

CAPÍTULO SEXTO

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL

XL. LA CRÍTICA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL EN Kelsen⁴⁶⁵

El positivismo kelseniano está esencialmente vinculado con su rechazo del derecho natural y de la justicia, en cuanto temas que serían completamente ajenos a la ciencia jurídica. Si bien en *Problemas capitales* las referencias a esta materia eran escasas, ya estaba implícita la actitud fundamental del autor —su repulsa—, puesto que suscribía un claro monismo jurídico conforme al cual el derecho se reduciría al derecho positivo.

Pronto, sin embargo, la crítica al iusnaturalismo se introdujo en la doctrina kelseniana de forma temática, incluyéndose en publicaciones dedicadas a diversos problemas de teoría jurídica⁴⁶⁶ o haciéndola objeto de trabajos monográficos. Los primeros artículos específicos sobre este asunto se remontan a los años 1927 y 1928.⁴⁶⁷ El escrito más extenso de esa primera

⁴⁶⁵ Sobre esta materia véase Moor, J., “Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus”, *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, cit., pp. 58-105; Englis, Karel, “Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit. Ein Beitrag zur Theorie der gesellschaftsordnungen”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 47, 1961, pp. 301-332; Utz, A. F., “Die Gerechtigkeit, der Prüfstein naturrechtlichen Denkens. Zur neuesten Naturrechtscritik von Hans Kelsen”, *Die Neue Ordnung*, 15, 1961, pp. 187-194; Lalaguna, Enrique, “La posición de Kelsen en el renacimiento del derecho natural”, *Ius Canonicum*, 2, 1962, pp. 585-594; Azpurua Ayala, R., *El derecho natural y la idea de justicia en la obra de Hans Kelsen*, Caracas, 1964; Quintana, Fernando, “El problema de la justicia en Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 93-139.

⁴⁶⁶ Ya desde su artículo *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, cit., en 1913.

⁴⁶⁷ Kelsen, H., “Die Idee des Naturrechtes”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7 (1927-1928), pp. 221-250; y “Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchungen ihres gegenseitigen Verhältnisses”, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 2, 1927-1928, pp. 71-94. Del primero existe traducción castellana: “La idea del derecho natural”, en el volumen del mismo nombre, Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 13-52; y está incluido en Klecatsky, H., *et al.*, cit., I, pp. 245-280.

época acerca de este problema es *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico) (1928).⁴⁶⁸ La preocupación de Kelsen por este tema continuará, de manera casi ininterrumpida, hasta el fin de su vida. De entre sus múltiples trabajos en este campo⁴⁶⁹ nos parece que los siguientes son especialmente dignos de destacar: *The Metamorphoses of the Idea of Justice* (Las metamorfosis de la idea de justicia) (1947);⁴⁷⁰ *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* (La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia) (1949);⁴⁷¹ *Was ist Gerechtigkeit?* (¿Qué es justicia?) (1953);⁴⁷² la colección de ensayos en inglés también titulada *What is Justice?* (¿Qué es justicia?) (1957),⁴⁷³ *Justice et Droit Naturel* (1959),⁴⁷⁴ incluido luego como apéndice de la segunda edición alemana de *Teoría pura*, con el nombre de *Das Problem der Gerechtigkeit* (El problema de la justicia) (1960), y su último escrito de cierta extensión sobre estos temas: *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (El fundamento de la doctrina del derecho natural) (1963),⁴⁷⁵ centrado en la tesis de que el derecho natural ha de tener, necesariamente, un fundamento teológico. En nuestra exposición seguiremos, en líneas generales, el contenido del apéndice sobre el problema de la justicia que figura en la última edición de la *Teoría pura*. Nos atenderemos a la traducción castellana —*Justicia y derecho natural*—⁴⁷⁶ hecha sobre la base de la versión francesa de 1959. Las variaciones con respecto a la edición alemana del año siguiente son de escasa monta. Por dos razones hemos elegido esta síntesis como pauta de nuestra exposición: porque, por voluntad de Kelsen, se incluyó como

⁴⁶⁸ *Cit.*

⁴⁶⁹ La enumeración de los principales en Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, pp. 114 y 115. Kelsen escribió trabajos especializados sobre las doctrinas de Platón, Aristóteles, la sagrada Escritura y el teólogo protestante Emil Brunner.

⁴⁷⁰ *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 390-418.

⁴⁷¹ *The Western Political Quarterly*, 2, 1949, pp. 481-513, Hay versión castellana en “¿Qué es Justicia?”, pp. 64-112.

⁴⁷² Viena, F. Deuticke, 1953.

⁴⁷³ Se subtítulo *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957 (trad. *¿Qué es justicia?, cit.*).

⁴⁷⁴ *Cit.*

⁴⁷⁵ *Cit.* Es el texto de una ponencia presentada por Kelsen en un coloquio con iusnaturalistas que tuvo lugar en Salzburgo en 1962. Un resumen, que recoge la exposición oral de aquella ocasión, se encontrará en *Ius Canonicum*, 2, 1962, pp. 577-584, bajo el título “Bases de la teoría del derecho natural”.

⁴⁷⁶ *Cit.* Para referirnos a esta traducción usaremos la abreviatura JDN. Indicaremos, además de las páginas, el número del párrafo para facilitar la búsqueda del pasaje en otras ediciones.

apéndice de su obra principal —*Teoría pura del derecho*—, al hilo de la cual hemos estructurado todo el presente trabajo, y debido a que corresponde al último tratamiento completo de esta problemática dentro de la bibliografía kelseniana.

Hans Kelsen es, tal vez, el más decidido y perseverante adversario del derecho natural en nuestro siglo. Demostró un afán constante por criticarlo a fondo, con el ánimo siempre renovado de desterrarlo del quehacer científico de los juristas. Siempre estimó esta parte de su labor como íntimamente unida a la construcción positiva de su teoría jurídica,⁴⁷⁷ como lo manifiesta el hecho de que en sus obras de ciencia del derecho haga constantes referencias al derecho natural y a la justicia, y de que en sus escritos sobre estas cuestiones aluda con frecuencia a las conclusiones de su *Teoría pura*.

En las primeras ediciones de la *Teoría pura* el autor trataba de la justicia y el derecho natural en el cuerpo del libro.⁴⁷⁸ En 1960, fuera de que lo toca varias veces a lo largo de los diversos capítulos,⁴⁷⁹ le consagra el extenso apéndice mencionado. Cabría preguntarse cuál es el significado de este cambio sistemático. Pensamos que no reviste particular relevancia: la vinculación entre el positivismo puro y la crítica del iusnaturalismo permanece intacta. Quizá la misma amplitud con que en esta ocasión nuestro autor ha querido desarrollar esta temática le haya inducido a trasladarla a un anexo. Por lo demás, puede que influya el deseo de resaltar la diversidad de niveles epistemológicos que media entre su quehacer como artífice de la *Teoría pura* —situado en los dominios de la ciencia del derecho en sentido estricto—, y su tarea de crítico del derecho natural —encuadrada, conforme a su opinión, en el terreno de la filosofía jurídica—.⁴⁸⁰ En *Justicia y derecho natural* Kelsen declara, sin embargo, que su labor de crítica pretende ser científica: en efecto, su filosofía jurídica es netamente negativa, ya que en nombre de la ciencia rechaza un conocimiento racional de objetos no captables por las ciencias positivas.

En todos sus trabajos sobre la doctrina del derecho natural se encuentran las mismas ideas de fondo, aunque formuladas de muchos modos diversos y apoyadas en una amplia variedad de argumentaciones. Lo central de su pensamiento a este respecto es una combativa negación, consecuencia inmediata de la “pureza”: el derecho natural no es derecho. No obstante,

⁴⁷⁷ Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y Obra, cit.*, pp. 73 y 114 ss.

⁴⁷⁸ TP (ed. fr.), pp. 55-69, y 101-112; TP (1a. ed. al.), nn. 8-11, pp. 37-51.

⁴⁷⁹ TP (2a. ed. al.), nn. 10-13, pp. 76-82; n. 34 i y j, pp. 228-232, además de otras muchas alusiones más circunstanciales.

⁴⁸⁰ *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, cit.

como labor previa e indispensable, Kelsen examina con detalle las doctrinas iusnaturalistas, y de este estudio pueden extraerse interesantes conclusiones en torno a lo que podría llamarse la idea kelseniana del derecho natural. Este capítulo de nuestro trabajo procurará, sobre todo, avanzar algo en esa dirección, que, a nuestro juicio, permite sacar valiosas enseñanzas.

De acuerdo con la sistemática de *Justicia y derecho natural*, dividiremos nuestra exposición en dos partes. En la primera analizaremos la crítica kelseniana de la justicia, procurando mostrar la peculiar noción que nuestro autor maneja e intentando una valoración de sus desarrollos acerca de las “normas de justicia”. La segunda parte estará destinada al derecho natural, y se subdividirá en dos apartados: uno sobre el concepto de derecho natural en Kelsen, y otro que resumirá las razones de su rechazo del iusnaturalismo. Conviene advertir que, en la obra del autor, las expresiones “justicia” y “derecho natural” vienen a ser casi sinónimas, como quedará de manifiesto una vez que se conozca cómo las interpreta. Sin embargo, puede decirse que la doctrina del derecho natural, para Kelsen, aparece como una de las teorías que propugnan la existencia de normas absolutas de justicia: sería aquella que hace derivar dichas normas a partir de la naturaleza.⁴⁸¹ Pero indudablemente siempre la considera como la más importante de esas teorías, y por ello el derecho natural aparece también a menudo en la sección concerniente a la justicia. De ahí que la división hecha por el autor no corresponde tanto a una diversidad en la materia tratada, sino más bien a una doble vía crítica que recorre el jurista vienés: por un lado, pretende mostrar la vaciedad de las formulaciones en que se expresan las “normas de justicia”, y por otro, impugna las bases de la doctrina del derecho natural, comparándolas con las de la *Teoría pura*. Como es obvio, ambas vías son convergentes en cuanto le llevan a desechar, como no jurídico, todo aquello que no cabe en los estrictos moldes del iuspositivismo.

XLI. LA JUSTICIA⁴⁸²

1. *La concepción kelseniana de la justicia*

La justicia es una propiedad que puede aplicarse a objetos diversos y, en primer lugar, a los seres humanos. Se dice así de un hombre, en particular de un legislador o de un juez, que es justo o injusto. En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda vir-

⁴⁸¹ JDN, n. 30, pp. 102 y 103.

⁴⁸² *Ibidem*, A. “Las Normas de Justicia”, nn. 1-27, pp. 29-98.

tud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética.⁴⁸³

Así comienza la primera parte de *Justicia y derecho natural*. Como se ve, Kelsen considera a la justicia, ante todo, como virtud, con lo que modifica su enfoque anterior, que la veía primariamente como cualidad de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres, y sólo secundariamente como virtud.⁴⁸⁴ Sin embargo, esta modificación no conlleva ninguna transformación en la noción de justicia que utiliza el autor. En efecto, inmediatamente después describe lo que llama la “norma de justicia”, y se centra, de allí en adelante, en una perspectiva netamente normativista, hasta el punto de que el título de toda la primera sección es, precisamente, “Las normas de justicia”.

