



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La Teoría Pura del Derecho y la Justicia

Presentado por:

Alicia Serrano Reyes

Tutelado por:

Jesús Luis Castillo Vegas

Valladolid, 29 de Junio de 2016

RESUMEN

A lo largo de la historia se ha intentado establecer una Teoría de la Justicia, sin embargo, no se ha conseguido construir un concepto general de Justicia válido para la Sociedad. En el presente trabajo analizaremos las diferentes teorías de la Justicia que se han desarrollado durante los siglos XIX y XX, y hablaremos más concretamente del gran jurista y filósofo Hans Kelsen y sus teorías acerca del Derecho y la Justicia. Durante los siglos XIX y XX se desarrolló la corriente filosófica que se conoce como Positivismo Jurídico, Kelsen es considerado el positivista más importante del siglo XX. Desarrolló una Teoría Pura del Derecho que ha tenido gran influencia en la actualidad, además de un estudio profundo sobre la Justicia, que constituye la parte central de este trabajo. Para Kelsen la Justicia es: "un orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Es la justicia de la libertad, la de la paz; la Justicia de la Democracia, la de la tolerancia."

ABSTRACT

It has been tried to establish a Theory of Justice throughout history, however, a general concept of Justice good for Society it has not been achieved yet. In This final project dissertation we will analyze the different theories of Justice that have been developed during the nineteenth and twentieth centuries, and we will discuss more specifically about the great jurist and philosopher Hans Kelsen and his theories about Law and Justice. During the nineteenth and twentieth centuries the philosophical current known as Legal Positivism was developed. Kelsen is considered the most important positivism jurist in the twentieth century. He developed a Pure Theory of Law which has a great influence today. Moreover, he developed a deep study of Justice, that is the core of this dissertation. For Kelsen, Justice is: "that social order under whose protection the search for truth can prosper. It is the Justice of freedom, the Justice of peace, the Justice of Democracy and the Justice of tolerance."

PALABRAS CLAVE: Positivismo, Relativismo, Derecho, Justicia, Iusnaturalismo.

KEY WORDS: Positivism, Relativism, Law, Justice, Natural Law.

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

1. ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. ÍNDICE..... | 3 |
| 2. INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| 3. DESARROLLO..... | 7 |
| 3.1. Teoría Pura del Derecho..... | 7 |
| 3.1.1. Periodo histórico (siglo XX): la Ciencia Jurídica del siglo XX..... | 7 |
| 3.1.3. <i>Teoría pura del Derecho</i> | 14 |
| 3.2. La Justicia en Kelsen..... | 18 |
| 3.2.1. Introducción..... | 18 |
| 3.2.1.1. Emotivismo Ético..... | 18 |
| 3.2.1.2. Absolutismo y Relativismo..... | 20 |
| 3.2.1.3. Doctrina del Derecho Natural..... | 25 |
| 3.2.2. La justicia: <i>¿Qué es la Justicia?</i> | 34 |
| 3.2.2.1. Orden social justo..... | 34 |
| 3.2.2.2. Conflicto de valores (fidelidad individual y mayoría)..... | 36 |
| 3.2.2.3. Juicio relativo, búsqueda de lo absoluto..... | 38 |
| 3.2.2.4. Pensamiento metafísico: Platón..... | 40 |
| 3.2.2.5. Principio de retribución e igualdad..... | 41 |
| 3.2.2.6. La regla de oro..... | 42 |
| 3.2.2.7. La justicia según Aristóteles..... | 43 |
| 3.2.2.8. Principio de tolerancia..... | 43 |
| 3.2.2.9. Concepto de justicia según Kelsen..... | 44 |
| 3.3. Crítica al pensamiento kelseniano: Luis Recasens Siches..... | 45 |
| 4. CONCLUSIONES..... | 50 |

| | |
|----------------------|----|
| 5. BIBLIOGRAFÍA..... | 58 |
| 6. ANEXOS..... | 62 |

2. INTRODUCCIÓN

La Justicia es un concepto tan amplio como complejo que ha sido objeto de reflexión filosófica, teológica y jurídica a lo largo de la Historia de la Humanidad.

Muchos han sido los autores que han definido la Justicia y que han tenido una gran influencia en el intento de sentar una definición única de este concepto tan abstracto y, a la vez, tan concreto que configura la base de una gran parte de la Filosofía universal, así como la piedra angular de los sistemas jurídicos desde tiempos inmemoriales.

Claro ejemplo de todo esto es el gran filósofo Aristóteles para el que había que tratar a los iguales como iguales y de manera desigual a los desiguales pero siempre en proporción a su desigualdad; o Ulpiano, célebre jurista romano, cuya definición de Justicia pasa por ser la continua y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde.

Pero quizá uno de los juristas que más ha influido en el panorama jurídico actual es Kelsen y es por ello que llevaremos a cabo un estudio detallado sobre su Teoría de la Justicia, a través de un análisis histórico y mediante la observación de sus principales influencias filosóficas.

Hans Kelsen explica su teoría a través de una crítica a las ideologías absolutistas¹ de la Justicia desarrolladas anteriormente y se acerca más hacia el pensamiento del Emotivismo ético², que se desarrollará más adelante.

Su pensamiento está argumentado en principios del Relativismo Axiológico³, sin embargo, en su obra *¿Qué es la justicia?* finalmente no desarrolla un concepto claro y

¹ Por Absolutismo ético entiende Kelsen a todas las teorías que sostienen una posición ética universal, que afirman la existencia de unos mismos valores objetivos para todos los seres humanos. También criticará el Absolutismo político como el defendido por Hobbes. Según este filósofo todas las leyes y el poder emanan del Estado, o Leviatán (como él lo llama), y por tanto las leyes son justas por el solo hecho de provenir del soberano.

² El Emotivismo ético sostiene que los juicios de valor no afirman nada sobre la realidad, simplemente reflejan las emociones del hablante. Su fundador es Hume, y diversos autores han seguido con esta teoría como Alfred Ayer y C. L. Stevenson. Vid. ZAVADIVKER, N.: "La Teoría Emotivista de los valores de Bertrand Rusell", en *Revista de Filosofía y Teoría Política*, n° 39, Universidad Nacional de La Plata, 2008, pp. 3-4.

³ El Relativismo Axiológico sostiene que no existen valores absolutos; entiende como posibles otras visiones, valores u opiniones. No quiere decir que todo valga, sino que una posición puede ser tan

universal de Justicia; el jurista desarrolla su propio concepto justificándose en que su verdadera profesión, a lo que se dedica, es la Ciencia⁴.

Debido a la gran influencia que la obra de Kelsen ha tenido sobre el panorama jurídico actual y la estrecha conexión entre la Justicia y la Teoría Pura del Derecho resulta clara la necesidad de estudio de este tema. La concepción jurídica defendida en su obra, la *Teoría pura del Derecho*, sobre las normas, su jerarquía y el sistema jurídico en general es una de las más influyentes hoy en día. La idea de que las normas deben provenir de una norma superior, establecida como norma suprema⁵, sigue manteniendo su actualidad a la hora de estudiar nuestro ordenamiento jurídico y, más concretamente, es relevante para explicar la jerarquía normativa.

Llevando la Justicia al plano principal de nuestro estudio, podemos señalar la gran influencia que la obra de Kelsen tiene en la actualidad con respecto a su aplicación práctica. Kelsen, como se ha señalado anteriormente, toma como eje principal de su Teoría el Relativismo Axiológico, y por tanto rechaza la idea de una realidad absoluta y separada del conocimiento humano. Es decir, el jurista niega que exista una fórmula de Justicia absoluta para toda la sociedad, hace responsable a la persona para que según su juicio decida lo que es bueno o malo, y lo que es justo o injusto sin ampararse en una autoridad superior⁶. Esta idea de la Justicia, hoy en día está superada, sin embargo ha servido para la formación del Derecho actual y por tanto de muchos de sus juristas.

válida como la otra. Vid. FERNÁNDEZ-RAMÍREZ, B.: "Los Argumentos del Relativismo", en *Revista Sociológica del Pensamiento Crítico*, Vol. 5 (1), Universidad de Almería, 2011, pp. 75-87.

⁴ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, trad. de Albert Calsamiglia, 1982, Barcelona, pp. 63.

⁵ Esta norma suprema, Kelsen la denomina como "Norma Hipotética Fundamental". Vid. KELSEN, H.: *La Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1982, p. 201.

⁶ Vid. CALSAMIGLIA, A.: "Estudio preliminar", en KELSEN, H., *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, 1983, pp. 10-11.

3. DESARROLLO

3.1. La Teoría Pura del Derecho

3.1.1. Periodo histórico: la Ciencia Jurídica del siglo XX. Pensamiento kelseniano

Kelsen nació en Praga a finales del siglo XIX, pero durante su niñez se trasladó a Viena en donde comenzó su formación como científico del Derecho. Al inicio del siglo XX el ambiente intelectual en Viena era sobresaliente. Se trataba de una época en la que regía el orden, surgieron numerosas innovaciones científicas, y en la que destacaron numerosos intelectuales como Freud, Strauss, Wittgenstein, Krauss, Schnitzerl. Sin embargo, con la I Guerra Mundial, se rompe este estilo de vida, pero a su vez se produce una apertura hacia nuevos pensamientos, así como el crecimiento de la literatura y el arte.

Dentro de este panorama intelectual, Kelsen culmina su obra *Teoría pura del Derecho*, con la que pretende dar una solución a los problemas de la Ciencia Jurídica del momento y crear un tipo de Ciencia del Derecho válida para toda sociedad.

Kelsen es considerado el mayor representante del Positivismo Jurídico del siglo XX. Así elabora una Teoría General del Estado Positivo⁷ dirigida a superar la Sociología jurídica⁸ y el estudio anterior del Derecho Positivo⁹. Además, la doctrina kelseniana está en gran parte influenciada por la crítica que hace Kant a la razón¹⁰.

El jurista vienés lleva a cabo una crítica a la Ciencia Jurídica que rige en el siglo XIX estableciendo que no es una verdadera Ciencia porque carece de dos características fundamentales de toda ciencia: rigor y objetividad.

⁷ La novedad de Kelsen comienza con uno de sus primeros trabajos: KELSEN, H.: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911.

⁸ La Sociología del Derecho es una Ciencia Jurídica que se refiere exclusivamente a hechos; según Kelsen, no es una Ciencia del “deber ser”, sino del “ser” (Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Teoría general del Estado*, Barcelona, 1934, pp. 3-21).

⁹ Vid. CALSAMIGLIA, A.: "En defensa de Kelsen", *Working Paper*, n° 129, Barcelona, 1997 p. 6.

¹⁰ Inmanuel Kant elabora dos obras en las que critica la razón: *Crítica de la razón práctica*, 1788; y *Crítica de la razón pura*, 1781.

- Falta de rigor metodológico: en el siglo XIX Jellinek propone una teoría dual, así consideraba que el Estado debe ser analizado desde una doble perspectiva; por un lado como una construcción social, y por otro como una institución jurídica. Kelsen se opone a esta propuesta dualista y defiende un monismo metodológico basándose en la Teoría del Conocimiento de Immanuel Kant¹¹.
- Falta de objetividad: es decir, falta de neutralidad. Kelsen considera que para que pueda establecerse una ciencia jurídica auténtica, ésta debe estar separada completamente del resto de Ciencias, ya que la desfiguran¹². Además, la obra de Kelsen es una crítica profunda al Iusnaturalismo¹³, ya que no ha podido establecer una diferencia entre el ser y el deber ser, y por tanto no ha sabido mantener la objetividad propia de toda ciencia. Pero también critica el Positivismo Jurídico del siglo XIX, ya que no ha conseguido la anteriormente citada objetividad al no estar libre de Política, Economía, Sociología, Teología..., en definitiva de toda Ciencia. Kelsen llama a su Teoría "pura" porque separa entre el estudio que él propone del Derecho y el que llevan a cabo esas otras Ciencias.

Como consecuencia de esto, el jurista austríaco decide elaborar una Teoría del Derecho unitaria y autónoma para poder considerar el estudio del Derecho en general como otra Ciencia consolidada. Esta Teoría pretende describir la estructura general de todo Derecho Positivo, es decir, el estudio de "las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y por último la unidad del Derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos"¹⁴. Trata de describir el lenguaje normativo que rige en una sociedad, pero no imponer las normas. Hace una separación entre lo que "es" (descripción) y lo que "debe ser" (prescripción, lo que se debe hacer)¹⁵.

¹¹ La Teoría del Conocimiento de Kant se presenta en su obra *Crítica de la razón pura*. De manera general explica que es el sujeto el que debe constituir el objeto de conocimiento a partir de ciertos elementos adquiridos "a priori", es decir, independientes de la experiencia, y no que el objeto sea el que se impone al sujeto. El objeto se debe adaptar al conocimiento del sujeto. Realiza un giro copernicano.

¹² KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y el Estado*, México, UNAM, 1949, p. 9.

¹³ Para el Iusnaturalismo, el ordenamiento jurídico se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen por tanto a la voluntad normativa de ninguna autoridad. Vid. Enciclopedia jurídica: *Derecho natural*. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm> [Consulta: 07/04/2016].

¹⁴ KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y el Estado*, p. 5.

¹⁵ CALSAMIGLIA, A.: *En defensa de Kelsen*, p. 11.

Podemos considerar que el pensamiento kelseniano está basado en tres ideas fundamentales: autonomía, sistematicidad y unidad¹⁶.

Autonomía

La Teoría kelseniana está influenciada en gran parte por la Teoría kantiana de la *Crítica a la razón pura*. Sin embargo, Kelsen no comparte ciertos aspectos de esta Teoría kantiana ya que considera que el filósofo prusiano no supo aplicar la objetividad y rigor de la *Crítica de la razón pura* a las Ciencias Morales y Jurídicas.

La autonomía consiste en elaborar un método que permita deducir el objeto. Y dicho objeto de la Ciencia Jurídica se ocupa del estudio del conjunto normativo. Por tanto debemos buscar un principio que permita elegir o seleccionar las normas, es decir, determinar ese conjunto normativo. A diferencia de Kant, este principio, según Kelsen, sería el principio de imputación, que permite unir condiciones con consecuencias, y para ello necesita un nexo que será el “deber ser”, es decir, un nexo normativo. El hecho ilícito (condición) y la sanción (consecuencia) están unidos por este nexo de “deber ser” (normas), ya que siempre que se comete un acto prohibido por la ley debe producirse una sanción.

Sin embargo, para Kant, el principio que permite seleccionar esas normas es el de causalidad, según el cual a todo efecto le sigue una causa. Se trata de un conocimiento "a priori" del entendimiento¹⁷. Pero, para Kelsen, este principio es inadecuado, ya que no selecciona normas, sino hechos o conductas.¹⁸

Con respecto a las sanciones¹⁹, Kelsen hace una doble distinción: entre sanciones trascendentes y sanciones inmanentes. Así las sanciones trascendentes responden a un hecho que se produce en otro mundo, es decir las normas religiosas por ejemplo; y las sanciones inmanentes son las que se producen en este mundo, es decir, son las normas

¹⁶ CALSAMIGLIA, A.: *En defensa de Kelsen*, p. 12.

¹⁷ Para Kant, lo "a priori", es independiente de la experiencia y está caracterizado por la universalidad y la necesidad. Es decir, es algo que conocemos ya de ante mano y no fruto de la experiencia, y que nos permite el entendimiento futuro de una idea. Vid. COBLE SARRO, D.: "Lo a priori trascendental en Kant", en *Revista de filosofía Factótum*, Madrid, 2012, pp. 43-122.

¹⁸ Véase Anexo: esquema 1 (tipos de métodos).

¹⁹ Véase Anexo: esquema 2 (tipos de sanciones).

jurídicas. Sin embargo surge el problema de la consideración de las sanciones provenientes de normas morales o sociales, que tienen como consecuencia las sanciones inmanentes pero no son consideradas normas jurídicas. En este sentido, Kelsen afirma que este tipo de sanciones es un tipo distinto o especial. Así la sanción para las normas morales debe residir en uno mismo, en la propia persona, es decir, la sanción es el remordimiento del sujeto que ha infringido la norma moral. Y en el caso de las normas sociales, Kelsen indica que las normas sociales que están institucionalizadas serán clasificadas como normas jurídicas, mientras que si no lo están, no se considerarán como tales²⁰.

