



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2024 / 2025

TÍTULO:

**CRÍTICA AL DERECHO NATURAL EN BASE
A LA TEORÍA DE KELSEN**

WORK TITLE:

**CRITICISM OF NATURAL LAW BASED ON
KELSEN'S THEORY**

AUTOR:

MARIO FERNÁNDEZ COLINA

DIRECTOR:

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

-ÍNDICE

-INDICE.....	2
-1.INTRODUCCIÓN.....	3
-2.KELSEN VIDA Y OBRA.....	3
-2.1.NACIMIENTO, INFANCIA Y JUVENTUD	3
-2.2.TRABAJO DE HABILITACIÓN.....	4
-2.3.LOS AÑOS DE LA 1 GUERRA MUNDIAL.....	6
-2.4.PROYECTO DE CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	7
-2.5.COLONIA.....	8
-2.6.GINEBRA Y PRAGA.....	8
-2.7.BERKELEY	9
-3.EI DERECHO NATURAL.....	11
-3.1.HISTORIA DEL DERECHO NATURAL.....	12
-4.CONCEPTO DE POSITIVISMO.....	14
-5.LA IDEA DEL DERECHO NATURAL.....	15
-6.¿QUE ES LA JUSTICIA ?.....,	18
-7.TEORÍA PURA DEL DERECHO.....	25
-7.1.CAPÍTULO II DERECHO Y MORAL.....	26
-8.CONCLUSIONES.....	30
-9. BIBLIOGRAFÍA.....	32

-1. INTRODUCCIÓN

Como el propio título nos dice, el fin de este trabajo es comprender y recoger la crítica realizada por Kelsen al Derecho Natural. El motivo de elección de esta temática es plasmar las ideas de un jurista y filósofo, considerado uno de los pensadores más influyentes del siglo XX en el ámbito del derecho, sobre el Derecho natural. En este trabajo comenzaré haciendo un repaso de su biografía, tanto en su infancia y estudios, como en etapa profesional. Para continuar con una breve introducción al concepto de Derecho natural.

El Derecho natural, nos ha acompañado en el desarrollo de nuestra civilización. Desde la Antigua Grecia filósofos como Sócrates, Platón y Aristóteles ya teorizaban sobre un orden natural que debía guiar la conducta humana. En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino integró el derecho natural con la teología cristiana y durante la Edad Moderna, con autores como John Locke, el derecho natural se vinculó con los derechos individuales, siendo notable su influencia en las revoluciones liberales y en la redacción de documentos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Entrando en el desarrollo del propio tema del trabajo, analizaré el pensamiento de Hans Kelsen a lo largo de sus obras principales (Idea del Derecho Natural y otros ensayos, Teoría pura del Derecho y ¿Qué es la justicia?) analizando los diversos conceptos que nos introduce en ellas. El trabajo finalizará con las conclusiones y reflexiones que haya podido extraer de su pensamiento.

-2. KELSEN VIDA Y OBRA

- 2. 1. NACIMIENTO, INFANCIA Y JUVENTUD

Hans Kelsen nació en Praga en 1881, dentro una familia judía, en una monarquía católica. Su padre, Adolf Kelsen, provenía de Galizien (actualmente esta región pertenece a Ucrania) su madre Auguste Kelsen (de soltera, Löwy) provenía de Bohemia (actualmente República Checa). El matrimonio acabó teniendo cuatro hijos, el mayor de los cuales fue Hans.

Cuando Kelsen alcanzó los tres años, la familia se traslada a Viena, hecho que marcará su desarrollo, pese a no haber nacido en esta ciudad, siempre se consideró a sí mismo un vienés¹, hay que destacar la importancia que atesoraba Viena en esa época, siendo esta la capital política y cultural del gran Imperio austrohúngaro. Su juventud estuvo muy influida por la atmósfera humanística y estética de la capital del Imperio², Viena. En esta ciudad pasaría gran parte de su vida, concretamente hasta el año 1930, cuando motivado por la situación que atravesaba la ciudad, decidió aceptar la invitación de la Universidad de Colonia para formar parte de su claustro.

No destacó como estudiante. Sin embargo, si demostró que tenía inquietudes intelectuales en materias tan diversas como, la literatura y, sobre todo, la física y las matemáticas. En 1901 comienza sus estudios universitarios que culmina en 1906, con la obtención del título de doctor.

El joven Kelsen experimentó en la Facultad una gran decepción, se debió principalmente a que no encontró en ella una ciencia jurídica asentada sobre un método riguroso, las diversas disciplinas se caracterizaban por mezclar los enfoques, entremezclando razonamientos de todo tipo. A Kelsen le pareció que una verdadera ciencia del derecho, autónoma en cuanto a su objeto y a su método, brillaba por su ausencia. “Esta percepción en edad juvenil marcará sus obras a lo largo de toda su vida”³, pues como veremos a lo largo de este trabajo su principal objetivo no fue otro que construir una ciencia del derecho, que tuviera un objeto y un método propios.

-2.2. TRABAJO DE HABILITACIÓN

Al terminar sus estudios en la Facultad de Derecho, Kelsen tiene la idea de habilitarse para impartir la docencia universitaria, por lo que se entrevista con Edmund Bernatzik, el cual le desaconseja emprender la carrera docente sugiriéndole que optara por otros caminos como la judicatura o la abogacía. Hay que recordar el momento histórico en el que nos encontramos y suponer que ya se respiraba cierto aire de

1 Revista de Ciencias Sociales -Número 62 (2013)-Universidad de Valparaíso p.203.

2 Bayer, K. G., “Hans Kelsen. Vida y obra”, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 55, n. 244, 2005, p. 218.

3 Morchón, G. R., “Hans Kelsen: vida y obra”, p.493.

antisemitismo, en una sociedad principalmente católica. Además el claustro de la Universidad de Viena ya veía con malos ojos el creciente número de docentes judíos

Los primeros años posteriores a sus estudios en la Universidad van a estar llenos de incertidumbre y dificultades. Ante las dificultades atravesadas en este tiempo por el negocio de su padre, como hermano mayor tiene que contribuir a los gastos familiares, llevándole a tener que compaginar el ejercicio de la abogacía con la docencia. Esta situación se agrava aún más con la muerte de su padre en 1907. A pesar de las dificultades, que forjarán su carácter, decide finalmente comenzar el trabajo de habilitación, para embarcarse en la docencia.

Kelsen se habilitó en 1911 con un amplio estudio titulado *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (“Problemas capitales de la Teoría del Derecho del Estado, a partir de la teoría de la proposición jurídica”). Se le habilitó para la docencia de “Derecho del Estado” (Derecho político) y Filosofía del Derecho.⁴

Esta obra tiene una gran importancia para comprender bien el curso de acontecimientos y el desarrollo del pensamiento de Kelsen que deriva posteriormente en el desarrollo la Teoría pura del Derecho. El centro de su interés en este trabajo lo forman cuestiones metodológicas, enfrentándose al “sincretismo” o mezcla de métodos que había caracterizado al Derecho natural tradicionalmente. Se siembra la idea de una ciencia jurídica autónoma, siendo necesario prescindir de los enfoques extrajurídicos.

Es en base a estas ideas como Kelsen propone en esta obra construir la Teoría general del Estado. Para ello, defiende la necesidad de renunciar a la dualidad Derecho público/Derecho privado, pues todo el Derecho es Derecho estatal. La Teoría general del Derecho ha de ser una disciplina unitaria que elabore los conceptos jurídicos de tal modo que reflejen al conjunto del Derecho y no tan sólo a una parte⁵. *Hauptprobleme* tuvo una recepción bien escasa.

⁴ *Ibidem*, p.499.

⁵ *Ibidem*, p.502.