Observemos cómo pasa de la virtud a la norma, mostrándonos que, incluso en cuanto virtud, la justicia sería primordialmente adecuación a la norma:

Ahora bien, la cualidad o virtud de la justicia que se atribuye a un hombre es algo que se manifiesta en su comportamiento, concretamente en su comportamiento con respecto a los demás hombres, es decir, en su comportamiento social. Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaure como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que, a causa de ello, ha adquirido valor de justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia. Dado que las normas de la moral son normas sociales, es decir, normas que regulan el comportamiento de determinados hombres con respecto a otros, resulta que la norma de justicia es una norma moral; en consecuencia, también desde este punto de vista la noción de justicia pertenece igualmente al campo de la moral.⁴⁸⁵

Dentro de la moral, concebida de modo esencialmente social, Kelsen acota el sector de la justicia en razón de referirse al trato con respecto a los demás. Lo aclara con un ejemplo: la norma “nadie debe darse muerte a sí

⁴⁸³ *Ibidem*, n. 1, p. 29.

⁴⁸⁴ *¿Qué es justicia?*, *cit.*, pp. 35 y 36. Sobre la justicia como virtud se consultará con provecho la excelente obra de Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1976, pp. 83 y ss.

⁴⁸⁵ JDN, n. 1, pp. 29 y 30.

mismo” puede ser norma de una moral, que prohíbe semejante conducta a causa de sus efectos perniciosos sobre la sociedad, mas no podría ser norma de justicia, porque no mira al trato que ha de darse a otro. En cambio, castigar o no la tentativa de suicidio sí que es un problema de justicia, ya que está en juego un determinado tratamiento que debe aplicarse a los hombres. Por tanto, para Kelsen, toda norma moral que regule un comportamiento humano que se refiere a otro ser humano constituiría una norma de justicia. Basta la nota de alteridad para que, en su opinión, estemos ante un problema de justicia. Toda alusión al derecho como objeto de la justicia brilla aquí por su más completa ausencia.

Enseguida se refiere a la justicia como norma y criterio de la realidad. Como toda norma, la justicia aparece como patrón valorativo de lo real, o sea, del comportamiento humano calificado como justo o injusto. Kelsen mantiene fielmente su rígida incomunicación entre realidad y valor. Una acción, por ende, no sería justa o injusta en sí misma sino en relación con una norma de justicia con la que se confronta. La realidad es así *valorada* por la norma, de modo positivo o negativo.

Lo expuesto hasta ahora no plantea especiales problemas para el jurista de Viena. Se trata simplemente de la existencia de normas morales de un determinado tipo, entendidas como parte de un sistema social diverso y completamente separado del orden jurídico.⁴⁸⁶ El problema surge cuando se pretende que esas normas morales de justicia sirvan como criterio de valoración, ya no de las conductas humanas, sino también de las normas de un orden jurídico positivo. De esta manera, se podría juzgar al derecho positivo como justo o injusto, bueno o malo, lo cual implicaría la posibilidad de valorar una norma por medio de otra norma.

Supone esto —explica el autor— que ambas, la norma de justicia y la norma de derecho positivo, son consideradas simultáneamente como válidas, cosa que resulta imposible cuando las normas son contradictorias. En este supuesto, sólo una de las dos puede ser considerada válida. Así tenemos: frente a una norma de justicia que se supone válida, una norma de derecho positivo que la contradiga no puede ser considerada válida; o en caso contrario: frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justicia que la contradiga no puede ser considerada válida.⁴⁸⁷

Aunque esta formulación no se avenga con las últimas posiciones de Kelsen en el tema de la aplicación del principio de contradicción a las nor-

⁴⁸⁶ TP (2a. ed. al), n. 9.

⁴⁸⁷ JDN, n. 3, pp. 31 y 32.

mas, pensamos que incluso en este postrer contexto, el núcleo de la argumentación continúa siendo válido dentro de la *Teoría pura*: en el fondo, es una afirmación de rigurosa separación entre derecho y moral. Por eso desde un enfoque iusnaturalista no podrá haber normas válidas de derecho positivo que se opongan al derecho natural. Tales normas serían inválidas y, por tanto, inexistentes como normas. Más aún:

Si la norma de derecho positivo no es válida sino en la medida en que corresponde a la norma de justicia, se deriva de aquí que el elemento válido de la norma de derecho positivo no es otro sino la norma de justicia... Ello viene a significar que, en esta teoría, sólo se supone validez al derecho natural, es decir, a la norma de justicia y no al derecho positivo en cuanto tal.⁴⁸⁸

En consecuencia, nuestro autor no admite un dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo que los considere como dos órdenes normativos simultáneamente válidos. Para él, ese dualismo debe disolverse en alguna dirección: o bien hacia un monismo iusnaturalista —que supondría negar la validez intrínseca del derecho positivo—, o bien, como él lo hace, hacia un monismo puramente positivista. Lo que de ninguna manera podría darse es una valoración de normas por otras normas, ya que ello sería absurdo: “¿Cómo una norma que constituye un valor (y toda norma válida constituye un valor), cómo el valor mismo puede ser valorado?... Un valor dotado de valor, una norma conforme a la norma es un pleonasma; un valor extraño a todo valor, una norma contraria a la norma constituye una contradicción interna”.⁴⁸⁹

Llegamos así a lo que, para Kelsen, constituye la clave de la distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: “*La validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia*: esta afirmación constituye la diferencia esencial entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico”.⁴⁹⁰ Caracterizando al positivismo, insiste en distinguir y separar el valor jurídico de las normas —o sea, su validez, tal como se concibe en la *Teoría pura*—, y su valor de justicia, que, como no afectaría a la validez de la norma, se atribuye directamente no a la norma misma, sino al acto que la crea. Por consiguiente, al sostener que una norma de derecho positivo es injusta, se querría decir que el acto que la produjo se valora, conforme a determinada norma de justicia, como injusto, pero ello carecería de repercusiones jurídicas.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, n. 3, p. 32.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, n. 3, pp. 32 y 33.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, n. 4, p. 33. Las cursivas son nuestras.

Como se puede apreciar, en la concepción del creador de la *Teoría pura*, la norma de justicia —si se aceptase como válida— no sería un mero ideal o idea del derecho, al margen de los cuales el derecho positivo podría seguir siendo considerado como derecho. Por el contrario, la norma de justicia aparece como auténtica norma jurídica, superior al derecho positivo, y de la que dependería el valor de toda norma positiva.

A continuación afirma el carácter necesariamente general inherente a toda norma de justicia. “Una norma es general cuando su validez (es decir, la obligación de seguirla y aplicarla) no se da solamente, como en la norma individual, para un único caso, sino para un número *a priori* indefinido de casos iguales”.⁴⁹¹ En este aspecto —señala Kelsen— se parece al concepto abstracto, pero inmediatamente recuerda su distinción entre este último, como función del conocimiento, y la norma, en cuanto función de nuestro deseo o voluntad. Por eso no cabría deducir una norma a partir de un concepto: implicaría el tránsito indebido entre lo que es y lo que debe ser.

De las normas generales de justicia —usando el plural del que, conforme a su relativismo, nuestro autor gusta sobremanera— se deducirían normas individuales, en virtud de lo que llama el “silogismo normativo”. Su premisa mayor enuncia la norma general, mientras que en la premisa menor se contiene el supuesto fáctico correspondiente, y en la conclusión la respectiva norma individual. Por ejemplo: “si todos los hombres deben decir la verdad, y yo soy hombre, luego yo debo decir la verdad”.⁴⁹²

Reitera su concepción de la norma fundamental, que habría de existir en todo sistema normativo, y, por tanto, también en las normas de justicia. La norma de justicia siempre debería encontrar su fundamento de validez en otra norma superior, no en la realidad, y como este proceso de justificación normativa ha de tener un fin, se llega a la correspondiente *Grundnorm*. Y termina esta parte de su exposición con las siguientes palabras:

La justicia es así, en última instancia, la propiedad de una norma suprema que no puede ser a su vez deducida, es decir, que no puede ser legitimada por nada diferente de ella misma y que se presupone objetivamente válida, una norma, pues, que prescribe un determinado trato que los hombres deben aplicar a los demás y que constituye de este modo un valor específico, el valor de justicia.⁴⁹³

⁴⁹¹ *Ibidem*, n. 5, p. 37.

⁴⁹² *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, pp. 203 y ss, donde se reformula esta doctrina en armonía con sus últimos desarrollos sobre derecho y lógica: resalta que no hay deducción entre norma general e individual. Pero sí una fundamentación de validez que puede ser expresada en un silogismo teórico, no normativo.

⁴⁹³ JDN, n. 7, pp. 40 y 41.

Antes de pasar adelante, conviene hacerse cargo de las peculiaridades de la precedente definición de la justicia. El método más sencillo para ello consiste en compararla con la clásica definición: virtud que inclina a la voluntad a dar a cada uno lo suyo, esto es, su derecho. De entrada, se nota que el enfoque kelseniano se aparta de la consideración de la virtud, que atiende a la real existencia de un hábito humano, centrándose exclusivamente en la norma. Además, la justicia kelseniana se desconecta enteramente del concepto de “lo suyo”, es decir, del objeto que especifica a la justicia como virtud. Es muy lógico, por tanto, que el campo regido por las “normas de justicia” se extienda —en la exposición de nuestro autor— a todo aquello que podría denominarse “moral social”, sin que sea posible distinguir, por ejemplo, entre obligaciones de justicia y otro tipo de obligaciones sociales, como las de caridad.

Por otra parte, la noción manejada por el autor está condicionada en forma muy inmediata por todos y cada uno de los presupuestos que le han servido para la construcción de su *Teoría pura*. En primer lugar, es patente su aplicación del principio de separación *Sein-Sollen*: la justicia se relega al ámbito del *Sollen*, y se niega una conexión con el *Sein* que pudiera llevar a concebir acciones injustas en sí, o a captar exigencias de justicia derivadas de la misma realidad social. A la vez, se traslada la teoría de la *Grundnorm* al campo de las normas de justicia, lo que en definitiva constituye también una aplicación de la separación entre el ser y el deber ser que impide fundar una norma en la realidad. El positivismo, y su corolario relativista, cumplen asimismo una destacada función a la hora de intentar una simple descripción empírica de “las normas de justicia” que de hecho regulan la convivencia humana, y una cabal desvinculación de éstas con respecto a todo cuanto excede una percepción a través de los sentidos: la naturaleza humana, los fines naturales del hombre, etcétera.

En fin, para darse cuenta del alcance del concepto que nos presenta el autor, no es menos decisivo percatarse del “deductivismo” que le induce a conceptualizar la moral como un elenco o catálogo de preceptos que se aplicarían en cada caso mediante simple razonamiento silogístico. Como hemos visto al tratar del tipo “estático” de sistemas normativos, Kelsen piensa que también las relaciones entre las normas morales serían reconducibles a esquemas de inferencia deductiva, sin perjuicio de que se acuda a una voluntad positiva que implanta las normas y de que, en último término, haya necesidad de presuponer una norma básica de cada orden moral. No obstante, a la luz de su obra póstuma *Teoría general de las normas*, en la que

sostiene que el principio de inferencia es inaplicable a las normas,⁴⁹⁴ este deductivismo no correspondería a la visión kelseniana de la moral, sino que habría de atribuirse sólo a las doctrinas morales que el autor pretende criticar. En todo caso, este elemento pertenece, indudablemente, al concepto kelseniano de la justicia y del derecho natural.