Sistematicidad

La sistematicidad hace referencia a la ausencia de contradicciones, tanto en la Ciencia como en el Derecho.

La idea de sistematicidad está intrínsecamente relacionada con la elaboración de un sistema jurídico concreto, en el que exista una descripción precisa de todo el Derecho. El objetivo principal de Kelsen, en su elaboración de una Teoría del Derecho, era precisamente construir un sistema jurídico universal que careciera de contradicciones, y válido para toda sociedad o sistema jurídico.

Así entre las ideas centrales del sistema jurídico que elaboró, destacan las siguientes: jerarquía normativa, delegación de competencias, distinción entre forma y contenido, elaboración de un nuevo concepto de fuente del derecho, cómo se debe aplicar y crear el Derecho...

Aunque este sistema contiene algunas lagunas, y ha sido criticado posteriormente, se puede decir que ha sentado las bases de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y por tanto podemos observar de nuevo la gran influencia que ha tenido la Teoría de Kelsen en la actualidad.

²⁰ CALSAMIGLIA, A.: *En defensa del Kelsen*, p. 15.

Unidad

Con la unidad, se hace referencia a la idea de que el sistema jurídico elaborado debe ser válido para toda sociedad, como se ha señalado antes. Para conseguir este objetivo, se plantea la Teoría de la Norma Hipotética Fundamental. Es decir, elaborar una norma superior en la jerarquía normativa, de la que deriven el resto de normas, y que sea válida y aplicable a todo sistema jurídico.

Kelsen en su Teoría del Derecho desarrolla esta Norma Hipotética Fundamental, estableciendo que la validez de una norma debe provenir de otra norma superior, y así sucesivamente; sin embargo, no se puede continuar así hasta el infinito, sino que habrá que establecer una norma que sea la superior y de la que deriven el resto. Esta es la que Kelsen denomina Norma Fundante o Norma Hipotética Fundamental²¹.

Por otro lado, y centrándonos en otra idea del pensamiento kelseniano, debemos hablar de la idea de Estado según el jurista. En el siglo XIX regían las Teorías Absolutistas, en las que todas las leyes emanaban de una autoridad superior personificada, es decir, se trata de una persona física. Sin embargo Kelsen no comparte esta idea. Para el jurista vienés el Estado es un conjunto de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, una construcción del pensamiento jurídico y por tanto se trataría de una persona jurídica, no física²².

Fruto de esto es que Derecho y Estado terminan coincidiendo. En definitiva Kelsen concibe al Estado como el ordenamiento jurídico de una sociedad, y el ordenamiento jurídico viene a ser el Derecho Positivo según este jurista. Por tanto Derecho y Estado son lo mismo, el ordenamiento jurídico. Estado = ordenamiento jurídico = Derecho²³.

Durante el siglo XX han sido muchos los filósofos y juristas que han destacado en el campo de la Ciencia Jurídica, sin embargo, como continuadores de Kelsen, destacamos a dos en particular: Hart y Bobbio.

²¹ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 201-232.

²² KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 291-302.

²³ KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960, pp. 289 y ss.

Herbert L. A. Hart es el más reciente representante de la Jurisprudencia Analítica²⁴, en la que introduce numerosos elementos de la Teoría de Hans Kelsen.

Hart adquiere de Kelsen el concepto central del Derecho, es decir, la norma. Existen dos tipos de normas: las primarias, que imponen obligaciones, y las secundarias, que atribuyen poderes. Hart une estos dos tipos de normas para obtener la clave de la Ciencia del Derecho.

Las reglas secundarias según Hart, son las normas que "especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas de forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible"²⁵, y dentro de éstas se sitúa la Regla de Reconocimiento. Se trata de una regla que proporciona los criterios para identificar todas las normas de un determinado ordenamiento jurídico. Esta Regla se puede equiparar en ciertos aspectos a la Norma Hipotética Fundamental de Kelsen. Cada norma (regla) constituye la parte o concepto central de cada teoría, es decir, la Regla de Reconocimiento en la Teoría de Hart, y la Norma Hipotética Fundamental en la Teoría de Kelsen.

Ambos coinciden en que la función de estas normas es aportar validez al resto de normas, es decir, en la Teoría kelseniana las normas que provengan de la Norma Hipotética Fundamental serán válidas; y en la Teoría de Hart, la Regla de Reconocimiento fija las normas válidas de un determinado ordenamiento jurídico.

Nonberto Bobbio es uno de los máximos representantes del Positivismo Jurídico Italiano. Fue el creador de la Escuela Analítica Italiana. Sus escritos se ocupan de la Ciencia y Filosofía del Derecho, de la Política y de la Filosofía general²⁶.

El propio Bobbio reconoce que se siente en deuda con Kelsen, al considerarse sucesor suyo: "A él debo, aparte del planteamiento general de mis estudios, la selección de

²⁴ Su fundador es John Austin. La Jurisprudencia Analítica se caracteriza por establecer los criterios que diferencian al Derecho como un sistema de normas jurídicas de otros sistemas de normas. Vid. <http://www.teoriadelderecho.es/2013/11/jurisprudencia-analitica.html> [consulta: 23/04/2016].

²⁵ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1961, p. 117.

²⁶ Entre los escritos de Bobbio sobre Hans Kelsen podemos destacar los siguientes: "La Teoría pura del Derecho y sus críticos" en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, 58, 1981, pp. 549-570; o "Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen" en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, 1990, pp. 235-254.

algunos temas y un cierto modo distanciado y desapasionado (al menos, me ilusiono con que sea así) de plantear los problemas incluso allí donde las soluciones son distintas”²⁷.

Los estudios de Bobbio se pueden estructurar de la siguiente forma:

- Estudios de la Filosofía del Derecho.
- Metodología de la Teoría General del Derecho.
- Metodología de la Ciencia Jurídica: método de la ciencia del Derecho.

Su dedicación fundamental se centra en el segundo extracto, es decir en la Teoría General del Derecho. En este ámbito, Bobbio desarrollará, coincidiendo con el pensamiento normativista kelseniano, una Teoría del Derecho de forma general y que no contenga valoraciones y consideraciones sociales. Así en 1958 elaboró la *Teoria della norma giuridica* y en 1960 la *Teoria dell'ordinamento giuridico*²⁸.

En la *Teoria della norma giuridica*, Bobbio trata de determinar qué caracteres distinguen a las normas jurídicas con respecto de otro tipo de normas. Sin embargo no llega a una conclusión determinada, primero acepta el criterio de la sanción externa e institucionalizada²⁹, pero después afirma que no es un criterio exclusivo, y concluye que solo se puede determinar materialmente este criterio diferenciador, por el contenido, por el fin, o por los destinatarios de la norma³⁰.

Después, en la *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Bobbio determinará el ordenamiento jurídico, siguiendo a Kelsen, en base a la Norma Hipotética Fundamental, como último apoyo de la validez de las normas jurídicas³¹.

Bobbio consideró a la Teoría General del Derecho de Kelsen como "la doctrina más importante y... más rigurosa que la Ciencia Jurídica haya manifestado hasta ahora"³². Sin embargo el jurista italiano, en su teoría, sustituye las bases Neokantianas por

²⁷ BOBBIO, N.: "Prólogo a la primera edición" en *Contribución a la teoría del Derecho*, pp. 11-12.

²⁸ Las dos obras forman la *Teoria general del Derecho*, trad. Jorge Guerrero, Bogotá, 1994.

²⁹ BOBBIO, N.: *Teoria della norma giuridica*, Turín, 1958, pp. 197-201. La sanción externa se refiere a todas aquellas normas que surgen de un determinado comportamiento que tiene un grupo o sociedad, y ese comportamiento se institucionaliza para que tenga validez.

³⁰ BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, p. 26.

³¹ BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, pp. 51-60.

³² BOBBIO, N.: "La comunità internazionale e il diritto" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, V, num. 4, p. 1924.

presupuestos analíticos para llegar a conclusiones muy parecidas a las de Kelsen pero corregidas o modificadas.

3.1.2. *Teoría pura del Derecho*

La *Teoría pura del Derecho* es la obra más conocida de Hans Kelsen, y tiene cuatro ediciones fundamentales que son bastante diferentes entre sí, por lo que se podrían considerar como cuatro versiones distintas sobre una misma teoría. Estas versiones son:

- Edición alemana: 1934 (editada en Viena).
- Edición inglesa: 1945 (editada por la Universidad de Harvard).
- Edición francesa: 1953 (publicada en Suiza).
- Segunda edición alemana: 1960 (editada en Viena).

Nos centraremos en esta última edición alemana de 1960. En esta obra Kelsen contempla el Derecho desde la perspectiva de la Ciencia Jurídica, y considera que es la forma en la que lo debe ver todo jurista.

Para comenzar a hablar de la *Teoría pura del Derecho*, debemos hacer referencia a la idea de pureza, es decir, lo que el Derecho “es”, y no lo que “debe o puede ser”. Kelsen indica que la norma conlleva que un hombre debe comportarse de una determinada forma, es decir que algo “debe ser” o suceder, y para que este “deber ser” forme dicha norma es necesario que sea objetivo, es decir, que lo debe reconocer un tercero desinteresado y que no sea expresión de la voluntad del concreto sujeto que realiza el acto. Y con respecto a lo que “es”, se refiere a la existencia de un hecho real³³. Así el jurista hace un dualismo conceptual entre el “deber ser” y el “ser”, estableciendo que uno no deriva del otro (“deber ser” no deriva del “ser”).

Por lo tanto, Kelsen constituye una diferencia entre la validez (“deber ser”) de una norma y su eficacia (“ser”); sin embargo, por otro lado, fija una conexión entre ambas alegando que solo se considerará válida una norma jurídica si el comportamiento humano que regula se adecua a ella, es decir, una norma que nunca se aplique o se cumpla, que no

³³ HANS, K.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 19-20.

resulte eficaz, nunca podrá considerarse objetivamente válida³⁴. La validez de la norma no es algo real, pertenece al ámbito del “deber ser”; y la eficacia (“ser”) es el hecho real de que la norma sea aplicada y obedecida, que despliegue su eficacia. Es decir, a pesar del dualismo, existe cierta relación entre validez y eficacia, ya que una norma jurídica solo es considerada como válida cuando tiene cierto mínimo de eficacia³⁵.

En virtud de todo esto, podemos perfilar lo que Kelsen entiende por Derecho, esto es, “un orden de la conducta humana”, es decir, el Derecho solo será de aplicación a los humanos (no a los animales) y, además, la conducta de los humanos deberá tener una ordenación y regulación, conceptos que según Kelsen están equiparados ya que “un orden es un sistema de normas” (reglas). Por otro lado, el objetivo de este sistema de normas (que es lo que se considera como Derecho) es eliminar las situaciones que se consideren perjudiciales, y el método para hacerlo según Kelsen es empleando la fuerza que solo será lícita si es autorizada por órganos especialmente encargados de esta tarea (“monopolio de la fuerza”³⁶). En este sentido, Kelsen hace una distinción entre Moral y Derecho, estableciendo que esa distinción radica en el uso de la fuerza física de forma socialmente organizada. Así, según Kelsen, se debe concebir al Derecho como “un orden normativo que procura dar lugar a un determinado comportamiento humano asociando a la ausencia de ese comportamiento un acto de fuerza socialmente organizado”³⁷.

Sin embargo, lo que más preocupa al jurista austríaco es de dónde deriva o procede el sentido del “deber ser”, es decir ¿de dónde deriva la obligatoriedad de la norma?, y la única respuesta que podemos establecer es: de una norma superior y así sucesivamente hasta el infinito. Ahora cabe plantearse, ¿de dónde nace la última capacidad para establecer ese deber ser? Para responder a esta cuestión Kelsen constituye una norma, que ya hemos señalado anteriormente, que sería la última y por tanto la más elevada que la denomina como “Norma Hipotética Fundamental” (en sentido ficticio). Esta Teoría se podría considerar como válida y sirve para dar una explicación teórica de la aplicación y creación

³⁴ HANS, K.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 10-11.

³⁵ HANS, K.: *Teoría pura del Derecho*, p. 24.

³⁶ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: "Hans Kelsen: La Teoría pura del Derecho", en *Historia del pensamiento jurídico de los siglos XIX y XX*, pp. 570-571.

³⁷ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 64.

del Derecho. La clave de esta explicación está en el "carácter esencialmente dinámico" que se asigna al orden jurídico³⁸.

Es decir, Kelsen sostiene que las normas se fundamentan unas en otras en virtud de una delegación de autoridad por parte de las normas superiores en la jerarquía con respecto a las inferiores. Explicaré esto con un ejemplo: el caso de la ejecución de la pena de muerte, se debe considerar como cumplimiento de una pena que ha impuesto el Derecho y no como un asesinato, ya que viene impuesta por la norma individual y debida por la sentencia judicial. Por tanto ¿por qué debemos considerar a ésta pena como válida? La justificación es que responde a las normas generales que establecen en qué situaciones se debe sentenciar una pena de muerte. Y si siguiéramos preguntando sobre la validez de esas normas generales, la respuesta sería que se han establecido así de acuerdo a los poderes que establece la Constitución del Estado, y esta podrá incluso apoyarse en la validez de otra Constitución anterior y así sucesivamente, pero en último término tendrá que presuponerse la validez de una Constitución considerada la más antigua y la primera.

De este análisis se concluye, por tanto, que cualquier contenido puede ser considerado Derecho, y se establece así la idea de unidad y estructura escalonada del orden jurídico.

La jerarquía que construye Kelsen es la siguiente:

- 1º. La Constitución (primera y más antigua).
- 2º. Las leyes y las costumbres.
- 3º. Las sentencias judiciales.

Kelsen también da una respuesta a las lagunas jurídicas, indicando que no existen, su explicación es que cuando el ordenamiento jurídico no establece como deber una determinada conducta, es decir, cuando no hay que castigar estableciendo una determinada sanción al sujeto que lleva a cabo un determinado acto, será que el Derecho considera esa conducta o acto como lícito o permitido. Y si, a pesar de todo eso, siguen existiendo esas

³⁸ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Historia del pensamiento jurídico en los siglos XIX y XX*. p. 576-577.

lagunas en las conductas y sanciones ya reguladas, en realidad se considera como una ficción dejando la resolución del caso a la libre apreciación del juez³⁹.

Por otro lado, Kelsen elimina ciertos dualismos:

- Dualismo entre creación y aplicación del Derecho: Kelsen elimina esta distinción. Lo imprescindible para el jurista es que las normas superiores deben establecer (aplicación del Derecho) el mecanismo de creación de las inferiores. Por tanto la aplicación del Derecho es a la vez creación de una norma inferior; ambas funciones coinciden.
- Dualismo entre Derecho en sentido objetivo y Derecho en sentido subjetivo: lo único que existe son normas (Derecho objetivo) y éstas se delimitan dando lugar al deber jurídico, y por tanto, al referirse a la actuación de un sujeto como requisito de una sanción, dan lugar al llamado Derecho Subjetivo⁴⁰.
- Dualismo entre Derecho público y Derecho privado: las notas de uno y otro están enlazadas en un sistema unitario de producción de las mismas. Solo existen diferencias en la forma de producción de las normas en un Derecho y en el otro.
- Dualismo entre Estado y Derecho: como se ha señalado anteriormente, según la Teoría Pura, el Estado es un conjunto de normas (ordenamiento jurídico) y por tanto forma el Derecho. Se unifican.
- Dualismo entre Derecho Estatal y Derecho Internacional: se unifican estas dos ramas, ya que las normas del Derecho Internacional son aceptadas por el Derecho Estatal, y a la inversa.

Este es el contenido de la obra *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen, considerada la más importante del jurista. En esta obra podemos observar el pensamiento kelseniano sobre todos los puntos del Derecho Positivo, a través de su formación de un determinado ordenamiento jurídico. Se puede observar, destacadamente, su defensa del Relativismo, que después lo explica más detenidamente en su obra *¿Qué es la justicia?*

³⁹ Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Métodos para el conocimiento del Derecho*, UCM, Madrid, 1987, pp. 14 y ss.