El julio de 1911 emprende la docencia de Teoría de la Constitución y de la Administración, en el otoño comenzaría la docencia de las materias para las que fue habilitado, las cuales eran Derecho del Estado o Derecho político y Filosofía del Derecho.

En 1912 contrae matrimonio con Margarete Bondi. Del matrimonio nacerían dos hijas: Anna Renate y Maria Beate. Durante estos años, previos a la primera guerra mundial, Kelsen publicó algunos trabajos en los se va concretando ciertos aspectos de lo que sería la teoría pura del derecho.

-2.3. LOS AÑOS DE LA 1 GUERRA MUNDIAL

En agosto de 1914, con el estallido de la Primera Guerra Mundial, es llamado a filas, cayendo enfermo rápidamente al sufrir una pulmonía. Recuperado y por su condición de jurista, se le destinaba a trabajos de oficina, donde acabaría siendo seleccionado por el general Stöger-Steiner para ser su asesor jurídico. Este cambio en su vida le permitió continuar sus estudios y le permitió asimismo ir conociendo a un buen número de personalidades militares y políticas durante el tiempo que duró la guerra⁶ Esta posibilidad de conocer personalidades políticas de la época, se acrecentó con el nombramiento del general Stöger-Steiner como Ministro de la Guerra.

Esta circunstancia, dada durante la guerra, acabó favoreciendo a Kelsen de cara a su entrada definitiva en la Universidad de Viena. Siendo en 1918 nombrado profesor extraordinario, al mes siguiente de su nombramiento, comienza su colaboración en un proyecto por encargo del Canciller Karl Renner, la Constitución de la República de Austria.

Tras el fallecimiento de Edmund Bernatzik, es nombrado miembro del Tribunal Constitucional en marzo de 1919. Así mismo accede a la cátedra sucediendo a Bernatzik: es nombrado Ordentlicher Universitäts professor de Derecho del Estado y

⁶ Ibídem, p.503.

Derecho Administrativo en la Universidad de Viena. Puede afirmarse que, con este nombramiento, Kelsen había logrado hacer realidad su propósito de ser catedrático.⁷

-2.4. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tras finalizar la que sería la 1ª Guerra, el Canciller Karl Renner encargó a un equipo formado de diferentes juristas la preparación de un proyecto de Constitución para la recién nacida república de Austria, fruto de las capitulaciones de guerra. Siendo Kelsen nombrado como uno de los componentes de dicho equipo, aunque su principal actividad continuó siendo la docencia, como catedrático de la Universidad.

Kelsen se centraría principalmente, en el capítulo dedicado a las garantías de la Constitución y de la Administración. Para ello disponía de dos instituciones provenientes de la vieja Monarquía: el Tribunal de Reich (Reichsgericht) y el Tribunal Administrativo (Verwaltungsgerichtshof)⁸. Este último, con ciertas modificaciones no sustanciales, pudo ser incorporado. El Tribunal del Reich fue transformado en un verdadero Tribunal Constitucional, el primero de esta especie en la historia del Derecho constitucional. Hasta entonces ningún tribunal había sido competente para declarar la invalidez, con efectos generales y no limitados al caso en cuestión, de las leyes a causa de su inconstitucionalidad”⁹

A comienzos de mayo de 1919 Kelsen entró a formar parte del Tribunal Constitucional Austriaco (deutschösterreichischer Verfassungs gerichtshof, instaurado por la Ley del 25 de enero de 1919), en sustitución de Edmund Bernatzik, que había fallecido a finales de marzo del mismo año¹⁰. Ejerció como magistrado en el Tribunal Constitucional de 1920 hasta 1929.

Durante estos años la tensión fue creciendo en la prensa y en la calle, tanto por el gran antisemitismo palpable en la sociedad, como por encontrarnos en una sociedad de

⁷ Ibidem, p.505.

⁸ Ibidem, p. 511.

⁹ Kelsen. H, im Selbstzeugnis, cit., p. 69.

¹⁰ Morchón, G. R., “Hans Kelsen: vida y obra”, p. 512.

posguerra. Esta tensión escaló hasta el punto de dirigir insultos y amenazas en pintadas al domicilio de Kelsen. La tensión social se veía avivada por la intención política de cambiar la configuración y el modo de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Austriaco, como terminaría sucediendo. Esto provocó una gran decepción en Kelsen, el cual ante tales acontecimientos, decidió aceptar una invitación de la Universidad de Colonia, para formar parte del claustro. Publicando unos meses antes de su partida de Viena, una obra que atesoraría éxito, *Esencia y Valor de la Democracia*.

-2.5. COLONIA

Kelsen recuerda los tres años que vivieron en Colonia como extraordinariamente acogedores. La invitación a este centro, fue para que impartiera la cátedra de Derecho internacional público, disciplina con la que Kelsen no había tenido un contacto directo. Por eso, declara que se pasó los tres años que estuvo en la ciudad alemana estudiando este último.¹¹ En 1932 fue elegido decano.

Su estancia en Colonia acabó en abril de 1933, Kelsen es destituido como catedrático, en aplicación de la ley de depuración de los funcionarios, enterándose el propio Kelsen por la prensa.

-2.6. GINEBRA Y PRAGA

Kelsen recibió tres ofertas: de la London School of Economics, de la New School of Social Research de Nueva York y del Institut Universitaire de Hautes Études internationales de Ginebra. Se decidió por esta última, sobre todo porque, según sus propias palabras, su dominio del francés aunque lejos de ser perfecto era muy superior al de la lengua inglesa¹². Para Kelsen lo mejor de Ginebra fue la posibilidad de disponer de tiempo para el trabajo científico. Así es que en 1934 publica una primera edición de una de sus obras más famosas *Reine Rechtslehre* -Teoría pura del Derecho .

¹¹ Ibidem, p. 513.

¹² Ibidem, p. 515.

Durante estos años en Ginebra, en 1936 Hans Kelsen obtuvo el doctorado honoris causa por la Universidad de Harvard y por la de Utrecht. También tuvo lugar su “corta y no muy feliz actividad en la Universidad alemana de Praga”¹³ compaginando la enseñanza en ambas ciudades, un semestre en cada una. Pero desde su llegada a Praga, fue perseguido por los propios estudiantes los cuales le hicieron la vida imposible, alentados por el nacionalismo y antisemitismo propio de esta época histórica, llegando a tener que llevar escolta a sus clases para poder impartir la docencia. Como el propio Kelsen dijo: “¡Una imagen grotesca de la libertad académica!”¹⁴. Kelsen decide abandonar Praga apenas dos años después de su llegada, concretamente en 1938, el desencadenante final fue el asesinato en un atentado de su amigo y compañero Theodor Lessing.

-2.7. BERKELEY

Kelsen muy pronto se convenció de que una gran guerra era inminente, al no encontrar la Alemania de Hitler ninguna oposición seria para anexionarse Austria ni para invadir los Sudetes. Con el estallido de la segunda guerra mundial en 1939, Kelsen convencido de que Alemania invadiría también Suiza, decidió abandonar Ginebra con destino a los Estados Unidos de Norteamérica.

La familia llegó a Nueva York en el verano de 1940. Al principio estuvo adscrito a la New School of Social Research. Kelsen creía que, al ser doctor honoris causa por la Universidad de Harvard, se le abrirían las puertas. No fue así. Tan sólo pudo impartir docencia allí durante un par de años.¹⁵

“El presidente de la Universidad de Harvard rechazó la posibilidad de prolongar mi encargo un tercer año, aunque mi sueldo lo pagase una fundación; fundamentó este rechazo en que una prolongación envolvía una obligación moral de la Universidad de tenerme permanentemente y que no había una cátedra libre que se me pudiera adscribir. Dudo de que fuera éste el verdadero motivo. Este fiasco me humilló sobremanera, toda

13 Kelsen. H. im Selbstzeugnis, cit., p. 87.

14 Kelsen H, im Selbstzeugnis, cit., p. 89.

15 Morchón, G. R., “Hans Kelsen: vida y obra”, p.519.

vez que, en cuanto doctor honoris causa de la Universidad de Harvard, había esperado un trato mejor”¹⁶.

