

Positivismo Jurídico y Doctrina del Derecho Natural^(*)

Hans Kelsen

I

El derecho positivo es un orden coercitivo, en el cual las normas son creadas por actos de voluntad de seres humanos; es decir, creadas por vía legislativa, judicial, administrativa o por costumbres constituidas por actos de seres humanos. Como las normas del derecho positivo son creadas por actos de voluntad de seres humanos, ellas pueden ser modificadas arbitrariamente, y son diferentes según las épocas y según los pueblos.

Una teoría que restringe su objeto a estas normas corresponde al principio del positivismo jurídico. Éste no toma en consideración las normas que emanan de una autoridad sobrehumana; por esta razón excluye del dominio de la Ciencia del Derecho todo derecho divino; es decir, un derecho supuestamente creado por Dios o por una entidad de género divino. En consecuencia, excluye también el pretendido derecho natural, derecho que, siguiendo la doctrina de este derecho natural, es inmanente a la naturaleza.

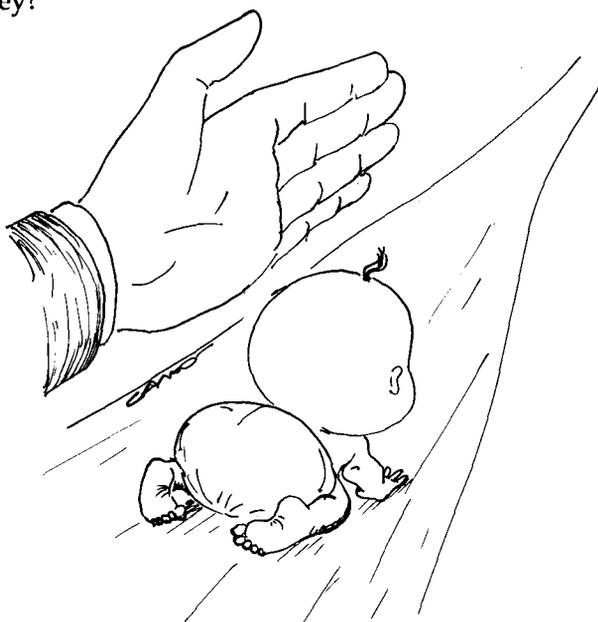
II

La doctrina del derecho natural difiere del positivismo jurídico por la manera en que ella responde a la cuestión de la justificación de la validez de la ley. A esta cuestión, es decir, a la cuestión de saber si, y por qué, el derecho positivo es aceptable, es decir, que requiere obediencia, la respuesta de la doctrina del derecho natural es ésta: cierto derecho positivo es aceptable porque el contenido de sus normas corresponde al contenido de normas de un orden más elevado; de un orden diferente a aquel del derecho positivo y superior, un orden inmanente en la naturaleza, en la naturaleza de las cosas o en la naturaleza del hombre. Estas normas pueden ser descubiertas por un análisis cuidadoso de la naturaleza. En otras palabras, las normas del derecho natural pueden ser deducidas de la naturaleza; y, no siendo obra del hombre, ellas son inmutables, válidas, no como la ley positiva hecha por el hombre únicamente para aquí o para allá, sino en todas partes y siempre. Este orden normativo, inmanente

(*) El texto que antecede fue publicado originariamente en *Mélanges en l'honneur de JEAN DABIN*, T. I, Editions Sirey, Paris, 1963, pp. 141-148 con el título "Positivisme juridique et doctrine du droit naturel". Como se sabe, HANS KELSEN fue un crítico desapasionado de la doctrina del Derecho Natural, teniendo en cuenta que lo que trataba de cimentar era una verdadera Ciencia del Derecho desde el punto de vista científico racional. No obstante ello, en alguna oportunidad, que no es el caso analizar aquí, se ha tratado de ubicarlo entre los pensadores que creían en el eterno retorno del Derecho Natural (Vid. ENRIQUE LALAGUNA "La posición de KELSEN en el renacimiento del Derecho Natural", *Ivs Canonicvm*, Vol. II, Pamplona, 1962, pp. 585-594). Algo más. Desde sus inicios la Teoría Pura del Derecho a través de su máximo exponente centró su mirada en la doctrina del Derecho Natural. Así, tenemos que KELSEN, en diversas obras de juventud y luego de madurez, ya había expuesto su posición sobre el jus-naturalismo, tan sólo para referirnos a algunas en castellano: "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", Buenos Aires, 1946; "La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N° IV, 1961, pp. 8 - 45, que contiene también el texto alemán que fue traducido al idioma español por EUGENIO BULYGIN; y "Bases de la Teoría del Derecho Natural" *Ivs Canonicvm*, Vol. II, Pamplona, 1962, pp. 577 - 584. Ahora, contribuyendo a difundir el pensamiento kelseniano mediante sus obras, muchas de ellas todavía inéditas y otras aún sin publicarse en castellano, damos a la estampa el presente ensayo gracias a la autorización concedida por el HANS KELSEN - Institut, que dirige en Viena ROBERT WALTER. La traducción directa del francés fue realizada por PERCY CASTILLO BENITES, y la revisión técnica estuvo a cargo de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. (JOSÉ PALOMINO MANCHEGO).