De este modo, están ya puestas las bases sobre las cuales Kelsen desenvolverá su crítica disolvente de la justicia. El valor de todo su esfuerzo, como es evidente, depende de la solidez de tales presupuestos.

2. *El contenido de las diversas normas de justicia*

Para el establecimiento de normas fundamentales válidas se presupone, en efecto, una pluralidad de normas de justicia diferentes y contradictorias. Un examen científico del problema de la justicia debe partir de estas normas fundamentales, es decir, de las representaciones y de los conceptos que los hombres han dado efectivamente, tanto en el presente como en el pasado, de eso que denominan “justo”, de eso que califican de justicia. Su objetivo es analizar las diversas normas que los hombres, juzgando una cosa “justa”, presuponen válidas, debiendo hacer este análisis de manera objetiva, es decir, sin realizar juicios de valor, sin presuponer ya como válida una de esas normas.⁴⁹⁵

Por ello, la ciencia debe limitarse, en opinión de Kelsen, a describir las normas de justicia fácticamente dadas, sin pronunciarse sobre lo que es justo, renunciando a prescribir el trato que ha de darse a los hombres.

Junto a esa descripción, Kelsen también asigna a la ciencia el cometido de intentar encontrar en las diferentes normas de justicia un elemento común, para llegar así a un concepto general de justicia. De entrada anuncia el resultado de su investigación: ese concepto general “...será el concepto de una norma esencialmente general que prescribe que en unas circunstancias dadas debe ser aplicado a los hombres un determinado trato sin afirmar nada en absoluto sobre las modalidades de dicho trato: será, pues, a este respecto algo completamente vacío”.⁴⁹⁶

El resto de la primera parte del ensayo analiza con cierto detenimiento las que, a juicio del autor, son las principales normas de justicia. El elenco propuesto por Kelsen se atiene, en general, al elaborado por Chaïm Perel-

⁴⁹⁴ Cfr. *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 185-191.

⁴⁹⁵ JDN, n. 8, p. 259.

⁴⁹⁶ *Idem*, n. 8, pp. 259 y 260.

man en su obra *De la justice*,⁴⁹⁷ si bien las conclusiones en las que desembocan ambos autores son opuestas, ya que Perelman piensa que existe una noción común de justicia cuyo contenido sería, ante todo, la igualdad.

Las normas de justicia se dividen en dos clases: las de tipo metafísico y las de tipo racional. Las primeras se caracterizan por su origen, en cuanto se presentan como emanadas de una instancia trascendente, y por su contenido, en la medida en que no pueden ser comprendidas por la razón humana. Presuponen, por ende, una creencia tanto en la existencia de dicha instancia trascendente como en la justicia que ellas contienen. Las normas de justicia de tipo racional, en cambio, no postularían ninguna creencia, sino que pueden presentarse como establecidas por actos humanos empíricos y susceptibles de comprensión racional. Sin embargo, por lo que atañe a su origen, ellas pueden también concebirse como provenientes de una instancia trascendente.

En primer término analiza las normas de carácter racional, entre las que incluye la norma de dar a cada uno lo suyo (*suum cuique*); la regla que manda no hacer a los demás lo que no se quiera que ellos le hagan a uno; el imperativo categórico kantiano; el principio “haz el bien y evita el mal”; la justicia de la costumbre; el justo medio (*mesotes*) aristotélico; el principio de retribución; la norma que ordena dar a cada cual según su trabajo, es decir, el salario justo, lo mismo que la que prescribe pagar el justo precio; el principio comunista de la justicia: de cada cual según su capacidad, a cada cual según sus necesidades; la justicia de la caridad; el principio de justicia de la total inversión de lo terrenal; el ideal de justicia de la libertad; la justicia de la democracia; y el principio de justicia de la igualdad, según el cual a todos los hombres debe aplicarse igual trato. Entre las normas de justicia de índole metafísico se estudian la justicia en la idea platónica del bien absoluto y la justicia del amor de Dios en el Evangelio.

La sola lectura del anterior elenco permite darse cuenta de la variedad de normas y principios que nuestro autor encuadra dentro de su concepto genérico de “norma de justicia”. Ello no resulta demasiado sorprendente si se tiene presente ese concepto, tal como hemos procurado describirlo antes. Se advierte una concepción de la justicia que tiende a verla como equivalente al conjunto de la moralidad que se refiere al trato respecto a otras personas, es decir, como sinónimo de moral social.

La exposición detallada del análisis kelseniano sería una tarea muy extensa. Por otra parte, una valoración crítica de sus conclusiones nos obligaría a penetrar en muchos campos, a menudo bastante distantes del saber

⁴⁹⁷ Bruselas, 1945. La cita varias veces Kelsen en JDN, en notas a pie de página.

jurídico: desde la teología y la filosofía hasta la ciencia política, debiendo recorrer una buena parte de la historia del pensamiento occidental, de los griegos al marxismo. A pesar de que un estudio detenido de esta parte de *Justicia y derecho natural* tendría indudable interés, sobre todo en cuanto permite conocer el característico enfoque de nuestro autor cuando se enfrenta con doctrinas y teorías distintas de la suya —enfoque que con frecuencia resulta apriorístico y atento casi únicamente a aquellos puntos que, desconectados del conjunto, se prestan a una crítica fácil—,⁴⁹⁸ nos parece más oportuno prescindir de un esfuerzo crítico, cuyos frutos se nos antojan muy escasos. Nos limitaremos a examinar aquellas partes de la obra que nos parecen más directamente relacionadas con el clásico concepto de justicia que

⁴⁹⁸ Véase, como botón de muestra, el n. 21, “El principio de justicia de la total inversión de lo terrenal”. Allí analiza las enseñanzas de Jesucristo acerca de la relación entre las situaciones terrenales, de éxito o fracaso, y la situación definitiva cuando haya tenido lugar el juicio de Dios. Su enfoque trasunta claramente la mentalidad racionalista de Kelsen, que no logra penetrar en el auténtico significado de las palabras de la Sagrada Escritura, y encuentra en ella, por tanto, múltiples contradicciones. Sobre la base de las enseñanzas aludidas, extrapola un principio de total inversión de lo terreno, interpretado en clave gnóstico-maniquea, o sea, en términos de triunfo de los eones del bien o del mal. Estima que tal principio se concilia difícilmente con la caridad, y que no es más que la expresión del resentimiento de los no favorecidos por el destino. Pero quien lea los textos de la Biblia citados por el autor, y en particular los Evangelios, en su conjunto, con una actitud diversa, descubrirá que nada hay más ajeno al espíritu cristiano que este supuesto resentimiento; que el Reino de los Cielos ya se incoa en este mundo, al cual debe transformar, haciendo felices, incluso aquí, a quienes lo acojan; y que la justicia divina se anuda con su misericordia, de acuerdo con la voluntad salvífica universal de Dios. En ocasiones, Kelsen no tiene en cuenta el contexto de una manera demasiado patente. Por ejemplo, comentando el pasaje de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles (1133b), en el que se expresa que el comportamiento justo es un medio entre cometer y sufrir una injusticia, observa que: “La fórmula que afirma «la virtud es el punto medio entre dos vicios» no tiene sentido aquí ni siquiera como metáfora: la injusticia que se comete y la injusticia que se sufre no son dos vicios o dos males, sino una sola y misma injusticia que uno comete y otro, en consecuencia, sufre por: la acción del primero” (JDN, n. 15, p. 57). Realmente sorprende que no haga ver lo que Aristóteles, en el lugar citado, expresa inmediatamente antes: “...la justicia consiste en un medio: no según el modo de las demás virtudes antedichas...”, texto comentado por Santo Tomás en el sentido de que la justicia precisamente no se establece como medio entre dos *malitas* o vicios, puesto que el sufrir una injusticia no es un vicio, sino una pena o mal que se sufre. Como indica el Aquinate (cf. *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10), esta peculiaridad de la justicia halla cumplida explicación en el hecho de que el medio en ella no es un *medium rationis* que se dé en el mismo sujeto en cuanto conoce prácticamente lo que debe obrar con rectitud, sino que es un *medium rei*, o sea, un medio que consiste en la misma cosa justa, por oposición a dos extremos reales desordenados: el tener más de lo que en justicia se debe —por haberse inferido una injusticia al prójimo— y el tener menos de cuanto corresponde, por haber padecido una injusticia ajena. No se trata, por lo tanto, de dos vicios ni tampoco de una sola y misma injusticia que uno realiza y otro padece, sino de dos situaciones exteriores reales que obedecen a dos injusticias contrapuestas.

es patrimonio común de la cultura occidental: la virtud de dar a cada uno su derecho.

Kelsen da comienzo a su análisis precisamente con lo que denomina la fórmula del *suum cuique*. Reproducimos íntegramente su crítica, que es el paradigma de casi todas las demás que le seguirán:

La fórmula de justicia más corrientemente empleada es la célebre del *suum cuique*, norma que prescribe dar a cada uno lo que le corresponde, es decir lo que se le debe, aquello que puede pretender, aquello a lo que tiene derecho. Resulta fácil descubrir cuál es la cuestión decisiva para la aplicación de esta norma: qué sea “lo suyo”, lo que le es debido, ese derecho, es algo que no viene resuelto por esta norma. Dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se le debe dar, la fórmula del *suum cuique* resulta no ser sino una vana tautología: debe darse a cada uno lo que se le debe dar. La aplicación de esta norma de justicia presupone la validez de un orden normativo que define lo que para cada uno es “lo suyo”, es decir, lo que le es debido, aquello a lo que tiene derecho en cuanto que, de acuerdo con este orden, otros tienen respecto de él un deber correspondiente. Ahora bien, esto significa que todo orden de este tipo, y en particular todo orden jurídico positivo, cualesquiera que sean los deberes y los derechos que establezca, puede ser justificado, considerado como justo por la norma del *suum cuique*. En esta función conservadora reside precisamente su significación histórica. El valor de justicia que esta norma constituye es idéntico al valor o a los valores que están constituidos por el orden, sobre todo por el orden jurídico, que se presupone cuando se aplican estos valores.⁴⁹⁹

El pasaje transcrito contiene tres típicas objeciones kelsenianas: la vacuidad de la fórmula, en cuanto ella no determinaría qué es lo suyo; su carácter tautológico, puesto que equivaldría a ordenar que debe darse lo que debe darse, y la acusación de conservadurismo. Examinémoslas brevemente.

Cuando Kelsen sostiene que el *suum cuique* es vacío, no se refiere simplemente al hecho de que, como todo concepto universal, es abstracto, lo cual es obvio. Para entender el sentido de la objeción, es preciso recordar la noción común de justicia que el autor utiliza. De acuerdo con ella, pretende que la fórmula funcione como una norma general fundamental, de la cual se deduzcan los comportamientos adecuados al modo como se despliega la geometría a partir de sus axiomas, postulados y definiciones. Evidentemente, esta función no puede cumplirla el *suum cuique*, que no es una suerte de *a priori* racional que sirve para determinar, por silogismos de-

⁴⁹⁹ JDN, n. 10, pp. 43 y 44.

mostrativos, qué es lo suyo en cada caso concreto. De lo cual se concluye, una vez más, que la auténtica justicia no puede ser aquello que el jurista vienés imagina. Además, este reproche de vacío es enteramente lógico si se arranca de un positivismo como el kelseniano. Cuando se ha negado por principio todo lo suprapositivo en el terreno normativo, toda norma que pretenda situarse más allá del orden positivo no podrá tener ninguna validez como tal norma; a lo sumo, constituirá una justificación ideológica de tipo conservador o revolucionario.