En 1942, Kelsen recibiría una invitación por un año como visiting professor de la Universidad de Berkeley en California. En esta Universidad y en su departamento de Ciencia Política, es donde, por fin, encontró un lugar en el cual realizar sus estudios e impartir la docencia hasta su jubilación. Su cátedra fue denominada “Internacional law, jurisprudence, and origin of legal institutions” “Derecho internacional, Teoría general del Derecho, y Orígenes de las instituciones jurídicas.” Siendo nombrado en 1945 catedrático ordinario, ya con 64 años.

En este mismo año publica su obra General Theory of Law and State “Teoría general del Derecho y del Estado”. Esta obra no solo muestra el pensamiento jurídico de Kelsen, sino que es un intento de adaptar sus ideas a la mentalidad americana, tan diferenciada de la europea. Como el propio Kelsen dijo: “El presente libro tiene por objeto formular nuevamente, más bien que volver a publicar, pensamientos e ideas anteriormente expuestos en alemán y en francés”¹⁷.

El propio Kelsen se refirió a este periodo en California en su biografía: “Mi actividad docente es bastante satisfactoria. Con mi Teoría pura del Derecho encajaría mejor en una Facultad de Derecho. Pero las escuelas de Derecho americanas no tienen interés alguno en la Teoría del Derecho desarrollada científicamente. Son training schools , escuelas para el entrenamiento del oficio jurídico; su función es preparar para la profesión práctica de abogado”.¹⁸

En los años siguientes, hasta su muerte en 1973 , Hans Kelsen recibió numerosas distinciones y honores. De igual manera continuó con su labor científica publicando diversas obras. En 1950 publica su The Law of the United Nations. En 1952, su tratado de Derecho internacional: Principles of International Law . En 1960 publica la segunda

16 Kelsen H. im Selbstzeugnis, cit., p. 93.

17 Kelsen H. Teoría general del Derecho y del Estado, cit., p. V.

18 Kelsen H. im Selbstzeugnis, p. 94.

edición de *Reine Rechtslehre* Teoría pura del Derecho. Este libro contiene también un “Apéndice” sobre “El problema de la justicia”.

Kelsen murió en Berkeley California el 19 de abril de 1973. Habiendo fallecido también su esposa, Margarete, a principios de ese mismo año. De manera póstuma se han publicado tres obras importantes de su autoría: *Allgemeine Theorie der Normen* “Teoría general de las normas”, *Die Illusion der Gerechtigkeit* “La ilusión de la justicia”, y *Secular Religion* “Religión secular”.

-3. EL DERECHO NATURAL

El iusnaturalismo ha sido la teoría jurídica que ha dominado el pensamiento jurídico desde el mundo clásico hasta finales del siglo XIX, siendo sustituido por la doctrina del positivismo jurídico.

El iusnaturalismo se caracteriza por el dualismo fundamental entre Derecho positivo y Derecho natural. Por encima del Derecho positivo, imperfecto y creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido solo en la medida en que corresponde al Derecho natural. Según el grado de coincidencia con el Derecho natural, el Derecho positivo es un derecho bueno o malo, justo o injusto ¹⁹.

Por el contrario, para el positivismo jurídico no hay más Derecho que el positivo y niega la existencia de una necesaria conexión entre el Derecho y una moral determinada. En principio, todo positivista es anti metafísico y cree que sólo se puede descubrir la verdad a través de la experiencia. El positivista entiende que el pensamiento metafísico queda superado cuando se utiliza el verdadero método de la Ciencia, que es el que produce el conocimiento²⁰.

19 Kelsen H, *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Editora nacional, México, 1979, p. 19.

20 Kelsen H, *¿Qué es la Justicia?*, cit., p. 16.

Según Norberto Bobbio, esta corriente se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a justicia.²¹ Con base en esta máxima Gustav Radbruch formula: “Cuando una ley niega conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando concede arbitrariamente o rechaza los derechos del hombre, adolece de validez... los juristas también deben de tener el valor para negarle el carácter jurídico” “Pueden darse leyes de contenido tan injusto y perjudicial que hagan necesario negarles su carácter jurídico... puesto que hay principios jurídicos fundamentales que son mas fuertes que cualquier normatividad jurídica hasta el punto que una ley que los contradiga carecerá de validez” dicho con otras palabras; “cuando la justicia no es aplicada, cuando la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada por las normas de derecho positivo, la ley no solamente es derecho injusto sino que en general carece de juridicidad”²².

Si la justicia fuera una realidad demostrable, se podría reconocer como derecho unicamente el que siguiera esos cánones de justicia, no teniendo nadie ninguna duda de que es justo. Delimitar el contenido de esta justicia ha sido la pretensión del iusnaturalismo a lo largo de la historia.

-3.1. HISTORIA DEL DERECHO NATURAL

Para encontrar el germen de la idea de derecho natural hay que remontarse a la aparición de los sofistas, en la Antigua Grecia, concretamente al periodo histórico posterior a las guerras médicas. Este periodo destaca por un pensamiento más independiente de la religión, centrando el pensamiento en torno al hombre “El hombre es la medida de todas las cosas”²³. Esta proposición fundamental de Protágoras, uno de los primeros y mas importantes sofistas, podría servir de lema, no solo a la nueva forma de filosofar de la que nació el derecho natural, sino a toda la doctrina del derecho natural.²⁴

21 Bobbio. N ,Teoría general del derecho, Quinta edicion,p.26.

22 Rechtsphilosophie, 4ª de., 1950 336-353.

23 Diels:Fragmente der Vorsokratiker, Protagoras B1; Platon: Theeteto, 151 E.

24 Welzel, H., El Derecho Natural de la Antigüedad, p.6.

El origen de esta corriente de pensamiento y de la escuela sofista en si misma, viene facilitado por el cambio político que atraviesa Atenas. Atenas sufrió la caída del régimen aristocrático que la gobernaba, pasando a un modelo democrático. Los sofistas querían “enseñar el arte y destreza políticos”²⁵, esto facilitó el cambio en los intereses filosóficos anteriormente mencionados.

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 Cicerón.

En el pensamiento cristiano de la Edad Media, se introducen dos ideas diferenciadas del Derecho Natural clásico²⁶:

-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 divina²⁷. San Agustín en su teoría iusnaturalista va a diferenciar tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley temporal.²⁸

- La ley eterna, de carácter divino e inmutable.

25 Protagoras, 319 A, 323 B.

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

27 Ídem.

28 Welzel, H., El Derecho Natural de la Antigüedad, pp. 51 y ss.

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

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

Esto desembocó en un cambio del origen de la ley natural; que, partiendo en un principio de un origen divino, pasa a ser considerada como algo connatural a los seres humanos y, en seguida, pasa a ser una norma dictada por la razón humana. Habiendo perdido su carácter divino, aun así no pierde nunca la cualidad de ley superior, puesto que sino la propia teoría iusnaturalista carecería de sentido.

Ninguna teoría iusnaturalista ha sido contraria a la existencia de un ordenamiento positivo, pues necesitan de este para materializar sus valores. El Derecho positivo siempre ha sido considerado por la teoría iusnaturalista como un derecho necesario para la regulación social. El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural.²⁹

-4.CONCEPTO DE POSITIVISMO

El positivismo destaca por su concepto estricto de derecho, por el cual, el poder jurídico, legislador, el estado, el poder soberano, pueden promulgar como tal cualquier proposición jurídica, incluso aquellas contrarias a una moral concreta imperante en una sociedad. El propio Hans Kelsen afirma “lo que constituye al derecho como derecho es la validez, en absoluto quiere afirmar que el derecho válido sea también justo, aunque para él los ideales de justicia son subjetivos e irracionales; el problema de la justicia es para Kelsen un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez”³⁰.

