



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

TÍTULO

LA CRÍTICA DE Kelsen AL DERECHO NATURAL

WORK TITLE

**THE CRITICAL OPINION OF Kelsen TO THE NATURAL
LAW**

AUTOR

JORGE VARONA GÓMEZ-LAVÍN

DIRECTOR/A:

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

ÍNDICE

ÍNDICE	2
INTRODUCCIÓN	3
PANORAMA DEL DERECHO NATURAL	3
Concepto	3
Historia	5
Grecia.....	5
Roma.....	10
Edad Media	11
BIOGRAFÍA DE HANS KELSEN	13
Perspectiva personal	14
Perspectiva profesional	15
OBRAS DE KELSEN	16
La idea del Derecho Natural y otros ensayos. 1943	16
¿Qué es la justicia? 1957	18
Teoría Pura del Derecho. 1934 y 1960.	24
DERECHO NATURAL EN LA ACTUALIDAD	28
REFLEXIONES PERSONALES	31
BIBLIOGRAFÍA	33

INTRODUCCIÓN

La elección de este trabajo ha sido por una razón principal, he querido observar la visión de un jurista de la categoría de Hans Kelsen de un tema como es el derecho natural y de cómo en sus diferentes obras ha ido tratando el tema. Desde sus obras más primigenias a aquellas más maduras tanto en el tiempo como en conocimiento.

Durante el trabajo iremos viendo poco a poco no sólo la visión que tiene Kelsen del Derecho Natural y de acepciones como la justicia. En primer lugar daremos un recorrido por la el panorama y la historia del iusnaturalismo, pasando por etapas como Roma, Grecia o la Alta edad Media. Por otro lado iremos ahondando en la figura de Kelsen, primero en el plano biográfico y después en el plano más legal, viendo su desarrollo tanto personal como profesional. En tercer lugar haremos un estudio de tres de sus obras más importantes (Idea del Derecho Natural y otros ensayos, ¿Qué es la justicia? y Teoría pura del Derecho). Y para concluir este trabajo daremos una breve noción del panorama más actual del derecho Natural y de las conclusiones que sacaremos después de este estudio.

La conclusión a la que espero llegar es, de algún modo, resolver la incertidumbre que provoca en el autor el iusnaturalismo y cómo ha influido el mismo en la vida profesional del autor.

PANORAMA DEL DERECHO NATURAL

Concepto

Antes de entrar a conocer la evolución histórica del Derecho Natural, y la opinión de Hans Kelsen al respecto, es preciso realizar una definición que permita entender esta disciplina. Aunque algunos autores prefieren hablar del concepto de Derecho Natural como idea de un derecho racional, es difícil,

llegados a este punto, mostrar un concepto de Derecho Natural en abstracto, sin contraponerlo al concepto de Derecho Positivo¹.

El Derecho Positivo es aquel que incluye las reglas de comportamiento que emanan del Poder Legislativo y que se imponen a la sociedad desde el ordenamiento jurídico. Este Derecho Positivo, de carácter coercitivo, no funciona solo, se requiere que se complemente con un Derecho Natural, un derecho de carácter racional y atemporal, al que se le atribuyen unas reglas que perduran a lo largo del tiempo, un “contenido constante”, como la costumbre o la jurisprudencia, al margen de los cambios que el legislador pueda realizar en ese Derecho Positivo. Se considera que, en el caso de duda en cuanto a aplicación de una norma o regla, ha de prevalecer siempre el Derecho Positivo sobre el Derecho Natural².

Parafraseando a Lisi, el Derecho Natural es “un conjunto de principios basados fundamentalmente en la igualdad de los seres humanos y en la identidad de su naturaleza”³. Estos principios se considera que tienen una vigencia universal y de carácter superior a las leyes positivas de cada comunidad; se encargan de corregir a dichas leyes positivas en pos de salvaguardarse a sí, a la ley natural⁴.

Las leyes naturales han de ser iguales en todas las comunidades y no admiten cambios ni adaptaciones, puesto que la naturaleza humana es supuestamente igual e inmutable⁵.

Sin embargo, es preciso decir que hay autores que consideran que ese Derecho Natural, desde una perspectiva histórica, ha sido influenciado por las distintas normas de Derecho Positivo que se han ido creando a lo largo del

¹ Cariola, A., “El Derecho natural y la historia: la afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático”, *Revista de estudios políticos*, n. 116, 2002, p. 108.

² *Ídem*.

³ Cfr. Lisi, F. L., “La noción de ley natural en Cicerón”, *Ética & Política / Ethics & Politics*, XVI, Vol 2, 2014, p. 220.

⁴ Cariola, A., “El Derecho natural y la historia: la afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático”, *cit.*, pp.

⁵ Cfr. Lisi, F. L., “La noción de ley natural en Cicerón”, *Ética & Política / Ethics & Politics*, XVI, Vol 2, 2014, p. 221.

tiempo. Es decir, que una pequeña parte de ese Derecho Natural deriva de las influencias históricas del legislador⁶.

Historia

Grecia

El Derecho Natural, como idea, no surge con la Declaración de los Derechos Humanos que conocemos en la actualidad. El germen de la idea del Derecho Natural, viene de un pasado bastante lejano, de la Época Griega. Tal como señala AYALA, el Derecho Natural no es una invención de la etapa más reciente del Derecho, de igual forma que nada tiene que ver con el iusnaturalismo racionalista⁷. El surgimiento del Derecho Natural habría que buscarlo entre los principios del hombre y, con el tiempo, ha supuesto gran repercusión en el pensamiento jurídico posterior⁸.

Si, como decíamos con anterioridad, nos remontamos a la Época Griega Clásica, ya existía una separación entre ambos conceptos. El primer ejemplo de esa contraposición entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, entre el deber familiar y el deber civil, se puede leer en la tragedia griega “Antígona”, de Sófocles, 441 a.C.

La mencionada tragedia, después de una historia en la que interviene el Oráculo de Delfos, muertes, traiciones y otros dramas, prosigue, en lo que a este tema atañe, en el momento en que Creonte, tío de los fallecidos, manda honrar pomposamente el cadáver de Etéocles y prohíbe enterrar el cadáver de Polínice, condenado a ser pasto de animales carroñeros. Antígona, como hermana de ambos, decide honrar a Polínice, realizando el ritual religioso, echando polvo

⁶ Cariola, A., “El Derecho natural y la historia: la afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático”, *Revista de estudios políticos*, n. 116, 2002, p. 109.

⁷ Ayala Martínez, J. M., “El derecho natural antiguo y medieval”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, n. 10, 2003, p. 377.

⁸ *Ibidem*, p. 378.

sobre su cadáver antes de darle sepultura, cuando es descubierta y llevada ante el rey⁹.

El diálogo desarrollado, en la primera escena del episodio segundo de la tragedia Antígona, en el momento en que se lleva a la protagonista ante Creonte, es el siguiente:

“CREONTE: (...) Y tú, dime sin extenderte, sino brevemente, ¿sabías que había sido decretado por un edicto que no se podía hacer esto?

ANTÍGONA.- Lo sabía. ¿Cómo no iba a saberlo? Era manifiesto.

CREONTE.- ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

ANTÍGONA.- No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno”¹⁰.

Esta primera demostración de Derecho Natural, que se advierte en Antígona, es la que muestra lo necesario del mismo, el hecho de que tiene que servir siempre como inspiración al Derecho Positivo¹¹. Cuando Antígona alude a que las leyes no escritas “no son de hoy, ni de ayer, sino de siempre”, se está claramente refiriendo a un concepto de justicia superior, a los Derechos Humanos¹².

Si avanzamos unos años en la historia, Karl Popper, uno de los más importantes filósofos de la ciencia del siglo XX, creador, además, de una filosofía

⁹ Cfr. Sófocles, “Antígona”, trad. Miguel del Rincón, Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2013, pp. 1-13 (disponible en <https://visualelbolson.files.wordpress.com/2014/03/antigona-de-sofocles.pdf> ; última consulta 11/07/2018)

¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹¹ Parodi Remon, C., “El derecho en Antígona ¿Natural o positivo?”, *Revista de filosofía práctica Universidad de Los Andes*, vol. 7, n. 12, 2004, p. 111.

