humanas ya no pueden confrontarse,

²⁸ Kelsen pone un ejemplo: «en la proposición «A paga una deuda de juego» el sustrato modalmente indiferente «pagar una deuda de juego» está revestido del *modus* del *ser*; en la proposición «A debe pagar su deuda de juego» está revestido del *modus* del *deber ser*. La norma «A debe pagar su deuda de juego» da al sustrato modalmente indiferente el *modus* del *deber ser*» (Kelsen: 1979, 46).

²⁹ La distinción en una misma oración de un sustrato modalmente indiferente y un *modus* recuerda la distinción hareana de los componentes que él denomina «*phrastic*» y «*neustic*». Según Hare, toda oración, tanto si se formula en modo indicativo como en modo imperativo, consta de dos elementos. El elemento *phrastic* configura un sustrato común que es independiente del modo que se utilice, y el elemento *neustic* define el modo. En las oraciones «tú vas a cerrar la puerta» y «cierra la puerta» los componentes *phrastic* y *neustic* se diferencian reformulándolas como sigue: «cerrar la puerta por ti en el futuro inmediato, *sí*» y «cerrar la puerta por ti en el futuro inmediato, *por favor*». En ambas construcciones el elemento *phrastic* es común, mientras que el elemento *neustic* es representado por «*sí*» en el primer caso (modo *indicativo*) y por «*por favor*» en el segundo (modo *imperativo*). Véase Hare: 1952, 17 y ss. y 188 y ss.

y únicamente se puede establecer una relación entre enunciados: cualquier comparación entre un hecho real y una norma solo se puede producir a través del lenguaje. Además, el sustrato modalmente indiferente no puede ser verdadero o falso –como sí pueden serlo los enunciados que se formulan en el *modus* del *ser*–, ni tampoco válido o no válido –como pueden serlo las normas que se expresan en el *modus* del *deber ser*. Como el sustrato modalmente indiferente no puede reunir esas cualidades, tampoco se le pueden aplicar los principios de la lógica (Kelsen: 1979, 47).

Esta original doctrina dio pie a una nueva forma de presentar la oposición entre el *Sein* y el *Sollen*, e, indirectamente, a una revisión de la concepción de Kelsen sobre los juicios de valor y los juicios de realidad. Una revisión que, si se compara con la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, no fue muy significativa. Sobre los juicios de realidad –que informan sobre hechos de la realidad–, Kelsen se limita a decirnos que esos juicios constatan que una conducta, como sustrato modalmente indiferente –es decir, lo que *es* esa conducta– está en el *modus* del *ser*. Y sobre los juicios de valor *subjetivos*, no añade nada a lo que ya dijo en 1960: los juicios de valor que relacionan una conducta u objeto con el deseo o la voluntad de una o varias personas son juicios de realidad «especiales». Finalmente, sobre los juicios de valor *objetivos*, que se apoyan en normas válidas, sigue manteniendo que cualquier norma que ordene o prohíba una conducta es constitutiva de un valor (Kelsen: 1979, 47). Un juicio que se apoye en esa norma y valore una conducta asignándole un valor positivo o negativo, expresa que esa conducta, en cuanto sustrato modalmente indiferente, es *debi-da* según la norma; es decir, que es el contenido de un *deber ser*.

Por consiguiente, el juicio de que una conducta es valiosa implica que *lo que es* y *lo que debe ser* esa conducta, es decir, el sustrato modalmente indiferente, es el mismo en ambos *modi*: el del *ser* y el del *deber ser*. De esa manera, lo objetivamente valioso es *lo que debe ser*; y *lo que debe ser* solo puede ser el sustrato modalmente indiferente. Por esa razón, en la *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen entiende la *valiosidad* como un *ser iguales* el sustrato modalmente indiferente de un enunciado sobre lo que *es* y de otro enunciado sobre lo que *debe ser*, y no en una comparación entre una conducta real y una norma, entre un *ser* y un *deber ser*, pues entre ambos planos no hay una relación directa (Kelsen: 1979, 48). Esto supone que la única comparación posible es entre enunciados –unos descriptivos y otros normativos–, y solo puede producirse a través del lenguaje.

La doctrina del sustrato modalmente indiferente, que significó una forma aún más radical de presentar la separación entre el *Sein* y el *Sollen*, impidiendo cualquier posible contacto entre ambos planos, certificó el alejamiento de la filosofía moral kelseniana de la evolución que desde los años sesenta experimentó la metaética.

