



## Hans Kelsen: «Derecho y justicia internacional. Antes y después de Núremberg»

### Descripción

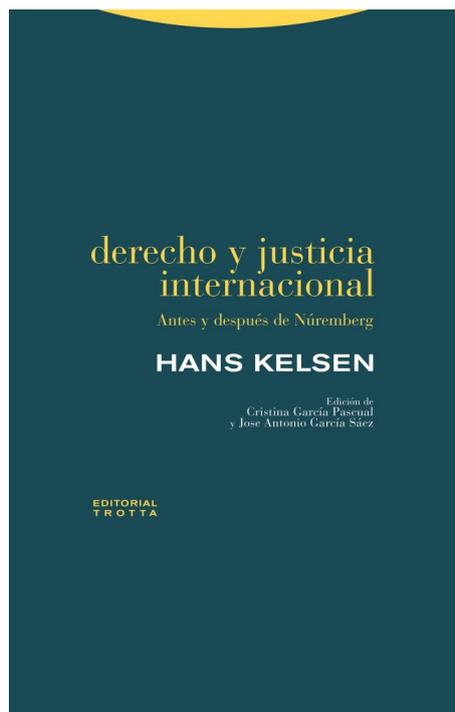
**Hans Kelsen** (1881-1973). Figura señera del positivismo jurídico del siglo XX, realizó destacadas contribuciones al derecho constitucional y al derecho internacional, y también es considerado un excelente teórico del derecho. De su amplia producción se puede citar, por ejemplo, *Reine Rechtslehre*, de 1934, traducida al castellano como *Teoría pura del derecho*, y *General Theory of Law and State*, de 1945, traducida al castellano como *Teoría general del Derecho y del Estado*.

**Cristina García Pascual**. Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, profesora en su Departamento de Filosofía del Derecho y Filosofía Política e investigadora del Instituto de Derechos Humanos.

**Jose Antonio García Sáez**. Doctor en Derecho, profesor en el Departamento de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad de Valencia.

### Avance

Hans **Kelsen**: [\*Derecho y justicia internacional. Antes y después de Núremberg\*](#) (Editorial Trotta, 2023). Edición de Cristina García Pascual y de Jose Antonio García Sáez. Traducción del alemán de Jose Antonio García Sáez y de Antoni Llorente Ferreres.



La paz en la comunidad internacional es para Hans Kelsen una meta alcanzable por medio del derecho. Para lograr ese ansiado fin resulta fundamental limitar drásticamente las posibilidades del uso ilegítimo, pero también legítimo, de la guerra, o mejor aún, sustituir definitivamente ese instrumento primitivo de resolución de conflictos por una jurisdicción internacional capaz de hacer hablar el lenguaje del derecho frente al lenguaje de la fuerza.

En este libro se recogen cinco textos de Kelsen: «La técnica del derecho internacional y la organización de la paz» (1934), «Las condiciones esenciales de la justicia internacional» (1941), «La estrategia de la paz» (1944), «La regla contra la irretroactividad y el enjuiciamiento a los criminales de guerra del Eje» (1945) y «¿Constituirá el juicio de Núremberg un precedente en derecho internacional?» (1947).

En los cinco escritos recogidos en este volumen se puede observar nítidamente la evolución de la apuesta kelseniana por una justicia internacional en el recorrido que va desde 1934, cuando todavía no había estallado el gran conflicto bélico, hasta 1947, pasados ya los juicios de Núremberg. El lector comprobará cómo el sucederse de los acontecimientos históricos convulsiona la teoría pura del derecho y la somete a una de sus más duras pruebas. Los juicios celebrados entre 1945 y 1946, ¿suponen la culminación de la teoría kelseniana del derecho internacional o, más bien, la constatación de su fracaso?

El estudio introductorio, a cargo de Cristina García Pascual y Jose Antonio García Sáez, ofrece claves de lectura para intentar responder a esta pregunta y profundizar en la compleja relación entre Kelsen y los procesos de Núremberg.