¹² *Ibidem*, p. 114.

política y social distinta¹³ y que marcaría un antes y un después en los estudios de esta materia, alude al llamado “milagro griego”. Según su teoría, este “milagro griego”, este periodo de Ilustración griega, como lo llama Welzel, fue quien conformó la cultura y la perspectiva filósofo-jurídica que conocemos en la actualidad, a través del desarrollo de una discusión crítica¹⁴.

El momento posterior a las Guerras Médicas, desarrolladas entre los años 500-479 a.C.¹⁵, con la democratización de Atenas, supuso la creación de la corriente sofista. Los sofistas, entre otros, Sócrates, Platón o Aristóteles, caracterizados por el relativismo y el subjetivismo, nacen en un momento de crisis religiosa, donde cada vez se desconfía más de la fe y la cultura comienza a tener una autonomía sobre la primera. Es la discusión crítica de la que hablábamos con anterioridad, donde va a estar el foco de estudio de la corriente sofista: la retórica¹⁶. Necesitaban crear caudillos políticos, y para ello lo harían a través de la enseñanza “del arte y la destreza políticos”¹⁷.

El desarrollo de esas técnicas políticas, va a suponer un giro en la filosofía, ya que con el tiempo va a empezar a haber una consideración del mundo antropológico sobre la cosmológica (Sócrates realizó ese tránsito de una a otra perspectiva), lo que va a favorecer la posición en primer plano del hombre. Como Platón estima en Protágoras “el hombre es la medida de todas las cosas” y, por tanto, se va a comenzar a estudiar una consideración del Derecho Natural relacionado con el hombre¹⁸.

La primera etapa del Derecho Natural del sofismo, expone los conceptos de *physis* y *nomos*, naturaleza y regulación humana, como distintos, mas no contrarios; el *nomos* es, más bien, la realización de la *physis*. Es decir, se trató

¹³ Suárez-Íñiguez, E., “¿Quién fue Popper?”, *Estudios Políticos*, n. 22, 1999, p. 16.

¹⁴ Cfr. Muñoz Ferriol, A., “Educación intercultural y diálogo crítico”, *RECERCA. Revista de Pensament y Anàlisi*, n. 3, 2003, pp. 151 y ss.

¹⁵ Kinder, H. y Hilgemann, W., *Atlas histórico mundial I*, Ediciones Akal, Madrid, 2006, p. 56.

¹⁶ Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*, Ed. Aguilar, Madrid, 1977, pp. 3-33.

¹⁷ En su obra Protágoras, Platón utiliza explícitamente la expresión “πολιτική τέχνη και ἀρετή”, esto es, “el arte y la destreza políticos”

¹⁸ Welzel, H., *El Derecho Natural de la Antigüedad*, cit., pp., p. 6.

de deducir de la naturaleza, la ley positiva del Estado¹⁹. Entre los principales defensores del *nómos* está el ilustre Protágoras, y entre los de la *physis* los sofistas. En su evolución, estos dos conceptos van a pasar a considerarse radicalmente opuestos, como Platón exponía en su obra *Protágoras*, “hombres aquí presentes, que somos afines, hermanos y conciudadanos, no por el *nomos* sino por la *physis*. Pues lo que es igual se halla emparentado con los igual por virtud de la naturaleza, mientras que, en cambio, el *nomos*, ese tirano del hombre, fuerza a hacer muchas cosas contra esta”²⁰.

Sócrates superó esa primera fase relativista del sofismo, y se estableció un propósito ético práctico, con el fin de llegar a algunos conceptos indiscutibles: lo bueno, lo justo, lo valiente, lo piadoso... Todos esos intentos por llegar a definiciones absolutas se vieron frustrados.

Por otro lado, su doctrina equiparó ley con justicia, considerando que la ley es la determinación escrita de lo que por acuerdo de los ciudadanos debe hacerse u omitirse. No se planteaba que el Derecho no sea justo, ni que existiera un derecho superior como el Derecho natural. Hasta tal punto fue fiel a esa proclama de “ley siempre justa”, que ignoró las llamadas de sus amigos a que huyera cuando se le condenó injustamente a muerte, porque consideraba que dicha huida le daría a su sentencia apariencia de juridicidad²¹.

Platón muestra, respecto al pensamiento iusnaturalista, un seguimiento a línea del pensamiento socrático de búsqueda de la verdad, con la Teoría de las Ideas. Las ideas de Platón son objetos firmes y permanentes del conocimiento, que no sufren alteración. Según Welzel, esto va a ser el nervio teórico de toda teoría ideal iusnaturalista, ya que en base a la Teoría de las ideas se distinguirían tres consideraciones clave: en primer lugar, las ideas son conocimientos de validez general estricta, que valen para todas las experiencias; en segundo

¹⁹ *Ibidem*, p. 9.

²⁰ Platón, *Protágoras*, trad. J. Velarde, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1980, 337a.

²¹ Welzel, H., *El Derecho Natural de la Antigüedad*, cit., pp., p. 16.

término, posibilitan un conocimiento objetivo de total certeza y seguridad; y, por último, son verdades racionales eternas, no cambiantes²².

Aristóteles es quien va a proseguir con esa Teoría de las ideas, transformándola en una metafísica teológica, donde ya se va a ver la equiparación de esas ideas al Derecho Natural. En su libro *Ética a Nicómano* se da una célebre definición a esta disciplina: “El Derecho válido para las comunidades política se divide en natural y legal. Natural es aquel que posee por doquier la misma fuerza, independientemente de si es reconocido o no. Legal es aquel cuyo contenido puede ser, en principio, uno y otro y que solo por disposición legal se halla determinado tal y como lo está²³”.

Lo que ocurre en la Grecia Clásica es que en la *polis* no cabe distinción entre la normativa religiosa, moral y jurídica, ya que se configura como fuente de derecho prácticamente uniforme, en la que se solapan unas y otras categorías, lo que conlleva a que no se distinga un orden ético que posicione al individuo en un estamento superior que el que tiene como ciudadano. Por tanto, aunque se denote una separación entre el Derecho Natural y el Derecho positivo, no existe plena autonomía del primero²⁴.

Es en el momento en el que se rompe la unión entre ética y política, con las monarquías y los imperios, es cuando surgieron dos planteamientos de visión de la comunidad: una opción de moral individualista, con unos derechos y preocupaciones personales, o una opción de moral cosmopolita, con una consideración de derechos comunes, de carácter general a todas las comunidades, “cosmopolitas”²⁵. La expresión latina *res privata*, significa lo que es propio del individuo, su esfera autónoma, que no tiene por concesión del Estado, sino porque es radicalmente suya, y que se contrapone con perfecta independencia a *to koivov* o *res publica*, el interés común.

²² *Ibidem*, p. 17.

²³ Aristóteles, *Ética a Nicómano*, trad. J. L. Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 2014, 1134 b.

²⁴ Prieto Sanchís, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 305.

²⁵ *Ídem*.

Roma

Si pasamos históricamente a un momento ulterior, en la Roma Clásica, se va a conocer una serie de defensores del estoicismo. El estoicismo es la corriente que va a considerar el derecho Natural como un Derecho cosmopolita, no único de cada comunidad. Si bien es cierto que esta corriente había comenzado ya en época griega, no va a encontrar hasta el momento de la Roma clásica, cabida entre muchos autores, como Lelio, Escipión y Cicerón²⁶.

Cicerón va a abogar por la consideración de una ley natural, supra comunitaria, en algunos de sus textos más relevantes:

“La recta razón es la verdadera ley conforme con la naturaleza, inmutable, eterna, que llama al hombre al bien con sus mandatos, y le separa del mal con sus amenazas: ora impere, ora prohíba, no se dirige en vano al varón honrado pero no consigue conmover al malvado. No es posible debilitarla con otras leyes, ni derogar ningún precepto suyo, ni menos aún subrogarla por completo; (...) no habrá una en Roma, otra en Atenas, una hoy u otra pasado un siglo, sino que una misma ley, eterna e inalterable, rige a la vez todos los pueblos en todos los tiempos; el universo entero está sometido (...) al Dios omnipotente que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: el que no la obedece huye de sí mismo, desprecia la naturaleza del hombre (...)”²⁷.