Según Kelsen, la fórmula de la justicia sería además tautológica. Cedámosle la palabra a Hervada, que, refiriéndose justamente al texto que estamos comentando, expresa lo siguiente:

...Kelsen llega a la tautología por cambiar la fórmula y la cambia porque confunde la virtud con la norma. La fórmula no dice —ni equivale a ello— que debe darse, sino dar; esto es, no designa un imperativo sino un acto. Y con razón, porque se refiere a una virtud e indica cuál es el acto de esa virtud, no la ley o norma de la que depende la virtud. Toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o hábito; no es norma (*Sollen*) sino hecho (una cualidad) (*Sein*). Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (*Sollen*), sino una cualidad, un hecho (*Sein*). ¿Disposición a qué? Disposición a actos, en concreto al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el “dar a cada uno lo suyo” designa un acto, una acción (*dar*), no un precepto ni un deber (*debe darse*). Y es que en tema de justicia hay que distinguir claramente tres cosas: la virtud, el precepto y la cosa suya (la cosa justa, el ius o derecho). La virtud de la justicia es una disposición habitual de la voluntad; el precepto es la ley o norma; y lo suyo (el derecho o lo justo) es una cosa (la cosa debida). El “debe darse” no radica primariamente en la justicia —que es una disposición del sujeto, es un hecho—, sino en la cosa justa —en “lo suyo”— en cuanto que es debido (exigible). Nos encontramos aquí con un caso particular de lo que es general en la moralidad: la relación entre la virtud y la ley o precepto. Las virtudes son disposiciones a cumplir con la ley, con lo debido. Si decimos que las virtudes obligan y hablamos de un deber de justicia, de templanza, de fortaleza, etc., no queremos decir con ello —si hablamos con precisión— que las virtudes sean normas o preceptos.⁵⁰⁰

En suma, por medio del *Sein* del acto justo se realiza efectivamente el *Sollen* de la norma, el cual se basa en el *Sein* de “lo suyo”. El *Sollen* de la norma jurídica se halla, por tanto, doblemente relacionado con el *Sein*, en cuanto

⁵⁰⁰ Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 32 y 33. Las cursivas están en el original.

se funda en él, y a él tiende. Esta doble conexión está expresada en la tradicional fórmula de la justicia, y nos revela la riqueza del contenido de ésta.

Por supuesto, todo este análisis supone una concepción diversa de la justicia —como virtud, no como norma—, que comporta una clara infracción de la separación entre el *Sein* y el *Sollen*. Si, en cambio, nos movemos con categorías kelsenianas, la tautología parece inevitable, aunque la referencia al ser que todo deber ser conlleva, se manifiesta en la atribución de un papel conservador a esta definición de la justicia. Esta función de mantención del orden social establecido corresponde a un enfoque positivista, según el cual lo debido sólo se hallaría determinado por las normas positivas. “Lo suyo” se muestra en el texto citado como algo extrínsecamente atribuido por esas normas, y como el simple reflejo de una obligación que, en la *Teoría pura*, a su vez se reduce a la norma coactiva. Si en “lo suyo” se comprende, ante todo, aquello que corresponde realmente a cada uno por exigencias que se sitúan más allá de las leyes positivas, entonces cae por tierra esa supuesta función conservadora que sólo tiene sentido si se adoptan las premisas de nuestro autor.

En su recorrido multifacético, Kelsen examina el principio “haz el bien y evita el mal”, recogiendo en nota⁵⁰¹ el pasaje en el que santo Tomás de Aquino lo califica de primer precepto de la ley natural, sobre el cual se fundan todos los demás preceptos de dicha ley. Nos interesa recoger la crítica kelseniana, por cuanto se trata del primer principio de toda la ley natural, una de cuyas partes es el derecho natural, entendido como norma. El análisis del autor sigue los derroteros habituales a lo largo de todo su ensayo. Se limita a considerarla una fórmula vacía que sólo sería aplicable si se presupone un orden normativo dado o por crear. Y agrega: “...pero entonces resulta posible aplicarla presuponiendo cualquier orden de ese tipo, en la medida en que no se supone, como Santo Tomás de Aquino, la validez de un bien absoluto, definido por Dios, y la de un orden divino de justicia”.⁵⁰²

Nuevamente pensamos que Kelsen esperaría de este principio un funcionamiento cuasimatemático, que lo convertiría en el punto de partida de una cadena de raciocinios que darían lugar a un sistema moral completo. Bajo este presupuesto, la acusación que le dirige es completamente legítima. Pero este modo de entender el *bonum faciendum*, *malum vitandum* no tiene nada que ver con la mente de santo Tomás de Aquino, ni con su genuino significado en una concepción realista de la ley natural. Basta percatarse de que el Aquinate, en el mismo lugar de su *Suma Teológica* traído a colación por el

⁵⁰¹ JDN, n. 13, p. 54, nt. 19. El texto de Santo Tomás es *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2.

⁵⁰² JDN, *cit.*

autor, a la hora de fijar lo bueno y lo malo, dirige su mirada a la naturaleza del hombre, tal como ésta se revela en sus inclinaciones naturales. En cuanto al modo como los demás preceptos de la ley natural se fundan en este primer principio, explica que “...todo aquello que la razón práctica naturalmente aprehende como bienes humanos, pertenece, como algo que debe hacerse o evitarse, a los preceptos de la ley natural”.⁵⁰³ Esta aprehensión de lo que es bueno para la naturaleza humana de ninguna manera puede ser entendida como una mera deducción lógica del principio en examen, como si se tratara de un principio abstracto *a priori* del cual pudiera derivarse el sistema del derecho natural, según los esquemas del racionalismo. En cambio, un conocimiento integral de la naturaleza humana y de las relaciones esenciales del hombre —conocimiento en el que predomina la aprehensión inmediata o por vía de evidencia— muestra la fundamentación del deber ser de los preceptos de la ley natural en el ser del hombre. El principio que analizamos contiene el llamado a la acción que procede del bien moral así conocido, la obligatoriedad de éste, su vocación a hacerse acto gracias al libre obrar humano.

Desde otra perspectiva, se podría decir que este principio es tan poco vacío como aquel que constituye la base del entero sistema kelseniano: el de separación entre el ser y el deber ser. En efecto, “haz el bien y evita el mal” es un punto de partida que consagra la fundamentación del deber ser —“haz”, “evita”— en el ser, puesto que, de conformidad con la metafísica realista en que se apoya, el bien se convierte con el ser —es el mismo ser en cuanto apetecible— y el mal con el no ser. Así como las virtualidades del aislamiento *Sein-Sollen* han sido suficientemente puestas de relieve en el edificio de la *Teoría pura*, basta abrir la *Suma Teológica*, en su segunda parte dedicada a la moral, para advertir cuán fecundo resulta, incluso en el plano jurídico, basar el deber ser en el ser.

La idea de justicia suele asociarse vulgarmente con la idea de igualdad. Queremos, por ello, detenernos en la crítica de Kelsen a lo que designa como “el principio de justicia de la igualdad”. “Este principio se expresa en la forma siguiente: a todos los hombres debe aplicárseles igual trato”.⁵⁰⁴ Esta norma exigiría que en el modo de tratar a los hombres no se tenga en cuenta ninguna posible desigualdad. Pero nuestro autor añade: “Afirmar que todos los hombres son iguales significa contradecir manifiestamente los hechos”.⁵⁰⁵ De ahí que lo que esta norma prescribiría es no considerar las desigualdades reales que separan a los hombres.

⁵⁰³ *Suma Teológica*, cit.

⁵⁰⁴ JDN, n. 24, p. 79.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, n. 24, pp. 79 y 80.

No olvidemos, pues, que los hombres, al igual que las circunstancias externas, son iguales o desiguales sólo de manera relativa; es decir, bajo ciertos aspectos, en relación con determinadas cualidades, como serían, por ejemplo, entre los hombres, el sexo, la raza, el color de la piel, etcétera: no lo son de manera absoluta, bajo cualquier aspecto o en relación con todas sus cualidades. Significa esto que cabe prescindir no de todas las diferencias, sino solamente de algunas de ellas: hay que tener necesariamente en cuenta las diferencias de edad, sexo, salud mental, etcétera.⁵⁰⁶

Conviene hacer notar que la idea de una naturaleza humana que en todos los hombres se realiza igualmente, es rechazada por Kelsen como propia de la teoría del derecho natural. Señala que esa concepción presupone que todos los hombres son buenos por naturaleza o que han sido creados buenos por Dios.⁵⁰⁷ Al margen de la confusión entre bondad ontológica (por el hecho de ser) y bondad moral (por el recto obrar) que la anterior afirmación entraña, es patente que al jurista de Viena, en virtud de su positivismo antimetafísico, le está vedado concebir una igual naturaleza humana que se daría en todo hombre, lo cual no le impide hablar continuamente del hombre, como si siempre los miembros de la especie humana estuvieran dotados de idéntica esencia. Esta negación de las esencias como algo real, tan típica del nominalismo —antecedente claro del positivismo—, no le permite diferenciar, sobre la base de la realidad humana, aquello en que debe darse igual trato a todo hombre por una exigencia dimanante de su igual naturaleza, y aquello en lo que ha de dispensarse un trato desigual en atención a otros factores diferenciadores también reales. Aunque debe reconocerse, al mismo tiempo, que Kelsen refuta un igualitarismo a ultranza, por parecerle absurdo e irrealizable. No resulta posible no tener en cuenta ninguna desigualdad. A esta conclusión le fuerzan los datos empíricos. Pero para determinar cuándo debe darse un trato igual o desigual, no acude a la realidad, sino sólo a lo que dispongan los ordenamientos sociales positivos.

En el extremo opuesto a esta norma del trato igualitario para todos se sitúa lo que califica de “principio de justicia de la desigualdad”, con arreglo al cual cada uno debe recibir un trato diferente, o sea, habría que tomar en consideración todas las desigualdades. Reitera, a este propósito, su doctrina de la seguridad jurídica, que provendría de un régimen de normas generales que habilitan a los individuos para prever el tratamiento que recibirán por parte de los órganos aplicadores del derecho; en contraposición a la

⁵⁰⁶ *Ibidem*, n. 24, p. 80.

⁵⁰⁷ Hervada, J. *Introducción crítica...*, cit.

flexibilidad jurídica, ligada a un orden compuesto sólo por normas individuales.⁵⁰⁸ En este último sistema, propugnado por la Escuela del derecho libre, operaría precisamente lo que ha llamado el principio de justicia de la desigualdad.