⁴⁰ KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, pp. 194-195.

Respecto a la Justicia, podemos observar algunas menciones en su Teoría:

- Juicios de valor: calificación según la voluntad humana de lo que es bueno o malo (justo o injusto). Es decir, establecer si un determinado acto humano es debido (justo) o indebido (injusto)⁴¹. También podemos observar una referencia a la validez de las normas y al Emotivismo ético (del que se habla posteriormente)⁴².
- Calificación de un orden coactivo jurídico como justo o injusto⁴³.
- Derecho y Moral: se identifica la moralidad con la Justicia, por tanto cuando un hecho es moralmente válido, es decir justo, podrá constituir Derecho⁴⁴. Se hace referencia a la moralidad absoluta en contraposición a las diversas moralidades que existen.
- Defensa de la Justicia Relativa y no Absoluta⁴⁵.
- Creación de una norma general atendiendo a un concreto ideal de Justicia⁴⁶.

3.2. La Justicia en Kelsen

3.2.1. Introducción

3.2.1.1. Emotivismo ético

Para hablar de Emotivismo ético, primero debemos hacer referencia a la Metaética, ya que el Emotivismo se trata de una forma de Metaética como otras muchas. Así la Metaética es la Ciencia que estudia el lenguaje moral. Es decir, trata de responder a preguntas como por ejemplo: ¿qué queremos expresar cuando decimos que algo es bueno? Pero para poder entender el Emotivismo ético nos centraremos en la parte de la Metaética que se encarga de analizar y dar validez a los diferentes argumentos morales.

En este sentido, en la Metaética se hace la siguiente distinción:

⁴¹ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 31.

⁴² KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 33.

⁴³ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 62.

⁴⁴ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 76, 81, 131.

⁴⁵ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 80, 126.

⁴⁶ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 261.

- Teorías Cognitivistas o descriptivistas: estiman que los juicios o argumentos morales reflejan una realidad, por lo que existen verdades morales.
- Teorías no cognitivistas o no descriptivistas: establecen que estos juicios o argumentos morales no describen nada, y por tanto no son verdaderos o falsos. Y dentro de esta postura se encuentra el Emotivismo.

Así, el Emotivismo ético es una de las Teorías no cognitivistas más importantes. Como se ha señalado anteriormente, se trata de una teoría que sostiene que los juicios de valor no afirman nada sobre la realidad, simplemente reflejan emociones. Al no establecer o afirmar nada, no son ni verdaderos ni falsos⁴⁷.

Por tanto el Emotivismo ético lo que permite es juzgar determinadas acciones a través de las emociones o sentimientos. Su fundador, como se ha señalado antes, es David Hume, que desarrollará su Ética a partir de su Teoría del Conocimiento. Así pues, Hume estima que el conocimiento se funda en las impresiones que se producen mediante el contacto de los sentidos con la realidad actual, y por tanto, no podremos obtener unas impresiones de la realidad futura, no podremos tener un conocimiento futuro. Es decir, Hume mantiene una postura escéptica, considera que el conocimiento total es imposible ya que no podemos establecer con total seguridad ese mecanismo para llegar al conocimiento, es decir, las impresiones.

Este escepticismo le hace llegar a la conclusión de que el hombre no puede conocer el mundo que nos rodea a través de la razón. Para Hume, lo que nos permite establecer los juicios morales son los sentimientos, las sensaciones, y no la razón. Y estos juicios morales serán por tanto los que definan nuestro comportamiento al indicarnos lo que debemos hacer y lo que no debemos hacer.

Es decir, según Hume, no se pueden establecer unos determinados juicios morales como válidos y justos para una sociedad, porque esos juicios morales se han formado a través de los sentimientos y las sensaciones de cada individuo, y no por medio de la razón. Esto es lo que se conoce como Emotivismo ético.

⁴⁷ ZAVADIVKER, N.: *"La Teoría Emotivista de los Valores de Bertrand Russell"*, p. 3.

Esta postura ha sido seguida posteriormente por diversos autores, pero los más destacables del siglo XX son Alfred Ayer y Charles Leslie Stevenson⁴⁸.

Centrándonos en la Teoría de la Justicia de Kelsen, se puede observar cierta aproximación al pensamiento del Emotivismo ético. Después del estudio de su obra *¿Qué es la justicia?* podemos observar cómo establece que no se puede definir o determinar la Justicia desde la razón, porque su estudio no se hace a través de los métodos propios de las Ciencias, sino mediante la emoción y el sentimiento. Para Kelsen, la razón solo es aplicable a la Ciencia; razón y Ciencia van unidas. No consigue establecer una idea de Justicia objetivamente racional⁴⁹.

Llama la atención, la racionalidad y la pureza en la Teoría del Derecho kelseniana, y cómo se decanta finalmente al estudiar la Justicia por este Emotivismo, eliminando por completo la razón de esta rama. Según las impresiones propias cada individuo se forma un concepto de Justicia, una idea sobre lo que es bueno y lo que es malo, lo que es justo y lo que es injusto, atendiendo exclusivamente a las sensaciones y sentimientos de cada persona, y no a la racionalidad. Por tanto, según Kelsen, no se puede establecer un concepto racional y objetivamente válido de Justicia, solo se puede delimitar la Justicia de manera subjetiva.

3.2.1.2. Absolutismo y Relativismo

Hoy en día se puede observar la gran unión que existe entre Filosofía y Política. Existe por tanto una unión entre Teoría Política y la parte de la Filosofía que conocemos por Ética⁵⁰. Kelsen establece una comparación entre estos dos campos con respecto al Absolutismo y al Relativismo.

⁴⁸ Vid. AYER, A. J.: *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, 1971. STEVENSON, C.L.: *Ética y Lenguaje*, Buenos Aires, 1971.

⁵⁰ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?* p. 113.

Absolutismo. Concepto Filosófico y Político.

El Absolutismo Filosófico se identifica con una realidad absoluta, que es independiente del conocimiento humano. Se encuentra separada de éste, en una situación suprema o superior.

Este Absolutismo Filosófico debe contener una verdad absoluta y unos valores absolutos que impliquen la perfección; se puede identificar con una autoridad absoluta que sea el origen de todos esos valores. Podemos elaborar las siguientes conclusiones:

- La personificación de lo absoluto, que exista un creador del universo y del que emanen los valores justos e injustos. Así, la calificación de un hecho como justo o injusto debe provenir de lo que considera esta autoridad como justo o injusto, como bueno o malo, los juicios de valor son inherentes y provienen por tanto de una realidad absoluta.
- Tendencia al monoteísmo.
- El valor es inherente a la realidad.
- Identificación de la verdad con la Justicia (o el bien).

Por lo tanto, el conocimiento de los sujetos está completamente determinado por esa realidad absoluta. La idea que rige en el Absolutismo es la desigualdad de los sujetos con respecto a un ser supremo absoluto⁵¹.

Atendiendo al término político, "Absolutismo" hace referencia a todo el poder de un determinado Estado concentrado en una única persona, que es el gobernante. Los demás sujetos están totalmente subordinados a él, sin que puedan participar en ese poder. Rige también, al igual que en el Absolutismo Filosófico la idea de desigualdad.

El Absolutismo Político se puede equiparar con Despotismo, Dictadura, o Autocracia⁵². Es decir, con una "idea de gobierno que concentra todo el poder del Estado en un individuo, el gobernante, cuya voluntad es la ley."⁵³

⁵¹ Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?* pp. 114-117.

⁵² Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, pp. 117.

⁵³ ARAOS SAN MARTÍN, J.: "Relativismo, tolerancia y democracia en H. Kelsen" en *Veritas*, vol. III, n° 19, Universidad Pontificia Católica de Chile, Chile, 2008, pp. 253-269.

Por otro lado, el Absolutismo Político, según Kelsen, rechaza la idea de que el Derecho Internacional se encuentra por encima de los Estados (jerarquía jurídica). Para Kelsen el Derecho Internacional es un conjunto de reglas que imponen obligaciones y confieren derechos a los Estados⁵⁴. Sin embargo, bajo el Absolutismo, sólo el Estado puede tener esa soberanía absoluta, y por tanto todo emana de éste y no del Derecho Internacional.

Se puede observar en la obra *¿Qué es la justicia?* el paralelismo que constituye Kelsen entre Absolutismo Filosófico y Absolutismo Político: "El paralelismo que existe entre el Absolutismo Filosófico y Político es evidente, la relación que existe entre el objeto de conocimiento, lo absoluto, y el sujeto de conocimiento, el ser humano, es muy semejante a la que existe entre el gobierno absoluto y sus súbditos..."⁵⁵.

Relativismo Filosófico (Relativismo Axiológico) y Democracia

Para el Relativismo Filosófico la realidad existe dentro de los límites del conocimiento humano, y no por encima (como es el caso del Absolutismo), es decir, depende totalmente de los sujetos. La realidad es totalmente accesible por la práctica humana.

El Relativismo Filosófico nos guía hacia posturas totalmente tolerantes con el fin de formar un Estado Democrático en el que el poder esté condicionado a las leyes. Se identifica con la racionalidad y con el escepticismo.

Atendiendo a la Teoría del Conocimiento Relativista, como ya hemos visto, Kelsen es seguidor de Kant, en el sentido de que es el sujeto quien crea el objeto, el creador de su propio mundo, y esto supone que el sujeto sea libre. La libertad es una idea principal en el Relativismo Filosófico. De esto, puede estimarse, que "el sujeto de conocimiento es un legislador autónomo, su libertad consiste en su autonomía"⁵⁶.

⁵⁴ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 119.

⁵⁵ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 117.

⁵⁶ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 115.

Sin embargo, este Relativismo Filosófico, según Kelsen, tiene dos peligros: el solipsismo paradójico y el pluralismo paradójico⁵⁷.

- Kelsen con solipsismo paradójico, se refiere a lo siguiente: es el peligro de que el sujeto creador de conocimiento, se presente como la única realidad existente; es decir, como la única realidad absoluta, y la consiguiente negación de reconocer otros sujetos como creadores de conocimiento.
- Y con pluralismo paradójico a lo que se refiere es que, dado que el mundo solo se encuentra en el conocimiento del sujeto, y si admitimos diversos sujetos creadores de conocimiento, la consecuencia será que existan tantos mundos como sujetos conocedores.

Para evitar estos dos peligros Kelsen propone una solución estableciendo lo siguiente: "al considerar como verdadero Relativismo las relaciones mutuas entre los distintos sujetos de conocimiento, esta teoría compensa su incapacidad de asegurar la existencia objetiva de un único mundo para todos los individuos suponiendo que los individuos como sujetos de conocimiento, son iguales⁵⁸. Así, se puede concluir lo siguiente:

- Que los diferentes procesos de conocimiento, en la mente de los sujetos, son iguales.
- Que los objetos fruto de esos procesos de conocimiento están conformes entre sí.

Por tanto, la solución que propone Kelsen, es la nota de igualdad. Sin embargo puede parecer que esta solución va en contra del principio de libertad que caracteriza al Relativismo Filosófico. Para solucionar este problema Kelsen afirma que parece que se trata de una libertad absoluta, pero en realidad se trata de una libertad relativa porque está restringida por las leyes del conocimiento racional.⁵⁹

En el ámbito político, Kelsen equipara el Relativismo Filosófico con la idea de Democracia⁶⁰. El Relativismo Político considera al Estado como una relación entre los individuos que forman una sociedad, y que se constituye por medio del ordenamiento jurídico nacional, es decir, se considera al Estado como un componente del ordenamiento

⁵⁷ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 116.

⁵⁸ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 116.

⁵⁹ ARAOS SAN MARTÍN, J.: "Relativismo, tolerancia y democracia en H. Kelsen", p. 259.

⁶⁰ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 120.

jurídico internacional, junto con el resto de Estados. El Estado es una autoridad jurídica sometida al Derecho Internacional, y no por tanto suprema a éste.

También la Democracia, al igual que el Relativismo Filosófico, se basa en los principios de libertad e igualdad. En el Relativismo Político, el sujeto participa en la creación del orden social al que finalmente está sometido, al igual que en el Relativismo Filosófico el sujeto participa en la creación del objeto a través del conocimiento.

Absolutismo y Relativismo en la Historia

Kelsen, en su obra *¿Qué es la justicia?*, hace referencia a diversos filósofos que han defendido la Tesis Relativista y otros que han defendido la Tesis Absolutista:

Los sofistas de la Antigüedad eran relativistas. Su mayor representante, Protágoras consideraba al hombre como la medida de todas las cosas. El poeta Eurípides defendía la Democracia. Sin embargo, Platón, al igual que Aristóteles, defendía la Autocracia y rechazaba a la Democracia considerándola como un gobierno despreciable.

En la Edad Media, se consideraba a la Monarquía (imagen del gobierno divino del universo) como la más válida forma de gobierno. Sin embargo, Nicolás de Cusa, defendió los principios de libertad e igualdad en la sociedad, de los que carecía la Monarquía.

En la época moderna, Leibniz se decantó por la Monarquía como forma de gobierno imperante. En contraposición a esto, los ingleses, fundaron el Empirismo Antimetafísico que rechazaba totalmente el Absolutismo que regía en la época. Destacamos a Locke, que indicó que la Monarquía Absoluta era totalmente incompatible con una sociedad civil. También debemos hacer referencia a Hume por su ensayo *Of the Original Contract* en el que defendía el consenso popular, y por su otro ensayo *Idea of a Perfect Commonwealth* en el que apoyaba una República Democrática.

De especial mención es Kant que se compenetraba con las ideas de la Revolución Francesa de Rousseau (soberanía popular), sin embargo vivía en la Monarquía Absoluta de Prusia y debía tener cierta cautela en sus afirmaciones. Por lo que no pudo expresar abiertamente su pensamiento en su Teoría Política.

Como ejemplo destacable de Absolutismo, Kelsen indica en su obra que un discípulo de Hegel, en la lucha contra el movimiento democrático en Alemania durante el siglo XIX formuló el lema "¡Autoridad y no mayoría!"⁶¹. Los discípulos de Hegel calificaban de "absurdo" dejar que el voto de la mayoría decidiera sobre lo que es justo e injusto, o políticamente bueno o malo. Establecían que era una incoherencia dejar que los hombres no conocedores de la Política o sobre el tema legislaran; se debía dejar a una autoridad que por su carácter divino o por su inspiración posee los conocimientos suficientes para poder entender la Política y así poder gobernar y decidir sobre lo que es correcto y lo que no lo es, es decir sobre lo que es justo y lo que no. No admitían la posibilidad de dar por válidos diferentes juicios de valor, propio del Relativismo Axiológico.

Kelsen rechazaba totalmente este planteamiento; para el jurista austríaco, el Absolutismo trata de imponer su voluntad al resto de sujetos, ya que considera que están equivocados y por tanto merecen un castigo.

Sin embargo, si se reconocen los valores relativos como los únicos accesibles al conocimiento humano, solo se podría justificar el imponer un orden social a los sujetos que están "equivocados" (que forman la minoría) porque así lo ha establecido la mayoría⁶². Pero, la minoría debe tener la posibilidad de manifestar su opinión, y después de realizar cierto análisis se debe llegar a una conclusión (juicio de valores). Este es el pensamiento que defiende Kelsen.

3.2.1.3. *Doctrina del Derecho Natural*

La doctrina del Derecho Natural intenta dar respuesta al problema principal de la Justicia, es decir, qué es bueno y qué es malo, o qué es justo y qué es injusto en las relaciones entre los humanos.

⁶¹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?* p. 122.

⁶² KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?* p. 123.