Cicerón expresa firmemente la existencia de un Derecho natural, definiéndolo con palabras que por ser por todos conocidas no es preciso transcribirlas²⁸. Desde su punto de vista, Dios es el creador del Derecho natural, un Derecho que no está condicionado espacial ni temporalmente, y que es el mismo en Roma que en Atenas. A pesar de no exigirse su obediencia es también universalmente obligatorio²⁹. El Derecho Positivo, por su parte, es inferior,

²⁶ Welzel, H., *El Derecho Natural de la Antigüedad*, cit., pp., p. 33.

²⁷ Cicerón, M. T., *De República* III, 33, trad. F. Navarro y Calvo, pp. 124-125 (disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/775/6.pdf> ; última consulta 15/08/2018).

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ídem*, *De legibus*, 2, 4, 8.

estando sujeto a variaciones de espacio y tiempo y basado en consideraciones de oportunidad y conveniencia, más que en la razón³⁰.

Varias conclusiones se pueden sacar de esta etapa del Derecho Natural en la cultura clásica de Grecia y Roma³¹:

- El Derecho Natural se entiende como tal, siempre que se vean la moralidad y el Derecho como dos conceptos diferenciados, de cara a la normativa.
- Según Cicerón, el Derecho Natural es lo que permite distinguir al Derecho Positivo de la normativa por la que se podrían regir “una banda de malhechores”.
- El Derecho Natural antiguo apela a una justicia como un ideal superior, pero no jerarquiza al Derecho Natural sobre el Derecho Positivo, no posee una fuerza derogatoria sobre este segundo.

Es por ello por lo que, aun a pesar de la utilización del Derecho Natural en esa primera época, la elevación a sistema del mismo ocurrió en un punto ulterior en la historia. Si bien es cierto que Platón en “La República” y “Las Leyes”, Aristóteles en “Ética a Nicómano” y Cicerón en varias de sus obras han sido considerados entre los más importantes teorizadores del concepto, esa disciplina no se elevó a categoría jurídica durante las épocas griega y romana, sino en el medievo cristiano, por obra, principalmente, de la elaboración escolástica³².

Edad Media

Cuando hablamos de ese segundo momento, históricamente relevante en el ámbito del Derecho Natural, nos remontamos a la Edad Media. Con el

³⁰ *Ídem, De republica III, cit., pp.*

³¹ Prieto Sanchís, L., *Apuntes de Teoría del Derecho, cit., pp., pp. 305-306.*

³² Cariola, A., “El Derecho natural y la historia: la afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático”, *cit., pp., pp. 111-112.*

pensamiento cristiano de la Edad Media, se introducen dos ideas diferenciadas del Derecho Natural clásico³³:

1. Que la naturaleza humana se encuentra corrompida por el pecado y, por tanto, la razón, igualmente; de esta manera, los hombres son incapaces de discernir lo justo de lo injusto.
2. Que existe un ser superior, Dios, cuya ley se encuentra por encima de todo ordenamiento jurídico

El principal teorizador de esta doctrina va a ser San Agustín, que consideraba que va a ser la voluntad de Dios la que muestre el bien y el mal, sin sujeción alguna a la ley humana. Lo que es el mal, el pecado, estará prohibido y será establecido por la ley divina³⁴.

San Agustín en su teoría iusnaturalista va a diferenciar tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley temporal³⁵.

- La ley eterna, de carácter divino e inmutable.
- La ley natural, como transcripción de la ley eterna en el alma humana.
- La ley temporal, esta es, la ley positiva y mutable.

Lo que concluimos del pensamiento agustiniano es que, desde su punto de vista, la ley natural es derivada de la ley eterna, de la ley establecida por un Ser Superior: Dios. Participó en las corrientes idealista y voluntarista de la ley natural, mas, el problema de su teoría reside en que, de entre ambas, se va a inclinar por la voluntarista. Es decir, la prohibición como decisión de voluntad, supone la presuposición para la calificación ética negativa de una acción³⁶. Esto es, que el valor ético precede a la prohibición. Por ejemplo, “el adulterio no es malo por estar prohibido por la ley. Está prohibido por la ley por ser malo³⁷”.

³³ Prieto Sanchís, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp., p. 306.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ Welzel, H., *El Derecho Natural de la Antigüedad*, cit., pp., pp. 51 y ss.

³⁶ *Ibidem*, pp. 54 y ss.

³⁷ San Agustín, *De libero arbitrio I*, 3, 6: “*Non sane ideo malum est, quia vetatur lege; sed ideo vetatur lege, quia malum est*”.

Desde otro punto de vista, el Derecho Natural cristiano tuvo otras vertientes menos voluntaristas, más intelectualistas, como la de Santo Tomás de Aquino. Él considera que el Derecho Natural no debe vincularse a la voluntad divina, sino a la razón. Dice que la ley natural no es expresión de lo bueno y lo justo porque tenga su origen en un caprichoso mandato divino, sino que tiene su origen en Dios precisamente porque expresa lo bueno y lo justo³⁸. La clasificación de las leyes que hace Santo Tomás se podría considerar el paradigma del Derecho Natural teológico³⁹:

- La ley eterna como expresión de la razón divina que ordena el universo
- La ley natural como participación de la criatura racional en la ley eterna
- Las leyes humanas como obra de la razón, como Derecho positivo.

A lo largo de la etapa de la Edad Media, se va a mostrar la evolución de un Derecho Natural desde el punto de vista religioso, con la idea de Dios como legislador divino, a la secularización de esta disciplina. La última manifestación del Derecho natural teológico sería con la Escuela española de Derecho natural, en los siglos XVI e inicios del XVII, una época marcada por la ruptura de la unidad religiosa en Europa y por la situación de España en territorios de ultramar⁴⁰.

Esta verdadera secularización del Derecho Natural, tal como dice Welzel, sólo se va a lograr con Rousseau, ni tan siquiera con Hobbes.

BIOGRAFÍA DE HANS KELSEN

La vida de Hans Kelsen puede narrarse desde diferentes perspectivas. Vamos a abordar, en primer lugar, una perspectiva personal y, posteriormente, una perspectiva profesional, contextualizada temporal y geográficamente.

³⁸ Prieto Sanchís, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp., p. 307.

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 308.

Perspectiva personal

Desde la perspectiva personal, Hans Kelsen nació en Praga en 1881, pero su formación cultural fue principalmente vienesa. Su juventud estuvo muy influida por la atmósfera humanística y estética de la capital del Imperio, Viena⁴¹. Era de religión hebrea, en una monarquía católica y de lengua alemana, en una región checa, así que formaba parte de una doble minoría. Kelsen creció hablando únicamente alemán, y en su familia, solamente su madre hablaba también checo⁴².

Aunque siempre estuvo interesado en la Filosofía, una vez acabó el Bachillerato, comenzó a cursar la formación de Derecho en la Universidad de Viena. Pronto sus estudios e investigaciones empezaron a encaminarse, dentro del ámbito jurídico, hacia esos intereses filosóficos que poseía desde joven⁴³.

Su paso por la Facultad de Derecho fue decepcionante, ya que pudo apreciar que los profesores de las diferentes asignaturas las abordaban mezclando datos normativos, sociológicos, económicos, filosóficos e históricos. Esto marco un antes y un después en su carrera. Desde entonces su propósito no fue otro que encontrar la senda para la construcción de una ciencia del derecho que estuviese a la altura de las demás ciencias, esto es, que tuviera un objeto y un método propios⁴⁴, como más adelante veremos con su doctrina Teoría Pura del Derecho.

Vivió en Viena hasta 1930, momento en el que se trasladó a Alemania, donde tuvo su residencia hasta 1933. En 1941 se fue a los Estados Unidos, jubilándose finalmente en 1952.