Entre ambos extremos aparece la norma según la cual “sólo los hombres iguales deben recibir igual trato”. Como el principio que exige un trato siempre igualitario es inaplicable en la realidad social —ningún sistema establece que debe tratarse igual a los niños que a los adultos, a los enfermos mentales que a los psíquicamente sanos, etcétera—, ese principio sería sustituido por otro que exige que se tengan en cuenta ciertas desigualdades y que no se atienda a otras. “Una norma que sea conforme a este principio debe determinar, pues, necesariamente y de modo expreso, las cualidades respecto de las que hay que tener en cuenta posibles desigualdades prescindiendo, por tanto, de desigualdades relativas a otras cualidades para que quepa así hablar de individuos iguales”.⁵⁰⁹ Esto acontece, por ejemplo, cuando se regulan los requisitos para tener derecho a voto: los individuos que cumplen todos los requisitos son iguales en este sentido relativo y desiguales en relación con los que no los reúnen. En cambio, hay otras cualidades —aquellas que no se requieren para tener derecho a votar— cuya igualdad o desigualdad no interesa. Kelsen deja constancia de que este principio intermedio no consagra sólo la igualdad, sino también las diferencias. Y, con su afán característico de rigor, plantea el caso de que sólo haya un sujeto que reúna las cualidades exigidas, supuesto en el que no cabría hablar de igualdad, porque no habría otro término de comparación. Por estas razones indica que es inexacto considerar este principio intermedio como aplicación de la “justicia de la igualdad”.

Avanzando ya hacia el término de su análisis crítico, sostiene que

En realidad, visto desde más cerca el principio “trato igual para los iguales, diferente para los desiguales” se revela como exigencia, no de la justicia, sino de la lógica. Es, en efecto, únicamente la consecuencia lógica del carácter general de la norma quien prescribe que individuos determinados deban ser tratados de manera determinada en circunstancias también determinadas, o expresado en una fórmula más general, cuando prescribe que bajo una condición determinada debe producirse una determinada consecuencia y en particular un determinado trato. Este carácter general de una norma que prescribe que bajo una condición determinada debe producirse una determinada consecuencia radica, como ya hemos señalado, en el hecho de que la

⁵⁰⁸ TP (2a. ed. al.), n. 27c.

⁵⁰⁹ JDN, n. 24b, nn. 83 y 84.

norma, según su intención, debe ser aplicada no solamente en un caso único, sino también en un número *a priori* indeterminado de casos.⁵¹⁰

Esta observación crítica ya ha sido varias veces formulada por el autor cuando se ha ocupado de diversas normas que establecían alguna clase de proporcionalidad, como el principio de retribución, del justo salario, etcétera. En definitiva, las condiciones a las que debe atenerse para otorgar un trato igual o diferente a los seres humanos procederían sólo de las normas positivas. Incluso el hecho de que las normas de justicia se apliquen sólo a los hombres sería, según Kelsen, una de las condiciones determinadas positivamente por la norma, puesto que en sociedades primitivas se aplicaba, por ejemplo, el principio de retribución a los animales.

Kelsen busca mostrar que todas las normas de justicia poseen un carácter general, que consiste simplemente en prescribir que, en condiciones determinadas, los hombres deben ser tratados de un modo determinado. La esencia de la injusticia no sería, por tanto, la desigualdad. Por ejemplo, cuando una norma castiga el delito de robo con pena de prisión y un juez de hecho aplica esa pena, mientras otro sanciona otro robo con pena de muerte, ambas penas son desiguales, pero sólo una es injusta, aquella que no se atiene a la norma. En consecuencia, lo que siempre ha de darse es la igualdad ante la ley o norma general, no necesariamente la igualdad en la ley, que se verificaría cuando la norma mande dar un trato igual en todos los casos. La igualdad ante la ley no significa más que aplicación correcta de la ley, aun cuando ésta consagre la desigualdad. Por ende, no es igualdad, sino conformidad a la norma, corrección lógica, que no tiene nada que ver con la justicia, en particular con la justicia de la igualdad.

Frente a un concepto general de justicia como igualdad (Perelman), que sería sólo propio de la llamada “justicia de la igualdad”, Kelsen opone el de justicia como conformidad con la norma, que sí constituiría el elemento común a todas las normas de justicia. En cuanto al trato prescrito por las normas de justicia, no habría ningún elemento común; por el contrario, cabrían conflictos entre ellas, por ejemplo, entre la “justicia de la libertad” y las restantes normas de justicia. El elemento común vendría a consistir “...en el hecho de que todas ellas son normas generales que en condiciones determinadas —determinadas de maneras muy diversas por las diferentes normas de justicia— prescriben un trato determinado —determinado de maneras muy diversas por las diferentes normas de justicia—”.⁵¹¹ Así, ante

⁵¹⁰ *Ibidem*, n. 24c, pp. 85 y 86.

⁵¹¹ *Ibidem*, n. 24 e, p. 92.

la cuestión de cómo debe tratarse a los hombres, la noción general de justicia sería algo “completamente vacío y carente de toda significación”.⁵¹²

Como se habrá notado, el autor utiliza el término “justicia” en dos sentidos diferentes sin advertirlo expresamente. Por un lado, cuando afirma que “...el principio «trato igual para los iguales, diferente para los desiguales» se revela como exigencia, no de la justicia, sino de la lógica”,⁵¹³ lo usa como equivalente a igualdad absoluta. En cambio, al sostener que “la justicia... es la propiedad de una norma que prescribe que un determinado trato debe ser aplicado a los hombres”,⁵¹⁴ identifica justicia con aplicación correcta de la norma general. Entonces, el núcleo de su tesis estriba en que la justicia en el segundo sentido —“la noción general de justicia”— no es la justicia en el primer sentido. No explica por qué, para enfrentar su noción de justicia como exigencia de la lógica, elige esa otra noción de justicia como igualdad absoluta. Seguramente parte de la opinión muy generalizada que tiende a cifrar la justicia en la simple igualdad, en la óptica del igualitarismo social.

Vale la pena examinar, aunque sea con suma brevedad, las relaciones entre la justicia y la igualdad. La justicia como igualdad tiene un significado completamente diverso al que le dan los propugnadores de esta ideología igualitarista tan extendida como simplista. Ante todo, conviene advertir que la igualdad, en el contexto de la justicia como virtud, tiene distintos significados, como muy bien lo anota Hervada, a quien seguiremos en el análisis de este punto.⁵¹⁵ En primer término, se alude a la igualdad, presente en todo acto de justicia, que se da entre lo debido y lo efectivamente dado. Esta igualdad puede revestir diversas formas: identidad —por ejemplo, cuando se devuelve el mismo objeto que se había recibido en préstamo—, igualdad en sentido restringido, cuando, por ejemplo, se ha prestado una cantidad de dinero y se restituye ese mismo valor con otros billetes o monedas; e igualdad de proporcionalidad, que, concebida de modo realista, implica, en los repartos o distribuciones, el regirlos por la proporción que existe entre los distintos sujetos y los bienes repartidos. Es lógico que esta concepción realista de la proporcionalidad no se avenga en absoluto con el positivismo kelseniano y con su neta separación entre el mundo del ser y el del deber ser. Kelsen ve en las proporciones la simple aplicación reiterada de un principio positivamente establecido por la norma. Así, cuando se dice que el salario debe ser proporcional al trabajo realizado, él no ve más que una consecuen-

⁵¹² *Idem.*

⁵¹³ *Ibidem*, n. 24 c, p. 85.

⁵¹⁴ *Ibidem*, n. 24 e, p. 91.

⁵¹⁵ Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 46, 47, 50 y 51.

cia del carácter general de la regla que establece que determinada unidad de trabajo deberá pagarse con determinada cantidad de dinero, regla que se aplicará el número de veces que en cada caso corresponda. Del trabajo realizado no emanaría, en su opinión, ninguna exigencia real de retribución proporcionada.

Por otro lado, se dice que las relaciones de estricta justicia sólo se dan entre sujetos iguales, es decir, entre aquellos que están en condiciones de satisfacer la deuda. Esta igualdad es la que, por vía de ejemplo, no existe entre padres e hijos en cuanto tales, ya que siempre es más lo que los padres han dado a sus hijos que lo que éstos pueden devolverles al honrarlos y socorrerlos.

Por último, otra igualdad en la justicia es la que se traduce en la no discriminación, esto es, en el igual reconocimiento de los derechos de todos. Pero con esto no se mantiene la opinión de que todos los hombres tengan idénticos derechos, como pretende el igualitarismo, que no distingue entre aquellos derechos que corresponden a todo hombre, en cuanto dotado de naturaleza humana, y aquellos en los que existe legítima diversidad.

El hecho de que Kelsen conciba la noción general de justicia a modo de principio de carácter lógico-formal es simple consecuencia de los presupuestos de su análisis. Si se pretende descubrir la esencia de la justicia a partir de lo que es elemento común a las “normas de justicia”, denominación bajo la que caen los más diversos principios de todo orden con alguna implicación social, y si además se ha afirmado que cada una de esas normas es realmente una fórmula vacía, la conclusión de semejante investigación sólo puede ser la que señala el autor: una formulación lógica de tipo genérico, tan vacía como la de cada una de las normas de justicia. En este sentido, Kelsen viene a situarse en una postura que recuerda el formalismo moral kantiano, para el cual el imperativo categórico expresa de manera absoluta el carácter general de una norma.⁵¹⁶

Tras algunas páginas sobre las normas metafísicas de justicia, en las que casi se limita a declararlas incognoscibles, aunando elementos filosóficos y teológicos en ese género común de lo irracional que es la metafísica según Kelsen, y como colofón de toda la primera parte de su estudio, se conecta el tema de la justicia con el de la felicidad, al igual que lo hacía en su trabajo *¿Qué es justicia?*⁵¹⁷

De hecho —dice en *Justicia y derecho natural*—, si el problema de la justicia posee una significación tan fundamental para la vida de los hombres en sociedad, si el afán de justicia es algo tan profundamente arraigado en el corazón

⁵¹⁶ Así lo insinúa el propio autor en JDN, n. 24e, p. 93, nt. 38.

⁵¹⁷ *Cit.*, pp. 35 y ss.

humano, se debe a que en el fondo responde al irreprimible deseo de felicidad de éstos. Una justicia puramente relativa, comprensible por la razón humana, no proporciona más que una satisfacción muy parcial. La justicia que el mundo invoca a gritos, “la justicia” por excelencia es, pues, la justicia absoluta. Se trata de un ideal irracional que no puede emanar sino de una autoridad trascendente, solamente de Dios. La fuente de la justicia y, por tanto, también su realización, viene, pues, necesariamente trasplantada del mundo terreno a un mundo del más allá: aquí, sobre la tierra, hay que contentarse con una justicia puramente relativa, que se encuentra en todo orden jurídico y en el estado de paz y seguridad que, en mayor o menor grado, crea y mantiene. La felicidad terrenal, en cuyo nombre se exige con tanta pasión la justicia, felicidad que la justicia puramente terrenal y relativa no puede garantizar, se sustituye así por la felicidad supraterrrenal, la beatitud celestial que la justicia absoluta de Dios promete a quienes creen en Él, y, por consiguiente, en ella. Este es el ardid de esta eterna ilusión.⁵¹⁸

Deben traerse a la memoria, para completar la exposición de su pensamiento, aquellas famosas palabras con las que se concluye *¿Qué es justicia?* Después de haber impugnado todas las posibles soluciones al problema de la justicia como anhelo de felicidad individual o colectiva, ya que todas ellas serían sólo relativas, y subjetivamente válidas para el sujeto que las defiende, nos hace una especie de íntima confesión:

Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, 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.⁵¹⁹

En resumen, nos parece que la concepción kelseniana de la justicia puede encerrarse en tres tesis: *a)* la justicia, racionalmente estudiada, se reduce a una propiedad lógica de ciertas normas sociales que consiste en su generalidad; *b)* sin embargo, la justicia se sitúa más allá de esa comprensión racional, en cuanto lo que, en último término, la caracteriza es su relación con el problema humano de la felicidad absoluta; o sea, la justicia es un ideal irracional, necesariamente metafísico o religioso, y *c)* en nombre del relativismo axiológico y del positivismo, sólo cabe afirmar la existencia de

⁵¹⁸ JDN, n. 27, pp. 97 y 98.