Normas de conducta humana

Diferenciamos entre la conducta humana natural, es decir, la que se ajusta a la naturaleza, de la conducta humana no natural, que es contraria a esta naturaleza. De la naturaleza humana podemos deducir ciertas normas que regulen la conducta humana de manera satisfactoria, con el fin de solucionar de forma justa los problemas que surgen en la sociedad. Por tanto el legislador supremo es la naturaleza.⁶³

Como consecuencia de todo esto, se deduce que la naturaleza es una especie de ser superior a la humanidad, a quien el hombre debe obedecer. El mismo Grocio define la ley natural como dictado de la naturaleza racional a través de la cual el creador de la naturaleza, Dios, prohíbe o estimula ciertos actos⁶⁴, es decir, es el que establece las leyes que rigen en la sociedad. Por otro lado, Hobbes afirma que la ley natural es un dictado de la razón, pero en ninguna de sus obras hace referencia a que sea Dios quien establezca la ley⁶⁵. Pufendorf, considerado según Kelsen como seguidor de Hobbes⁶⁶, considera que para que los fundamentos del Derecho Natural tengan fuerza de ley, estos deben provenir de Dios, sólo de esta manera la ley será vinculante.

Kelsen en su obra *¿Qué es la justicia?* hace una comparación entre las respuestas de las Ciencias Físicas y Naturales con las respuestas de las Ciencias Morales o Jurídicas. Así, como se ha explicado en apartados anteriores, las reglas de las Ciencias Naturales se argumentan en el principio de causalidad, es decir, "si se da A, entonces se dará B"; mientras que las reglas de las Ciencias Morales o Jurídicas se argumentan en el principio de imputación, es decir, "si se da A, entonces debe darse B". Aquí podemos observar la diferencia entre "es" y "debe"⁶⁷.

Las Ciencias Naturales y Físicas no responden a un hecho de la conducta humana, sino que responden por ejemplo a la dilatación de un cuerpo metálico con el calor; pero las Ciencias Morales y Jurídicas sí que responden a un acto de la conducta humana, como

⁶³ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 64.

⁶⁴ GROCIO, H.: *De Jure Belli ac Pacis*, lib. I, cap. 1, sec. 10, París, 1625.

⁶⁵ En la obra de Kelsen *¿Qué es la justicia?*, se puede llegar a la conclusión de que el jurista considera a Hobbes como un absolutista político que cree en la idea de que el poder absoluto emana de Dios. Sin embargo, en ninguna de sus obras Hobbes hace referencia a ésta idea, sino que la mayor parte de la doctrina considera que era agnóstico. Vid: HOBBS, T.: *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651.

⁶⁶ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, pp. 65-66.

⁶⁷ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, pp. 66-67.

puede ser por ejemplo la norma moral que obliga a ayudar al prójimo, o la norma jurídica de que quien comete un crimen debe ser castigado. Y refiriéndonos a la conducta humana, ahora se debe señalar si el acto que ha realizado un determinado sujeto (conducta humana) se califica como bueno o como malo. Esto es lo que se denomina "juicios de valor", es decir, un juicio de valor será positivo si esa conducta humana se ajusta a una norma preestablecida, y será negativo si la conducta humana no se ajusta a una norma preestablecida. En otras palabras, atendiendo a una determinada norma que se haya establecido y regulado, el juicio de valor será negativo o positivo atendiendo a si el individuo se comporta respectivamente conforme a la norma o no.

El Derecho Natural presupone que "existe una voluntad divina inherente a la naturaleza"⁶⁸. Las normas del Derecho Natural parten del "es", se basan en valores que presentan a la naturaleza como legisladora, es decir, éstas normas no se deducen de los actos de voluntad humana sino que existen ("es") por una manifestación divina (legislador).

La doctrina del Derecho Natural no puede ser admitida por el tribunal de la Ciencia, ya que las normas no positivas (normas jurídicas que no han sido creadas por actos de voluntad humana) no pueden ser objeto de conocimiento científico, por no constituirse mediante la razón.⁶⁹

Dualismo entre Derecho Positivo y Derecho Natural

La doctrina del Derecho Natural se determina por el dualismo entre Derecho Natural y Derecho Positivo. Los partidarios del Derecho Natural consideran que el Derecho Positivo es imperfecto porque es creado por el hombre, y por encima de éste se encuentra el Derecho Natural, que es perfecto, absolutamente justo, y creado por una autoridad divina.

⁶⁸ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 69.

⁶⁹ SCHMILL ORDÓÑEZ, U.: *Hans Kelsen, aportaciones teóricas de la Teoría Pura del Derecho*, ITAM, México, 2010. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/hans-kelsen-aportaciones-teoricas-de-la-teoria-pura-del-derecho/7ed7fcc5-9f4b-452d-bf80-39a1da976076.pdf> [consulta: 23/04/2016]

Los defensores del Derecho Natural, afirman la necesidad de la existencia del Derecho Positivo⁷⁰. Por un lado, mantienen que la naturaleza humana “debe ser” buena, porque es fuente principal del Derecho Natural; y por otro lado, justifican la necesidad del Derecho Positivo a través de la afirmación de que el hombre “es” malo⁷¹. Así por ejemplo, Hobbes presupone que el hombre, por su propia naturaleza es malo, y como consecuencia de esto el Estado debe constituir el Derecho Positivo, es decir, elaborar las leyes que rigen una sociedad, a través de un poder ilimitado, y el Derecho natural obliga a los sujetos a obedecer a ese Derecho Positivo que ha constituido el Estado. Pufendorf establece que los hombres, como consecuencia de su naturaleza "perversa" no organizan su vida por medio de la razón, por lo tanto, el medio para elaborar un orden social justo será el Estado.

Como consecuencia de esta tesis, se deduce que toda ley creada por un legislador humano contrario a la ley natural, será nula y no tendrá ningún tipo de validez, por tanto es inevitable afirmar que existe un conflicto entre Derecho Natural y Derecho Positivo. Hobbes considera que el Derecho Positivo no puede ir nunca en contra de la razón, y por tanto, de la ley natura⁷². Tanto Hobbes, como otros numerosos filósofos defensores del Derecho Natural, no niegan en principio la existencia del conflicto entre Derecho Natural y Derecho Positivo, pero intentan probar que éste conflicto solo ocurre en situaciones concretas y excepcionales.

Pufendorf sí que afirma la existencia clara de este conflicto, pero a su vez afirma que sólo quien quiera buscar la ruptura del Estado afirmará la existencia de una ley positiva contraria al Derecho Natural.

Este filósofo,, por otro lado, está de acuerdo en un argumento de Hobbes. Ambos afirman que es el Estado el que decide lo que reivindica la ley natural, es decir, es el Estado el que declara lo que es bueno y lo que es malo (justo e injusto). Así, si un sujeto considera que una regla del Derecho Positivo es contraria al Derecho Natural, esta opinión no tiene validez, solo será válida la opinión del Estado.

Respecto al concepto de Justicia, casi todos los seguidores de la doctrina del Derecho Natural coinciden. Para definir la Justicia acuden a la idea de "a cada cual según

⁷⁰ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 71.

⁷¹ Una cosa es lo que el ser humano debe ser, y otra lo que en realidad es.

⁷² KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 74.

sus necesidades"⁷³, es decir, que cada persona recibirá la justicia que le corresponde. Esta idea ya estuvo presente en la Antigüedad con Ulpiano (como se ha señalado al inicio de la exposición). Pufendorf, añade para intentar justificar la existencia y aplicación del Derecho Positivo,, que es el Derecho Positivo el que debe determinar lo que corresponde a cada individuo.

Para evitar que se produzca el conflicto mencionado anteriormente entre Derecho Positivo y Derecho Natural, los seguidores de la doctrina del Derecho Natural establecen la siguiente argumentación: en el caso de que la autoridad suprema (el Estado) obre de manera injusta con un determinado sujeto, este sujeto no puede responder mediante el uso de la fuerza, siempre debe obedecer al Estado, y en el caso de que no quisiera obedecer, la única posibilidad que tiene es huir a otro país o Estado y buscar la protección (solo en casos más graves). Es decir, la conclusión es que siempre se debe obedecer lo que dicta el Estado, a pesar de que lo consideremos injusto. Solo de esta forma, las leyes y el Estado tendrán validez y se respetarán.

Kelsen, en su obra *¿Qué es la justicia?*, hace un examen de las diferentes posturas de los iusnaturalistas. No existe una única doctrina del Derecho Natural, sino varias atendiendo a los diferentes juicios de valor subjetivos de cada filósofo. Lo que quiere demostrar es que los iusnaturalistas no se aclaran, que no mantienen una postura unitaria. Quiere mostrar la subjetividad del Derecho Natural y las contradicciones en que incurren sus defensores. Así por un lado, Hobbes defiende que el poder de un gobierno establecido atendiendo al Derecho Natural es absoluto, es decir, ilimitado⁷⁴. Pero Locke sostiene que ese poder no puede ser absoluto, que nadie puede imponer su poder y su voluntad al resto de personas, porque los principios de libertad e igualdad no se respetarían. Y, finalmente, Rousseau, manteniéndose en un pensamiento cercano a Locke, afirma que "renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre"⁷⁵. Por tanto, la Monarquía Absoluta es totalmente incompatible con una sociedad civil. La única forma de gobierno válida, según Locke, es la Democracia, es decir un gobierno que obtiene el poder del pueblo⁷⁶. Pero por otro lado,

⁷³ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 78.

⁷⁴ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 83.

⁷⁵ ROUSSEAU, J. J.: *Contrat Social*, lib. I, cap. IV, París, 1762.

⁷⁶ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 85.

Filmer demuestra que la Democracia es contraria a la ley natural⁷⁷, para éste filósofo es una utopía que sea el pueblo quien elija a sus gobernantes.

Propiedad privada

Kelsen hace especial hincapié en el derecho de la propiedad privada. Considera que el Derecho Natural es una ideología que protege la propiedad privada y por tanto supone dos limitaciones:

- Para el poder político: no puede legislar sobre este derecho.
- Para el Derecho Positivo: ya que no puede tener cualquier contenido, como defiende Kelsen.

Es decir, el Positivismo Jurídico no permite que existan límites en la capacidad legislativa, por esto, Kelsen hace una gran crítica al derecho de propiedad privada. Además en este caso concreto de propiedad privada, Kelsen vuelve a hacer referencia a las contradicciones que existen entre los iusnaturalistas. Algunos, como Locke, defienden la propiedad privada de los bienes, en cambio, otros iusnaturalistas defienden una propiedad de naturaleza común, eliminando por completo la privatización.

Muchos iusnaturalistas han intentado probar que la propiedad privada es un derecho que emana de la Divinidad. Sin embargo resulta contradictorio afirmar, que las Sagradas Escrituras constituyeran el derecho a la propiedad privada, ya que según éstas Dios entregó lo mismo a todos los hombres, y éste derecho consiste en el dominio de un solo hombre, con exclusión de los demás sobre algo⁷⁸. Sin embargo, el hombre se convirtió en un ser malo al pecar, y por tanto surgió este derecho de propiedad privada.

La doctrina del Derecho Natural regula además del derecho a la propiedad privada, su incumplimiento. El Derecho Positivo de la propiedad ha establecido según el Derecho Natural el reparto de los bienes de la manera más justa, y en consecuencia su inviolabilidad o cualquier intento de cambio iría en contra de la ley natural, y por tanto sería calificado

⁷⁷ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 86.

⁷⁸ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 87.

como injusto. Este sistema comparte las ideas del Capitalismo, y por ello, va totalmente en contra del Comunismo.

Sociología (Comte y Spencer)

Durante el siglo XIX las corrientes que destacaron son la Sociología y la Historia de la Filosofía que compartían los mismos argumentos que el Iusnaturalismo, ya que deducen el "debe" a partir del "es". Kelsen, en su obra *¿Qué es la justicia?*, hace referencia a estas dos ciencias y a sus mayores representantes de manera crítica. El jurista se mantiene en la idea de pureza, y considera, como se ha estado explicando durante este estudio, que el estudio del Derecho como Ciencia debe estar separado del resto de Ciencias, para que pueda tener esa característica de pureza y objetividad. Centrándonos en la Sociología, sus mayores representantes durante el siglo XIX, Comte y Spencer, han elaborado una Teoría de la Justicia y del Derecho apoyándose en esta Ciencia, por tanto sus estudios carecerán de objetividad y de pureza, lo cual Kelsen ve como algo inconcebible.

Estos dos sociólogos, influenciados en gran parte por las Teorías de la Evolución humana de Lamarck y Darwin, desarrollaron una Teoría mediante la cual explicaban el pasado y el presente, y deducían el futuro a partir de una evolución social⁷⁹ que mostraba el progreso social de la humanidad (desde el nivel inferior hasta el superior).

Comte en su Teoría establece que la humanidad pasa por tres estadios: el teológico, el metafísico y el positivo. Nos centraremos solo en el último y el más superior, el positivo, indispensable para la sociedad. Comte establece, influenciado por la *República* de Platón, un dualismo entre la vida práctica que consiste en la actividad industrial, y la vida especulativa que será la actividad filosófica, científica, estética o poética.⁸⁰ Atendiendo a este dualismo, el filósofo indica la prevalencia de la vida especulativa sobre la práctica en la sociedad del futuro. Por tanto, la clase que dirige a la sociedad deberá estar formada por filósofos, artistas y científicos, y su tarea será dirigir las opiniones y la moral (poder espiritual), mientras que el gobierno político (poder temporal) se encargará de llevar a cabo la acción de acuerdo con lo establecido por el poder espiritual, y como consecuencia no habrá

⁷⁹ Podemos destacar dos obras principales de ambos autores en las que se muestra esta teoría de la evolución social: COMTE, A.: *Cours de philosophie positive*, Francia, 1842. SPENCER, H.: *Principles of Sociology*, New York, 1899.

⁸⁰ COMTE, A.: *Cours de philosophie positive*, París, 1864, pp. 50 y ss.

distinción entre lo privado y lo público, sino que cada sujeto que pertenezca a la sociedad tendrá una función únicamente pública (será un oficial o funcionario del Estado)⁸¹. Esto es lo que se conoce como socialización.

Spencer diferencia dos tipos de sociedades: militaristas (se organizan mediante el principio de cooperación obligatoria, y se caracterizan por el control político) e industriales (se organizan a partir del principio de cooperación voluntaria, y se caracterizan por un poder democrático, sin que exista un control político sobre lo personal)⁸². Se produce una evolución de la sociedad militar a la sociedad industrial, es decir, una transición de un sistema Autocrático a un sistema Democrático en el que rige la libertad. Para Spencer, el valor último que se ha de alcanzar es el de vivir correctamente, es decir, vivir en libertad, y añade un principio, el de libertad igualitaria, según el cual todo hombre será libre mientras no perjudique la libertad del resto⁸³.

Historia de la Filosofía (Hegel y Marx)

Al igual que con la Sociología, Kelsen critica la utilización de otra Ciencia, que es la Historia de la Filosofía para explicar la Justicia. Los representantes más destacables de la Historia de la Filosofía son G. W. F. Hegel y Karl Marx.

Hegel mezcla el Derecho con la Filosofía, la Metafísica y la Divinidad. Según Hegel, la razón dirige al mundo y por tanto a la Historia mundial⁸⁴. Hegel habla del "Espíritu del Mundo"⁸⁵, que no es más que la personificación de la razón. Los sujetos a lo largo de la Historia para conseguir su objetivo lo que han hecho es ejecutar la voluntad del "Espíritu del Mundo". Hegel identifica la Razón, es decir el "Espíritu del Mundo", con Dios, y le da un valor absoluto. Todos los actos que han acontecido a lo largo de la Historia son manifestación del "Espíritu del Mundo" y por tanto es razonable y bueno, debido a su valor absoluto. Todo lo que emane de la Razón será justo.

⁸¹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, pp. 96 y 97.

⁸² SPENCER, H.: *The Principles of Sociology*, sec. 270.

⁸³ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 102.

⁸⁴ HEGEL, G.W.F.: *The Philosophy of History*, trad. de J. Sibree, Nueva York, 1899, p. 9.

⁸⁵ HEGEL, G. W. F.: *The Philosophy of History*, p. 10.

De este planteamiento se deducen dos argumentos o conclusiones que resultan contradictorios:

- La voluntad de Dios es absolutamente buena.
- Dios es omnipotente, y por tanto, todo lo que ocurra en el mundo, tanto bueno como malo, es debido a la voluntad de Dios.

El problema que surge es que no se puede afirmar que la voluntad de Dios es siempre buena y que todo lo que sucede a lo largo de la Historia es voluntad de Dios, incluyendo todo lo malo. Hegel para solucionar esta contradicción la excluye de la ley, es decir, elimina la norma que establece que dos argumentos contradictorios no pueden ser ciertos a la vez. De esta manera los dos argumentos teológicos anteriores tendrán validez.