---

## Artículo

En «La técnica del derecho internacional y la organización de la paz» (1934) [el primero de los cinco ensayos de Hans Kelsen recogidos en *Derecho y justicia internacional*] se refleja la intensa preocupación [de Kelsen] por el problema de la guerra, a la vez que se dibuja con toda nitidez una idea esencial del pensamiento kelseniano: la paz es una cuestión de técnica jurídica. Tanto es así que cualquier pacifista, cualquier amante de la paz, debería —según Kelsen— abrazarse a la idea no de un desarme de todos los países, aspiración noble pero utópica, sino a la del perfeccionamiento lento pero constante del derecho internacional. Estamos en 1934 y todavía podía haber alguna esperanza. Una segunda gran guerra europea no era un escenario evidente, aunque tampoco descartable. El Tercer Reich aún no había comenzado su expansión [...].

La ambigüedad —propia de las normas internacionales, pero en absoluto exclusiva de ellas— con la que estaba redactado el Pacto de la Sociedad de las Naciones facilitaba las críticas de quienes querían ver en él un mero documento político. Por eso, una tarea prioritaria para Kelsen fue defender la naturaleza jurídica del Pacto. Considerar el Pacto un instrumento meramente político era tanto como negar que las diferencias surgidas de su aplicación pudieran ser resueltas jurídicamente; esto es, sometiéndolas a la autoridad de un tribunal —en este caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional—. De ningún modo, argumenta Kelsen, la vaguedad y la ambigüedad que aquejan al Pacto merman su valor en tanto que norma jurídica. Se trata de una norma producida de conformidad con los procedimientos propios de cualquier tratado internacional y que establece entre sus miembros una serie de derechos y obligaciones a cuyo incumplimiento se imputan sanciones. Tampoco merma su valor jurídico el hecho de que el Pacto esté explícitamente destinado a la consecución de objetivos de naturaleza innegablemente política, tales como la promoción de la cooperación entre las naciones o el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: «Desde el momento en el que las normas [de derecho internacional] tienen carácter de reglas de derecho, no son menos jurídicas que los artículos de un código civil, por mucho que estén destinadas a obtener resultados políticos». [...]

El desarme de los Estados únicamente sería factible si fuera acompañado por el consiguiente rearme de la comunidad internacional. A falta de este [...], el desarme resulta un riesgo para el conjunto de los miembros de la organización: **«Estar desarmado es estar sin derechos», afirmará Kelsen una y otra vez, bajo la convicción de que apostar por el desarme sería favorecer a quienes violen el derecho internacional.** [...]

«El derecho es un orden de coerción», sostiene Kelsen con total contundencia. Lo que caracteriza cualquier orden jurídico es su capacidad de imponer sanciones, si es necesario, por la fuerza. Ese es su rasgo particular, su especificidad, lo que diferencia al derecho de otros órdenes normativos como la moral o la religión. **Como cualquier derecho, el internacional tiene que ser también un orden coactivo que prescribe sanciones. No podría ser de otra manera si hablamos de orden jurídico** [...]

El ordenamiento internacional no prohíbe todas las guerras, sino solo las de agresión. Esto es, la guerra de parte del Estado que es el primero en cometer un acto hostil de fuerza, y no aquella guerra emprendida por el Estado que se defiende contra su agresor. De manera más explícita, Kelsen dirá que «la guerra y la contra-guerra están en la misma relación recíproca que el homicidio y la pena capital».

La acción bélica, pues, desde el punto de vista del derecho internacional, o es delito o es sanción. No caben opciones intermedias. O se trata de una reacción ante una violación del derecho internacional,

o se trata en sí misma y directamente de una violación del derecho internacional.[...]



Hans Kelsen en 1930. Foto: © [Wikimedia Commons](#)

Como sanción, qué duda cabe, es un instrumento tosco: por su carácter objetivo, la mayor parte de las veces hace pagar a población civil inocente por los desmanes llevados a cabo por sus gobernantes. Pero Kelsen insiste en que su eliminación no es únicamente cuestión de voluntad política, sino de técnica jurídica. Si se quiere eliminar la guerra del escenario internacional, hay que actuar como un cirujano que debe conocer exactamente la función del órgano que se propone extirpar del cuerpo humano para mantener y estimular la vida en ese cuerpo. **La eliminación de la guerra, en consecuencia, solo sería viable en el caso de que se estableciera otro mecanismo capaz de ejercer la coacción en el ámbito internacional. Ahí irán dirigidos todos los esfuerzos del jurista vienés. Pero mientras no se instituya tal mecanismo, no puede más que aceptarse la guerra en tanto que instrumento sancionador. Símbolo, si se quiere, de la situación precaria y primitiva en la que se encuentra el derecho internacional y, al mismo tiempo, paradójico fundamento de su naturaleza jurídica. [...]**