⁵¹⁹ *Cit.*, p. 63. Las cursivas pertenecen al original.

justicias relativas, subjetivas, condicionadas por las emociones o deseos de cada individuo.

Nos contentaremos con un par de observaciones críticas muy elementales, pero que creemos decisivas para contribuir a arrojar un poco de luz en esta materia. La primera: sólo es posible identificar el problema de la justicia con el de la felicidad si se adopta un concepto de justicia que se aleja por completo del que ha manejado la tradición jurídica desde los juristas romanos. La justicia en el ámbito jurídico siempre ha significado una actitud de respeto al derecho, que se circunscribe a un campo muy determinado de las relaciones sociales —el de las relaciones propiamente jurídicas en que existe un débito estricto con las clásicas notas de alteridad, exterioridad y exigibilidad—. La justicia así entendida podrá ser —y de hecho lo es— condición necesaria de la felicidad humana en este mundo —en cuanto todo hombre, para ser feliz, ha de ser justo—, pero de ningún modo asegura, ni mucho menos es la culminación, de ese estado de dicha que todo hombre trata de conseguir, y esto no sólo en cuanto la consecución de ese estado trasciende la vida terrena, sino también en la medida, siempre relativa, en que puede lograrse la felicidad durante nuestro paso por este mundo: la sola observancia de las obligaciones de justicia jamás es suficiente para hacer al hombre feliz. Por lo tanto, si desde la perspectiva propia del saber jurídico se desea conseguir alguna claridad en este tema, se impone de entrada concentrarse en el análisis de la justicia en su dimensión estrictamente jurídica, relegando a un segundo plano el examen de su incidencia en esa plenificación del hombre que engendra su gozo más completo.

Por lo que respecta al tema de la felicidad, Kelsen nos enseña que el irreprimible anhelo de beatitud —que él se apresura a reconocer en todo hombre— carece de explicación si se pretende entenderlo desde un punto de vista meramente empírico. Las paradojas insolubles de unas ansias que nunca pueden satisfacerse por completo en esta vida, y que los sujetos y las colectividades refieren a objetos diversos y hasta contradictorios, confirman a nuestro autor en su neto relativismo escéptico. Nada más lógico: estamos ante una clara confirmación de que con las herramientas de las ciencias positivas no podremos abrirnos camino en esta decisiva cuestión vital. Nunca ellas estarán en condiciones de mostrarnos la felicidad como un estado subjetivo que corresponde necesariamente a un estado objetivo: el logro del último fin a que tiende nuestro ser ineluctablemente. Ni mucho menos podrán decirnos dónde se sitúa realmente ese fin en congruencia con nuestra naturaleza, ni explicarnos cómo es posible que ese fin pueda hallarse asumido por un fin superior, sobrenatural, que defina el sentido de todo nuestro caminar terreno. La posición de nuestro autor, fiel a sus premisas, trasunta

una profunda desilusión; la propia de quien piensa que ese cuadro de una auténtica felicidad humana que acabamos de esbozar es sólo una ilusión, y la que emana de su arraigado convencimiento de que el problema de la felicidad conduce forzosamente a plantearse las cuestiones últimas sobre el origen y destino del ser humano, ante las cuales nuestro autor testimonia su más radical impotencia. Con este trasfondo hondamente pesimista, ¿qué significa esa proclamación encendida de sus ideales subjetivos de tolerancia, libertad y paz? La respuesta, como siempre, nos la ofrece el mismo Kelsen: esos ideales constituyen la defensa indispensable de su propio vivir, como hombre entregado a un quehacer científico. Pero ¿puede una labor científica, por amplia y fecunda que sea, colmar los deseos de felicidad que anidan en el corazón humano? Decidida y rotundamente no: la misma sed de verdad, de la que nos habla insistentemente el jurista de Viena, nos impulsa mucho más allá de las estrechas fronteras de las ciencias positivas, cuya creciente humildad y autoconciencia de sus límites son una de las más sólidas conquistas del espíritu contemporáneo.

XLII. EL DERECHO NATURAL⁵²⁰

1. *La noción de derecho natural según Kelsen*

A. *El derecho natural como conjunto de doctrinas ideológicas*

La segunda sección de *Justicia y derecho natural* está dedicada temáticamente al derecho natural. Del mismo modo que en la primera parte, Kelsen resume las conclusiones de sus múltiples trabajos anteriores sobre el tema, y las desarrolla engarzándolas en una nueva presentación sistemática. Nos atenderemos a esta exposición, aunque optaremos por una ordenación de la materia distinta de la del autor e incluiremos desarrollos contenidos en otras obras. La sistemática que seguimos tiende a poner de relieve dos aspectos de singular importancia en la captación de la crítica kelseniana: a) la noción de derecho natural que maneja, y b) las razones de su rechazo del mismo.

El derecho natural aparece en los escritos kelsenianos ante todo como una teoría o doctrina, no como una realidad.⁵²¹ Este dato se corresponde con la declaración de iuspositivismo que encabeza la *Teoría pura del derecho*.⁵²²

⁵²⁰ JDN, B., "El derecho natural", nn. 28-52, pp. 98-163.

⁵²¹ *Idem*, loc. cit.

⁵²² TP (2a. ed. al.), n. 1, p. 15.

En la doctrina kelseniana el derecho realmente existente se reduce al derecho positivo. Si hubiera otra realidad jurídica, ella caería en el campo de la teoría general del derecho que la *Teoría pura* pretende ser. Por lo tanto, si la *Teoría pura* reduce su objeto al derecho positivo, su crítica del derecho natural tratará de demostrar que éste no es derecho, sino una mera teoría. Además, como esta teoría tendría un objeto realmente inexistente —el derecho natural— y tendería a desfigurar el derecho positivo —indicando no como éste es, sino como debiera ser—, Kelsen no duda en incluirla entre las ideologías que oscurecen o desfiguran la realidad con determinadas finalidades y que obedecen a opciones emocionales o volitivas sin base racional alguna. Tras esas ideologías, en sentido peyorativo, estarían siempre latentes determinados intereses inconfesados.

Desde el punto de vista de la teoría kantiana del conocimiento, el derecho natural aparece como una idea que no corresponde a ningún correlato sensible realmente dado, es decir —en el contexto de la distinción de Kant entre conocimiento y pensamiento—, como algo que sólo puede ser pensado, mas no conocido. Esto se adecua perfectamente con el positivismo kelseniano. El derecho natural, al situarse más allá de lo empíricamente captable, esto es, de lo sensorialmente perceptible, no podría ser objeto de una ciencia jurídica, la cual debería limitarse a la explicación del material jurídico fenoménico. En nombre de la crítica de la razón pura, Kelsen refuta toda aproximación trascendental al derecho natural. En efecto, el derecho natural sería como un “derecho en sí”, incognoscible y, al igual que toda “cosa en sí”, es rechazado con energía por el neocriticismo alemán al que se adhiere Kelsen.⁵²³ Se explica, por tanto, que moteje de “idealista” a la teoría iusnaturalista, en cuanto se referiría a algo ideal, no real.⁵²⁴ Desde otro ángulo, la definición del derecho como orden coactivo parece condicionar también esta postura. Lo real en el derecho se reduciría al ejercicio coactivo del poder. No es posible encontrar una coacción jurídica distinta de la del derecho positivo. Luego, concluiríamos con nuestro autor, el derecho natural no es derecho.

Como a lo largo de la historia se han sucedido diversas teorías acerca del derecho natural, Kelsen precisa que más que de la doctrina del derecho natural, conviene hablar de las doctrinas iusnaturalistas.⁵²⁵ No obstante, preconiza una cierta unidad de “la idea del derecho natural”. Las diversas

⁵²³ Véanse a este respecto los artículos de 1927 y 1928 mencionados *supra*, en Kelsen, H. “Die idee des Naturrechtes...”, *cit.*

⁵²⁴ JDN, n. 30, p. 102.

⁵²⁵ *V. gr., ibidem*, n. 32, pp. 104 y ss., y n. 50b, p. 152.

posiciones sobre éste le parecen más o menos coherentes en la medida en que se adecúan o realizan mejor o peor esa idea. Existiría, de esa forma, algo así como la idea auténtica del derecho natural. A base de ella se efectúa la crítica interna de los distintos iusnaturalismos.

En las páginas siguientes intentaremos ofrecer una aproximación a la idea del derecho natural que Kelsen hace suya en su crítica, y procuraremos averiguar sus fuentes inspiradoras.

B. *El derecho natural como orden normativo distinto y paralelo al derecho positivo*

Dado que para la *Teoría pura* el derecho es norma o conjunto de normas, el derecho natural, lógicamente, es visto como un orden normativo. Por este motivo, al aludir al contenido del derecho natural, se usa continuamente la expresión “norma de justicia”. Este dato, tan sencillo y conocido, nos parece decisivo a la hora de explicar la posición del jurista austriaco sobre toda esta materia. El normativismo, situado en ese núcleo de concepciones indiscutidas para el maestro de Viena, condiciona gran parte del resto de las características que asigna a lo que sería la genuina noción del derecho natural.

Las normas del derecho natural constituirían un orden ideal enteramente diferente del conformado por las normas del derecho positivo.

Se llega así, por tanto, a un dualismo característico: por una parte, un orden ideal trascendente no creado por los hombres y superior a cualquier otro; por otra, un orden real creado por los hombres, es decir, positivo... La teoría idealista del derecho, contrariamente a la teoría realista, posee un carácter dualista. Esta es monista en cuanto que, a diferencia de la primera, ignora la coexistencia de un derecho ideal no creado por los hombres, sino derivado de una autoridad trascendente, y un derecho real, creado por los hombres; la teoría realista reconoce sólo *un* derecho: el derecho positivo creado por los hombres.⁵²⁶

Como se habrá echado de ver, la teoría monista y realista no es sino la *Teoría pura*. En cambio, los partidarios del iusnaturalismo serían, amén de idealistas, dualistas. Este modo de concebir la doctrina del derecho natural asume también un relevante papel en la crítica kelseniana. Nuestro autor, además, piensa que el iusnaturalismo conduciría, por fuerza lógica interna, a un monismo de signo idealista.

⁵²⁶ *Ibidem*, n. 28, p. 100. Cursivas en el original.

De la idea del Derecho natural como orden del comportamiento humano, orden inmanente a la naturaleza y deducible de ella, cabría concluir que el derecho positivo, creado artificialmente por los hombres, es algo completamente superfluo y que el intento de crear un derecho de este tipo es algo siempre pernicioso en cuanto que puede llevar a un apartamiento con respecto al Derecho natural que es el único justo.⁵²⁷

Pero se apresura a dejar constancia de que ningún teórico del derecho natural ha sacado tal consecuencia.