⁴¹ Bayer, K. G., "Hans Kelsen. Vida y obra", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, n. 244, 2005, p. 218.

⁴² Losano, M. G., "Hans Kelsen: una biografía cultural mínima", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 10, n. 14, 2006, p. 114.

⁴³ Bayer, K. G., "Hans Kelsen. Vida y obra", cit., pp. p. 219.

⁴⁴ Morchón, G. R., "Hans Kelsen: vida y obra", *Revista de Ciencias Sociales*, n. 62, 2013, p. 204.

Hans Kelsen murió el 19 de abril de 1973, en Berkeley, California, Estados Unidos.

Perspectiva profesional

En cuanto a su perspectiva profesional, en 1906 se graduó en Doctor en Derecho en la Universidad de Viena⁴⁵ y comenzó su andadura como docente en este lugar 1917. Allí creó la llamada “Escuela de Viena”, donde pertenecen algunos juristas destacados como Félix Kaufmann, Fritz Schreier, Adolf Merkl, Josef Kunz o Alfred Verdross⁴⁶.

Lo que interesa de este autor, principalmente, es su visión positivista del Derecho y la doctrina que creó desde esa perspectiva. Si algo diferencia a los iuspositivistas como Kelsen es su versión monista del Derecho. A diferencia de los iusnaturalistas, que consideran una visión dualista, esto es, que existe un orden positivo y un orden natural de cara al mundo jurídico, la doctrina iuspositivista cree que no cabe un ordenamiento natural que establezca ninguna ley, la única ley es la emanada del Poder Legislativo⁴⁷. Kelsen destaca por la creación, en base a la doctrina del Derecho Positivo, de la obra de la Teoría Pura del Derecho, un análisis del Derecho depurado, sin calificaciones morales o ideológicas, con un criterio único.

En 1919 nació la Primera República Austríaca con una fuerte presencia de austromarxistas, entre los que se encontraba el Presidente de la República, Karl Renner. Kelsen sería entonces uno de sus principales consejeros jurídicos, colaborador, por tanto, de los socialdemócratas, pero sin pertenecer, sin embargo, a aquel partido. Precisamente va a ser este vínculo con el austromarxismo lo que le iba a procurar la hostilidad de los nacionalsocialistas alemanes. En los años en los que la nueva república austriaca iba forjando sus instituciones, Kelsen sería partícipe activo en la redacción de la Constitución de

⁴⁵ Tamayo y Salmorán, R., “Hans Kelsen-In Memoriam”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, n. 243, 2005, pp. 199 y ss.

⁴⁶ Rodríguez Paniagua, J. M., *Historia del Pensamiento Jurídico II, Siglos XIX y XX*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, p. 567.

⁴⁷ Kelsen, H. “Positivismo jurídico y Doctrina del Derecho Natural”, *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, n. 8, Lima, 1994, pp. 9-12.

1920 y, concretamente, elaboraría los principios de la justicia constitucional, considerada por él, no un complemento, sino la culminación del ordenamiento parlamentario⁴⁸.

Tras ese tiempo en Viena hasta 1930, se trasladó a Alemania, dando clase en la Universidad de Colonia hasta 1933.

Es entonces cuando se traslada de residencia una vez más, obligado por la entrada del nazismo, esta vez, a Suiza. El estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) fue el desencadenante para decidir abandonar Europa, por lo que en 1941 emigró a Estados Unidos⁴⁹. En este lugar estuvo enseñando en la Universidad de Harvard y en la de Berkeley. Se jubiló como profesor en 1952.

OBRAS DE KELSEN

La idea del Derecho Natural y otros ensayos. 1943

Esta obra está dividida en varios apéndices, para ello, es necesario analizar detenidamente algunos de ellos, haciendo que podamos entender la postura del jurista en el plano del Derecho Natural como tal.

Nos encontramos ante una situación en la que los hombres han luchado desde el principio de los tiempos para hallar una respuesta que les condujese a un ordenamiento “justo”. Esa respuesta siempre ha generado preocupación, pero, lejos de desistir en el intento, se ha tratado de buscar siempre una solución a la búsqueda de un ordenamiento justo⁵⁰.

“Tampoco es relevante la diferencia que existe entre una teoría del Derecho Natural deducida de la Naturaleza o de Dios, de otra que pretende crear la ordenación justa a partir de la razón. Lo es sólo en tanto que se trate de una razón objetiva. [...] Distinto es, cuando nos encontremos con que no se encuentra esa razón objetiva, divino-natural, pues es ahí donde se ve la desviación subjetiva.”⁵¹

⁴⁸ Losano, M. G., “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, cit., pp., p. 115.

⁴⁹ Fasso, G., *Historia de la Filosofía del Derecho, Vol III*, Ed. Pirámide, Madrid, 1988, p. 228.

⁵⁰ Kelsen, H., *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Ed. Coyoacán, México, 1943, pp. 13-21.

⁵¹ *Ibíd*em, p. 14.

Es necesario tener en cuenta, que el término naturaleza alude muchas veces a “justicia”, y genera la creencia de que un ordenamiento natural pasa a ser automáticamente un ordenamiento justo. El jurista pasa a analizar de una manera escueta la diferencia que existe entre un ordenamiento natural de uno artificial. El ordenamiento natural se refiere a aquel ordenamiento puramente objetivo, es decir, dejando el elemento humano lejos de la interferencia del mismo. Dejando los juicios de valor del ser humano a un lado y devengando una serie de principios justos y que no han tenido injerencia humana. Por otro lado, hablamos de los ordenamientos que no son naturales, de los artificiales, como ordenamientos en los que los juicios de valor del hombre cogen peso y pasan a ser el fondo de la cuestión, dejando a un lado el término *natural* y por ende el término *justo*.

Asimismo, el autor hace hincapié en el hecho de que una teoría Natural que provenga de la naturaleza o de Dios y una teoría Natural que provenga de la razón tampoco tienen por qué ser contradictorias, ya que lo que las diferencia, es la simple procedencia. La procedencia puede ser objetiva o subjetiva. Siendo un ordenamiento natural aquel que no ha sufrido alteraciones por la razón de los hombres y siendo un ordenamiento artificial, y por tanto, subjetivo, aquel que ha sido “*creado arbitrariamente por el hombre*”⁵².

“El Derecho positivo es una ordenación de la conducta humana, se distingue del natural en que es sólo artificial, esto es, creado por el hombre y en cuanto tal, aparece como una simple obra humana. [...] Según su grado de coincidencia o contradicción con el Derecho natural será considerado un derecho bueno o malo, justo o injusto. Pero Derecho, como tal, es el Derecho positivo. [...] La validez del derecho natural consiste en un contenido interno, porque es buena, justa y acertada, mientras que en el derecho positivo lo que establece su validez es la manera en que se ha elaborado.”⁵³

En este aspecto, lo que va haciendo el jurista, es imponer una serie de diferencias notables y visibles que existen entre el derecho natural (entendido como un derecho proveniente de algo superior e inexplicable) y el derecho

⁵² Kelsen, H., *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, cit., pp., pp. 15-16.

⁵³ *Ibidem*, pp. 14-15.

positivo (entendido, en contraposición, como un derecho con influencia humana que tiene que ser coactivo y debe afectar no sólo a una persona).

Además, hay que tener en cuenta la diferencia entre lo que Kelsen llama el “*deber ser*” y el “*ser*”. Para Kelsen “tanto el derecho natural como el derecho positivo regulan el mismo objeto, el deber ser. Y tanto el derecho natural como el derecho positivo son sistemas de normas completamente válidos⁵⁴”.