29 Porras J. D., Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo p.54

30 Bobbio. N, Teoría general del derecho, Quinta edición, p.29.

La doctrina positivista considera que ha de existir una norma fundamental básica que de validez al resto del ordenamiento jurídico y que a su vez, posea un carácter enteramente independiente del mismo. No pudiendo negar la validez de ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas, esto es un contenido esencial del positivismo jurídico.

En lo que difiere el iuspositivismo de la doctrina del Derecho natural, es que este último busca un fundamento de validez del Derecho positivo, no siendo suficiente únicamente con su forma. El iusnaturalismo se caracteriza como he mencionado por una visión dualista de estas dos disciplinas, donde el derecho positivo puede no corresponder con el derecho natural, en el caso de que el derecho positivo no se adecue a este, será considerado inválido. Mientras, el Derecho positivo, no concibe una separación entre ambas disciplinas.

-5. LA IDEA DEL DERECHO NATURAL

Los escritos recopilados en este volumen, es necesario tener en cuenta que terminan en 1943, es decir, antes de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Estos reflejan el pensamiento del Kelsen maduro, tenía 46 años cuando se publicó el primero de estos ensayos y 62 cuando se publicó el último. No obstante, en estos escritos recopilados se encuentran ya claramente formadas las líneas esenciales del pensamiento de Kelsen y su desarrollo de la problemática de como surge un ordenamiento justo para las relaciones humanas.

Desde el comienzo de esta obra kelsen expone la problemática que ha supuesto para cualquier sociedad encontrar un ordenamiento “justo”, siendo culpable una interpretación única de esta causa. Según kelsen “ Toda la historia de sufrimientos de la humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado bajo los mas horribles y sangrientos sacrificios, por dar respuesta a esa cuestión, permanece hoy para nosotros tan falta de ella como en el instante en el que por primera vez relampagueó en un alma humana”³¹.

31 Kelsen. H, La idea del Derecho natural y otros ensayos,p.15.

Kelsen usa la contraposición entre el derecho natural y positivo para facilitar la comprensión de estos conceptos. Siendo ambos una ordenación de la conducta humana pero desde distintas fuentes “Pues la fuente de una norma no es otra cosa que su razón de validez específica” “La norma de derecho natural vale en virtud de su contenido interno, porque es buena, acertada, justa, la norma del derecho positivo, porque ha sido elaborada de una cierta manera, especial, porque ha sido establecido por un determinado hombre”³² Siendo el contraste entre un principio de validez material y otro formal.

El derecho natural como idea y como ordenación teóricamente natural corresponde según esta teoría “sean tan evidentes como las reglas de la lógica, porque proceden inmediatamente de la naturaleza, de Dios o de la Razón; y que por ello no necesite ninguna coacción para realizarlas.”³³. Siendo una diferencia radical con el Derecho positivo, siendo este en esencia un orden coactivo.

El proceso de la individualización, aquel por el cual una norma general, sea de Derecho positivo o natural, es aplicada a un hecho individual, va en dos direcciones correspondientes a la estructura básica del precepto jurídico. La norma une dos hechos mediante el debe ser, una cierta condición con una cierta consecuencia. Ocurriendo el primer acto de individualización, cuando sucede un acto que “se encuentra establecido en la norma general como condición de una consecuencia”. “ El segundo acto del proceso de individualización consiste en establecer una cierta consecuencia según contenido, tiempo y lugar”³⁴.

En este punto hay que destacar una importante diferencia que se da entre un sistema ético-jurídico (normativo) y un sistema de leyes de la naturaleza. Que surge como consecuencia del distinto modo de legalidad que dominó en ambos sistemas. “ En el sistema ético-jurídico es decir normativo y específicamente en el Derecho natural la cosa es esencialmente distinta”. “Aquí la consecuencia no se encuentra respecto de la condición es una relación tal, que por la aparición de aquella se puede concluir la existencia de ésta, pues aquí no existe ninguna vinculación de carácter natural necesario

32 Ibidem,p.19.

33 Ibidem,p.20.

34 Ibidem,pp. 31 y 32.

entre ambas”. Esto se debe a que lo que une ambos hechos, es el deber ser y no el ser de la ley casual. Pudiendo no producirse la consecuencia, pese a realizar la condición.³⁵

“Aunque se acepte sin más la existencia de un derecho natural objetivo, esto es, de un ordenamiento “natural” no creado por el hombre, independiente de todo humano arbitrio habrá que reconocer que la individualización de sus normas, que por lo pronto solo son dadas con carácter general, no es posible sino mediante un humano”³⁶.

En este sistema, según el Derecho natural, el acto de individualización se realiza por el mismo que tendrá que cumplir con la consecuencia, en contraste con un sistema de Derecho positivo, donde esta tarea es llevada a cabo por un órgano externo. Siendo estos en teoría más objetivos y técnicos que las propias partes implicadas en el conflicto. Para que fuera posible que los propios interesados fijaran la consecuencia del hecho y a su vez la ejecutaran, sin necesidad de la intervención de ningún órgano, la consecuencia debería ser evidente para los hombres, siendo esta la más justa y adecuada para la situación, además de tener la voluntad estos de comportarse correctamente. Siendo por tanto necesario un orden coactivo.

La exposición realizada hasta este punto, se ha sustentado en la idea de que una ordenación natural se encuentra dada objetivamente como un sistema de normas generales, examinando los supuestos bajo los cuales se aplica la ordenación y sus consecuencias. Según Kelsen “ No tiene sentido aceptar la existencia de un Derecho natural, cuando no se encuentra en el saber y querer de los hombres cuya conducta regula, a menos que se acepte que los hombres son perfectos”. La capacidad de ser justos que tienen los hombres es para Kelsen “ una subjetivación de un principio objetivo de justicia, no una cualidad psíquica que se pueda establecer empíricamente.”³⁷ Siendo una conducta justa en tanto que corresponde con la ordenación objetiva.

Según Kelsen el Derecho natural puro “ no pretende en modo alguno pasar por obra humana, puede afirmar su existencia con independencia de que los hombres lo

35 Ibidem,p.34.

36 Ibidem,p.35.

37 Ibidem,p.51.

acepten o no en su saber y querer”³⁸, al igual la teoría del Derecho natural, que ignora el problema de la aplicación. Por el cual para su aplicación a un caso concreto, su individualización es necesariamente una positivación, es decir, una ordenación coactiva positiva.

Llegando a la conclusión de estar frente a un intento de legitimar como Derecho natural el Derecho positivo, “justificar cualquier contenido de este con una autorización impartida por el Derecho natural a la autoridad que establece la norma, y de estabilizar así una forma de gobierno autocrático-aristocrática; pues no es Derecho natural sino Derecho positivo”³⁹.

-6. ¿QUE ES LA JUSTICIA ?

Es un ensayo filosófico-jurídico que trabaja el concepto justicia desde una perspectiva positivista. Se publicó por primera vez en 1953. Plantea cuestiones sobre la naturaleza de la justicia y su relación con la sociedad.

El propio Kelsen en su lección de despedida como docente en la Universidad de Berkeley resumió su visión sobre la justicia, “No se puede decir qué es la justicia, aquella justicia absoluta que la humanidad busca. Debo contentarme con una justicia relativa, y puedo decir por tanto qué es para mí la justicia. Ya que la ciencia es mi profesión, y por tanto la cosa más importante de mi vida, la justicia se encuentra en aquel ordenamiento social bajo cuya protección puede prosperar la búsqueda de la verdad. Mi justicia es la justicia de la libertad, la justicia de la democracia: en una palabra, la justicia de la tolerancia”⁴⁰.