Las relaciones entre ambos sistemas de normas —el natural y el positivo— se plantearían, conforme a *Justicia y derecho natural*, en función de la validez del derecho positivo. Escuchemos la nítida explicación de este punto que se nos brinda:

La relación que se reconoce existe entre justicia y derecho desempeña un decisivo papel en la cuestión de saber si el derecho es válido, es decir, si sus normas deben ser aplicadas y observadas. Con respecto a este punto existen dos concepciones diametralmente opuestas. Para la primera, un derecho positivo sólo puede ser considerado válido en el supuesto y en la medida en que haya sido creado en conformidad con las exigencias de la justicia: el derecho válido es el derecho justo: un ordenamiento injusto del comportamiento humano carece de validez; no puede ser considerado como derecho en cuanto que éste significa precisamente ordenamiento válido. O sea que la validez de la norma de justicia constituye el fundamento de validez del derecho positivo. Para la segunda concepción, la validez del derecho positivo no depende de la validez de la norma de justicia. Un derecho positivo es válido incluso si es injusto. Significa esto que... no cabe presuponer como válida una norma de justicia si se considera válida una norma de derecho positivo cuya creación no corresponde a la norma de justicia. Esta es la consecuencia del positivismo jurídico, es decir, de una teoría positivista o realista del derecho contrapuesta a una teoría idealista.⁵²⁸

Por consiguiente, la norma de justicia está dotada, de acuerdo con la presentación kelseniana del iusnaturalismo, de una pretensión de validez absoluta, que la erigiría en fundamento de validez del derecho positivo y en límite de esta validez. Se recordará el paralelo que se traza entre la *Grundnorm* y el derecho natural, como diversos fundamentos de validez del derecho positivo.⁵²⁹ Esta confrontación reaparece al fin de la monografía

⁵²⁷ *Ibidem*, n. 50a, p. 151.

⁵²⁸ *Ibidem*, n. 28, p. 99.

⁵²⁹ TP (2a. ed. al.), n. 24c.

que analizamos.⁵³⁰ Lo que diferencia a ambos es que el derecho natural constituiría un fundamento categórico e incondicional, y que afectaría al contenido, en cuanto una norma positiva contraria se reputa inválida. En cambio, la *Teoría pura* remite a un fundamento hipotético o ficticio, de carácter puramente formal, que no atañe de ninguna manera al contenido del orden jurídico. Además —y quizá sea la más significativa diferencia entre ambos tipos de fundamentación de lo jurídico, tal como los ve el autor—: “La norma fundamental no es un derecho diferente del derecho positivo, es solamente su fundamento de validez, la condición lógica trascendental de su validez”.⁵³¹ Por el contrario, el derecho natural, en clave kelseniana, siempre se muestra como un derecho distinto del positivo, conforme a un esquema dualista.

C. *El derecho natural como moral social*

En cuanto al contenido de las normas jurídicas naturales, se trataría de aquellas normas de justicia que se consideran como provenientes de la naturaleza.

Lo que se conviene en llamar teoría iusnaturalista constituye una teoría idealista, es decir, dualista, del derecho... Como su nombre indica, se distingue de otras teorías idealistas y dualistas por el hecho de considerar a la “naturaleza” como fuente de donde emanan las normas del derecho ideal y justo. La naturaleza, a saber, la naturaleza en general o la naturaleza del hombre en particular, desempeña el papel de autoridad normativa, es decir, creadora de normas. Quien cumple sus mandatos obra justamente. Estos mandamientos, estas normas del comportamiento justo son inmanentes a la naturaleza. Pueden ser deducidas de la naturaleza a través de un atento análisis, o sea, encontradas, o, por así decir, descubiertas y conocidas en ella. No se trata, pues, de normas que, como las del derecho positivo, sean creadas a través de actos humanos de voluntad, dependientes del arbitrio del hombre y, por consiguiente, variables. Son, por el contrario, normas dadas en la naturaleza con anterioridad incluso a toda posibilidad del acto humano de voluntad que las crea: son, por esencia, invariables e inmutables.⁵³²

Para conocer la crítica que nuestro autor formula respecto al contenido de las normas de justicia naturales, es menester revisar la primera par-

⁵³⁰ JDN, n. 52, pp. 161-163.

⁵³¹ *Ibidem*, n. 52, p. 163.

⁵³² *Ibidem*, n. 30, pp. 102 y 103.

te de su trabajo, que hemos reseñado en el número anterior. Estimamos que todas esas normas allí examinadas pueden ser consideradas como de derecho natural, según Kelsen, en cuanto se vean como derivadas de la naturaleza.

Por otra parte, conviene hacer notar que el autor no distingue las normas de justicia que conciernen al ámbito jurídico propiamente dicho, de aquellas que miran a otros campos de la vida de relación social. En su concepción del derecho natural entran por igual las normas generalmente consideradas como parte integrante de un orden jurídico —como las que ordenan respetar los derechos ajenos o las que se refieren a la imposición de penas por parte de la sociedad— y las normas comúnmente ubicadas en el terreno de la moral social que excede lo estrictamente jurídico —como las exigencias de la caridad—. Su denominador común consistiría en que son normas que prescriben determinado trato respecto a los demás.⁵³³ Por tanto, el derecho natural es conceptualizado, de manera inequívoca, como una moral social, o sea, como aquella parte de la moral que regula los comportamientos que han de observar los hombres en sus relaciones mutuas. Este rasgo de lo que cabría designar como “el derecho natural kelseniano” se confirma al comprobar la exégesis de los textos de santo Tomás sobre la ley natural, llevada a cabo por nuestro autor. Con arreglo a su interpretación, en santo Tomás coincidirían la ley natural y el derecho natural, hasta el punto de que donde el Aquinate trata de la primera, Kelsen no vacila en traducir *lex naturae* por *Naturrecht* (derecho natural).⁵³⁴ Lo mismo sucede cuando se refiere a la doctrina estoica acerca de la ley natural.⁵³⁵ Nosotros, al exponer a Kelsen, obviamente no distinguiremos donde él no distingue, sin perjuicio de que a nivel de crítica evitemos esta confusión.

D. *El fundamento teológico del derecho natural*

Así como la separación entre valor y realidad es una consecuencia primaria del postulado kelseniano de la separación entre el deber ser y el ser, la tesis de la inmanencia del valor en lo real es otra pieza clave en la versión de la doctrina iusnaturalista que ofrece el jurista vienés. La inmanencia de las normas, y de los correspondientes valores, en la naturaleza, conduciría a una interpretación teleológica de la naturaleza.

⁵³³ *Ibidem*, n. 1, p. 30.

⁵³⁴ *Ibidem*, n. 32, p. 107.

⁵³⁵ *Ibidem*, n. 50c, pp. 152, y ss.

Si las normas immanentes a la naturaleza vienen representadas como fines objetivos asignados a dicha naturaleza, es decir, si la naturaleza viene interpretada como un todo ordenado según fines, si se advierte un orden finalístico immanente a la naturaleza, entonces la teoría del derecho natural adquiere carácter teleológico. Ahora bien, una interpretación teleológica de la naturaleza no se distingue de una interpretación normativa más que en la terminología. El fin en sentido objetivo es aquello que debe ser realizado. El objetivo en ese sentido es aquello que una norma presenta como deber (*gesollt*).⁵³⁶

Importa mucho resaltar que para Kelsen estas concepciones tienen un origen religioso y metafísico:

...como fundamento suyo se encuentra la idea de que la realidad de la naturaleza es creada por una autoridad trascendente que encarna el valor moral absoluto y que dirige los hechos concretos de esa realidad; la naturaleza está sometida a leyes y estas leyes son mandatos, normas, de la autoridad trascendente: esta es la idea que especialmente sirve de base a la teología cristiana. Solamente si se piensa que la naturaleza es creada o gobernada por Dios cabe admitir que las leyes de esta naturaleza son normas: solamente entonces cabe encontrar en esta naturaleza el derecho justo, solamente entonces puede deducirse éste de aquélla. Todo ello aparece todavía mucho más claramente en una teoría teleológica del Derecho natural. Solamente cabe interpretar la naturaleza como un todo ordenado según fines cuando se supone que una voluntad trascendente impone esos fines a los hechos naturales. Sólo una teoría teológica del Derecho Natural podrá ser teleológica.⁵³⁷

La última publicación de cierta envergadura que Kelsen destinó al tema del derecho natural se titula *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (La base de la teoría del derecho natural).⁵³⁸ Toda ella es un encendido alegato en favor de la tesis de que un auténtico derecho natural descansa necesariamente sobre el presupuesto de la existencia de Dios. En apoyo de esta posición, el autor recorre algunos hitos significativos de la historia doctrinal sobre este asunto, desde la antigüedad hasta nuestros días, para reafirmarse en la convicción que lo llevó a autocalificarse de *advocatus Dei*, como ardiente defensor de la imprescindible base teológica de todo derecho natural. Evidentemente, esto lo coloca en actitud polémica ante el moderno iusnaturalismo racionalista, y, en particular, lo enfrenta con la conocida tesis de Grocio, conforme a la

⁵³⁶ *Ibidem*, n. 32, p. 104.

⁵³⁷ *Ibidem*, n. 32, p. 105.

⁵³⁸ *Cit.*

cual aunque Dios no existiera o no se preocupara de las cosas humanas, existiría el derecho natural.⁵³⁹

Grocio afirma que el Derecho natural por él expuesto continuaría siendo válido incluso admitiendo la no existencia de Dios, cosa que no obstante, añade, no puede admitirse sin incurrir en el más grave pecado. Grocio era un cristiano convencido, como lo eran todos los partidarios de la teoría clásica del Derecho natural, si bien no se daba aparentemente cuenta de que, si no se cree en una naturaleza creada por un Dios justo, no resulta lógicamente posible admitir la existencia de un derecho justo inmanente a esa naturaleza.⁵⁴⁰

Kelsen advierte que la afirmación de que el derecho natural se funda en último término en Dios, es susceptible de diversas interpretaciones que dependen de la postura más o menos voluntarista o intelectualista que se adopte respecto de la cuestión acerca de la esencia de la ley. Expone, en concreto, la doctrina tomista, muy alejada del voluntarismo, para la cual la ley natural no es fruto del arbitrio divino, sino que constituye una participación de la ley eterna de Dios —que es, según santo Tomás, “razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”—⁵⁴¹ en la creatura racional. Esto no implica en modo alguno concebir a la ley natural como un producto inmanente de la razón humana: antes bien, conlleva el reconocimiento de que la obligatoriedad de esa ley pende en definitiva de la ley eterna y, por tanto, de Dios mismo.

Con todo, Kelsen da a entender su preferencia por una solución de tipo voluntarista, en cuanto estima problemática la conciliación de esa concepción intelectualista con la omnipotencia divina, lo que —comentaríamos por nuestra parte— equivale a sostener que es difícil hacer compatible el enfoque del intelectualismo con la visión voluntarista de la omnipotencia divina, lo cual es obvio. Además, su misma exposición de la postura intelectualista se realiza con moldes voluntaristas; por esto, reduce el alcance de esa postura a la tesis de que Dios no podría querer nada que esté en contra de su esencia, sin explicar el papel que, dentro de esa concepción, cumple el entendimiento divino, idéntico al mismo ser de Dios.