Por otro lado Hegel afirma que "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"⁸⁶. Es decir, Dios, se representa en la Tierra por medio del Estado, y como tal, los individuos deberán obedecer a su voluntad. Kelsen considera a Hegel como un idealista.

Sin embargo, Marx es calificado como materialista, ya que hace una interpretación económica de la Historia. Relaciona el Derecho con la Economía, no es capaz de hacer una versión pura del Derecho. Marx compartía con Hegel una idea, la del "carácter contradictorio" existente en la evolución de la sociedad. Sin embargo, según Marx, el Estado es un aparato que ejerce la dominación de un grupo (capitalistas) sobre otro grupo (proletariado). Es decir, el grupo de los capitalistas obedecen al Estado y ejecutan su voluntad sobre el grupo del proletariado. Marx, al igual que Engels, pretendía eliminar la propiedad privada de los medios de producción para así erradicar por completo el capitalismo, y con ella la idea del Estado como institución social⁸⁷. Intentaba insertar la idea de libertad e igualdad, tanto en materia social como económica.

Se vuelve a poner de manifiesto las contradicciones que existen en esta rama, y la subjetividad. Por esto Kelsen considera necesario hacer mención a estas dos ramas científicas para intentar elaborar una Teoría de la Justicia carente de contradicciones y no influenciada por otras Ciencias.

⁸⁶ HEGEL, G. W. F.: *The Philosophy of History*, secs. 258-331.

⁸⁷ ENGELS, F.: *The Origin of the family, private property and the State*, Nueva York, 1942, p. 158.

Todas estas teorías llenas de contradicciones permiten concluir, desde el punto de vista de la Ciencia Jurídica de Hans Kelsen, que carecen por completo de validez, al no tratar de elaborar un estudio "puro" del Derecho y la Justicia. La doctrina del Derecho Natural solamente podría resultar útil en el ámbito político, como mecanismo intelectual, pero no en el ámbito científico. Como se ha estado desarrollando, Kelsen considera al estudio del Derecho como un tipo de Ciencia, y como tal debe estar separada del resto de Ciencias, debe ser "pura".

3.2.2. *La justicia: ¿Qué es la justicia?*

En 1952 el jurista Hans Kelsen protagonizó una conferencia titulada "¿Qué es la justicia?", de ahí nació la posterior obra que analizaremos. En esta conferencia, Kelsen, indicó que es imposible realizar un juicio sobre algo como justo, es decir, establecer que una determinada conducta es justa, sin rechazar otro juicio de valor contrario constituido por otro individuo. Por ejemplo, podemos afirmar que se debe de tratar a los judíos como al resto de los seres humanos, ya que son seres humanos; pero puede haber otro individuo que afirme que es justo exterminar a los judíos, ya que no son seres humanos. Por tanto según lo que afirma el jurista estudiado, la Justicia parece estar determinada por el momento y el tipo de sociedad, por lo que acuerden sus individuos como justo, es decir, se tratará siempre de una verdad relativa.

A lo largo de su estudio, Kelsen intenta en su obra *¿Qué es la justicia?* elaborar una definición de ésta. Para ello realiza un análisis crítico de las diversas concepciones que se han hecho sobre la Justicia a lo largo de la historia:

3.2.2.1. *Orden social justo*

La Justicia, es en primer lugar, una característica o virtud de un orden social que se encarga de organizar las relaciones que existen entre los individuos, y además se trata de una cualidad de los hombres, ya que un hombre será justo si su actuación se ciñe a las leyes de un orden social justo. Ahora cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿qué es un orden social justo? Se trataría de un sistema social que regula la conducta de un modo

satisfactorio y en el que todos los hombres encuentran la felicidad⁸⁸. Por tanto, según este argumento, se identifica la Justicia con la felicidad (garantizada por un determinado orden social justo).

Sin embargo, es imposible establecer un orden social justo para todos los individuos, es decir, un orden social que ofrezca felicidad para todos los hombres. Kelsen explica esto mediante un ejemplo: "el amor es una de las mayores fuentes de felicidad y de desdicha. Supongamos que dos hombres están enamorados de la misma mujer, y ambos creen, con razón o sin ella, que no pueden ser felices sin tenerla como esposa. Sin embargo, según la ley y tal vez según los sentimientos de ella, una mujer sólo puede ser la esposa de uno de ellos. De ahí que la felicidad de uno sea inevitablemente la infelicidad del otro"⁸⁹. No existe ningún ordenamiento social que pueda satisfacer la felicidad de ambos hombres. Con esto, el jurista pretende explicar, que un determinado orden social no puede satisfacer a todos los individuos que pertenezcan a él, porque al final, siempre habrá alguno que no alcance definitivamente la felicidad.

Incluso no pretendiendo ya la felicidad absoluta, sino la mayor felicidad posible para el mayor número de sujetos posibles, tampoco podría ser válida esta argumentación, defendida por el filósofo y jurista Jeremy Benthan, ya que se considera a la felicidad como un valor subjetivo individual. Pero si queremos identificar el orden social justo con la felicidad, debemos dar a ésta otra conceptualización. Así, la felicidad consiste en satisfacer las necesidades, establecidas por el legislador, propias de un determinado grupo social. Por tanto, se atribuye a la felicidad un valor totalmente objetivo y colectivo; y con esto, volveríamos al problema de que es imposible satisfacer todas las necesidades y por tanto dar la felicidad a todo el conjunto de individuos que pertenecen a un determinado orden social justo.

También se ha intentado identificar la Justicia con la libertad. Así un orden social será justo si asegura la libertad individual. Desde siempre se ha entendido por libertad auténtica la ausencia de autoridad social, es decir, la inexistencia de Gobierno. Sin embargo, para poder hablar de Justicia, debemos hacer una nueva conceptualización del principio de libertad. Así se pasa a identificar la libertad con una especial forma de Gobierno, en el que rige la idea de mayoría. Es decir, pasamos de un sistema Anárquico a un sistema

⁸⁸ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 36.

⁸⁹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 36.

Democrático. Y también se produce una transformación de la Justicia, pasa de ser un principio que garantiza la felicidad individual de todos los hombres a un principio que garantiza la felicidad de la mayoría de los sujetos de un determinado orden social.

En este sentido cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿qué intereses humanos merecen ser protegidos? Y ¿cuál es su jerarquía adecuada?⁹⁰ Nos enfrentamos ante un conflicto de valores que sólo podrá ser resuelto elaborando unos determinados juicios de valor.

3.2.2.2. Conflicto de valores (fidelidad individual y mayoría)

Kelsen establece algunos ejemplos para explicar los juicios de valor, y las contradicciones que existen entre las personas que consideran un determinado juicio de valor como justo y los que lo consideran como injusto⁹¹:

- Vida humana en contraposición al honor de la nación como valores supremos: algunos individuos consideran que la vida humana, es decir, la vida de los individuos de un determinado orden social es el valor supremo, no hay nada más importante que el derecho a vivir. Por tanto queda totalmente prohibido matar a alguien, incluso en situación de guerra o como ejecución de la pena de muerte. Por otro lado, hay quien considera que por encima de todo se halla el interés de la nación. Es decir, todo individuo siempre debe obrar para salvaguardar la nación, incluso si ello supone matar a los enemigos de la nación. En este conflicto, cada uno decide lo que considera como valor supremo atendiendo a su sentimiento, no a su razón.
- Hombre esclavizado en un campo de concentración nazi: en este ejemplo se plantea la cuestión de si es justificable el suicidio. Aquí se plantea el conflicto entre los valores de la vida y la libertad. Si la libertad es el valor supremo, entonces suicidarse será totalmente justificable, ya que la vida sin libertad carece de sentido; sin embargo si la vida es el valor supremo, suicidarse no es justificable. Este

⁹⁰ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 38.

⁹¹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 39-41.

conflicto de valores ya se ha planteado desde Sócrates⁹². La única solución que puede darse a este conflicto es subjetiva, la respuesta del sujeto que juzga.

- Economía planificada en contraposición a una economía libre: es el caso de que se intente establecer una economía planificada en la que se garantice una seguridad jurídica para todo el mundo, pero derogando alguna libertad individual. El conflicto se da entre los valores de libertad individual y el valor de la seguridad jurídica. La respuesta o solución a este conflicto es subjetivo. Es decir, un sujeto que se encuentre en una situación de inferioridad preferirá la seguridad jurídica, en cambio, un sujeto que ya dispone de esa seguridad se decantará por el valor de la libertad individual.
- Verdad en contraposición a la liberación del temor: el ejemplo de que un médico que diagnostica a un paciente una enfermedad incurable que le llevará a la muerte. El conflicto surge en la decisión del médico de decir la verdad al paciente u ocultarle esta verdad diciéndole que es curable y no existe ningún riesgo mortal para que el paciente no sufra. Se plantea el conflicto entre los valores de libertad y de liberación del temor. Es decir, si el médico le dice la verdad conlleva a que el paciente tema por su muerte, sin embargo, si el médico le oculta esta verdad, el paciente no tendrá temor alguno. La respuesta a este conflicto sobre si la verdad es superior jerárquicamente en la escala de valores a la liberación del temor o viceversa, no es racional.

En vista de estos ejemplos, Kelsen llega a la conclusión de que la fijación de un determinado valor como supremo depende de las actitudes y de cómo sean los sujetos. El orden entre valores como la libertad, la igualdad, la verdad, la legalidad será diferente por ejemplo para un sujeto cristiano creyente, que cree que su salvación, el más allá, es más importante que sus bienes terrenales; que para un sujeto no creyente y materialista, quien considera más importante sus bienes terrenales que el más allá. Por tanto, no se puede establecer un determinado valor como el superior y válido para toda la sociedad y sus

⁹² Platón elaboró un diálogo llamado *Critón*. Está escrito en la primera época de Platón y pertenece a los diálogos llamados "socráticos". En este diálogo se habla sobre la justicia, cuenta cómo Sócrates prefirió la muerte bebiéndose la cicuta al no poder vivir en libertad.

individuos, ya que cada individuo tendrá sus propias necesidades diferentes al resto de individuos⁹³.

3.2.2.3. Juicio relativo, búsqueda de lo absoluto (*justicia absoluta*)

A pesar de lo estudiado anteriormente, el hecho de que cada individuo tenga su particular estructura de valores, no implica que los individuos no puedan coincidir con respecto a esos concretos juicios de valor. Es decir, el individuo crea su sistema de valores atendiendo a la sociedad y la cultura en la que se ha criado, está influenciado por su familia, o las enseñanzas que ha recibido. Por tanto, todos los juicios de valores y el ideal de Justicia son fruto de la naturaleza de una determinada sociedad.

Sin embargo, el que coincidan numerosos individuos en un determinado juicio de valor, no significa que ese juicio de valor o ese pensamiento sea el cierto. El ejemplo más claro es que en la Antigüedad se creía que el Sol giraba alrededor de la Tierra, y resultó no ser cierto a pesar de que era una creencia mayoritaria. O, por ejemplo, antiguamente se concebía a la venganza ("vendetta") como una institución de justicia colectiva, pero en nuestros días se considera que solo será justa una responsabilidad individual y no colectiva.

El hecho de establecer si el valor absoluto se encuentra en la libertad, la nación, el individuo... no puede realizarse desde la razón. Por lo tanto, Kelsen mantiene la idea de que la solución será establecer un juicio relativo⁹⁴, que nunca será una norma general y válida para todos los individuos.

Por otro lado, Kelsen sostiene que lo que diferencia a un hombre de un animal es la razón. Y cuando los seres humanos realizamos un acto movidos por nuestro instinto, tenemos la necesidad de justificar ese acto para poder estar en paz con nuestra conciencia. Y esta justificación será un medio para alcanzar un fin, "un modelo de conducta humana se justifica como medio para alcanzar un fin"⁹⁵, sin embargo hay que plantearse si este medio es justificable. Lo explicaremos con un ejemplo: el caso en el que un legislador debe decidir si castiga con la pena de muerte o con el encarcelamiento para prevenir cierto tipo de crímenes. Nos planteamos cuál será el castigo "justo" (medio para lograr el fin). El fin de

⁹³ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 42.

⁹⁴ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 43.

⁹⁵ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 45.

este castigo es sembrar el temor de cometer el concreto crimen que tiene como sanción uno de estos dos castigos para evitar que los sujetos cometan estos crímenes. Pero nunca sabremos con certeza el efecto que provocará en la sociedad estas sanciones, solo se podrá saber a través de la experimentación, pero ello va en contra de los derechos de la vida social. Por lo que no se puede responder de manera racional al problema de la Justicia.

Todo esto lleva a constituir un fin último, y por tanto, si el fin último no se puede justificar, los medios para llegar a éste tampoco serán justificables. Es decir, la Democracia, por ejemplo, que salvaguarda la libertad individual, será una forma de Gobierno justa, si el fin último es la libertad individual; sin embargo, si se establece que el fin último es la seguridad social o jurídica, habrá que buscar otra forma de Gobierno que salvaguarde ese principio y fin último preestablecido. Por tanto la Democracia solo puede justificarse relativamente, y no de forma absoluta⁹⁶.

A pesar de todo este estudio surge un problema. Puede suceder que los sujetos no se den por satisfechos con la justificación relativa, y por tanto, condicional de la conducta, y que necesiten una justificación incondicional, absoluta para sentirse satisfechos y plenos. Pero esta justificación absoluta sobrepasa los límites de la razón humana, y no se puede explicar científicamente. Los sujetos, para lograr este objetivo, se amparan en la Religión y la Metafísica, es decir, en Dios, un ser suprahumano que ejecuta la Justicia y establece lo que es justo e injusto. Kelsen hace una crítica a esta concepción de la necesidad de buscar la justificación absoluta al ir fuera del alcance de la razón humana. Además afirma que quien pretende elaborar un juicio absoluto a través de la razón y la Ciencia, se engaña a sí mismo. Estos valores absolutos y sobre todo la idea de Justicia absoluta son fórmulas totalmente carentes de sentido y vacías⁹⁷.

Kelsen considera a la idea de Justicia absoluta como un ideal irracional⁹⁸. No se puede establecer un juicio de valor como justo con la pretensión de excluir otro juicio de valor contrario, todos los juicios de valor deben ser válidos. Uno u otro juicio pueden ser justos dependiendo de las circunstancias, es decir, dependiendo de lo que consideremos como fin último.

⁹⁶ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 45.

⁹⁷ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 46.

⁹⁸ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p.59.

3.2.2.4. Pensamiento metafísico: Platón

Además de defender su planteamiento relativista, Kelsen dedicó mucho tiempo a criticar las diversas posiciones absolutas sobre la ética. Uno de los más importantes representantes clásicos del pensamiento metafísico es Platón. La mayor preocupación de toda la Filosofía de Platón es la Justicia, y para intentar resolver esta preocupación desarrolló la "Doctrina de las Ideas" basándose en el ideal absoluto. Así establece que existe una idea principal, el Bien Absoluto, a la que deben estar sometidas y subordinadas el resto de ideas⁹⁹. Esta idea del Bien Absoluto se puede igualar a la idea de Dios en la Teología. Platón identifica ese Bien con la idea de Justicia, intenta buscar una respuesta a la pregunta: "¿qué es el Bien?", sin embargo no consigue dar una respuesta racional y por tanto se debe seguir con la investigación. En su VII Carta¹⁰⁰, Platón mismo afirma que la única concepción del Bien Absoluto se hace desde el punto de vista místico que únicamente se puede alcanzar mediante la gracia de Dios. "La Justicia es un secreto que Dios revela, en el mejor de los casos, a unas pocas personas selectas que no pueden comunicárselo a las demás"¹⁰¹.