En esta obra, Kelsen comienza su exposición tratando el problema de qué es bueno y qué es malo en las relaciones humanas según el Derecho natural, dividiendo las conductas en naturales y no naturales. Significando esto la posibilidad de deducir de la

38 Ídem,p 51.

39 Ibidem,p.52.

40 Kelsen. H,¿Qué es la justicia?.

naturaleza ciertas normas de conducta,. “Este punto de vista da por sentado que los fenómenos naturales se dirigen hacia un objetivo o revisten una finalidad, que los procesos naturales o la naturaleza como un todo se ven determinados por causas finales”⁴¹. Un punto de vista teológico, nacido en un principio en el propio animismo, que dota a la naturaleza de voluntad e inteligencia.

“Grocio define la ley natural como dictado de la naturaleza racional a través del cual “el autor de la naturaleza, Dios” prohíbe o estimula ciertos actos. Para Grocio la ley natural procede de los “rasgos esenciales implantados en el hombre, puede justamente atribuirse a Dios, ya que él ha sido quien ha deseado que esos rasgos existan en nosotros” ⁴² . Sobre la propia doctrina del Derecho natural, Kelsen resalta:“ presupone un valor inmanente en la realidad, valor que es absoluto, o dicho de otro modo, que existe una voluntad divina inherente a la naturaleza”. Sólo mediante este supuesto, se mantiene una doctrina según la cual se puede hallar la Justicia absoluta mediante una deducción de la naturaleza.”⁴³

Como ya hemos comentado anteriormente, Kelsen vuelve a tratar el dualismo que caracteriza la doctrina del Derecho natural, entre este y el Derecho positivo. “Por encima del derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto establecido por una autoridad divina.” “Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido solo en la medida en que corresponde al Derecho natural.”⁴⁴

Según Kelsen ningún seguidor de la doctrina del Derecho natural se refiere al Derecho positivo como innecesario. “Una de las funciones más esenciales de todas las doctrinas iusnaturalistas es justificar el establecimiento del Derecho positivo o la existencia de un Estado competente para establecer el Derecho positivo”⁴⁵. Dando lugar esta afirmación a una contradicción en la mayoría de la doctrina, por una parte manteniendo que la naturaleza humana es la fuente del Derecho natural, dando por hecho que esta es buena y justa, mientras que por otro lado, justifican la necesidad de un

41 Ibidem, p.64.

42 Ibidem,p.65.

43 Ibidem, p.69.

44 Kelsen, H. General Theory of Law and State, pp. 389 ss.

45 Kelsen, H.,¿Qué es la justicia?, p.71.

Derecho positivo con un sistema coercitivo a causa de la maldad del hombre. Siendo el único filósofo, para Kelsen, que evita esta contradicción Hobbes, ya que presupone que el hombre es malo por naturaleza.

Recalca también que las doctrinas iusnaturalistas creen que el Derecho positivo es válido en la medida que respete al Derecho natural. Siendo cualquier ley positiva contraria al Derecho natural, ya sea establecida por un legislador o por la propia costumbre, catalogada como nula. Hobbes mantiene que el Derecho positivo no puede ir nunca en contra de la razón y, por tanto, de la ley natural. “Cualquier derecho civil que ponga en duda la divinidad.... Es contrario a la ley natural”.⁴⁶ “Se trata de la razón del Estado, de la nación. Es ella según Hobbes, determina el contenido de la ley, y esta ley es al mismo tiempo el Derecho positivo y el natural.”⁴⁷

Kelsen también trata el pensamiento de Pufendorf, el cual rechaza la opinión de Hobbes puesto que, “niegan incluso la posibilidad de que las leyes positivas se opongan a las naturales”, “evidentemente, podría darse el caso de una ley positiva contraria al derecho natural, sin embargo solo un loco que buscara la destrucción del Estado podría desear dictar una ley de ese tipo”⁴⁸

Esto significa para Kelsen que “si un individuo considera que una regla del Derecho positivo es contraria al Derecho natural, no prevalece la opinión del individuo, sino la opinión de la autoridad competente del estado”⁴⁹. Llevándonos a la conclusión, de la imposibilidad del pueblo que considere a un gobierno injusto, de poder hacerle frente. La respuesta de Pufendorf, la encontramos en forma de suposición, “Se supone que la justicia se halla siempre de parte del príncipe”⁵⁰, alegando a la relación total entre Derecho natural y positivo. Otros filósofos se mantienen en la misma línea, como es el caso de Kant, para Kelsen, un caso clásico de aplicación de la doctrina del Derecho natural a la Filosofía del Derecho, el cual dice “en ningún caso es legítima la oposición por parte del pueblo al máximo poder legislativo del Estado”⁵¹.

46 Hobbes, De Cive, cap XIV, sec 10.

47 Kelsen. H, ¿Qué es la justicia?, p.75.

48 Ídem.

49 Ibídem, p.78.

50 Pufendorf, Elementorum observación V, sec. 21.

51 Kelsen H, ¿Qué es la justicia?, p.82.

Que la interpretación del Derecho natural sea potestad única de las autoridades establecidas por el Derecho positivo y el derecho a oponerse a estas autoridades sea inexistente o muy restringido, a ojos de Kelsen desnaturaliza a la doctrina del Derecho natural, al igual que el análisis de las obras de los Filósofos iusnaturalistas, deja patente que el objetivo no es debilitar el Derecho positivo, sino darle la justificación divina del Derecho natural. Evitando cualquier disidencia y dotándolo de mas autoridad.

Determinar si un comportamiento o una institución es “natural” , bajo el prisma de esta doctrina, significa unicamente “estar de acuerdo con una norma presupuesta, basada en un juicio de valor subjetivo del escritor”⁵². Esta sería la principal razón, por la cual no existe una doctrina unificada del Derecho natural, sino varias que defienden distintos principios. Hobbes se decanta por un gobierno absoluto de autoridad ilimitada, debido a que la razón demuestra que el gobierno es absoluto de acuerdo con el Derecho natural.

“La soberanía es indivisible; y la mezcla aparente de varios tipos de gobierno, que no mezcla de cosas, sino confusión de conceptos, no deja que veamos claramente a quién estamos sujetos”⁵³.

Sin embargo tanto Locke; “Es evidente que la monarquía absoluta, que algunos consideran la única forma de gobierno posible, es de hecho incompatible con la sociedad civil y, por tanto, no puede ser una forma de gobierno civil”⁵⁴, como Rousseau el cual aboga por la libertad del individuo; “Renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, es renunciar a los derechos e incluso a sus obligaciones” ,“Una renuncia de éste tipo es incompatible con la naturaleza humana; eliminar el libre albedrío es eliminar la moralidad de los actos humanos.”⁵⁵, creen que el poder del estado debería de estar limitado, siendo una monarquía absoluta contraria al Derecho natural. Siendo la única forma de gobierno que concuerda con estos principios, la democracia.

Para Kelsen el problema crucial de su época es el principio de propiedad privada

52 Ibidem, p.82.

53 Hobbes, *The Elements of Law*, pp. 87 ss.

54 Locke, op. cit., cap. VII, sec. 90.

55 J. J. Rousseau, *Contrat Social*, lib. I, cap. IV.

y la justicia del sistema legal y económico, el cual se basa en el principio de propiedad privada. Estando a sus ojos extendida la idea de que el sistema capitalista, solo puede defenderse del comunismo mediante esta doctrina de la propiedad privada. Así iusnaturalistas como Grocio o Kant, se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado concedido por la naturaleza divina al hombre. Resultando bastante complicado demostrar que la propiedad privada, se encuentra de acuerdo con la naturaleza creada por Dios según la tradición cristiana. Esta doctrina defiende que: “La ley natural no solo establece el derecho a la propiedad individual, sino que también rige la inviolabilidad de este derecho”.⁵⁶

Muchos seguidores de esta doctrina del Derecho natural, afirman que una de las funciones del Estado, por ende del propio Derecho positivo, no es otra que proteger este derecho a la propiedad. Ante esta doctrina Kelsen reflexiona en esta obra: “No hay ningún derecho absoluto a la vida, pero si lo hay a la propiedad. La recta razón, implícita en la naturaleza, nos enseña que la propiedad tiene incluso mas valor que la vida”⁵⁷.