Examinando las relaciones entre hechos y valores, el autor norteamericano Hilary Putnam señala, siguiendo a Dewey, que desde la

segunda mitad del siglo xx las teorías filosófico-morales que, partiendo de la famosa «Ley de Hume», afirman que existe una dicotomía entre los hechos y los valores, se encuentran en franca retirada. Desde Hume, los empiristas no han alcanzado a apreciar que, desde el punto de vista del lenguaje, las valoraciones y las descripciones factuales pueden imbricarse (Putnam: 2002, 41). Esto se observa con toda claridad en el empirismo lógico, cuyos representantes concebían los juicios éticos, en oposición a los enunciados descriptivos, como simples expresiones de sentimientos o como imperativos encubiertos sin ningún valor cognitivo (Putnam: 2002, 32), e insistían en que era necesario trazar en el lenguaje –y en particular en el lenguaje científico– una línea divisoria que permitiera establecer una clara separación entre los términos valorativos y los términos descriptivos (Putnam: 2002, 39).

Desde que en los años cincuenta Quine comenzó a dismantelar la concepción del empirismo lógico de un lenguaje dividido en compartimentos estancos, progresivamente se ha ido aceptando, hasta lograr un consenso básico, la idea de que una buena parte de nuestro vocabulario descriptivo está imbricado con valoraciones (Putnam: 2002, 80), y de que las valoraciones y las descripciones son interdependientes. Prueba de ello son los denominados «conceptos éticos densos» (Putnam: 2002, 50).

Al tratar de separar enteramente los planos del *Sein* y el *Sollen*, la concepción de Kelsen sobre los juicios de valor, tal como se presenta en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* y sobre todo en la *Allgemeine Theorie der Normen*, parece estar próxima a los planteamientos del empirismo lógico. Por esta razón, doctrinas como la del sustrato modalmente indiferente alejan cada vez más a la teoría pura del derecho de los nuevos caminos que se abrieron en el campo de la filosofía moral por la irrupción de la filosofía del lenguaje.

3. LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO

Es bien conocido que otro aspecto importante de la teoría kelseniana del derecho es su cuestionamiento de la posibilidad de imbricar valoraciones en el trabajo científico-jurídico. También a ese respecto la actitud de los científicos del derecho en relación con la materia objeto de estudio está sujeta a planteamientos axiológicos y epistemológicos, dando lugar a dos concepciones enfrentadas de la ciencia en general y de la ciencia del derecho en particular:

(i) Desde una posición de *absolutismo epistemológico*, que admite que existen los objetos «en sí mismos», los juicios de valor morales no solo tienen cabida en el ámbito científico, sino que además hay una tendencia a presentarlos como si tuvieran la misma objetivi-

dad que los enunciados sobre hechos³⁰. No hay que olvidar que para Kelsen esos juicios presuponen normas de justicia absolutas, que en última instancia hay que remitir a una autoridad trascendente. En su opinión, el objetivo de esa construcción metafísica es, generalmente, justificar un orden socio-político, que se suele identificar con formas de gobierno autocráticas³¹. Este modelo de «ciencia» produce un efecto paradójico: *por un lado*, atribuye objetividad a los juicios de valor morales, mientras que, *por otro lado*, al apelar a la metafísica, sustrae al conocimiento de la prueba de la experiencia y lo hace propenso a convertirse en ideología. El ejemplo más obvio de esta tendencia es la teoría iusnaturalista que, en lugar de ejercer como una verdadera teoría científica del derecho, representa una posición ideológica sobre el mismo. La función que cumple esa teoría no es describir ni sistematizar las normas del orden jurídico, sino servir como instrumento de justificación del mismo –en cuyo caso cumple una función conservadora–, o facilitar argumentos que permitan derribarlo y sustituirlo por otro –y en ese caso sería una teoría iusnaturalista revolucionaria.

(ii) En cambio, desde una posición de *relativismo epistemológico* se niega carácter científico a los juicios de valor morales, y se pretende poner al descubierto lo que son en realidad: expresiones de emociones, intereses y deseos personales que, al inmiscuirse en el desarrollo de una genuina tarea científica, impiden conocer la verdad (Kelsen: 1957a, 199). En «Science and Politics» (1951) Kelsen explica que la «verdad», como objetivo de la búsqueda científica, es la correspondencia del conocimiento con la realidad, y no con un valor que se presupone. Para que un juicio de valor sea objetivo, los deseos del emisor deben dejarse al margen (Kelsen: 1957c, 350). En el ámbito científico-jurídico, los enunciados que describen normas (*Rechtssätze*) se pueden discutir desde el punto de vista de la verdad. A diferencia de las normas jurídicas (*Rechtsnormen*), que se pueden discutir desde el punto de vista de su *validez*, son enunciados *deónticos* que tienen cierto sentido descriptivo³², y pueden ser verdaderos o falsos dependiendo de si se refieren o no a normas válidas; normas que *existen* en el sistema jurídico. Pero lo que más interesa destacar en este momento es que para Kelsen los juicios de valor morales y políticos no pueden influir en el proceso de verificación de los enunciados que describen las normas del derecho vigente.