“Cuando se designa el deber ser como la forma común o como la legalidad tanto del derecho natural como del positivo, se quiere dar a entender que, en uno como en otro caso, en el precepto de derecho natural como en el precepto de derecho positivo la anudación específica de la condición a la consecuencia tiene lugar mediante el debe ser, mientras que en el sistema de la naturaleza, en la ley natural o causal, la condición está anudada con la consecuencia como causa y efecto del es.⁵⁵”

Aquí nos muestra Kelsen, lo que entiende por contradicción fundamental respecto al derecho positivo y a tener en cuenta es que mientras que el derecho natural regularía, en su caso, por una relación de causalidad, una relación causa-efecto. Mientras que el derecho positivo es un derecho que surge plenamente del consenso de un conjunto de hombres, imponiendo una serie de normas que se entienden por aquellas reglas del “*deber ser*”. La vital diferencia que encuentra Kelsen, es que el derecho natural se trataría del “*ser*” mientras que el derecho positivo se trataría del “*deber ser*”.

Hay que admitir que, bajo ese prisma, la postura de Kelsen parece tener un sentido completo a lo que se conocía por derecho natural, pero con algunos matices al respecto.

¿Qué es la justicia? 1957

Kelsen publicó la primera edición de su libro “¿Qué es la justicia?” en 1957, residiendo en California, cuando ya se había retirado de la docencia y entró a formar parte de la comunidad de privilegiados que, desde su casa, podían ver

⁵⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 19.

el Océano Pacífico y dedicar sus días tranquilos al estudio y a la creación intelectual⁵⁶. No es una de sus obras más conocidas, mas es de necesaria lectura para entender el punto de vista de Kelsen del valor “justicia”. El ensayo “¿Qué es la justicia” se basa en la conferencia de despedida del autor como miembro activo de la Universidad de California, pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952.

Desde un primer momento, Kelsen realiza una visión panorámica del tema que se va a abordar en él, atrapando al lector. El autor sostiene que la pregunta que da nombre a su obra ha sido planteada muchas veces a lo largo de toda la historia y no tiene una respuesta categórica, por lo que lo que nos queda es replantearla mejor. Lo que, sin embargo, nos vamos a encontrar, una vez finalizada la lectura es que al terminar no va a lograr el resultado esperado, esto es, llegar a una definición absoluta de este valor⁵⁷.

Kelsen tiene una visión muy particular de la justicia. Considera que *la justicia es un elemento posible pero no necesario del orden social*, y empieza a mostrar una serie de caracteres relacionados con la justicia⁵⁸.

En primer término, se equipara justicia con felicidad, citando a Platón “sólo el justo es feliz”, aunque sea una afirmación falsa de raíz⁵⁹. Dice Platón sobre ello “*¿Podría un legislador, digno de tal nombre, encontrar una falsedad más útil que ésta, o más efectiva, para persuadir a todos los hombre para que actúen voluntariamente y sin forzarlos de modo justo? Si yo fuera legislador, intentaría que todos los poetas y ciudadanos afirmaran que la vida más justa es la vida más feliz*⁶⁰” .

⁵⁶ Morchón, G. R., *Hans Kelsen: vida y obra*, cit., pp, p. 201.

⁵⁷ Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, p. 35.

⁵⁸ *Ibidem* p. 36.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 36 y 41.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 41

Así, sin embargo, si procuráramos equiparar justicia a felicidad, nunca sería en virtud de una felicidad individual, sino colectiva. Se debería renunciar a la felicidad individual subjetiva en pro del orden social justo objetivo⁶¹.

Nos encontramos con el problema de que no todo el mundo tiene el mismo concepto de felicidad, y, por ende, no todas las personas tienen la misma concepción de justicia, por lo que, aunque sería lo ideal, un orden social no puede regirse por este ideal. Entonces, para que esa felicidad llegara a ser una categoría social, llegara al mayor número de personas posibles; para que esa felicidad fuera satisfecha y se transformara en un principio social, habría de cambiar de sentido, habría de referirse a una justicia sobre las cuestiones principales que afectan a la sociedad, e impuesta por el legislador⁶².

Por otro lado, lanza su primera crítica expresa en el libro al Derecho Natural, sosteniendo que por naturaleza “*unos nacen enfermos y otros sanos; unos nacen inteligentes y otros tontos*” y que *no hay hombre que pueda dar justicia a la injusticia de la naturaleza*⁶³.

Además, como segunda idea, nos dice que la idea de la justicia está estrechamente relacionada con la idea de libertad. Pero, una libertad garantizada con una forma de gobierno, ya que sólo de esta manera se podría velar por ella. Y, velando el Estado por ésta, por una libertad individual, sin coacciones, podríamos hablar de un orden social justo⁶⁴.

Kelsen muestra varios ejemplos para explicar que llegar a un orden social justo va a depender de que exista una serie de valores jerárquicamente establecido: libertad, vida, seguridad, verdad, compasión...

⁶¹ *Ibidem*, p. 37.

⁶² *Ibidem*, pp. 37-38.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ *Ídem*.

El orden moral, dice el autor, forma parte de la comunidad geográfica-social-familiar de la persona, no es individual, por lo que cada comunidad va a compartir los mismos valores y, por tanto, el mismo concepto de justicia⁶⁵.

Lo que plantea, asimismo, desde el punto de vista filosófico, es la pregunta de si el fin justifica medios. Porque, aunque el fin justifique los medios, los medios no justificarían el fin. Es muy difícil fijar los límites, llegar al conocimiento de dónde es adecuado utilizar un medio para llegar a un fin y, lo que nos importa, que este tránsito se considere justo; tendría que ser un fin último y supremo: un ejemplo sería la democracia, como medio para lograr la libertad individual. Y, la clave de todo esto, es que para Kelsen, nuestra conciencia no se contenta con esa justificación relativa de nuestra conducta en los medios, sino que busca una justificación absoluta de los medios, para llegar a una justicia absoluta del fin. Y lo que nos encontramos es que el fin último no es medio para ningún otro fin⁶⁶.

Y, el problema de la justicia, para este autor, es que no cabe una consideración racional de este ideal, sino únicamente metafísica y divina. De igual modo que Platón se planteaba “qué es lo bueno”, y no lograba obtener respuesta, ni a través del método de la dialéctica, nosotros nos planteamos qué es la justicia. De ahí que, desde la visión cristiana, los hombres ven en la metafísica y en fe la única forma a través de la que se va a poder abordar la verdadera forma de justicia: la justicia divina⁶⁷.

Por otra parte, el principio de igualdad. Critica el principio de retribución, como idea de justicia, la fórmula griega “a cada cual lo suyo”, apreciándola como “hueca”. Esta crítica tiene su sentido, puesto que en cada lugar, con cada forma de gobierno, en cada ley o para cada persona, se va a considerar que “lo suyo” es una u otra cosa. O la expresión “bien por bien, mal por mal”, como principio de represalia; porque nadie tiene el poder de conocer qué es el bien o qué es el

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 42-43.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 44-46.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 46.

mal, ni se da solución al problema que se plantea de si en un orden positivo se equipara el mal de la pena al mal del delito, es un mal para la sociedad⁶⁸.

Por otro lado, respecto al principio de igualdad, carece de veracidad: todos los individuos son diferentes y, por tanto, unos órdenes jurídicos consideran que la igualdad consiste en ciertas cosas y otros ordenes jurídicos considerarán que consiste en otras. Queda demostrado que nadie puede contestar a qué es lo bueno desde el principio de igualdad. Específicamente, un ejemplo de este principio es el principio de igualdad ante la ley: los órganos administrativos del Estado no establecen cosa distinta de la que establece el orden jurídico. Se corresponde con el principio de legalidad, no interesando el entrar a valorar si es justo o no⁶⁹.

Otro ejemplo del problema de la justicia reflejado en la idea del principio de igualdad en la expresión “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”, es que esto es un presupuesto de justicia, con un carácter tan subjetivo que no se podría aplicar. Según Kelsen la frase debería ser configurada a través de un criterio objetivo, de la siguiente manera: “compórtate con los demás como ellos deberían comportarse contigo, mas estos, en realidad, deben comportarse a través de un orden objetivo, impero, ¿cómo deben comportarse?”⁷⁰.