Pese a que esta doctrina sitúe al Derecho natural como una defensa frente al comunismo. Pero cabe también destacar que en base a la doctrina del Derecho natural y siguiendo sus métodos específicos, otros autores han demostrado que la propiedad privada es contraria a la naturaleza. Destacando la obra “Código de la naturaleza, o el verdadero espíritu de las leyes”, cuyo autor es Morelly. El cual supone una “honradez natural en los seres dotados de razón”⁵⁸ y declara que la primera ley de la naturaleza es la ley de sociabilidad. La ley natural en la cual Morelly basa su ideal, se podría decir comunista, reviste un fuerte carácter religioso.

Pese a todas estas contracciones entre las distintas doctrinas del Derecho natural, Kelsen cree que la gran influencia de este perdurará en el tiempo, pues cumple la necesidad humana de justificarse. Para legitimar los juicios de valor subjetivos, se intentan presentar como juicios objetivos, como si se estuviera valorando una realidad.

⁵⁶ Hans Kelsen ¿Qué es la justicia?, p.88.

⁵⁷ Ibídem, p.91.

⁵⁸ Dolléans, op. Cit., p.17.

La Sociología y la Filosofía de la Historia desarrolladas en el siglo XIX, suponen ambas que la vida social de los hombres se ve determinada, como la naturaleza, por leyes causales, pensando que la realidad no solo está formada por la naturaleza, sino también por la sociedad o la historia, pero determinada por leyes análogas. Pese a teóricamente oponerse a la doctrina iusnaturalista, a ojos de Kelsen, “aplican el mismo método y caen en la misma falacia que la doctrina cuyo lugar intentan ocupar, porque infieren el debe a partir del ser”⁵⁹. Destacan como representantes de la sociología del siglo XIX son Auguste Comte y Herbert Spencer, ambos apoyan la tesis de que la vida social del humano se ve determinada por leyes causales. Estos son influenciados por la teoría de la evolución orgánica, llegando a la hipótesis de la evolución social. Para Kelsen suponer de esta manera una evolución social progresiva, supone concebir un valor social innato a la realidad social, algo que caracteriza a la doctrina iusnaturalista.

Respecto de la Filosofía de la Historia, los dos representantes durante el siglo XIX para Kelsen son Hegel y Karl Marx. Siendo la tesis fundamental de la Filosofía de la Historia hegeliana que “La razón gobierna el mundo y, por consiguiente, a la Historia mundial”⁶⁰. Esta razón tiene una moralidad cuyas leyes son “lo esencial racional”. La historia del mundo sería “el curso racional necesario del Espíritu del Mundo”. Siendo este Espíritu del Mundo la personificación de la Razón. Según esta doctrina, las acciones de cualquier individuo son “los medios e instrumentos del Espíritu del Mundo para alcanzar sus objetivos”⁶¹. Siendo para Hegel el hecho de que la Razón gobierna el mundo, un síntoma de que el mundo no está abandonado a su suerte, sino dirigido por una providencia divina.

La interpretación teológica de esta doctrina significa que dado que la voluntad de Dios es buena y es un valor absoluto, hay que considerar que la realidad es perfecta, este pensamiento nos puede llevar a la conclusión de que todo acontecimiento histórico es obra del Espíritu del Mundo, razonable y bueno. Hegel en su obra de hecho llega a la conclusión; “lo que ha sucedido y sucede cada día no solo no podría ser sin Dios, sino es que esencialmente obra suya”⁶². Esta conclusión imposibilita juzgar que un

59 Hans Kelsen ¿Qué es la justicia?, p.94.

60 Ibidem, p.103.

61 G. W. F. Hegel, The Philosophy of History, p. 9.

62 Ibidem, p. 457.

acontecimiento actual sea peor o mejor. Siendo todo por naturaleza bueno, los juicios de valor carecen de sentido.

Kelsen expone que desde un punto de vista racionalista, el Estado sólo existiría en la mente de aquellos individuos que adecúan su conducta al orden social, es decir al Estado, el cual no es una entidad real como la de los objetos físicos. Pero según Hegel el Estado tiene, si es posible, una realidad mas objetiva que la de la naturaleza física ya que es una realización del Espíritu Absoluto en el reino de la conciencia. “El Estado es la presencia de Dios en el mundo; su motivo o causa es el poder de la razón realizándose a sí misma como voluntad”, “La nación, como Estado, es el espíritu realizado de modo sustantivo y directamente real. Por tanto, es el poder absoluto que existe sobre la tierra”⁶³. Estas afirmaciones según Kelsen equivale a señalar al Estado como la representación terrenal de Dios.

El materialismo histórico de Marx, con su interpretación económica de la historia, deriva a ojos de Kelsen de la Filosofía de la Historia de Hegel, ya que el instrumento utilizado por ambos es la lógica dialéctica. Aunque el propio Marx declara “Mi método no solo es diferente del hegeliano, sino que se opone directamente.” Tanto Marx como Hegel, entienden por dialéctica la evolución mediante la contradicción. “La idea del carácter contradictorio de la evolución y especialmente de la sociedad capitalista es un elemento esencial del materialismo histórico o dialéctico fundado por Marx.”⁶⁴

Para Kelsen el método dialéctico carece de importancia, puesto que a partir de él, “Hegel puede deificar al Estado y Marx maldecirlo por endemoniado”⁶⁵. Para Marx y Friedrich Engels , el Estado es por naturaleza un aparato coercitivo con la función de mantener la dominancia de los individuos que tienen en su poder los medios de producción. Para ellos “La instauración revolucionaria del socialismo, es decir, la abolición de la propiedad privada de los medios de producción y la socialización de

63 Kelsen. H, ¿Qué es la justicia?, p.109.

64 Ídem.

65 Ibídem, p.111.

estos, traerá consigo la desaparición del sistema capitalista, y con ella, la del Estado como institución social”.⁶⁶

Para finalizar el capítulo de esta obra sobre la doctrina del derecho natural, Kelsen llega a la conclusión, de que tanto si se llega a los resultados partiendo de deducciones de una ley natural en términos de jurisprudencia, como si se parte de deducciones de una ley de la evolución en términos sociológicos o históricos, utilizan métodos que contienen errores lógicos y permiten justificar juicios de valor contradictorios. No siendo desde un punto de vista científico útil para encontrar la verdad.

Para Kelsen la doctrina del Derecho natural podría resultar útil desde un punto de vista político para la persecución y justificación de unos intereses determinados. Esta utilidad del Derecho natural, Kelsen la relaciona con Platón y su diálogo Las leyes, en el cual hace una distinción entre mentiras tolerables y mentiras que no lo son, siendo tolerables las que sirven a un gobierno, garantizando la obediencia a la ley. “Ningún legislador que se precie de serlo, podría encontrar una mentira más útil o más efectiva que esta para persuadir a los hombres a que actúen justamente”⁶⁷. Kelsen considera así como una gran falacia, la capacidad para determinar de manera objetiva lo que es justo, por la doctrina iusnaturalista. De igual manera que remarca su utilidad, por parte de sus seguidores, como mentira útil.