En tanto que los Estados no acepten someter sus diferencias a la autoridad de un tribunal permanente dotado de jurisdicción obligatoria, la guerra no puede ser eficazmente eliminada del derecho internacional. [...]

Si decimos que Kelsen se mantiene fiel a los postulados de su teoría pura del derecho, puede llamar la atención que el segundo artículo presentado en este libro lleve por título «Condiciones esenciales de la justicia internacional». Máxime cuando una de sus críticas más incisivas al Pacto de la Sociedad de las Naciones se había centrado en el abusivo uso del «orgullosa» término *justicia*, relacionado con una falta de cuidado por la técnica jurídica. No obstante, el posicionamiento que Kelsen adopta en el texto de 1941 respecto de la idea de justicia resulta no ser sino una ratificación de su conocido escepticismo ético. Como hará con mayor extensión algunos años más tarde, **el texto comienza interrogándose por el concepto de justicia y comprobando cómo los esfuerzos de los más grandes filósofos de la historia por dotar de contenido a ese concepto han sido en vano.**

Se piense de una manera u otra, la justicia acaba siendo reducida a una cuestión subjetiva, a juicios de valor contaminados por factores emocionales particulares. Se niega, por lo tanto, que el juicio acerca de aquello que es justo o injusto pueda realizarse de acuerdo a criterios objetivos y racionales. De ahí que una **teoría pura del derecho**, como la que Kelsen pretendía construir, **se viera en la necesidad de establecer una distinción tajante entre las normas válidas y las normas justas. La validez normativa puede determinarse de una manera objetiva y racional tomando como referencia otras normas del propio ordenamiento jurídico. La justicia de las normas, por el contrario, solo puede ser determinada de acuerdo a criterios ajenos al derecho.** En consecuencia, determinar si una norma es justa o injusta es una labor que no resulta propia del jurista —al menos no *del jurista cuando ejerce de jurista*—. [...]

Para conservar su estatus de ciencia, el derecho debe conservar su autonomía respecto de la política o de la moral, ámbitos donde no es posible la objetividad, solo el subjetivismo. Esto no quiere decir que la persona del jurista, por lo tanto, sea amoral o apolítica, pero sí que cuando trabaje con las normas, lo deberá hacer sin confundir sus preferencias morales y políticas con las exigencias de lo jurídico. De esta manera, Kelsen tiene claro, y así se entiende al leer su obra, que es preferible el pacifismo al imperialismo. También es preferible la igualdad de todos los pueblos a la superioridad de unos pueblos sobre otros. Para defender estos valores, dará un sutil giro argumentativo y se aferrará a un ideal estrictamente práctico: en realidad, **puede hacerse una equivalencia entre justicia y paz, puesto que por justicia puede entenderse una situación de orden social en la que no hay violencia de unos contra otros. En esa medida, la exigencia de la justicia es la exigencia de la paz.** La justicia es despojada de todo atributo metafísico para convertirse en «paz garantizada por el derecho». **Así, el término justicia internacional debe ser entendido como sinónimo de paz internacional.** Y, una vez más, de lo que más necesita la paz internacional es del perfeccionamiento constante del derecho internacional. [...]

**Defender la necesidad de un tribunal internacional de jurisdicción vinculante no es otra cosa que defender la primacía del derecho sobre la política. Los postulados adoptados por Kelsen en el ámbito interno son plenamente extrapolables al ámbito internacional.** [...]

Para Kelsen, en el ámbito internacional no es que no exista derecho, sino que existe con un acusado grado de descentralización. Desde un punto de vista lógico-jurídico, es el derecho internacional consuetudinario —es decir, el conjunto de normas producidas por la comunidad internacional a través de su práctica reiterada y constante— el que *delega* en el Estado la facultad de satisfacer su propio derecho. El Estado actúa en este caso no como el ente soberano —que algunos, como **Carl Schmitt**, consideran dotado de un *ius belli*—, sino como un auténtico órgano de la comunidad internacional. [...]