Kelsen equipara a Platón con Cristo. Intenta hacer ver las contradicciones que existen en la Religión y en lo que predicaba Jesús acerca de la Justicia. Jesús rechazaba la Justicia que se defendía en el *Antiguo Testamento*: "ojo por ojo, diente por diente", una Justicia totalmente retributiva. Defendía la Justicia basada en el Amor, hay que amar al que nos causa algún mal, es decir, a los enemigos. Pero este Amor que predicaba Jesús conlleva que no debe existir el amor entre hermanos, entre esposos, entre padres e hijos, es decir, un amor humano. Para poder alcanzar la Fe cristiana y ser discípulo de Cristo se debe renunciar a este amor humano¹⁰². Se habla de un Amor que se debe dar a todos, tanto al bueno como al malo, pero a la vez establece un cruel castigo que sufrirá el pecador en el Infierno. Se trata de una notable contradicción. Jesús no explicó estas contradicciones, y tampoco estaba capacitado para hacerlo, son contradicciones que existen solo desde el entendimiento humano, no para la razón absoluta de Dios¹⁰³.

⁹⁹ PLATÓN desarrolla su Teoría de las Ideas en varios diálogos, pero sobre todo en su *República*.

¹⁰⁰ PLATÓN: *Obras completas*, trad. y ed. Patricio de Azcárate, tomo 11, Madrid, 1872, pp. 294-328.

¹⁰¹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 47

¹⁰² LUCAS XVIII: 29, 30. *Nuevo testamento* (Biblia).

¹⁰³ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 48.

3.2.2.5. Principio de retribución e igualdad

Principio de retribución

El principio de retribución se presenta como una cualidad de la Justicia, consiste en que la respuesta será buena para el que actúa con bondad y la respuesta será mala para el que actúa con maldad. Pero entonces, ahora cabe preguntarnos, ¿qué es el bien? y ¿qué es el mal? Estas preguntas no tienen una respuesta clara, sin embargo, el principio de retribución establece que ante un mal causado por un delito se debe responder con la pena de sanción, pero cabe plantearse la cuestión de si lo que considera el legislador como mal también es considerado así por la sociedad y por tanto si la sanción consecuencia de ese mal es la adecuada.

Principio de igualdad

El principio de igualdad también es considerado como una cualidad de la Justicia. Este principio sostiene que todos los hombres por naturaleza son iguales y por tanto deben ser tratados igual. Sin embargo, Kelsen considera este argumento como falso, ya que para él, los hombres son bastante diferentes entre sí, y estima que este principio en realidad se refiere a que en un determinado orden social, el hecho de imponer derechos y obligaciones a los hombres se debe hacer sin tener en cuenta estas diferencias¹⁰⁴. Sin embargo surge la cuestión de ¿qué diferencias hay que tener en cuenta y cuáles no?, este principio no responde a este planteamiento. No existen dos sistemas legales que estén de acuerdo en las diferencias que se deben tener en cuenta y las que no. Hay quienes piensan que los hombres tienen más derechos que las mujeres, otros piensan que tienen los mismos derechos y no existen diferencias entre ellos... y el principio de igualdad no establece qué sistema es el más justo.

Hay que diferenciar entre el principio de igualdad, pretendido por quien crea la ley, y el principio de igualdad ante la ley, ejercido por las autoridades que aplican la ley. Este último es lo que se conoce como principio de legalidad, las autoridades no establecen ninguna diferencia, aplican la ley según está escrita. Este principio de legalidad a veces se

¹⁰⁴ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 50.

presenta como Justicia, sin embargo para Kelsen no tiene absolutamente nada en común con la Justicia¹⁰⁵.

En el ámbito laboral y económico, se plantea la aplicación del principio de igualdad de la siguiente forma: "a cada cual según su trabajo". Sin embargo, Marx considera que se trata de una aplicación totalmente injusta, ya que personas que son diferentes reciben un mismo trato, el de igualdad, y por tanto la Justicia solo podría llevarse a cabo en un sistema Comunista bajo la norma: "de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades"¹⁰⁶. Surgen preguntas esenciales para la aplicación de otro tipo de sistema que no se pueden responder tales como: cuáles son las capacidades de cada sujeto, para qué trabajo es adecuado ese sujeto, y qué rendimiento en el trabajo se debe esperar de él. Por tanto, este principio de Justicia Comunista deberá modificar su norma, y debería ser, según Kelsen, de la siguiente forma: "De cada cual según sus capacidades reconocidas por el orden Comunista, a cada cual según sus necesidades igualmente establecidas por el mismo orden social"¹⁰⁷.

3.2.2.6. *La regla de oro*

La regla de oro establece: hay que actuar con respecto a los demás del mismo modo que querríamos que ellos actuaran con respecto a nosotros. Es decir, consiste en hacer felices a los demás, y no dañarlos; en esto consistiría la Justicia según este precepto. Sin embargo, se plantea un problema: castigar a alguien por haber cometido un crimen, ya significa dañarle y no hacerle feliz, por tanto, ya no aplicaríamos la fórmula de la Justicia. Kelsen califica esta regla como absurda si se aplica en su tenor literal y en sentido subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, en realidad esta regla significa: "compórtate con los demás como los demás se comportan contigo"¹⁰⁸. Pero desde el ámbito de la Justicia hay que plantearse cuál es la conducta correcta, la "regla de oro" no dice nada a este problema, sin embargo la presupone dándole un orden social determinado, ya sea justo o injusto.

Por tanto la "regla de oro" pasaría a ser: "compórtate de acuerdo con las normas generales que se establecen en un determinado orden social". Es decir, las actuaciones de

¹⁰⁵ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 51.

¹⁰⁶ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 51.

¹⁰⁷ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 52.

¹⁰⁸ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, pp. 53 y 54.

los sujetos según un determinado orden social, pasan a estar caracterizadas por la generalidad y la obligatoriedad para todos los individuos que viven bajo ese orden social. Esto era lo que sostenía el filósofo Inmanuel Kant¹⁰⁹.

3.2.2.7. *La justicia según Aristóteles*

Aristóteles procuraba definir la Justicia de forma científica y siempre desde la razón. Estableció un "sistema de virtudes" entre las cuales la principal era la Justicia, es decir, la virtud perfecta.

El filósofo griego definió la virtud como un punto medio que existe entre dos extremos (vicios), es decir, por ejemplo, la virtud de la valentía sería un punto medio entre el vicio de la cobardía, y el de la audacia. Por tanto si existe un vicio, automáticamente existe su virtud, del vicio de la falsedad se desprende la virtud de la veracidad. Equipara el mal con el vicio y la virtud con el bien. A esta teoría Aristoteles la llama la doctrina del "Mesotes"¹¹⁰.

Para la Justicia, y basándose en esta doctrina, Aristóteles plantea lo siguiente: "una conducta justa es el punto medio entre hacer injusticias y sufrirlas, ya que ser injusto es tener demasiado y sufrir injusticias es tener demasiado poco"¹¹¹. Es decir diferencia dos vicios, la injusticia cometida y la injusticia sufrida; sin embargo según Kelsen, se tratan de un mismo mal, de un mismo vicio. Aristóteles establece que la injusticia supone lo que es injusto atendiendo al orden moral de la época. Por tanto, la verdadera finalidad de la doctrina del "Mesotes" no es establecer un concepto de Justicia, sino validar el orden social constituido.

3.2.2.8. *Principio de tolerancia*

El Relativismo supone, según Kelsen, que son los individuos los que deben elegir entre lo que es bueno y lo que es malo. Sin embargo, es un trabajo difícil, por tanto los

¹⁰⁹ KANT, I.: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1ª parte, 1785.

¹¹⁰ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, libro V, cap. 1, 1129 a.

¹¹¹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómano*, libro V, cap. 5, 1133 b.

individuos se intentan amparar en el Gobierno o en Dios para que éstos establezcan el valor de lo bueno y lo malo, el valor de lo justo e injusto. Tienen temor a asumir una responsabilidad, y rechazan el Relativismo por considerarlo complicado, demasiado exigente en el sentido moral.

El Relativismo se basa en un principio, el de tolerancia, que supone que se deben respetar e intentar entender las creencias religiosas o políticas de los individuos, sin aceptarlos, pero siempre respetándolos y permitiéndolos para que se puedan expresar de forma libre. Por tanto no se trata de un principio de tolerancia de manera absoluta, sino de forma relativa, en el sentido que supone la libertad de expresión y la libertad de pensamiento.

Kelsen, como defensor del sistema democrático¹¹², indica que la Democracia supone la libertad, y libertad significa tolerancia, y respetar el resto de ideales o pensamientos contrarios a la Democracia, que es lo que la hace diferente de la Autocracia. Sin embargo, dentro de todo este pensamiento e ideal democrático existe un riesgo, y es la delimitación de la línea fronteriza entre la libertad de pensamiento y de expresión, y el uso de la fuerza, es decir, ¿cómo se sabe cuándo se está defendiendo el Derecho de libertad de expresión o se está haciendo propaganda y preparativos para el posterior uso de la fuerza?. No se puede saber con certeza, sin embargo, según el jurista austriaco, "el honor y la esencia de la Democracia, exige correr ese riesgo, y si ésta no puede correrlo, no merece ser defendida."¹¹³.

3.2.2.9. Concepto de justicia según Kelsen¹¹⁴

Kelsen, como se ha señalado anteriormente, finaliza su obra *¿Qué es la justicia?* sin llegar a un concepto o definición de Justicia, a pesar de que ésta era su intención principal al escribir la obra. El jurista austriaco finalmente llega a la conclusión de que no ha podido establecer una definición clara de la Justicia; se disculpa afirmando que si otros pensadores

¹¹² Kelsen establece que la Ciencia se basa en la libertad, y esta libertad es la defendida por el sistema democrático, por ello es partidario de la Democracia. Vid. KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 62.

¹¹³ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 62.

¹¹⁴ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 63.

tan ilustres no la han podido conceptualizar cómo iba a poder hacerlo él, que no es filósofo sino científico.

Finalmente elabora un concepto de Justicia bajo sus ideales¹¹⁵, es decir, como buen relativista, indica que el concepto de Justicia que elabora será válido para él, pero no puede establecer una definición definitiva de Justicia. Así la define de la siguiente forma:

"La Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia".

3.3. Crítica al pensamiento kelseniano: Luis Recasens Siches

Luis Recasens Siches era un abogado, jurista y filósofo hispano-guatemalteco y discípulo del neokantismo y de sus figuras más representativas, tales como Giorgio del Vecchio, Rudolf Stammler y Hans Kelsen. Una de sus obras más conocidas es *Tratado General de Filosofía del Derecho*¹¹⁶, en el que dedica un especial apartado crítico a la filosofía de Hans Kelsen.

Recasens era un profundo defensor de la Axiología Jurídica¹¹⁷ pero de forma objetiva, mientras que Kelsen estudia esta rama desde un punto de vista subjetivo. Por esta razón, Recasens considera que es de vital importancia hacer una crítica en su obra a este planteamiento. Sin embargo, este filósofo, aclara que no considera necesario hacer una crítica a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, la considera válida, al estudiarla objetivamente, ya que no contiene nada axiológico ni sociológico¹¹⁸.

Recasens intenta reflejar en todo momento las contradicciones que rigen en la Teoría de Kelsen sobre la Justicia. Explica, que el jurista austríaco defiende a lo largo de toda su

¹¹⁵ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 63.

¹¹⁶ RECASENS SICHES, L.: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1965, pp. 405-421.

¹¹⁷ La Axiología Jurídica es la rama de la Filosofía del Derecho que trata el problema de los valores jurídicos, es decir, establece cuáles son los valores que constituyen un correcto modelo de derecho o que primarán a la hora de elaborar o aplicar un derecho. Vid: "Axiología jurídica. Artículo de la enciclopedia" en http://enciclopedia.us.es/index.php/Axiolog%C3%ADa_jur%C3%ADica [consulta: 06/05/2016].

¹¹⁸ RECASENS SICHES, L.: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, pp. 407 y 408.

obra el Relativismo. Como se ha estado desarrollando anteriormente, Kelsen defiende el Relativismo mediante dos argumentos:

- La Ciencia está restringida a una comprobación efectiva y a cierta demostración basada en la razón.
- La Filosofía está subordinada a la Teoría de la Ciencia.

Sin embargo, según Recasens, resulta contradictorio que Kelsen, a pesar de defender profundamente el Relativismo y considerar que no se pueden establecer valores objetivos y válidos para un determinado ordenamiento social, finalmente establece determinados criterios valorativos al elaborar un concepto propio de Justicia: "su Justicia, es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia".

Kelsen en su estudio sobre la Justicia llega a las siguientes conclusiones:

- Para intentar esclarecer lo que es la Justicia, solo se puede hacer a través de juicios relativos. No se puede establecer que algo es absolutamente justo, lo que conlleva excluir el resto de planteamientos como justos para todos. La Justicia solo puede ser relativa, es decir, para cada persona será justa o injusta una determinada conducta atendiendo a sus valores sobre lo que es bueno o malo.
- Si partimos de la razón para establecer un valor absoluto, sólo encontraremos un conflicto de valores y de intereses humanos. No es posible probar que una solución o la otra es justa.
- Que exista un conflicto de valores no significa que unos valores sean más válidos que otros, todos son válidos y desde el principio de la tolerancia se deben respetar todos, a pesar de que sean contrarios a nuestros ideales.
- El individuo tiene la difícil labor de decidir sobre lo que es justo e injusto. Kelsen considera que esta labor requiere gran responsabilidad, por lo que el individuo pasa esta responsabilidad a una autoridad superior, la Divinidad.

Recasens hace una crítica a estas conclusiones desde dos puntos de vista:

- Subjetivo: indica la gran admiración y respeto que siente hacia Kelsen.
- Objetivo: considera que Kelsen no logra su objetivo (definir la Justicia), sino que, más bien, abre una vía para realizar futuras críticas y elaboraciones de estimativa jurídica¹¹⁹.

Haciendo un examen del estudio que realiza Kelsen, se pueden establecer dos puntos:

- Los positivistas del siglo XIX consideraban que la Axiología carecía totalmente de sentido. Rechazaban la tesis de un estudio racional sobre los valores. Sin embargo Kelsen no niega esta tesis, ni si quiera la discute críticamente, ni para rechazarla ni para adoptarla. Simplemente la da por justificada.
- A diferencia de otros empiristas, Kelsen no consideraba que la experiencia era la fuente de conocimiento, sino que defendía que esta fuente o fundamento de conocimiento es "a priori" y no empírico (fruto de la experiencia). Ahora, el problema que plantea Kelsen es si esta fuente "a priori" es objetiva o subjetiva; el jurista resuelve esta cuestión desde el Relativismo, es decir, de forma subjetiva, rechazando lo objetivo. Lo que quiere decir, es que los valores no se pueden deducir desde la razón y desde el método científico-racional. Este problema que se plantea fuera del conocimiento humano, tiene que ser resuelto desde otro plano, como el Metafísico o el Religioso.

Con todo esto, según Recasens¹²⁰, Kelsen constituye sus propios valores éticos, morales y jurídicos. Sin embargo, no es como él dice a modo personal¹²¹, sino que los dota de justificación, y que pretende tener pleno sentido y, por tanto, validez para todo ordenamiento jurídico.

¹¹⁹ Con Estimativa jurídica, nos referimos a la disciplina que explica el origen de los valores del Derecho, los analiza, critica y jerarquiza. Vid: http://es.slideshare.net/mobile/andresquiregon/estimativa-juridica?sa=X&ved=0ahUKEwi90_HOt8XMAhXEfxoKHUF_A0wQ9QEIDjAA [consulta: 06/05/2015].

¹²⁰ RECASENS SICHES, L.: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, p. 414.

¹²¹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, p. 63.

Recasens critica el hecho de que Kelsen establezca que a través de la Ciencia y la razón no se pueden establecer valores superiores a otros, y que esto solo es posible mediante la Metafísica o la Religión. Lo considera un argumento impreciso, ya que si esa es su argumentación debería haberlo estudiado con más profundidad, es decir, si por medio de la razón no se pueden deducir valores, debería haber estudiado otros campos mediante los cuales sí que se pueden deducir; y fundamentarlo en la Metafísica y la Religión es un argumento muy amplio y sin justificación. Además, por otro lado, al declarar bajo su opinión personal la primacía de los valores de libertad y tolerancia, no está fundando esos valores en la Metafísica o en la Religión, por lo que resulta bastante confuso¹²². En este sentido, Kelsen al intentar elaborar un concepto de Justicia, vuelve a manifestar que es algo que no se puede delimitar satisfactoriamente desde la mente humana, desde la razón, lo considera como algo que es imposible elaborar objetivamente, sin embargo, anima al sujeto a intentar estudiarlo y desarrollarlo, aunque finalmente sea imposible hacerlo de manera objetiva, es decir, cree que vale la pena mejorar e intentar aclarar este tema aunque sea de forma subjetiva. Recasens vuelve a hacer una crítica a este aspecto de la Teoría de la Justicia de Kelsen, indicando que si éste no ha podido encontrar desde el Relativismo un concepto de Justicia, igual debería haberlo hecho desde otro campo que no sea el Relativismo¹²³.