-7. TEORÍA PURA DEL DERECHO

La "Teoría General del Derecho" es una obra fundamental de Hans Kelsen, en ella desarrolla la Teoría Pura del Derecho, buscando analizar el derecho desde una visión estrictamente jurídica, excluyendo cualquier elemento ajeno como la política, la moral, la sociología o la religión.

El objetivo central de esta obra es construir una ciencia del derecho “pura”, es decir, purificada de toda ideología política enfocada únicamente en el estudio de las

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Platon, Las leyes, II, p.663.

normas jurídicas, sin juicios de valor. Con el fin de “elevar” la ciencia del derecho al nivel de una auténtica ciencia.

En esta obra hay una ruptura con los conceptos del derecho natural, al rechazar la idea de que exista una justicia universal o valores absolutos. A través de esta teoría, Kelsen sienta las bases del positivismo jurídico moderno.

-7.1, CAPÍTULO II DERECHO Y MORAL

En este capítulo, Kelsen expone que junto a las normas jurídicas existen otras normas que también regulan el comportamiento entre los hombres, son normas sociales, pudiendo estas ser abarcadas y denominadas como moral. Como consecuencia, la ciencia del derecho, no sería la única disciplina que tiene como función el conocimiento y descripción de normas sociales sino también la “ética”. “En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho”⁶⁸.

En ocasiones el carácter social de la moral es puesto en duda, pese a que existen normas sociales que regulan el comportamiento entre personas, de la misma manera existen gran cantidad de normas sociales que unicamente regulan el comportamiento respecto a uno mismo, como es el caso de la castidad. De igual manera estas últimas surgen en la conciencia de las personas que viven en sociedad, puesto que no tendrían sentido en un individuo que viviera aislado.

Kelsen señala que la pureza metódica de la ciencia jurídica es puesta en peligro, no solo cuando no se respeta la separación con la ciencia natural, sino incluso de una manera mayor, cuando no se diferencia de la ética, es decir, cuando no hay una distinción clara entre derecho y moral. Esta distinción no puede establecerse debido a la conducta a la que obligan. Tampoco es correcta para Kelsen la tesis de que el derecho regula una conducta externa, mientras que la moral una interna. Según Kant la moral

68 H. Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, cit., pp.71 y ss.

exige una conducta interna “ la conducta para ser moral, debe producirse contra las inclinaciones”⁶⁹, es decir contra un interés propio egoísta.

Hay que señalar que las personas se comportan de acuerdo a un orden social, para Kelsen, debido a que la conducta corresponde efectivamente a sus intereses egoístas o los intereses egoístas que surgen en el individuo debido al propio orden social, pudiendo ser estos contrarios a sus intereses iniciales, sin la intervención del orden social. El orden social solo puede, a sus ojos, generar el interés que provoque al individuo seguir la conducta marcada por el orden social, oponiéndose sus intereses egoístas que de otra manera dominarían.

La norma moral persigue el motivo de la conducta , sin reflexionar en la imposibilidad psicológica que supone para cualquier ser humano la exigencia de actuar sin incurrir en propias motivaciones o intereses egoístas. De esta manera, “una conducta sólo puede tener valor moral cuando no sólo su motivo, sino también la conducta misma corresponde a una norma moral”⁷⁰. No es posible separar motivo, de la conducta motivada.

Al igual que las normas jurídicas, las normas morales son producidas por la costumbre. El orden moral no prevé órganos para la efectiva aplicación de sus normas, consistiendo esta en la evaluación moral del comportamiento de otro, bajo los cánones del orden social. Pero de igual manera un orden jurídico primitivo también se puede encontrar descentralizado. Algunos autores, comparan la situación del derecho internacional general , plenamente descentralizado, con una especie de moral internacional. Pudiendo el derecho ser distinguido de la moral en su forma de orden coactivo, cuando un orden normativo trata de producir determinada conducta, mediante el castigo socialmente organizado de la conducta opuesta. Mientras que la moral como orden social no instituye sanciones, mas lejos de la desaprobación de la conducta contraria a la norma.

69 Ibidem, p. 73.

70 Ibidem, p. 74.

Una vez establecidos derecho y moral como tipos de sistemas normativos, Kelsen trata la relación entre estos y cual debería ser. Con la divergencia entre quien afirma que el derecho por naturaleza también es moral, de esta manera cuando el orden social exige una conducta que la moral prohíbe o prohíbe una conducta que la moral exige, ese orden no constituiría derecho puesto que no sería justo, y por otro lado quien afirma que el derecho puede ser moral, es decir “justo”, no siendo necesario para su validez. Para Kelsen la primera afirmación intenta dar una justificación al derecho, pues es necesario presuponer una única moral válida, una “moral absoluta”.

Desde el punto de vista del conocimiento científico se rechazan los valores absolutos y especialmente un valor moral absoluto , “el valor absoluto solo puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad”⁷¹ , este valor absoluto rechaza la validez por lo tanto de cualquier otra moral. Admitiendo la posibilidad de que en diferentes épocas, pueblos y condiciones, existan diferentes sistemas válidos, entre si contradictorios. Con las notables diferencias entre lo considerado justo o injusto, por las personas en los distintos lugares y etapas históricas, resulta complicado encontrar una exigencia común a todos estos ordenes morales.

Algunos autores, en esta búsqueda de un elemento común a todos los órdenes morales, han considerado como exigencia común conservar la paz y no ejercer la violencia. Pero ya Heraclito, nombra a la guerra como “padre”, causa originaria de todas las cosas, sino también como “rey”, suprema autoridad normativa. El propio Jesús dice “No he venido para traer paz a la tierra, sino división”⁷², lo cual esta muy lejos de establecer la paz como valor supremo. Kelsen se plantea si en la actualidad la guerra no sigue teniendo valor moral, como medio para la constitución de ideales, que para ciertas corrientes, están por encima de la paz. Como ejemplo, el propio liberalismo, en el cual concurre la lucha por la concurrencia, corresponde con un ideal de paz. Con lo cual se demuestra que no constituye valor moral supremo en todos los sistemas, careciendo incluso de valor en algunos.

71 Ibidem,p. 76

72 Ibidem,p. 77.

Para Kelsen lo que tienen en común todos los sistemas morales vistos, es que imponen sus normas sociales, provocando una conducta entre personas. Siendo común por tanto su forma, el carácter normativo. De esta manera, es moralmente correcto lo que corresponde con una norma social que marca un comportamiento, y moralmente malo o incorrecto el acto que la contradice. “ El valor moral relativo es constituido por la norma social que insta como debida una determinada conducta humana”⁷³.

Si el concepto de “bien” no puede encontrar definición mas lejos de, lo correcto según una norma, si se define al derecho como norma, significa que lo conforme a derecho es “bueno”. La doctrina relativista formula separar derecho y moral, cuando evalúa un orden jurídico y sus normas como “buenas” o “malas”, morales o inmorales, expresa la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales . Siendo un juicio de valor relativo, no absoluto, no dependiendo la validez de un orden jurídico positivo de que corresponda con un sistema moral concreto. Esta doctrina relativista de los valores, no significa una carencia total de valores, sino que estos no son absolutos, es decir, sin la pretensión de eliminar valores contrapuestos.