En el prólogo de la segunda edición de los *Hauptprobleme* (1923), Kelsen insiste en la necesidad de abstenerse de imbricar valoraciones ético-políticas en el desarrollo de la actividad científico-jurídica (Kelsen: 1923, V). En su opinión, solo en la medida en que cumpla ese objetivo y se eliminen los juicios de valor, en la medida en que descri-

³⁰ Kelsen: 1947, 392-393; 1957a, 199; 1957d, 228; 1960, 18.

³¹ Kelsen: 1957a, 202; 1968c, 1936.

³² Véase Kelsen: 1945, 45; 1957d, 210; 1960, 73.

ba su objeto con plena neutralidad axiológica, sin expresar aprobación o desaprobación, y sin referirse a valores metajurídicos, solo en esa medida, la ciencia del derecho será una verdadera ciencia (Kelsen: 1960, 112). Esta actitud lleva a la teoría pura del derecho a enfrentarse a la ciencia jurídica tradicional, que todavía seguía manteniendo una fuerte tendencia ideológica. Lo que diferencia a la ciencia de las ideologías es que estas tratan de ocultar, bajo una máscara de supuesta objetividad, proyecciones de deseos e intereses subjetivos. Para Kelsen, las ideologías hunden sus raíces en el querer, en la voluntad de engañar a los demás mediante engaños y manipulaciones³³. Aunque se suelen presentar como verdaderas teorías científicas, sus intereses se alejan de la pretensión de conocer la verdad, que es lo que caracteriza a la ciencia.

El origen de estas ideas, a las que Kelsen se mantuvo fiel, hay que buscarlo en una obra temprana: «Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft» (1916), en la que, por primera vez, él fija unas pautas sobre la forma como deben comportarse los científicos del derecho frente a los valores. Ya entonces Kelsen separaba claramente la función productora de normas, que le corresponde a la política y las autoridades, y la función descriptiva y sistematizadora, que es competencia de los científicos del derecho (Kelsen: 1968b, 39), que deben desempeñar sus tareas con plena neutralidad axiológica y sin efectuar valoraciones³⁴.

La necesidad que impone Kelsen de separar claramente la actividad científica y la política repercutió en su teoría sobre la interpretación de las normas. En 1916 se limita a admitir que existe una ciencia política y a establecer que la ciencia y la política, como actividades, deben mantenerse estrictamente separadas. Fue en «Science and Politics» donde expone esa exigencia de forma más detallada, advirtiendo que al político, como autoridad legal, le compete legislar ejerciendo la potestad que le otorga la constitución, y que en el desarrollo de esa función debe abstenerse de invadir el campo de actividad propio de la ciencia. A diferencia del científico, el político ejerce poder discrecional, de forma que en su actividad no se deja influir únicamente por lo dispuesto en las normas jurídicas (Kelsen: 1957c, 366), sino que puede tener en cuenta otras variables, como la oportunidad política y social, el análisis en términos de costes y beneficios (económicos y electorales) de las medidas que se adoptan, etc. En cambio, el científico del derecho, en el desempeño de su función, debe hacer abstracción

³³ Kelsen: 1960, 112; 1963b, 63-64.

³⁴ En el desarrollo de esas ideas Kelsen acusó la influencia del postulado de la *Wertfreiheit* que Max Weber formuló en 1904 y que él conoció con seguridad durante su estancia en Heidelberg para preparar los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911). La exigencia de la *Wertfreiheit* imponía al investigador, en disciplinas científico-sociales, la restricción de exponer los hechos sin pronunciarse a favor o en contra de ellos y sin someterlos a valoración. Véase Méta: 1969, 12; Walter: 1996, 212.

de sus preferencias e intereses, y con respecto a las normas aprobadas por el órgano legislativo, debe limitarse a constatar si se ajustan o no a la constitución y las leyes. Como resultado de su examen, él puede afirmar un hecho³⁵ o una verdad jurídica, pero no debería hacer estimaciones o expresar juicios de valor subjetivos.