Por otro lado, Kelsen en su nueva obra, no se adapta a las nuevas corrientes filosóficas y acontecimientos nuevos de la época. Recasens considera que debería haber hecho alguna mención, aunque fuera de manera crítica, a las influencias filosóficas de su época, tales como las recogidas en las obras de Brentano, Dilthey, Husserl, Scheler... sobre todo en sus críticas al Positivismo.

En otro sentido, Kelsen es incapaz de establecer una jerarquía de valores desde la razón y la Ciencia, sin embargo resulta contradictorio que, para explicar esta argumentación, ponga algunos ejemplos, así habla del valor de la vida biológica, la libertad, la seguridad social, la verdad, el bien común. Por tanto, podemos observar que ya está estableciendo determinados valores, es decir, cabe preguntarnos, según Recasens, ¿por qué ha elegido estos valores como ejemplos en vez de otros? Kelsen parece responder a esta cuestión planteando que éstos son los valores que los hombres consideran de mayor

¹²² RECASENS SICHES, L.: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, p. 414.

¹²³ RECASENS SICHES, L.: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, p. 417.

interés. Recasens considera que podría ser una respuesta a este problema, sin embargo, no sería la respuesta que él considera correcta¹²⁴.

En definitiva, Kelsen establece un sistema de valores fundamentado en el principio de tolerancia, sin embargo, a lo largo de su obra se puede observar cómo el jurista considera que su sistema de valores, es el más justo, el más válido para una sociedad y rechaza el resto. Simplemente considera sus ideales como los más justos pero sin hacer ninguna justificación con consistencia fuerte. Y esto va totalmente en contra del principio de tolerancia que tanto defiende.

¹²⁴ RECASESN, L.S.: *Tratado general de la Filosofía del Derecho*, p. 418.

4. CONCLUSIONES

Primera: A lo largo de la Historia se ha intentado elaborar un concepto de Justicia válido para toda la sociedad, y para todos los ordenamientos jurídicos que se han ido desarrollando con el paso del tiempo. Sin embargo, nunca se ha conseguido este objetivo. A pesar de esto, todas las Teorías Filosóficas sobre la Justicia han ido influyendo en las posteriores, elaborando una pluralidad de definiciones y por tanto de puntos de vista sobre la Justicia.

El filósofo y jurista que más influencia ha tenido en la actualidad es Hans Kelsen, que ha destacado por la elaboración de una Teoría del Derecho, que contiene bastantes similitudes con nuestro ordenamiento jurídico actual. Además, este filósofo ha intentado elaborar un concepto general sobre la Justicia que, a pesar de que no logró su objetivo como él pretendía, ha marcado una etapa en la Historia de la Filosofía y en la Justicia.

Segunda: Kelsen destaca ante todo como científico jurídico, por lo que intenta elaborar una Teoría del Derecho desde un punto de vista científico, es decir, considera al estudio del Derecho como una Ciencia consolidada, por lo que critica el Iusnaturalismo y la Ciencia Jurídica que se desarrollaron durante el siglo XIX. Así configura una estructura general del Derecho, sus normas, sus elementos, su interpretación... Establece un ordenamiento jurídico en el que deben regir tres ideas fundamentales: autonomía, sistematicidad y unidad.

La autonomía significa para Kelsen la separación de la Ciencia del Derecho del resto de Ciencias, como por ejemplo del Derecho Natural. Y para conseguir esta autonomía del Derecho se debe establecer un método que permita deducir el objeto (el estudio del conjunto normativo). Este método según Kelsen es el principio de imputación, que une condiciones (los hechos ilícitos) con consecuencias (sanciones).

La sistematicidad consiste en elaborar un sistema jurídico que carezca de contradicciones, un sistema jurídico concreto y universal.

La unidad es la idea de que este sistema jurídico debe ser válido y aplicable a toda la sociedad.

Tercera: Kelsen concibe al Estado como un conjunto de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico. Se trata de una persona jurídica, y no física, por tanto rechaza las ideas absolutistas. El Derecho es el ordenamiento jurídico de una sociedad, al igual que el Estado, por tanto Derecho y Estado viene a ser lo mismo: el ordenamiento jurídico de una sociedad.

Cuarta: como continuadores de Kelsen en el campo de la Ciencia Jurídica destacan: Hart y Bobbio.

Hart desarrolla la Regla de Reconocimiento, basándose en la teoría de Kelsen de la Norma Hipotética Fundamental. Ambas reglas/normas tienen la misma función: aportar validez al resto de normas jurídicas.

Bobbio desarrolla una Teoría General del Derecho, siguiendo al propio Kelsen, caracterizada por su autonomía, sistematicidad y unidad. Además constituye un ordenamiento jurídico basándose en la Norma Hipotética Fundamental de Kelsen.

Quinta: Kelsen desarrolló una Teoría del Derecho recogida en su obra más importante: *Teoría Pura del Derecho* en el año 1960 (edición más importante). De esta obra se pueden extraer las siguientes ideas importantes:

- Distinción entre el “ser” y el “deber ser”: la norma jurídica conlleva que el individuo debe comportarse de una determinada forma (deber ser), y el comportamiento que el sujeto realice, el hecho real, es lo que se conocerá como “ser”. Se puede observar el dualismo que establece el jurista, sin embargo, existe una cierta conexión, ya que la norma jurídica para que sea válida (“deber ser”) tiene que ser eficaz (“ser”). Solo se considerará válida una norma jurídica si el comportamiento que regula se adecua a ella, es decir, debe ser aplicable y se debe cumplir, debe ser eficaz.
- Kelsen concibe el Derecho como un “orden normativo que procura dar lugar a un determinado comportamiento humano asociando a la ausencia de ese comportamiento un acto de fuerza socialmente organizado”. Por tanto hace una distinción entre el Derecho y la Moral; y esta distinción radica en el uso de la fuerza física de forma socialmente organizada.

- Norma Hipotética Fundamental: de ella surge la obligatoriedad de la norma. Es decir, Kelsen concibe un sistema de jerarquía normativa, en el que el último escalón es una norma hipotética, abstracta, que la denomina Norma Hipotética Fundamental. Las normas tienen validez y obligatoriedad porque provienen de esta norma superior en la jerarquía normativa.
- Lagunas jurídicas: Kelsen las considera inexistentes, ya que si no existe una regulación de un determinado acto, será que el Derecho considera como lícito ese acto, y por tanto carente de sanción. Y en el caso de que esas lagunas ya existieran en los actos y sanciones ya reguladas, lo deberá resolver el juez como estime conveniente.
- Se puede ver claramente a lo largo de toda la obra *Teoría Pura del Derecho* la eliminación que hace el jurista de ciertos dualismos: dualismo entre creación del Derecho y aplicación del Derecho, dualismo entre Derecho en sentido objetivo y Derecho en sentido subjetivo, dualismo entre Derecho público y Derecho privado, dualismo entre Estado y Derecho, dualismo entre Derecho Estatal y Derecho Internacional.
- En esta obra tan importante de Kelsen ya se puede observar algunas referencias a los problemas que plantea la Justicia y a sus ideales y tesis respecto a esta: los juicios de valor, Derecho y Moral, la calificación de un orden coactivo jurídico como justo o injusto, defensa de la Justicia Relativa, creación de las normas atendiendo a un concreto ideal de Justicia.

Sexta: A lo largo de toda la obra de Kelsen en la que realiza un estudio sobre la Justicia en profundidad (*¿Qué es la justicia?*) se puede observar una gran orientación hacia un Emotivismo ético. El Emotivismo ético sostiene que los juicios de valor no afirman nada sobre la realidad, simplemente reflejan emociones; y al no establecer nada concreto, no son ni verdaderos ni falsos. Consiste en juzgar determinadas acciones, considerar un determinado acto como justo o injusto a través de las emociones o sentimientos de cada sujeto. Es decir, para constituir un determinado juicio moral, no se puede hacer desde la razón, ya que dependerá de las emociones o ideales de cada sujeto. Un sujeto con ideales absolutistas considerará justo un acto que para un sujeto con ideales liberales será totalmente injusto. Por tanto, según Kelsen no se puede construir un concepto de Justicia

desde la razón, objetivamente válido, solo se podrá construir desde las emociones de forma subjetiva (Emotivismo ético).

Séptima: en la obra *¿Qué es la justicia?* se puede observar la crítica que hace Kelsen a los ideales absolutistas, y su aproximación a un Relativismo Axiológico. Kelsen rechaza totalmente las ideas absolutistas, considera que el Absolutismo Político trata de imponer la voluntad de una autoridad, considerada superior al resto de sujetos, sobre el resto de individuos que forman una sociedad, ya que cree que están equivocados en su pensamiento y por tanto merecen un castigo. El jurista se decanta por un Relativismo Axiológico en el que rigen los principios de tolerancia y libertad entre los sujetos que forman una determinada sociedad. El Relativismo sostiene como válidos todo tipo de juicios de valores, eliminando el carácter absoluto de un determinado juicio de valor. Los individuos son los que forman sus propios juicios de valor atendiendo a determinadas circunstancias (lugares, tiempos, épocas históricas, ciclos de cultura...), y estos juicios de valor serán tan válidos como otros, a pesar de que sean totalmente contrarios y diferentes.

Octava: Kelsen en su obra *¿Qué es la justicia?* ha desarrollado un estudio sobre la Doctrina del Derecho Natural, pero con el objetivo de hacer ver las contradicciones que existen en ésta. De tal forma, que realiza un estudio crítico del Derecho Natural, del que podemos concluir los siguientes puntos:

- Para Kelsen, el Derecho Natural presupone que existe una autoridad o voluntad divina inherente a la naturaleza de la que surgen las normas de conducta humana, es decir, las normas son creadas a partir de la naturaleza mediante una manifestación divina (legislador). Por tanto esta doctrina es rechazada por Kelsen como científico jurídico, ya que considera que estas normas no pueden ser objeto de conocimiento jurídico, al no constituirse mediante la razón.
- El Derecho Positivo es el conjunto de normas que surgen del Estado, mientras que el Derecho Natural es el conjunto de normas que surge de la voluntad o naturaleza humana. Gran parte de los defensores del Derecho Natural consideran que éste no tendrá validez sin el Derecho Positivo, basándose en la idea de que el hombre es “malo” por naturaleza, por tanto el Derecho Natural necesita del Derecho Positivo, los hombres estarán obligados por el Derecho Natural a obedecer las leyes que provienen del Derecho Positivo. Sin embargo, Kelsen considera que existe un gran conflicto entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural, toda ley creada por un

legislador humano contrario a la ley natural, será nula y no tendrá ningún tipo de validez. Kelsen realiza un estudio sobre este problema en su obra *¿Qué es la justicia?* para intentar reflejar las contradicciones que existen sobre las teorías de los defensores del Derecho Natural. El jurista es considerado positivista, y con esta crítica intenta mostrar las incoherencias (según el propio Kelsen) existentes en los defensores de otras posturas y justificar la suya.

- Hace una especial mención al derecho de la propiedad privada con el mismo objetivo de intentar mostrar las contradicciones que existen sobre este tema entre los defensores del Derecho Natural. Además Kelsen rechaza la protección, que según él, otorga el Derecho Natural a la propiedad privada, ya que supone ciertas limitaciones para el poder político (no se puede legislar sobre este derecho) y para el contenido del Derecho Positivo (no puede tener cualquier contenido).
- Kelsen además hace referencia a otras ciencias como la Sociología, o la Historia de la Filosofía. Critica su utilización para explicar la Justicia. El jurista considera que se debe elaborar un Teoría de la Justicia que esté libre de contradicciones y no influenciada por otras Ciencias.

En definitiva, con esta crítica a todas estas teorías que realiza Kelsen en su estudio, se intenta reflejar que carecen por completo de validez, ya que no se elabora un estudio “puro” (autónomo, sistemático y único) del Derecho y la Justicia.

Novena: Kelsen, para poder desarrollar un concepto concreto y válido de Justicia, realiza un estudio de las diversas definiciones o concepciones que se han ido desarrollando a lo largo de la historia sobre la Justicia. Así podemos señalar lo siguiente:

Muchos autores han identificado la Justicia con una característica de un determinado orden social. Pero entonces cabe plantearse cuándo se puede considerar a un orden social como justo. Hay una parte de la doctrina que ha identificado la Justicia en este sentido con la felicidad, es decir, que un determinado orden social regule la conducta humana de un modo satisfactorio, y por tanto garantice la felicidad a todos los sujetos. Pero resulta imposible garantizar una felicidad absoluta, porque al final siempre habrá alguno que no alcance definitivamente la felicidad, por garantizársela a otro sujeto. También se ha intentado identificar la Justicia con la libertad, así un orden social será justo

cuando garantice la libertad individual (ausencia de autoridad social), pero lo único que se podrá establecer es una libertad de la mayoría, y no la de cada individuo.

En este sentido cabe plantearse qué valores debemos considerar superiores para garantizar esa libertad de la mayoría. Sin embargo, la fijación de un determinado valor como supremo depende de las actitudes, cultura, ideales de cada individuo... Por tanto, resulta imposible establecer un valor superior y válido para todos los sujetos que formen una sociedad.

La solución que plantea Kelsen a este problema es la de establecer un juicio relativo para constituir un orden social justo, en lugar de un juicio absoluto. Es decir, se tratará de una norma general y válida para una determinada sociedad que tiene una naturaleza, enseñanzas y características comunes. Kelsen rechaza los juicios de valores absolutos por considerarlos irracionales, que no son fruto de la razón. Concluye afirmando que un juicio será justo dependiendo de las circunstancias, pero esto no significa que otros juicios contrarios sean injustos ya que cada uno responderá a sus determinadas circunstancias (juicios relativos).

Otra concepción de la Justicia que ha sido importante en la historia es la concepción metafísica de Platón. Se trata de un argumento absolutista. Platón considera que todas las ideas deben estar subordinadas a un bien, que ha calificado como Bien Absoluto. Y la única concepción que establece del Bien Absoluto es desde el punto de vista místico, es decir, es fruto de la voluntad de Dios.

Por otro lado, a lo largo de la historia se han planteado dos principios que caracterizan a la Justicia, estos son: el principio de retribución y el principio de igualdad. El principio de retribución consiste en que la respuesta será buena para quien actúa con bondad, y la respuesta será mala para quien actúa con maldad. Sin embargo, surge el problema de establecer lo que es bueno y lo que es malo, que se hará a juicio del legislador. El principio de igualdad sostiene que todos los hombres por naturaleza son iguales y por tanto deben ser tratados de forma igualitaria. Pero Kelsen considera este argumento falso, ya que para el jurista los hombres son diferentes entre sí, y, en realidad, este principio se refiere a que se deben imponer derechos y obligaciones sin tener en cuenta estas diferencias que existen entre los hombres.

Kelsen en su estudios sobre la justicia también hace referencia a la regla de oro, la cual establece que hay que actuar con respecto a los demás del mismo modo que querríamos que ellos actuaran con respecto a nosotros. Kelsen considera esta idea absurda si se aplica de forma literal, por lo que entiende esta regla de la siguiente forma: un sujeto se deberá comportar de acuerdo con las determinadas normas que rigen el orden social al que pertenecen.

Otra concepción de la Justicia de gran importancia, es la concepción aristotélica, establecida a través de un “sistema de virtudes” que él mismo desarrolló. Una conducta justa es el punto medio entre hacer injusticias y sufrirlas, así la Justicia sería la virtud que se encuentra entre el vicio de la injusticia cometida, y el vicio de la injusticia sufrida. Pero Kelsen considera que se trata de un mismo vicio, un mismo mal, y por tanto la verdadera finalidad de esta tesis aristotélica será validar un orden social, y no elaborar un concepto de Justicia.