en la naturaleza, es el orden justo de la conducta humana; el derecho natural es la justicia absoluta. De acuerdo a esta doctrina, el derecho positivo no es aceptable sino cuando corresponde al derecho natural, y solamente en la medida en que le corresponde; es decir, en la medida en que es justo; no es aceptable, y entonces no debe ser obedecido y aplicado, si no corresponde al derecho natural, si es injusto. La razón de la validez del derecho positivo no debe buscarse en él mismo, sino en el derecho natural. De esta manera, la doctrina del derecho natural se considera ella misma como capaz de proporcionar un criterio absoluto de la justicia o de la injusticia y, en consecuencia, de la validez o de la no validez del derecho positivo.

El positivismo jurídico rehusa a responder a la cuestión de la justificación de la validez del derecho positivo por referencia a otro orden normativo, que sea diferente al derecho positivo y superior a él. No reconoce sino un derecho, el derecho positivo; tiene, en oposición al carácter dualista de la doctrina del derecho natural, un carácter monista. ¿Por qué el positivismo jurídico no acepta la respuesta de la doctrina del derecho natural a la cuestión de la justificación de la validez de la ley?



III

La doctrina del derecho natural afirma que ella alcanza el derecho justo inmanente en la naturaleza, deduciéndolo de la naturaleza, así como los hombres extraen el oro de la tierra. Sin embargo, la naturaleza, desde el punto de vista de la ciencia, es un conjunto de hechos entrelazados unos a otros por la ley de la causalidad; y la deducción de normas a partir de hechos es lógicamente imposible. Un enunciado concerniente a la naturaleza es un enunciado de hechos, el enunciado

de alguna cosa existente; el enunciado de una norma, por el contrario, es un enunciado de lo que debe ser. Del enunciado que alguna cosa existe no resulta y no puede resultar que alguna cosa debe ser, lo mismo que del enunciado que alguna cosa debe ser no resulta y no puede resultar que alguna cosa es. En la naturaleza nosotros constatamos el hecho de que el pez grande se come al pez chico, pero ello no implica que el pez grande debe comerse al pez chico o que el pez grande no debe comerse al pez chico.

Si, como lo pretende la doctrina del derecho natural, existen normas que rigen la conducta humana, que se pueden encontrar en la naturaleza, ellas no podrían ser sino normas creadas por la naturaleza, como legisladora. Esto significa atribuir una voluntad a la naturaleza. Ésta es una superstición animista del mismo género que la creencia de los pueblos primitivos de que la naturaleza está animada, que todas las cosas tienen un alma; a menos que la voluntad creadora de la norma, que se le supone estar en la naturaleza, sea la buena voluntad de Dios, manifestada en la naturaleza creada por él. Esta creencia religiosa está, de hecho, en la base de la doctrina del derecho natural, tanto que era ya preconizada en la antigüedad, especialmente por la filosofía estoica, y más tarde, por la teología cristiana. Sólo porque es, en última instancia, de origen divino, es que del derecho natural puede decirse, contrariamente al derecho positivo, que es inmutable, aceptado siempre y en todas partes; formando, a este título, el criterio absoluto de la justicia o de la injusticia de todas las leyes positivas.

Es cierto que se han hecho tentativas por algunos representantes de la doctrina del derecho natural para liberar a esta doctrina de su base religiosa. La tesis de Hugo Grocio, uno de los representantes clásicos de la doctrina del derecho natural, es bien conocida: que el derecho natural sería igualmente aceptable aun si nosotros supusiéramos que no existe Dios (*non esse Deum*); pero añade: "suposición que no es posible sin el más grande pecado" (*quod sine summa scelere dari nequit*). Y en el párrafo siguiente, dice: "El derecho natural, aunque emana de principios inmanentes en la naturaleza del hombre, puede ser atribuido a Dios porque Él ha deseado que estos principios existan en nosotros" (*naturale jus... quamquam ex principiis homini internis profluit, Deo tamen adscribi merito potest, quia ut talia principia in nobis existerent ipse voluit*).