Pero seguramente el mayor contraste entre las actividades y funciones respectivas de las autoridades jurídico-políticas y los científicos del derecho es el que se produce en lo referente a la interpretación de las normas. Para Kelsen, la función interpretativa que desarrolla (aunque no en exclusiva) la ciencia del derecho consiste en desvelar el marco de los significados posibles de una norma; en cambio, elegir uno de esos significados y descartar el resto, es, según él, una competencia de los órganos (políticos) de creación y aplicación del derecho, y no de la ciencia jurídica (Kelsen: 1957c, 368). Esa elección no consiste en un acto de conocimiento, sino de voluntad: es un acto «especial» de creación de derecho, que se diferencia de la función legislativa en que no está determinado por normas de rango superior³⁶. Por eso, para Kelsen la interpretación «auténtica» –que es la que realizan los órganos judiciales y el legislador– es una interpretación política (Kelsen: 1957c, 368). En contraste, el científico del derecho no realiza una función política, sino cognitiva: él no puede señalar como correcto ninguno de los significados posibles de la norma, sino que debe limitarse a una presentación aséptica de las distintas posibilidades semánticas, sin decidirse por ninguna de ellas³⁷. Si el científico del derecho incumpliera esa exigencia y recomendara uno de los significados de la norma descartando el resto, su actitud sería política antes que científica. Sería un político disfrazado de científico.

No voy a insistir en el carácter sumamente discutible de la visión de Kelsen sobre la interpretación de las normas jurídicas, ni creo desvelar nada nuevo al poner de relieve en qué medida se distancia de la realidad de la función hermenéutica que practican los científicos del derecho. Estos no solo se pronuncian sobre el significado correcto de las normas, sino que una parte importante de su actividad consiste en valorar su contenido y formular propuestas de *lege ferenda*. Además, la tarea interpretativa está gobernada por principios. Solo quisiera señalar que la exigencia metodológica de dejar las valoraciones morales y políticas al margen de las investigaciones jurídicas tiene su máxima expresión en la teoría kelseniana de la interpretación, aunque de una forma que no hace justicia al trabajo de los juristas, y en particular de la ciencia del derecho.

³⁵ Kelsen: 1957c, 366. No debe olvidarse que en «Science and Politics» y en la edición francesa de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen considera los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta o una norma verdaderos juicios de hecho, algo que rectificaría después en la segunda edición alemana.

³⁶ Kelsen: 1957c, 368; 1960, 351-352.

³⁷ Kelsen: 1957c, 368; 1960, 353.

Un examen de la concepción kelseniana de la ciencia del derecho exige poner de relieve uno de sus rasgos definitorios: su carácter constructivo. Kelsen parte de la idea kantiana de que el conocimiento construye su propio objeto y lo presenta como un todo ordenado a partir de la información registrada por la experiencia³⁸. En el ámbito de la ciencia jurídica, la función generativa del objeto de conocimiento implica sistematizarlo y presentarlo de manera ordenada. La materia prima con la que trabajan los científicos del derecho son básicamente normas o fragmentos de normas que son generadas por las autoridades jurídicas o emanan de la costumbre. Un rasgo de la teoría pura del derecho es que solo son normas jurídicas completas las que prevén sanciones³⁹. Con frecuencia esas normas deben ser reconstruidas por el intérprete a partir de una multitud variable de disposiciones jurídicas que representan otros tantos fragmentos de normas. La tarea del científico del derecho es doble: *por un lado*, tiene que organizar el material jurídico, sistematizándolo y presentándolo como un todo dotado de sentido (*sinnvolles Ganze*) y accesible a una interpretación racional; *por otro lado*, elaborar los conceptos jurídicos fundamentales específicos de su rama del saber, sin los cuales no se podría explicar cuál es la estructura y el funcionamiento de cualquier sistema de derecho positivo.

Llegados a este punto, para concluir, hay que tener en cuenta que esta visión de la ciencia del derecho como una ciencia descriptiva entra en conflicto con una concepción constructivista de dicha ciencia que aflora en ciertos momentos importantes de la obra de Kelsen. Rodilla explica que según esa concepción, de raíz neokantiana, la ciencia del derecho construye su propio objeto como un todo pleno de sentido a partir del material que es producto de los órganos de creación de normas. Esto implica trasladar al derecho ciertas exigencias lógicas o de racionalidad que, como la coherencia y la compleción, en principio no cabe esperar de un sistema normativo que solo está compuesto por normas positivas⁴⁰. Casi hasta el final de sus días Kelsen

³⁸ Kelsen: 1957a, 200; 1960, 74.