**No delinquen los Estados, sino la personas.** Sin embargo, tradicionalmente, cuando esas personas (autoridades, dirigentes políticos, etc.) incumplen lo mandado por el derecho internacional, no son ellos, sino la población del Estado al que representan, quienes soportan las consecuencias de su incumplimiento. En efecto, la guerra, en tanto que instrumento coactivo, difícilmente puede afectar solamente a un puñado de individuos determinados, sino que afecta siempre a una colectividad más o menos grande de personas. En palabras de Kelsen, «la represalia o la guerra no alcanzan a los órganos estatales que han lesionado el derecho internacional, sino a la masa de personas que forman el pueblo». [...]

De esta forma, **la creación de un tribunal internacional fuerte es la gran apuesta kelseniana en el camino hacia la modernización del derecho internacional**

. Tanto en «Las condiciones esenciales de la justicia internacional» (1934) como en «La estrategia para la paz» (1944) encontraremos los primeros trazos del tribunal concebido por Kelsen, que se plasmaría con todo detalle en *La paz por medio del derecho*. En estos dos textos de 1934 y de 1944, que podemos llamar preparatorios, se aprecia una llamativa insistencia en presentar el proceso de evolución técnica del derecho internacional prácticamente como un proceso natural, algo que necesariamente sucederá en el ámbito internacional porque ha sucedido ya en el ámbito interno. Una imagen, pues, de progreso jurídico que evoca la filosofía kantiana, con las sucesivas salidas del estado de naturaleza y la comprensión de la paz como el fin de la historia o como el ideal escondido de la naturaleza. Para Kant, como para Kelsen, el progreso de la historia humana parece depender del desarrollo de la sociedad jurídica. Una paz duradera, dirá el primero, «no es una idea vacía, sino una tarea que, resolviéndose poco a poco, se acerca permanentemente a su fin». [...]

**El establecimiento de una jurisdicción obligatoria constituye «la garantía más fuerte posible para el mantenimiento de la paz».** Solo arrebatando a los Estados la facultad de decidir si se ha cometido o no una infracción y depositando esta facultad en una autoridad imparcial como un tribunal puede iniciarse el camino hacia la pacificación del ámbito internacional. Solo de ese modo los Estados dejarán de dirimir sus controversias por ellos mismos mediante la guerra o las represalias. La instauración de un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria es el primer paso para sustituir la lógica del más fuerte por la lógica del derecho. Para dar ese primer paso, **es imprescindible acabar además con la eterna distinción entre conflictos jurídicos y conflictos políticos, que tiene el efecto de hacer creer a cada uno de los Estados que posee la facultad de sustraer cualquier conflicto a la jurisdicción del tribunal.** [...]

Pero pretender que los Estados, enfundados en los ropajes de su soberanía, vayan a permitir que una instancia externa, un tribunal internacional, imponga su criterio está lejos de resultar una tarea sencilla. Kelsen no es un ingenuo. [...]

**Para ejecutar las sentencias dictadas por el tribunal, lo ideal sería la creación de una fuerza de policía internacional. Pero dicha fuerza de policía solo sería posible a condición de que existiera la obligación correlativa para los Estados de desarmarse o de reducir drásticamente sus armamentos,** estableciéndose así un monopolio mundial del uso legítimo de la fuerza. [...]

Kelsen insiste en que **cada violación del derecho internacional es realizado por individuos concretos, con nombres y apellidos. Sin embargo, la inmunidad de la que han gozado tradicionalmente estos individuos —los gobernantes— ha impedido que pudieran ser juzgados por otros Estados, quedando su responsabilidad disuelta en el dolor de la sanción colectiva** infligida a las poblaciones de los Estados en cuyo nombre actuaban. Instituyendo un tribunal internacional con la capacidad para juzgar a individuos, Kelsen propone invertir esa lógica: se trata de que sea la responsabilidad individual del sujeto la que excluya la responsabilidad colectiva del pueblo, y no al contrario, como hasta ese momento había sido la tónica en la larga historia del derecho internacional.