Más adelante, muestra cómo se podría abordar el tema de la justicia desde la perspectiva aristotélica: Aristóteles establece un sistema de virtudes en el que la justicia es la virtud más importante. Considera haber encontrado un método matemático para encontrar qué es la justicia, con el término medio: es desde el saber qué es un vicio, podemos afirmar que la virtud es el elemento contrario, por ejemplo, si la mentira es un vicio, la verdad es una virtud. La “fórmula tautológica del medio” dice que lo bueno es aquello que es bueno para el orden social existente. Lo que ocurre es que el carácter tautológico de la

⁶⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 50-51.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 53.

fórmula del medio no encuentra definición de la injusticia respecto al orden social vigente⁷¹.

El Derecho Natural de entre los S. XVII y XIX estaba basada en el racionalismo. La razón humana, considera Kelsen, como forma de controlar unas conductas es un ideal inalcanzable⁷².

Su punto de vista es que distintos teóricos iusnaturalistas han tenido posiciones contrarias encontrando justificación en la razón: Por ejemplo, Roberto Firmer, con la autocracia y John Locke, con la democracia; los teóricos del comunismo⁷³.

El hombre pretende encontrar una norma de conducta que establezca lo justo de lo injusto, mas no podemos encontrar más que valores relativos al respecto, para un juicio justo. Por ejemplo, cuando existen conflictos de intereses, dice Kelsen, cabe dos soluciones: o favorecer un interés en perjuicio del otro, o lograr un resultado equilibrado que beneficie un poco a ambos⁷⁴.

Kelsen pone sobre la mesa que la justicia, además de venir de la mano de la libertad, se relaciona estrechamente con la tolerancia y solo se puede lograr a través de la democracia. De ahí que en las guerras religiosas del siglo S. XVII no se comprendiera que luchasen por un orden justo desde la intolerancia. Además, se pregunta cómo podemos discernir la libertad cuando la democracia se defiende de las personas que reniegan de esta forma de gobierno. La solución, nos comenta Kelsen, es que hay democracia siempre que se permita a los contrarios de esta forma de gobierno que expresen no estar de acuerdo, manteniéndose de todas formas el orden jurídico vigente⁷⁵.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 55-56.

⁷² *Ibidem*, pp. 57-58.

⁷³ *Ibidem*, p. 58.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 62.

Hans Kelsen, llegado al final, hace un cierre de su capítulo mostrando que después de exponer y destilar cada una de las variables que influyen en lo que él considera justicia, no ha podido llegar a una definición absoluta de la misma.

Parafrasea el siguiente párrafo para cerrar esa definición de justicia, siempre desde un punto de vista relativo:

“En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”⁷⁶.

Teoría Pura del Derecho. 1934 y 1960.

La primera edición de Teoría Pura del Derecho aparece en 1934, siendo una segunda obra a Teoría General del Derecho y del Estado. Se trata de una segunda versión, pero bien podría tratarse de una obra que parte de cero, en base a todas las cuestiones novedosas que incluye⁷⁷. Esta Teoría Pura del Derecho va a seguir desarrollándose a lo largo de la vida de Kelsen, sacando otra edición en 1960 perfeccionada.

Esta obra va a tratarse de la culminación del positivismo en el siglo XX. El propósito de Kelsen fue establecer unos presupuestos previos a todo análisis jurídico concreto y no la sistematización y el conocimiento de un Derecho Positivo determinado. La Teoría Pura del Derecho va a ser una teoría general del Derecho que pretende dar respuesta a la pregunta más importante desde el

⁷⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁷⁷ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Autónoma de México Ciudad Universitaria, pp. 5-7.

punto de vista filosofo-jurídico, esta es, qué es el Derecho y cuáles deben ser los métodos para su estudio⁷⁸.

La expresión de *teoría pura del Derecho* fue utilizada previamente por Stammler, jurista alemán y de las principales figuras de la filosofía del derecho; y, de otra forma, fue utilizada la expresión *ciencia jurídica pura*, por Roguin, jurista y profesor de la Universidad de Laussane⁷⁹.

Kelsen parte de un positivismo tradicional, cuando considera que el análisis del Derecho ha de realizarse con independencia de todo juicio de valor ético-político y de toda referencia a la realidad de la sociedad en la que se aplica⁸⁰.

La doctrina de nuestro autor se va a definir como “pura”, porque, tal como dice en la primera página del libro, se pretende *asegurar un conocimiento dirigido solamente al Derecho y, porque quería eliminar de dicho conocimiento todo lo que no perteneciera al objeto exactamente determinado como Derecho, esto es, una doctrina depurada de toda ideología política y de todo elemento científico-naturalista*. Lo que buscaba, además, era incluir una jurisprudencia a la altura de una ciencia auténtica, de una ciencia del espíritu⁸¹.

El propósito de esta obra de Kelsen es, en síntesis, elevar el estudio del Derecho a categoría científica, esto es, que tuviera en su esencia el carácter de objetividad y exactitud⁸². Como síntesis a la mención del derecho natural en esta obra, podemos referirnos a dos cuestiones:

En primer lugar, en su doctrina, Kelsen nos habla de la teoría de *la norma fundante básica y la doctrina del derecho natural*. Nos muestra que, según la doctrina de la Teoría pura del Derecho, un orden jurídico positivo se debe sostener a través de su norma fundante básica. El derecho natural no tiene lugar,

⁷⁸ Latorre, A., *Objeto y métodos de la ciencia jurídica*, E. Ariel, Barcelona, 1968, pp. 113-154.

⁷⁹ Fasso, G (1988): *Historia de la filosofía del derecho*, cit., pp., p. 227.

⁸⁰ Latorre, A., *Objeto y métodos de la ciencia jurídica*, cit., pp.

⁸¹ Fasso, G, *Historia de la filosofía del derecho*, cit. pp., p. 228.

⁸² Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, Ed. Porrúa, México, 1993, p. 1.

porque la aplicación de las normas no puede depender de la justificación ético-política de un orden coactivo⁸³.

“El Derecho positivo solo queda justificado mediante una norma, o un orden normativo, conforme al cual el derecho positivo, por su contenido, puede corresponder o no corresponder, es decir, ser no solo justo, sino injusto”⁸⁴.

Es decir, no puede subyacer la aplicación y la validez de las normas a que éstas sean o no justas.

La Teoría Pura del Derecho muestra ser una doctrina positivista en tanto considera que ha de existir una norma fundante básica que dé validez al resto del ordenamiento jurídico, pero que, a su vez, tenga un carácter enteramente independiente del mismo. No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas: esto es un contenido esencial del positivismo jurídico⁸⁵.

Sostiene Kelsen en su obra que un orden jurídico, puede ser interpretado a través de la norma fundante básica, presuponiéndola. Pero esa posibilidad implica la posible falta de necesidad de hacerlo, esto es, cabe interpretarlo incondicionalmente, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan...⁸⁶.

En lo que difiere el *iuspositivismo* de la doctrina del Derecho natural es que esta última busca fundamento de validez del Derecho positivo. El iusnaturalismo tiene una visión dualista de estas dos disciplinas, donde el derecho positivo puede no corresponder con el derecho natural y, en el caso de que el derecho positivo no se adecúe éste, será considerado inválido. El Derecho positivo, sin embargo, no concibe una separación entre ambas disciplinas:

“La teoría del derecho se caracteriza a sí misma como iusnaturalista y que formula el fundamento de validez de la norma u orden normativo representativos del derecho positivo, excluyendo un conflicto entre el derecho natural y el

⁸³ *Ibidem*, p. 228.

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 229.

derecho positivo, por ejemplo afirma que la naturaleza ordena obedecer a todo orden jurídico positivo, sea cual fuere el comportamiento que ese orden prescriba, se autoelimina como una doctrina del derecho natural, es decir, como una doctrina sobre la justicia⁸⁷

La teoría pura del derecho rechaza ser iusnaturalista desde el punto de vista de la existencia de la norma fundante básica.