Si la autoridad, de la cual el derecho natural se supone que emana, no tiene un carácter supra-humano, divino, este derecho no puede servir de modelo absoluto para la determinación de la justicia o de la injusticia de toda ley positiva. Un derecho natural concebido así está privado de su función principal. Además, si la voluntad creadora de la norma no está en la voluntad de

Dios expresada en la naturaleza, no hay respuesta a la cuestión de saber cómo esta voluntad creadora de la norma entrará en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural rehusa hacer derivar, en último análisis, el derecho natural de la voluntad de Dios o de una autoridad de género divino en la naturaleza, las normas de justicia que ella pretende descubrir en la naturaleza no pueden ser otras que las normas que los representantes de esta doctrina, por una razón o por otra, presuponen dentro de sus propios espíritus y que ellos proyectan en la naturaleza de tal modo para deducirlas de aquélla. Pero esta deducción se engaña a sí misma.

Que la naturaleza no es la verdadera fuente del pretendido derecho natural está confirmado por el hecho de que los diversos representantes de esta doctrina han deducido de ella normas naturales bastante diferentes y contradictorias entre sí. Algunos, entre ellos, por ejemplo, Robert Filmer, enseñan que la ley natural es la autocracia. Otros, por ejemplo, John Locke, que la democracia es el derecho natural, es decir, la forma justa de gobierno. Algunos, como Richard Cumberland, afirman que sólo la propiedad individual es conforme a la naturaleza y que la propiedad colectiva le es contraria; mientras que otros, como Morelly, aseguran que es lo contrario; que la propiedad individual, fuente de todos los males sociales, es una violación del derecho de la naturaleza y que sólo la propiedad colectiva, es decir, el comunismo, es el orden natural y justo de la sociedad.

IV

La imposibilidad de la idea de un derecho inmanente en la naturaleza deviene particularmente evidente cuando se ensaya deducir el derecho natural de la naturaleza del hombre. De esta naturaleza se hace derivar un derecho que ordena al hombre vivir en paz con los otros hombres, de abstenerse del empleo de la fuerza en sus relaciones mutuas. La naturaleza del hombre se manifiesta en su conducta real; y hay, ciertamente, hombres cuya conducta está verdaderamente determinada por el amor a la paz, hombres que desean vivir en buenos términos con sus semejantes, que desean ser amados, ser estimados por ellos. Son hombres del tipo altruista. Pero hay también, ciertamente, hombres cuya conducta no está determinada por tales sentimientos, sino por inclinaciones agresivas, hombres que desean ser temidos antes que ser amados; y estas inclinaciones llegan a existir en virtud de las mismas leyes de causalidad que las inclinaciones opuestas. Son hombres de un tipo fundamentalmente egoísta.

La única razón de reconocer una cosa como "natural" es que ella existe realmente en la naturaleza,

y esto significa que ella es el efecto de una causa determinada. Si el amor a la paz es natural, la inclinación agresiva no puede ser considerada como "no-natural", puesto que ésta existe en virtud de la misma ley de causalidad que el amor a la paz. De lo contrario, se llegaría a la noción, en contradicción consigo misma, de una naturaleza "no-natural" Uno de los más ilustres representantes de la doctrina del derecho natural, Tomás de Aquino, intentaba fundamentar la prohibición del suicidio -decretado por la Iglesia- sobre la naturaleza del hombre, sobre su instinto de conservación. Sin embargo, es un hecho innegable que este instinto no prevalece siempre en todas las circunstancias, pues así lo prueban las estadísticas del suicidio. Hay situaciones en las cuales un hombre prefiere poner fin a su vida, antes que continuarla en circunstancias que él estima insoportables. E, incluso, el hecho de un suicidio en masa ha sido observado en algunas sociedades. Como el suicidio existe realmente, este hecho es tan natural como cualquier otro hecho existente.

La objeción habitual: actitudes egoístas, inclinaciones agresivas, suicidio, no son sino excepciones; por conducta "natural" no se puede entender sino la conducta "normal", la conducta de la inmensa mayoría de los hombres. Esta objeción no resiste; porque la conducta humana normal (en este sentido del término «normal») es muy diferente según la épocas y en las diferentes sociedades. En los tiempos primitivos, era enteramente normal y considerado como justo tratar a los extranjeros como no estando protegidos por la ley del país al que ellos llegaban y que no había lugar en consecuencia para respetar su vida, sus libertades o sus bienes. Era también normal ejercer justas represalias contra todos los miembros de un grupo social por el crimen cometido solamente por uno de ellos; o sacrificar seres humanos a los dioses en cumplimiento de un deber religioso. En la Edad Media, era normal creer en la existencia de brujas que tenían relaciones con el diablo y quemarlas vivas en nombre del derecho y de la justicia. Y aun, en el siglo XIX, incluso en países civilizados, era normal tratar a seres humanos como a esclavos. Sin embargo, ahora, toda esa conducta es condenada como fundamentalmente mala -y desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural- debe ser considerada como no natural por injusta. Incluso, si fuera posible -lo que, en realidad, es imposible- determinar ciertas reglas de conducta humana que fueran efectivas siempre y en todas partes y sin excepción, como lo son las leyes de causalidad, las leyes de la física, de la química, de la biología, o sea, las verdaderas leyes de la naturaleza, sería un error que se interpretasen estas reglas como normas de la conducta humana, como leyes según las cuales los hombres deberían conducirse como ellos tienen realmente la costumbre de conducir-