En consecuencia, no deben ser ya los Estados, sino principalmente las personas, los seres humanos de carne y hueso —cuya responsabilidad sí puede ser determinada de manera individual y subjetiva— quienes pueden ser enjuiciados ante el tribunal internacional. El establecimiento de la responsabilidad individual es el gran paso adelante hacia la completa eliminación de la guerra.[...]

---

## El juicio de Núremberg

Francia, Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética firmaron el 8 de agosto de 1945 el Acuerdo de Londres que establecía el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. Con sede en Núremberg, este tribunal se encargaría de juzgar los crímenes cometidos por los criminales de guerra del Eje. [...]

El problema de la retroactividad se plantea [...] cada vez que se pretende juzgar a alguien por acciones que en el momento en que se cometieron no estaban tipificadas como delitos. La irretroactividad del derecho penal constituye un principio jurídico consagrado en todos los derechos modernos, un claro principio de justicia. Sin embargo, no parece correcto que aquellos que previamente han modificado el derecho para cometer graves violaciones de derechos humanos pretendan ser juzgados por su propio derecho. [...]

En los juicios de Núremberg el tribunal será competente para juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Los tres tipos se refieren a conductas que ya con anterioridad al propio Acuerdo de Londres se consideraban ilegales. [...]

**Lo importante era llevar a juicio a los criminales de guerra, evitar la impunidad. Kelsen parece estar acercándose a una nueva manera de contemplar el derecho, no ya como el continente vacío de contenidos que es en su teoría pura, sino como un ordenamiento que quizá sí esté dotado de algunos contenidos sustanciales irrenunciables.** ¿Es esto así, o estamos ante un espejismo? Tendremos que asomarnos a su trabajo de 1947 para comprobar en qué dirección evoluciona su pensamiento internacional, concluido ya el juicio de Núremberg. [...]

El decepcionado Kelsen no escatima en la dureza de sus afirmaciones: «El Acuerdo de Londres es un privilegio odioso impuesto a los Estados vencidos por parte de los vencedores [...] tales Estados se convirtieron no solo en legisladores, sino en jueces de su propia causa». En efecto, los únicos Estados firmantes del Acuerdo, y los únicos que aportaron sus ciudadanos para ejercer como jueces y como fiscales, fueron las cuatro potencias aliadas: Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética. No es que se excluyera únicamente a los representantes de los Estados vencidos, sino que se excluyó también a cualquier representante de los Estados neutrales, circunstancia que para Kelsen suponía un inmenso desatino. Más cuando, como apunta el jurista austriaco, las potencias vencedoras no dejaron de cometer execrables crímenes. Implícitamente hace referencia a la Unión Soviética, sin duda responsable de crímenes contra la paz, aludiendo a «un Estado» que se repartió el botín de la guerra librada contra Polonia; aunque se cuida de mencionar a «otro Estado» que lanzó dos bombas atómicas sobre la población civil produciendo una masacre sin precedentes —quizá porque era el Estado donde había encontrado su exilio definitivo. [...]

**Los pasajes aquí citados —y otros que se hallarán en este libro— muestran innegables grietas en el edificio de la teoría pura del derecho. Situada ante circunstancias históricas del todo excepcionales, la radical separación entre derecho y moral pierde verosimilitud.**

---

El texto del *Artículo* aquí ofrecido son extractos hilvanados del «Estudio introductorio» a Hans Kelsen: *Derecho y justicia internacional. Antes y después de Núremberg* (Trotta, 2023, pp. 9-70), reproducido con la autorización de la © Editorial Trotta. Ese «Estudio introductorio» está firmado por Cristina

García Pascual y por Jose Antonio García Sáez. El texto del *Avance* aquí dado proviene del resumen de © Editorial Trotta a *Derecho y justicia internacional. Antes y después de Núremberg*, también tomado con autorización. Las negritas y el ladillo son de NR.

Foto de cabecera: Detalle de la Fuente de la Justicia en Fráncfort del Meno. Foto: © [Wikimedia Commons](#)

**Fecha de creación**

18/01/2024

**Autor**

Cristina García Pascual y Jose Antonio García Sáez

Nuevarevista.net