Finalmente Kelsen se decanta por desarrollar una concepción de la Justicia basándose en el principio de tolerancia, según el cual se deben respetar e intentar entender las creencias o ideales de los demás individuos, sin aceptarlos, pero permitirlos y respetarlos. Supone la libertad de expresión y de pensamiento. Así concluye elaborando su propio concepto de Justicia, pero, según el jurista, no supone que sea válido ni definitivo para todos: “La Justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la Justicia de la democracia, de la tolerancia.

Décima: Existen diversas críticas al pensamiento kelseniano, sin embargo es destacable la establecida por el abogado, jurista y filósofo Luis Recasens Siches. Este jurista desarrolla su crítica al pensamiento kelseniano intentando mostrar las contradicciones que existe en su Teoría sobre la Justicia. Según este jurista, Kelsen intenta mostrar en todo momento una postura relativista, sin embargo, finalmente elabora una concepción concreta de Justicia, la que él considera válida. Constituye sus propios valores éticos, morales y jurídicos, y los dota de tal justificación, que pretende que sean válidos y tengan pleno sentido para todo ordenamiento jurídico.

De otro lado, critica este planteamiento por el hecho de que, según Recasens, Kelsen simplemente establece premisas, pero no las estudia en profundidad, y por tanto no

las dota de justificación. Critica este problema en el sentido de que si afirma un argumento deberá fundamentarlo.

Otra crítica que realiza Recasens, es que Kelsen no adapta su Teoría a nuevas corrientes filosóficas y acontecimientos nuevos de la época, ni si quiera hace una mención.

Por otro lado, Kelsen es incapaz de establecer determinados valores como válidos desde la razón. Sin embargo plantea algunos ejemplos, y por tanto establece determinados valores como superiores al resto de valores. Critica la idea de que Kelsen se decanta en toda su obra por una postura relativista, según la cual no se pueden elaborar unos juicios de valores superiores al resto. Sin embargo, el propio Kelsen realiza una crítica hacia otras posturas que el considera válidas. Por tanto, Recasens considera que el jurista finalmente impone unos juicios de valor como superiores y válidos intentando convencer al lector de que son los más justos, los más correctos, a pesar de definirse como relativista. Recasens intenta mostrar la gran contradicción que existe en su obra *¿Qué es la justicia?*.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS DE REVISTA

ABARCA HERNÁNDEZ, O.: "Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhman, Habermas y Kelsen" en *Revista InterSedes Universidad de Costa Rica*. Vol. VI, n°10, Costa Rica, 2015, pp. 1-15.

ALARCÓN VERELA, F.: "Hans Kelsen y la idea de justicia: tensiones entre Naturalismo Jurídico y el Positivismo Jurídico" en *Revista Disertaciones*, n°3, Año 3, febrero - diciembre, Universidad de Quindío, Armenia, 2012, pp. 69-82.

ARAOS SAN MARTÍN, J.: "Relativismo, tolerancia y democracia en H. Kelsen" en *Veritas*, vol III, n°19, Universidad Pontificia Católica de Chile, Chile, 2008, pp. 253-269.

ÁVILA MAYOR, A.: "¿Qué es la justicia? De Hans Kelsen (Recensiones, diálogos y opiniones)" en *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. Vol 5, n°3, Universidad de Zulia, Venezuela, 2008, pp. 151-157.

BOBBIO, N.: "La comunità internazionale e il diritto" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* V, num. 4, p. 1924.

BOBBIO, N.: "Hans Kelsen" en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 50, Turín, 1973, pp. 425-449.

CALSAMIGLIA, A.: "En defensa de Kelsen", en *Working Paper*, n° 129, Barcelona, 1997, pp. 1-25.

COBLE SARRO, D.: "Lo a priori trascendental en Kant" en *Revista de Filosofía Factótum*, Madrid, 2012, pp. 43-122.

CARRINU, A.: "De Marx a Kelsen. Ocaso de la ideología y teoría pura del Derecho en Italia" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Italia, años 80, Derecho, Política y Democracia*. num. 30, Italia, 1990, pp. 221-249.

D'AURIA, A.: "Ciencia del Derecho y Crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas" en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, n° 12, Buenos Aires, 2008. pp. 9-21.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, B.: "Los argumentos del Relativismo" en *Revista social del Pensamiento Crítico*. Vol 5 (1), Universidad de Almería, Almería, 2011, pp. 75-87.

GARCÍA MAYNEZ, E.: "Discusión de algunas teorías recientes sobre la noción del ordenamiento jurídico" en *Revista de Filosofía Dianoia*, vol. 12, n°12, UNAM, México, 1966, pp. 3-28.

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J.A.: "Hart y Kelsen, regla de reconocimiento y norma básica" en *Persona y Derecho*, 12, UNAV, Navarra, 1985, pp. 153-188.

MESTRE CHUST, J. V.: "El Emotivismo moral y el Diálogo racional. El tránsito entre moral individual y la Ética universal" en *A Parte Rei. Revista de Filosofía*, nº29, Madrid, 2003, pp.1-6.

NINO SANTIAGO, C.: "Justicia" en *Doxa - 14*, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, pp. 61-74.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: "El problema de la Justicia en Kelsen: notas de lectura" en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 3. Num. 8, Madrid, mayo-agosto, 1982, FECYT (Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología), pp. 317-325.

PONCE ESTEBAN, M. E.: "Los conceptos de Justicia y Derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy" en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2005, pp. 211-234.

RIVAYA, B.: "Kelsen en España" en *Revista de Estudios Políticos*, 107, FECYT (Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología), Madrid, 2000, pp. 151-177.

ROJAS AMAND, V. M.: "La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant" en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2004, pp. 165-198.

SERRANO VILLAFANE, E.: "Aportación del Derecho Natural al Derecho Positivo" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1966, pp. 297-327.

TALE, C.: "Exposición y refutación de los Argumentos de Hans Kelsen contra la doctrina del Derecho Natural" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº9, Madrid, 2005, pp. 95-128.

UGARTE GODOY, J.J.: "El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica" en *Revista chilena de Derecho*, vol. 22 nº1, Chile, 1995, pp. 109-118.

ZAVADIVKER, N.: "La Teoría emotivista de los valores de Bertrand Russell" en *Revista de Filosofía y Teoría Política*, nº 39, Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, 2008, pp. 3-4.

LIBROS

ARISTÓTELES.: *Ética a Nicómano*, libro V. Trad. de Jose Luis Calvo Martínez, Alianza editorial, Madrid, 2001.

AYER, A.J.: *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires, 1971.

BOBBIO, N.: "La Teoría pura del Derecho y sus críticas" en *ID. Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, 1990, pp. 235-254.

BOBBIO, N.: "Prólogo a la primera edición", en *ID., Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, 1990, pp.11-12.

BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho*, trad. Jorge Guerrero, Bogotá, 1994.

BOBBIO, N.: *Teoria della norma giuridica*, Turín, 1958.

- BOBBIO, B.: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960.
- BOBBIO, B.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, 1990.
- CALSAMIGLIA, A.: "Estudio preliminar", en *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, 1983, pp.7-34.
- COMTE, A.: *Cours de Philosophie positive*, París, 1842.
- ENGELS, F.: *The Origin of the family, private property and the State*, Nueva York, 1942.
- GROCIO, H.: *De Jure Belli ac Pacis, libro I, Sec. 10*, París, 1625.
- HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1961.
- HEGEL, G.W.F.: *The Philosophy of History*, trad. J. Sibree, Nueva York, 1899
- HOBBS, T.: *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- KANT, I.: *Crítica de la razón práctica (Kritik der praktischen Vernunft)*, 1788.
- KANT, I.: *Crítica de la razón pura (Kritik del reinen Vernunft)*, 1781.
- KANT, I.: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1ª parte, 1785.
- KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, Barcelona, 1982.
- KELSEN, H.: *La Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1982.
- KELSEN, H.: *Hauptprobleme del Staatsrechtslehre*, Viena, 1911.
- KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y el Estado*, UNAM, México, 1949.
- KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Teoría general del Estado*, Barcelona, 1934.
- LUCAS XVIII.: 29,30, *Nuevo Testamento* (Sagrados Evangelios).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: "Cap. IV. El Iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI y XVII" en *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad de los siglos XVI y XVII*, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, pp. 573-599.
- PLATÓN: "Critón" en *Escritos Socráticos*, Atenas.
- PLATÓN: *Obras completas*, trad. y ed. Patricio de Azcárate, tomo 11, Madrid, 1872, pp. 294-328.
- PLATÓN: *República*, libro V.
- RECASENS SICHES, L.: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1965, pp. 405-421.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Historia del Pensamiento Jurídico de los siglos XIX y XX*, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Métodos para el conocimiento del Derecho*, UCM, Madrid, 1987, pp. 14 y ss.

SCHMILL ORDONEZ, U.: *Hans Kelsen, aportaciones teóricas de la Teoría Pura del Derecho*, ITAM, México, 2010.

SPENCER, H.: *Principles of Sociology*, Nueva York, 1899.

STEVENSON, C. I.: *Ética y Lenguaje*, Buenos Aires, 1971.

TREVES, R.: "Kelsen y la Sociología" en *Sociología del Diritto*, n°3, trad. Oscar Correas México, 1981.

INTERNET

"Enciclopedia Jurídica" disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/> [consulta: 07/04/2016]

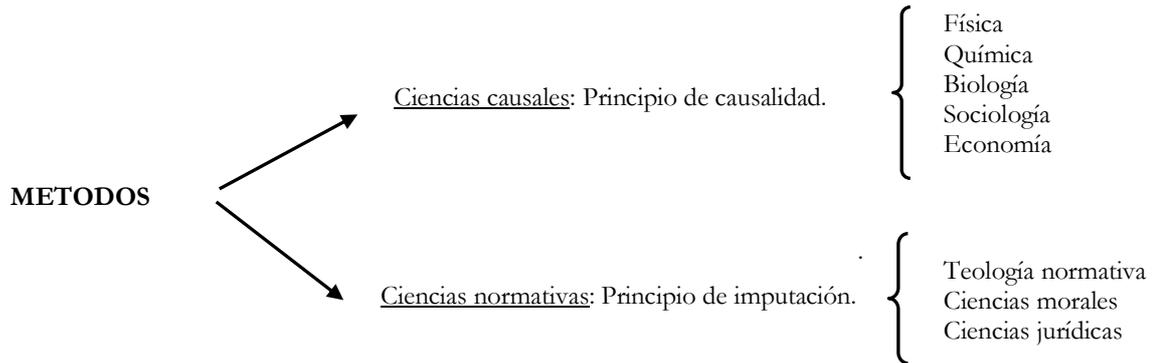
"La jurisprudencia analítica" disponible en: <http://www.teoriadelderecho.es/2013/11/jurisprudencia-analitica.html> [consulta: 23/04/2016]

"Estimativa jurídica" disponible en: http://es.slidershare.net/mobile/andresquiogon/estimativa-juridica?sa=X&ved=OahUKEwi90_HOt8XMAhXEfxoKHUF-AOwQ9QEIDjAAI a [consulta: 06/05/2015]

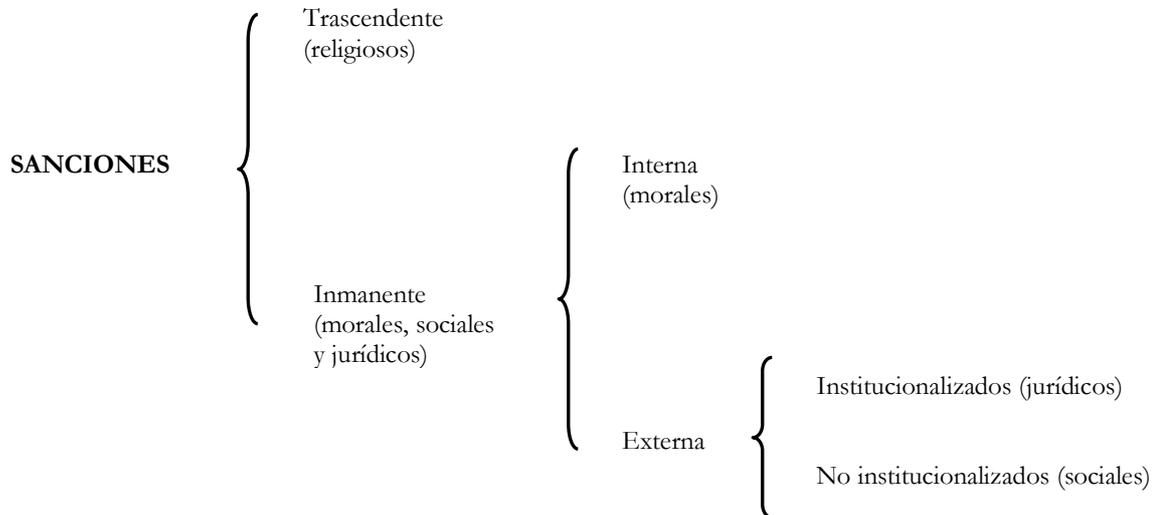
6. ANEXOS

6.1. Anexo 1.

Esquema 1: Tipos de métodos: CALSAMIGLIA, A: "En defensa de Kelsen", *Working Paper*, n°129, Universitat Pompeu Fabra, 1997.



Esquema 2: Tipos de sanciones. CALSAMIGLIA, A: "En defensa de Kelsen", *Working Paper*, pp. 23.



6.2. Anexo 2: Conceptos

- **Positivismo:** Teoría filosófica que considera que el único medio de conocimiento es la experiencia comprobada o verificada a través de los sentidos y la razón. Fue formulado por Augusto Comte en el siglo XIX. El Positivismo rechaza todo concepto universal y absoluto que no esté comprobado.
- **Emotivismo ético:** doctrina que sostiene que los juicios de valor no afirman nada, simplemente reflejan emociones. Su fundador es Hume.
- **Absolutismo Político:** Régimen político que se caracteriza por la reunión de todos los poderes en una sola persona. El mayor defensor de este Absolutismo es Hobbes.
- **Absolutismo Filosófico:** corriente filosófica que establece determinados valores como superiores al resto y válidos, y que por tanto deben ser obedecidos.
- **Relativismo:** Doctrina epistemológica que hace depender la validez del conocimiento de determinados lugares, tiempos, épocas históricas, ciclos de cultura u otras condiciones externas en las cuales este conocimiento se efectuó. Sostiene que no existen valores absolutos, entiende como posible otras visiones, valores u opiniones.
- **Jurisprudencia analítica:** doctrina que consiste en establecer los criterios que diferencian a la ley como un sistema de normas de otros sistemas de normas. Su fundador es John Austin.
- **Derecho (según Hans Kelsen):** es una ordenación normativa del comportamiento humano, es un sistema de normas que regulan el comportamiento. Es el orden coactivo y soberano de la conducta.
- **Justicia (según Hans Kelsen):** orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Es la justicia de la libertad, la de la paz, la de la Democracia, la de la tolerancia.
- **Iusnaturalismo:** es la doctrina según la cual el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen por tanto a la voluntad normativa de ninguna autoridad.

- **Derecho de Propiedad privada:** es el uso, goce y disfrute que tiene cada persona sobre sus bienes.
- **Juicio de valor:** es un análisis basado en un conjunto particular (personal o general) de creencias, formas de vida o culturas, mediante el cual se califican determinados actos como justos o injustos, buenos o malos.
- **Orden social:** se refiere a la estructura social entendida como mantenimiento de la jerarquía, las normas y las instituciones aceptadas socialmente mediante el consenso social y la conformidad.
- **Principio de retribución:** consiste en que la respuesta (consecuencia) será buena para el que actúa con bondad, y la respuesta será mala para el que actúa con maldad.
- **Principio de igualdad:** sostiene que todos los hombres por naturaleza son iguales y por tanto deben ser tratados como igual.
- **Principio de tolerancia:** consiste en el respeto y aceptación que se tiene hacia opiniones, creencias, sentimientos o ideas de otros sujetos en una sociedad.