³⁹ En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen distingue las normas jurídicas «completas» (o «no dependientes») y las normas jurídicas «incompletas» (o «dependientes»). Las primeras conectan un supuesto de hecho con una sanción que opera como consecuencia jurídica. Puesto que para él, además, el derecho no se puede entender sin el ingrediente de la coactividad, solo las normas completas son genuinas normas jurídicas. El resto, las normas incompletas, son meros fragmentos de normas, que solo adquieren sentido jurídico cuando se acoplan al supuesto de hecho de normas sancionadoras. Ese «acoplamiento» es resultado de la labor constructiva de su objeto que desarrolla la ciencia del derecho. Véase Kelsen: 1960, 55 y ss.

⁴⁰ Véase Rodilla: 2009, 306-309. Este trabajo recoge un pasaje de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* en el que Kelsen formula la idea con tonos inequívocamente kantianos: «En el sentido de la teoría kantiana del conocimiento, la ciencia del derecho, como conocimiento del derecho, igual que todo conocimiento, tiene carácter constitutivo y por consiguiente «produce» su objeto en la medida en que lo concibe como un orden con sentido. Así como el caos de las percepciones sensoriales

insistió en concebir el derecho no solo como una unidad dinámica de normas positivas, meramente creadas mediante actos de voluntad, sino también como una «unidad lógica», construida por la ciencia jurídica y dotada de las propiedades de coherencia y compleción. En consonancia con ello, Kelsen atribuyó a la norma fundamental la función de garantizar la coherencia del sistema. Para cumplir esa función, la norma fundamental contiene «principios de interpretación» del material jurídico que permiten reconstruirlo como un todo dotado de sentido, completo y sin contradicciones. Así pues, frente al ideal crudamente positivista de una ciencia del derecho meramente descriptiva, que hace acopio de juicios de valor que contrastan las normas del sistema jurídico con la conducta de quienes están sujetos a ellas, y concibe la interpretación de esas normas como la mera exploración de los posibles significados que contienen, en esta visión constructivista del conocimiento jurídico, que impone a su objeto sus propias exigencias de racionalidad, está latente una visión muy diferente del trabajo hermenéutico que implica un proceso de reconstrucción guiado por principios no convencionales que permiten presentar el derecho como una construcción racional.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BJARUP, J., «Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice», en *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 273-303.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1986.
- HARE, R. M., *The Language of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1952.
- HILGENDORF, E., «Zum Begriff des Werturteils in der Reinen Rechtslehre», en *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Wien, Springer, 2001, pp. 117-135.
- KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.
- *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1934.
- *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1945.

se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, solo mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, igualmente la multitud de las normas jurídicas generales e individuales establecidas (*gesetzt*) por los órganos jurídicos se convierte en un sistema unitario, libre de contradicciones, en un orden jurídico, solo mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esa «producción» tiene carácter puramente gnoseológico. Es algo totalmente diferente de la producción de objetos mediante el trabajo humano o de la producción del derecho mediante la «autoidad jurídica» (Kelsen: 1960, 74-75).

- KELSEN H., «The Metamorphoses of the Idea of Justice», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford: Oxford University Press, 1947, pp. 390-418.
- «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957, pp. 198-208, 388 (1957a).
- «The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 137-173, 384-388 (1957b).
- «Science and Politics», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957, pp. 350-375, 397 (1957c).
- «Value Judgments in the Science of Law», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 209-230, 389 (1957d).
- «What is Justice?», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 1-24, 376-378 (1957e).
- *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960.
- «Die Grundlage der Naturrechtslehre», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 13 (1-2), 1963, pp. 1-37 (1963a).
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. M. Nilve, 3.^a ed., Buenos Aires, Eudeba, 1963 (1963b).
- «Die Idee des Naturrechtes», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 245-280 (1968a).
- «Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 37-93 (1968b).
- «Staatsform und Weltanschauung», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 1923-1942 (1968c).
- *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979.
- *Esencia y valor de la democracia*, trad. J. L. Requejo Pajés, Oviedo, KRK, 2006.
- MÉTALL, R. A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, Franz Deuticke, 1969.
- MORESO, J. J., «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Revista electrónica Cartapacio de Derecho*, 4, 2003, pp. 1-46 (<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/35/48>).
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 8.^a ed., Barcelona, Ariel, 1997.
- PETTIT, P., «Kelsen on Justice: a Charitable Reading», en *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 305-318.
- PUTNAM, H., *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2002.
- RODILLA, M. A., «¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen», *DOXA*, 32, 2009, pp. 255-314.

- SQUELLA, A., «La Teoría pura del Derecho y los juicios de valor», *Estudios de Derecho*, XL, 1981, pp. 65-75.
- WALTER, R., «Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit», en *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, vol. 3, New York, Springer, 1996, pp. 207-233.