se. En efecto, sin contar el hecho de que semejantes normas serían completamente superfluas, puesto que no tiene sentido ordenar a los hombres conducirse de la manera en que, por su naturaleza misma, se conducen realmente siempre y en todo lugar y sin excepción, es, lógicamente, imposible extraer una norma de un hecho; decir que una cosa debería ser hecha, puesto que, en realidad, ella está hecha.

“... la doctrina recientemente propuesta de un derecho natural relativo y ya no más absoluto (...) llega a la autodestrucción de la idea originaria del derecho natural”

V

Siguiendo una doctrina coherente del derecho natural, una ley positiva, es decir, un orden normativo establecido por actos de seres humanos, que resulte eficaz, debe ser considerada como nula y sin valor si no guarda correspondencia con el derecho natural. La mayor parte de los representantes de la doctrina de la ley natural afirman este principio; pero, al mismo tiempo, adelantan diversos argumentos a fin de reducir la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural, sino de excluir completamente semejante conflicto, de suerte que la validez del derecho positivo no sea seriamente puesta en peligro por la validez del derecho natural. He aquí un ejemplo: Si surge el problema de saber si cierta norma del derecho positivo es o no conforme al derecho natural y debe, en consecuencia, ser o no considerada como válida, la cuestión no puede ser resuelta por todo el mundo. Porque, si todo el mundo tuviera este poder, cada uno podría rehusar obedecer la ley positiva, lo que conduciría a la anarquía. Por consiguiente, una doctrina del derecho natural que desee evitar esta consecuencia, debe afirmar que la cuestión puede ser zanjada únicamente por el autor de la ley positiva. Cuando un legis-

lador publica una ley, pretende siempre que la ley sea justa, y no admite jamás que ella sea injusta; y si es él quien tiene el poder de decidir esta cuestión, la ley positiva deberá siempre ser considerada como válida por aquéllos a quienes regula la conducta. Históricamente, la doctrina del derecho natural tenía en el fondo un carácter esencialmente conservador. Su tendencia política era reforzar antes que debilitar la autoridad de la ley positiva. No es sino excepcionalmente que ella tiene un efecto reformador e incluso revolucionario; y si una doctrina revolucionaria aparecía -como al fin del siglo XVIII en Francia y en Norteamérica- rápidamente la doctrina conservadora del derecho natural venía en ayuda del orden establecido. De todas maneras, una doctrina de derecho natural ofrece la posibilidad de justificar toda ley positiva en un sentido absoluto y no solamente en un sentido relativo. Es, precisamente, esta posibilidad lo que hace a la doctrina del derecho natural tan atractiva, particularmente en los tiempos en que -como los nuestros- un orden social establecido es gravemente amenazado luego de dos guerras mundiales y de la revolución rusa. Pero la necesidad política de una justificación absoluta del derecho positivo o, como se le formula habitualmente, la necesidad de un patrón absoluto al cual pueda referirse para la evaluación de toda ley positiva, esta necesidad sólo puede ser satisfecha por una doctrina del derecho natural, si el derecho natural alegado se presenta como un orden de justicia eterna, invariable. Ello sólo es posible si este orden está fundado sobre una autoridad trascendente, supra-empírica, lo que significa una creencia religiosa. Por lo que la doctrina recientemente propuesta de un derecho natural relativo y no absoluto, que no sería el mismo en todas partes y siempre, sino que podría cambiar y ser diferente según las circunstancias cambiantes, llega a la autodestrucción de la idea originaria del derecho natural.

VI

Uno de los más grandes filósofos, David Hume, en su célebre *Treatise on Human Nature*⁽¹⁾ ha demostrado que "las leyes de la justicia, siendo universales y completamente inflexibles, no pueden jamás derivar de la naturaleza, ni ser el fruto inmediato de algún motivo o inclinación natural(...); estas reglas (de justicia) son artificialmente inventadas con miras a un determinado fin y son contrarias a los principios comunes de la naturaleza humana, los que se acomodan, ellos mismos, a las circunstancias, no definiéndose según un método de aplicación invariable". ■

(1) The Philosophical Works of David Hume, editado por T.H. Green y J.H. Grose, London, 1882, vol. II, pág. 298 - 299