Por otro lado, *la norma fundante del derecho natural* se juzga como insatisfactoria, porque no concibe un patrón de ser o no ser justo, y, por tanto, el derecho positivo no cumpliría con ninguna justificación ético-política. Sin embargo Kelsen realiza la siguiente crítica al derecho natural: la creencia de que la doctrina del derecho natural pudiera dar una respuesta incondicionada al fundamento de validez del derecho positivo, contiene un error⁸⁸.

La doctrina del derecho natural considera que dicho derecho natural es fundamento del derecho positivo, esto es, encuentra su fundamento de validez en un orden instaurado por una autoridad naturalmente suprema, superior al legislador humano. Entonces, nos encontraríamos también ante un orden impuesto y, por ende, positivo. La norma fundante básica del derecho natural, sería “las órdenes de la naturaleza”. Así, la doctrina del derecho natural tiene que dar a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo, una respuesta condicionada. Afirmar que las órdenes de la naturaleza han de ser la norma fundante básica, estaría lejos de lo evidente. La naturaleza carece de voluntad y por tanto, es imposible que instaure normas.⁸⁹

Las normas, solo pueden ser supuestas como inmanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios. Que dios, en la naturaleza, como manifestación de su voluntad, ordene a los hombres a comportarse de determinada manera es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica⁹⁰

⁸⁷ *Ibidem*, p. 230.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 231.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 231-232.

⁹⁰ *Ídem*

DERECHO NATURAL EN LA ACTUALIDAD

Llegados a este punto, habiendo realizado una síntesis del recorrido histórico del Derecho Natural, nos queda preguntarnos cuál es la situación actual de esta doctrina.

Se puede decir que hay una extendida sensación de que el Derecho Natural, en lugar de ser inmutable y permanente, a lo largo de los siglos, ha podido ser, en contra de su principal objetivo, una de las disciplinas más cambiantes del Derecho.

A partir del S. XIX, el Derecho Natural va a verse inmerso en una profunda crisis, entre otras cosas por la aparición de unas nuevas culturas científica y jurídica. Es el historicismo y su rechazo de los valores de la Ilustración, concretamente, la consideración de que exista una justicia eterna y universal a la razón, así como el aumento de las corrientes positivistas filosóficas y jurídicas lo que le lleva a esta disciplina a quedar relegada de estudio⁹¹.

Esto es, precisamente, y, entre otras cosas, porque dentro del concepto “Natural” cabían definiciones de todo tipo y los autores han atraído hacia sí el mismo para justificar sus distintas doctrinas. Tal como dice Welzel “la «naturaleza», lo «natural», se ha mostrado como título común de contenidos de lo más diversos (...). Se puede entender bajo la denominación Derecho natural, lo que se quiera”⁹².

Considera Prieto Sanchís que el Derecho natural no puede ser natural por, al menos, tres motivos: primero, porque aún no hay acuerdo entre los hombres sobre qué encaja en ese concepto de “natural”; en segundo término, porque en el hipotético caso de que se llegase al acuerdo de qué es natural, no cabría deducir que lo natural es justo; por último, aunque se llegara deducir lo

⁹¹ Prieto Sanchís, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, cit., pp., pp. 310-311.

⁹² Welzel, H., *El Derecho Natural de la Antigüedad*, cit., pp., p. 249.

justo de lo natural, ese sistema no aseguraría en ningún caso su vocación de permanencia para el futuro⁹³.

Si bien es cierto que se produjo una importante crisis de esta disciplina, se habla del llamado “eterno retorno del Derecho Natural”, pero solo de algunas de sus tesis fundamentales. Va a producirse a través de dos perspectivas:

- La primera dice reivindicar algún naturalismo ético: a través de ella se realiza una crítica externa al Derecho positivo, y se utiliza, tal como dice Pérez Luño como exigencia “a ser fundamento y límite de todo Derecho positivo”.
- La segunda, entendida de forma más estricta, defiende el dualismo jurídico típico del Derecho natural, esto es, la importancia de la conexión entre moral y Derecho. A través de esta vía, la justicia no realiza un juicio crítico del Derecho positivo, sino que es una parte imprescindible del orden jurídico existente⁹⁴.

El renacimiento del Derecho natural, en este caso, se suele ubicar temporalmente en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, tras las consecuencias del nacionalsocialismo por aplicación de un Derecho positivo rígido. Este renacimiento, basado en la Tesis de la conexión conceptual entre Derecho y moral, estará basado, en varias líneas, a grandes rasgos:

Por un lado, en tener al Derecho natural con un carácter de correctivo y de justicia, por parte de los gobernantes que así lo puedan aceptar los gobernados. En segundo lugar, el Derecho ha de tener un fundamento moral, de obligatoriedad por parte de los funcionarios y autoridades, no por temor a la sanción, sino por principios. En tercer y último término, tener como dogma que una norma absoluta, notoria o radicalmente injusta no es una norma jurídica⁹⁵.

A pesar de todas las variaciones de según qué percepción se tenga del Derecho natural, en todas ellas podemos ver, apreciándolo de forma más o menos fuerte, que comparten que este Derecho natural es lo que, según la justicia, *debe ser*, que no siempre debe ir de la mano de lo que es, de los hechos fácticos⁹⁶.

⁹³ Prieto Sanchís, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, cit., pp., p. 311.

⁹⁴ *Ídem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 312.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 250.

Welzel muestra varias de las aportaciones duraderas del Derecho Natural, a lo largo de las épocas históricas:

Tenemos, en primer lugar, el correlato del deber ser vinculante. Lo que nos viene a decir es que mientras una *coacción* convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, es decir, el hombre hace una cosa más, entre otras, la *obligatoriedad* le impone la *responsabilidad* por un orden de vida dotado de sentido. Esto es, que el sujeto pueda ser satisfecho en su vida por dicha responsabilidad. Al descubrirse que el Derecho tenía carácter obligatorio, más que coactivo, aparece el hecho al menos en germen de la personalidad del sujeto obligado. *El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho*⁹⁷.

Desde otro punto de vista, tenemos la idea de *legalidad*, del carácter ordenado del obrar ético social, “ético-jurídico”. Podemos ver que el acontecer según leyes es el presupuesto de posibilidad del obrar ético-social. Sin embargo, nos encontramos con que las circunstancias del obrar no pueden ser únicas, sino que deben encontrar en sus reglas, órdenes y normas directivas, una conexión interna. Han de mostrar una concordancia de los órdenes ético sociales⁹⁸.

El deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético sociales se encuentran entre las nociones extemporáneas de la doctrina del Derecho natural, porque representan el presupuesto de posibilidad, y son, por ende, independientes de los contenidos de estos órdenes⁹⁹.

Respecto a la incidencia de Kelsen, con su obra, ha dejado una estela en el Derecho. Contó con seguidores y con contrarios a su doctrina sobre el derecho natural. Uno de los autores que va a poder mostrarse a una altura similar a Kelsen para su crítica va a ser Hart. La obra de Hart se constituyó en una herramienta contra el clasicismo jurídico representado en Kelsen.

⁹⁷ Welzel, H., *El Derecho Natural de la Antigüedad*, cit., pp., p. 252.

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 253.

Para Hart la justificación del deber de obediencia deriva del contenido mínimo de Derecho natural: “algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven...; en la medida en que sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable...”¹⁰⁰.

Hart consideraba que ciertas normas jurídicas eran “necesarias”, esto es, que ningún Derecho concreto podría prescindir de ellas. Era aquellas que integrarían el contenido mínimo del Derecho Natural¹⁰¹.

La visión de Hart va a suponer un positivismo abierto y por esta razón su doctrina tuvo mejor acogida. Tal como muestra Peces Barba, “la moral interna, observada desde el punto de vista positivista, supone el establecimiento de unos rasgos que hacen al Derecho más viable, más seguro, más cierto o más fácil de obedecer, mientras que el llamado contenido mínimo de Derecho natural de Hart descubre las razones que convierten en *necesario* al Derecho en la vida social. Afecta a la génesis del Derecho, a las razones de su existencia, mientras que la moral interna hace posible su viabilidad, potencia su eficacia y es una dimensión de ética pública, la justicia formal o seguridad jurídica, que se completa con los criterios de justicia material, la justicia de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad”¹⁰².