“Es necesario tener conciencia, cuando se juzga la conformación de un orden jurídico positivo como bueno o malo, justo o injusto, que el patrón es relativo, que no está excluida otra evaluación a partir de otro sistema moral; que cuando se considera un orden jurídico como injusto, conforme al patrón de un sistema moral, el mismo orden jurídico puede ser estimado justo, ateniéndose al patrón de otro sistema moral”⁷⁴

Por último se trata la justificación del derecho por la moral. La necesidad de distinguir entre moral y derecho, entre la ciencia jurídica y la ética, tiene significado desde un punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, puesto que la legitimación de este, a través de un orden moral es irrelevante para Kelsen. La función de la ciencia jurídica es la descripción neutral del objeto, no entrar en valoraciones, ni evaluaciones morales. “El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico ni siquiera, con el por él descrito”⁷⁵. La importancia de separar estos

73 Ibidem, p. 78.

74 Ibidem, p. 80.

75 Ibidem, p.81.

conceptos viene también de la posibilidad de contradicción entre la moral y el orden jurídico, significa que la validez de las normas jurídicas no dependa de que no sean contrarias al orden moral. Es importante en este punto, volver a recordar la tesis expuesta por Kelsen , de que no existe una única moral absoluta, sino una infinidad de sistemas morales, diferenciados entre si y en casos contradictorios.

La tesis de que el derecho por su propia naturaleza es moral, por la que un orden jurídico inmoral, no sería derecho, es contraria a la Teoría pura del derecho de Kelsen. Pues “presupone una moral válida absoluta, es decir, una moral válida para todo tiempo y donde quiera”⁷⁶, sería imposible sino encontrar un patrón común en todos los órdenes sociales. Kelsen no solo rechaza esta tesis por la implicación que tendría una moral absoluta, sino por su posible aplicación. Llevando a una falta de crítica con el propio orden jurídico coactivo, imperante en esa comunidad y por consiguiente a que los ordenes coactivos de estados que no son el propio, puedan ser tildados de inmorales o malvados, cuando no concuerda en alguna característica con el estado propio y por lo tanto invalidados como derecho. Igualmente bajo el paraguas de esta tesis el orden coactivo que es derecho, también es moral. Siendo para Kelsen, desde un punto de vista científico, inaceptable “No corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna el orden normativo que sólo debe conocer y describir”⁷⁷.

-8. CONCLUSIONES

Después de analizar tanto el concepto de Derecho natural como la vida y obras mas importantes, obtengo una serie de conclusiones y reflexiones.

El Derecho natural, a lo largo de la historia ha destacado por la creencia por parte de sus teóricos de que existen normas o principios de justicia universales, anteriores y superiores al Derecho positivo, que provienen de la naturaleza humana, la razón o la divinidad, que deben estar presentes en el contenido de las normas positivas.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ibidem, p.82.

Naciendo de la necesidad de plasmar los valores sociales, el conjunto que forma la moral, en un momento histórico concreto y lugar, en el ordenamiento positivo, en la búsqueda de una idea de justicia. La cual, desde mi punto de vista, es totalmente inherente al contexto.

Kelsen criticaba al Derecho natural por su falta de argumentos científicos. Su crítica se basa en la defensa de una ciencia jurídica pura, libre de elementos como la moral, la religión, purificada de toda ideología política. Argumentando que las teorías iusnaturalistas se basan en conceptos abstractos y metafísicos, sin tener en cuenta la realidad. Según Kelsen, el derecho debe ser estudiado desde una perspectiva empírica, basada en hechos observables y verificables. Su objetivo, elevar la ciencia del derecho al nivel de una auténtica ciencia.

Kelsen defiende que el derecho natural mezcla la descripción de como es el derecho, con como debería ser (Mezcla el ser, con el debe ser). Según Kelsen el derecho debe ser estudiado desde una perspectiva normativa, centrándose en cómo se establecen y aplican las normas jurídicas, sin introducir cuestiones morales. Pues estas cuestiones morales son variables, dependiendo del tiempo y lugar. Como el propio Kelsen expresa en su “teoría pura” un jurista debe describir el derecho tal como es, apartando estas cuestiones morales.

El Derecho natural defiende en muchas de sus teorías una justicia absoluta, Kelsen defendía una visión relativa de la justicia, ligada a la realidad social de una comunidad concreta, al igual que con un momento y un lugar. Siendo crítico con la idea de unos principios morales absolutos, principalmente basándose en que la concepción de lo que es moralmente correcto o “bueno” es radicalmente opuesto según la comunidad o momento histórico. Desde mi punto de vista, solo hay que observar las prácticas realizadas unas décadas atrás en el tiempo, para darse cuenta de que el concepto de, que es bueno e incluso justo, cambia de manera radical, al igual que en la actualidad entre diferentes comunidades.

Para Kelsen las normas jurídicas son resultado de actos de voluntad, siendo el único derecho que debe ser objeto de estudio científico, el derecho positivo, concretamente el creado por órganos competentes mediante los procedimientos jurídicos oportunos. El Derecho natural no es objeto de estudio, debido a que no tiene base científica y objetiva, al estar sujeto a una moral cambiante a lo largo del tiempo. Carece de importancia si una norma es justa o injusta, desde el punto de vista de una moral concreta, sino si fue válida conforme al ordenamiento jurídico. Kelsen pone el foco del estudio en la forma, pues es lo único objetivo.

Para terminar, quiero comentar una idea mencionada por Kelsen a lo largo de todas sus obras, el Derecho natural no solo representa una visión subjetiva, sino que puede ser utilizado con motivos políticos entre otros. Es algo que se ha repetido a lo largo de la historia, se trata de dar una justificación, una legitimación a un ordenamiento jurídico, que desde mi punto de vista, no debería de tener. Apelar a la naturaleza propia del ser humano para defender sus políticas, a la razón o incluso a la propia divinidad, no deja de ser un arma peligrosa. Esto puede ayudar a la justificación de actos unicamente por ser voluntad divina o naturales al ser humano. Permitiendo el señalamiento del disidente por inmoral, proporcionando un peso y una legitimidad al ordenamiento que no debería tener, como mero ordenamiento positivo, que tiene validez por la forma seguida. Desde mi punto de vista entorpeciendo cualquier cambio o evolución.

-9. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, J. M., “El derecho natural antiguo y medieval”, Revista Española de Filosofía Medieval, n. 10, 2003
- BAYER, K. G., “Hans Kelsen. Vida y obra”, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 55, n. 244, 2005.
- BOBBIO, N., “La Teoría pura del Derecho y sus críticas”, en Contribución a la teoría del Derecho, Fernando Torres, Valencia, 1980.
- BOBBIO, N., “Teoría general del derecho”, 5ª ed., Bogotá, 2016.
- FASSÓ, G., Historia de la Filosofía del Derecho, Vol III, Pirámide, Madrid, 1988.
- HEGEL, G. W. F. The Philosophy of History

- KELSEN, H., De la esencia y valor de la democracia, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.
- KELSEN, H., La idea del Derecho Natural y otros ensayos, 1ª ed., México, 1979
- KELSEN, H., ¿Qué es Justicia?, Ariel Derecho, 1ª ed., Barcelona, 2008.
- KELSEN, H., Teoría General del Derecho y del Estado, segunda reimpresión Universidad Nacional Autónoma de México, 1979
- KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, Editorial Porrúa, sexta reimpresión de la 2ª ed. (1960), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, Editorial Trotta, 1ª ed. (1934), Madrid, 2011.
- MÉTALL, R.A., Hans Kelsen Vida y Obra, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1976.
- MORCHÓN, G. R., “Hans Kelsen: vida y obra”, (Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2014-10049300524 ; Ultima consulta 31/8/2025)
- PECES-BARBA M, G., Prólogo Positivismo y moral interna del derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000
- PLATÓN, Protágoras, trad. J. Velarde, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1980
- PORRAS J. D., Jusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 2004
- Revista de Ciencias Sociales -Número 62 (2013)-Universidad de Valparaíso
- RODRÍGUEZ PANIAGUA., J.M., Historia del pensamiento jurídico, Vol I, Universidad Complutense, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA., J.M., Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho, 2ª ed, Universidad Complutense, Madrid, 1985.
- WELZEL, H., Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material, Ed. Aguilar, Madrid, 1977.
- WOLF, E., El problema del Derecho Natural, Ed Ariel. Barcelona 1960