REFLEXIONES PERSONALES

Después del estudio realizado de las obras del jurista, de su vida y de los antecedentes del Derecho Natural hasta la época de Hans Kelsen, podemos sacar una serie de reflexiones derivadas del mismo.

¹⁰⁰ Peces-Barba, G., Los deberes fundamentales, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, n. 4, pp. 329-342.

¹⁰¹ Rivaya García, B., Teorías sobre la teoría del contenido mínimo del derecho natural, *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 15, 2000, pp. 40-41.

¹⁰² Peces-Barba Martínez, G., *Prólogo [Positivismo y moral interna del derecho]*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 18.

En primer lugar, es necesario hablar de lo que entendemos por Derecho Natural, teniendo en cuenta nuestro estudio a lo largo de las edades más tempranas de la filosofía. Hemos pasado por Roma, Grecia, y la Edad Media. Todas esas épocas, tenían un denominador común, y era la incansable búsqueda de sus estudiosos de encontrar un orden jurídico adaptado a los valores, políticos, morales o religiosos, que se proclamaban en ese momento y lugar. A través de esos valores se acercaban al término justicia, entendido de un modo u otro.

En segundo lugar, he de dar mi opinión acerca de la posibilidad de aceptación del iusnaturalismo como tal. Para Kelsen no es posible comulgar con la existencia de un derecho natural, dado que entiende que el derecho válido stricto sensu, es el derecho positivo, no necesitando un derecho natural que lo controle. Kelsen, a lo largo de sus obras, nos da una visión profunda de la diferencia entre ambos tipos de derecho, apoyándose en la necesidad, por ejemplo, de la coacción en el derecho, o en la complejidad que muestra el derecho y que hace que sea necesario que, dependiendo de la sociedad, el legislador sea quien cree ese derecho positivo. Sin embargo, aunque en parte estoy de acuerdo con el jurista, tengo que decir que bajo mi óptica, el derecho natural es muy necesario. Tenemos que entender que el trabajo de un legislador es confeccionar y crear leyes. Pero también hay que entender que es necesario poder aferrarse a una serie de reglas o normas que tienen por objeto, de manera universal, regular las relaciones humanas, y que son, al fin y al cabo, derecho natural. Es por ello que mi opinión está dividida, no compartiendo con Hans Kelsen el afirmar que todo Derecho se ha de aplicar sea justo o no, justificando su doctrina en que no existe un concepto simple, universal y objetivo de justicia y ello impidiendo tomar en consideración el derecho natural (como derecho que tiene su origen en una idea superior o que se basa en las reglas de la naturaleza).

Por otro lado, hay una reflexión que me gustaría incluir, y es que efectivamente no se puede depender de un concepto homogéneo y válido para todos de qué es la justicia, ya que estamos hablando de un concepto tan etéreo como indefinido. Un ejemplo claro de ello sería, por ejemplo, el terrorismo internacional, donde una persona de España puede ver un acto clarísimo de

terrorismo internacional y creer que lo justo es que esas personas que han realizado el acto paguen por ello, puede que otra persona en Sierra Leona o Somalia, lo considere un acto justo porque se trata de un acto de liberación nacional. Lo que intento transmitir con esa reflexión, es que en todas las épocas, en todas las circunstancias, se ha intentado dar respuesta a la gran pregunta que se hizo Kelsen, ¿qué es la justicia? Y nunca se ha podido dar respuesta, ya que cada persona puede considerar justicia a una cosa diferente.

Es por ello que no podemos tratar de unificar el concepto, aunque sí que podríamos tratar de buscar máximas comunes (los Derechos Humanos son un ejemplo) y ponerlas en concordancia, dando sentido a la palabra Justicia.

Este trabajo me ha llevado a reflexionar, sobre todo, el aspecto más vulnerable del Derecho Natural, siendo un derecho en desuso, pero un derecho que ha provocado que puedan tomarse las bases de un derecho positivo en continuo crecimiento y haciendo que se considere, por muchos autores, como un derecho completamente válido.

Kelsen en todo momento muestra una crítica al Derecho Natural, aunque bastante radical, aceptable. Haciendo hincapié en la necesidad de algo tangible, de algo a lo que el ser humano pueda agarrarse y no a una creencia acerca de la Naturaleza o Dios. Es por ello por lo que, en la mayoría de aspectos, me encuentro muy cerca de la opinión del jurista, creyendo, por tanto, en la necesidad de una definición clara de los términos a los que está sujeto el Derecho como tal.

BIBLIOGRAFÍA

Ayala Martínez, J. M., “El derecho natural antiguo y medieval”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, n. 10, 2003, pp. 377-386.

Aristóteles, *Ética a Nicómano*, trad. J. L. Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 2014, 1134 b.

Bayer, K. G., “Hans Kelsen. Vida y obra”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, n. 244, 2005, pp. 217-242.

Cariola, A., "El Derecho natural y la historia: la afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático", *Revista de estudios políticos*, nº 116, 2002, pp. 107-144.

Cicerón, M. T., *De República III*, 33, trad. F. Navarro y Calvo, pp. 124-125 (disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/775/6.pdf> ; última consulta 15/08/2018).

Fasso, G., *Historia de la Filosofía del Derecho, Vol III, Siglos XIX y XX*, Ed. Pirámide, Madrid, 1988, pp. 227-246.

Kelsen, H., *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Ed. Coyoacán, México, 1943.

Kelsen, H., "Positivism jurídico y Doctrina del Derecho Natural", *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, n. 8, Lima, 1994, pp. 9-12.

Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Autónoma de México Ciudad Universitaria, 1983, pp. 5-7.

Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, Ed. Porrúa, México, 1993, pp. 228-233.

Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1980.

Kinder, H. y Hilgemann, W., *Atlas histórico mundial I*, Ediciones Akal, Madrid, 2006, p. 56.

Latorre, A., "Objeto y métodos de la ciencia jurídica" en *Introducción al Derecho*, E. Ariel, Barcelona, 1968, pp. 113-154.

Lisi, F. L., "La noción de ley natural en Cicerón", *Ética & Política / Ethics & Politics*, XVI, Vol 2, 2014, pp. 217-232.

Losano, M. G., "Hans Kelsen: una biografía cultural mínima", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 10, no 14, 2006, pp. 113-128.

Morchón, G. R., "Hans Kelsen: vida y obra", *Revista de Ciencias Sociales*, n. 62, 2013 (disponible en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A91/A91-4.pdf>; última consulta 14/09/2018).

Muñoz Ferriol, A., "Educación intercultural y diálogo crítico", *RECERCA. Revista de Pensament y Anàlisi*, n. 3, 2003, pp. 151-167.

Parodi Remon, C., "El derecho en Antígona ¿Natural o positivo?", *Revista de filosofía práctica Universidad de Los Andes*, vol. 7, n. 12, 2004, pp. 109-118.

Peces-Barba, G., Los deberes fundamentales, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, n. 4, pp. 329-342.

Peces-Barba Martínez, G., *Prólogo [Positivismo y moral interna del derecho]*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 18.

Platón, *Protágoras*, trad. J. Velarde, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1980, p. 337a.

Prieto Sanchís, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, pp. 301-313.

Rivaya García, B., Teorías sobre la teoría del contenido mínimo del derecho natural, *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 15, 2000, pp. 39-66.

Rodríguez Paniagua, J. M., *Historia del Pensamiento Jurídico II, Siglos XIX y XX*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, pp. 567-580.

Sófocles, "Antígona", trad. Miguel del Rincón, Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2013 (disponible en <https://visualelbolson.files.wordpress.com/2014/03/antigona-de-sofocles.pdf> ; última consulta 11/07/2018)

Suárez-Íñiguez, E., "¿Quién fue Popper?", *Estudios Políticos*, n. 22, 1999, pp. 11-16.

Tamayo y Salmorán, R., *Hans Kelsen-In Memoriam*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, n. 243, 2005, pp. 199-202.

Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*, Ed. Aguilar, Madrid, 1977, pp. 3-33.