El voluntarismo, o sea la tesis de la primacía de la voluntad sobre la razón, se traduce, en el dominio de la ética, en la afirmación de que el bien y el mal morales proceden del mandato o la prohibición divinas, de modo que no cabría hablar de bienes y males en sí, como adecuados o dis-

⁵³⁹ Grocio, H., *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, proleg., nn. 11 y 12.

⁵⁴⁰ JDN, n. 32, pp. 107 y 108.

⁵⁴¹ *Suma Teológica*, I-II, q. 93, a. 1.

conformes con la naturaleza humana. El voluntarismo, en cuanto niega la existencia de una bondad o maldad *per se*, o niega la existencia del derecho natural o lo interpreta, de alguna manera, como mero querer divino, por lo que su carácter obligatorio dependería exclusivamente de su ser querido por Dios. Se incurre, casi inevitablemente, en esta última versión, en una confusión entre el derecho natural y el derecho divino positivo, es decir, aquel promulgado positivamente por Dios en la historia. Esto es lo que acontece en Kelsen —cuyo voluntarismo en la concepción de la norma nos es ya bien conocido—: tiende a identificar el derecho natural con un conjunto de normas positivamente imperadas por el legislador divino.⁵⁴²

En esta misma línea de confusiones, el derecho natural aparece como algo conocido por medio de una creencia o fe. Refiriéndose al presupuesto de la doctrina del derecho natural, señala que “Dicho presupuesto es —como intentaré mostrar— la *creencia en una Divinidad justa...* Discutir sobre la certeza de esta creencia es cosa totalmente inútil. Ni el que tiene esa creencia ni el que no la tiene pueden ser convencidos de lo contrario mediante argumentos racionales”.⁵⁴³ “Una teoría científica del derecho se contentará con constatar que no creyendo en una naturaleza creada por un Dios justo, no cabe *lógicamente* admitir la existencia de un derecho justo inmanente a la naturaleza”.⁵⁴⁴ Para nuestro autor, cuanto excede el ámbito de lo empírico-positivo se declara radicalmente incognoscible. Lo supraempírico es considerado indiscriminadamente como objeto de una creencia, como elemento irracional —metafísico o religioso— sin que Kelsen se esfuerce por distinguir estos dos términos. Esta reducción del alcance de la razón humana cuadra muy bien con el voluntarismo kelseniano —en lo inaccesible a la razón, sólo entra la voluntad— y con el hiato entre fe y razón —la fe como algo no sólo superracional, sino irracional—, que constituyen elementos típicos de la teología de los reformadores protestantes,⁵⁴⁵ ya presentes en la escolástica tardía, particularmente en Ockham.⁵⁴⁶

E. *El derecho natural como algo ajeno a la historia*

El derecho que cabe deducir de las tendencias naturales inculcadas al hombre por Dios es el Derecho natural: su origen es divino. Es, por esta sola razón,

⁵⁴² Véase, por ejemplo, su interpretación de un pasaje de Cathrein, en Kelsen, H., *Bases de la teoría del derecho natural*, cit., p. 582.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 577. Cursivas en el original.

⁵⁴⁴ JDN, n. 32, p. 109. Cursivas en el original.

⁵⁴⁵ Lalaguna, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁴⁶ Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., I, pp. 225-227.

absolutamente válido y, por consiguiente, invariable. Esta validez absoluta e invariable constituye un elemento esencial del Derecho natural; se trata, al igual que su inmanencia con respecto a la naturaleza, de una mera consecuencia de su origen divino.⁵⁴⁷

El derecho natural ha de ser inmutable: es otro rasgo característico de la idea del derecho natural propia de nuestro autor. Kelsen concibe esta inmutabilidad como la que corresponde a un sistema de normas universales, válidas en todo tiempo y lugar y en todas las circunstancias. Para percibir el alcance de esta caracterización hace falta tener presente el dualismo que preside toda la concepción de nuestro autor en esta temática: se trata de la inmutabilidad de un orden normativo paralelo al del derecho positivo, el orden natural, que sería, en sí mismo, completo y apto para regular por sí solo la vida social. El derecho natural, sistema ideal, estaría, por lo tanto, enteramente desligado de contacto con las variaciones de la historia humana. La inmutabilidad de este derecho natural no es sólo la permanencia de una misma ley natural, que corresponde a la persistencia de una misma naturaleza humana en todos los hombres de las diversas épocas, sino que implica, además, la negación terminante de que la dimensión histórica del hombre tenga alguna influencia en la aplicación de esa ley, o sea, que los cambios en la realidad histórica de individuos y comunidades humanas traigan consigo alguna modificación del enjuiciamiento de esa realidad a la luz del derecho natural.

Sin embargo, Kelsen es consciente de los esfuerzos que el iusnaturalismo ha realizado para explicar esa posible repercusión de las circunstancias y situaciones sociales sobre los contenidos de derecho natural. Describe ese empeño de la siguiente manera:

La teoría iusnaturalista se ha mostrado hasta ahora incapaz de formular normas para el comportamiento justo, es decir, normas universales, válidas en todo tiempo y lugar y en todas las circunstancias: se ha mostrado, pues, incapaz de constatar la existencia de un Derecho natural "inmutable"; esta objeción irrefutable ha llevado a la formulación de la teoría de un Derecho natural variable. Se concede que las reglas del comportamiento social de los hombres sobre las cuales puede fundarse un Derecho natural no son inmutables como las leyes físicas formuladas por las ciencias de la naturaleza, sino que, al contrario, varían de acuerdo con las transformaciones de la vida social y de las circunstancias políticas y económicas. Esto significa que la naturaleza humana, tal como se manifiesta en sus reacciones ante la evolución de las cir-

⁵⁴⁷ JDN, n. 32, p. 107.

cunstancias políticas y sociales, es también variable y que, por tanto, no hay en modo alguno naturaleza humana inmutable ni, en consecuencia, Derecho natural inmutable que se deduciría de esa naturaleza: así, pues, el Derecho natural será variable, es decir diferente según las épocas y las sociedades. Esta es la versión radical de la teoría de un Derecho natural variable. Pero esta teoría puede también significar solamente que, junto a la naturaleza inmutable del hombre, existe también una naturaleza variable y que cabe deducir de ésta un Derecho natural variable al igual que se deduce de aquella un Derecho natural inmutable.⁵⁴⁸

La primera de esas versiones del “derecho natural variable” es criticada por nuestro autor no solamente por las mismas razones que en su opinión se oponen a todo iusnaturalismo, sino sobre todo en cuanto, a su juicio, implica apartarse de la auténtica noción del derecho natural, abdicando a favor del positivismo.

Si la naturaleza del hombre no es inmutable, si no cabe deducir de ella normas invariables... que prescriban un comportamiento justo, resulta que no podrá haber tampoco *un solo* Derecho natural que sirva de criterio absoluto para juzgar la elaboración de un derecho positivo; habrá, por el contrario, necesariamente Derechos naturales diferentes, eventualmente contradictorios, es decir, normas de justicia que no constituyen sino valores relativos. Este es el punto de vista del positivismo relativista.⁵⁴⁹

Kelsen cita en nota a Coing, pero nos parece indudable que también está pensando en Stammler con su célebre doctrina del “derecho natural de contenido variable”. La argumentación de Kelsen, tan de sentido común, demuestra que en esa clase de formulaciones se ha desdibujado considerablemente la esencia del derecho natural como algo necesariamente exigido por la naturaleza del hombre.

Enseguida expone y critica la segunda versión del “derecho natural variable”. A la vista del fracaso de la primera, escribe:

Se comprende, por tanto, que el Derecho natural variable sea presentado la mayor parte de las veces como sistema de normas paralelo o subordinado al Derecho natural inmutable: se distingue entonces dos naturalezas del hombre o dos capas en la naturaleza humana, una inmutable y otra variable, fundándose sobre una el Derecho natural inmutable y sobre otra el derecho variable.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ *Ibidem*, n. 46, pp. 142-143.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, n. 46, pp. 143 y 144. Cursivas en el original.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, n. 47, pp. 144 y 145.

Como ejemplo de esta corriente menciona a Utz en su interpretación de santo Tomás.⁵⁵¹ Utz afirma claramente la inmutabilidad del derecho natural, y al mismo tiempo resalta la importancia del dato concreto, del supuesto de hecho o materia de la regulación, cuando se trata de discernir lo que es de derecho natural en una situación determinada. Es lo que, tras algunas consideraciones tendentes a poner de manifiesto que la atención al caso concreto debe ir unida a la aplicación de normas generales, el propio Kelsen reconoce como verdadero sentido de la doctrina de Utz: “El Derecho natural variable —expresa con su acendrado normativismo, que le impide concebir que se preste atención alguna a la realidad objeto de la norma— es, pues, el conjunto de normas individuales con ayuda de las cuales se resuelven los casos concretos *aplicando las normas generales del Derecho natural inmutable*”.⁵⁵² Pero si es la simple aplicación mudable de algo inmutable, ¿por qué hablar de derecho natural y de naturaleza mudables? Es evidente que estas expresiones, al menos como las entiende nuestro autor, no cuadran en absoluto con el pensamiento de Utz ni con el de santo Tomás. Son esquemas preconcebidos que Kelsen les aplica, aunque él mismo es el primero que los impugna como inadecuados a la verdadera idea del derecho natural. A idéntico proceso crítico somete un texto de Pío XII, en el que el papa se refiere a la incidencia de las transformaciones de las circunstancias económicas, sociales y políticas en su regulación de conformidad con el derecho natural, subrayando la permanencia de las exigencias fundamentales de la naturaleza humana. Primero nuestro autor señala que ese texto invocaría la teoría que distingue dos estratos en la naturaleza humana, e inmediatamente —como si se tratara de una crítica al texto pontificio, cuando en verdad es una refutación de la interpretación que él mismo ha propuesto— hace ver, como se desprende del discurso del papa, que sólo puede haber un derecho natural y que éste sería necesariamente inmutable.

Con estas críticas se reafirma Kelsen en su concepción rígida y ahistórica del derecho natural. Ello resulta muy explicable dados los principios de su doctrina: cualquier intento de considerar la realidad de las diversas situaciones humanas en la aplicación del derecho natural supondría violar la completa incomunicación que él establece entre esa realidad y el mundo de las normas.

⁵⁵¹ Nos parece indudable que ésta es fiel a los principios de la filosofía tomista, ya desarrollados en este sentido por autores de la Escuela española del derecho natural, como Molina y Suárez (*cf.* Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural, cit.*, II, pp. 280 y 292).

⁵⁵² JDN, n. 47, p. 147. Las cursivas son nuestras.

F. La “función conservadora” del derecho natural

Para completar este análisis de la noción kelseniana del derecho natural, es indispensable hacerse cargo del carácter conservador que atribuye a la doctrina iusnaturalista. Nos previene, ante todo, que al hablar de función conservadora, reformista o revolucionaria, no está introduciendo un juicio de valor, como si la conservación de un orden, o su modificación o suplantación por otro, significara un bien o un mal, una mayor o menor justicia o injusticia. Simplemente procura realizar una comprobación fáctica acerca de la función histórica de las diferentes teorías iusnaturalistas para determinar si han contribuido a mantener el orden positivo establecido, o bien, han ayudado a cambiarlo.

Dicha investigación muestra que las teorías iusnaturalistas, tal como han sido presentadas por sus partidarios más calificados, han servido en lo esencial para justificar los ordenamientos jurídicos establecidos y sus principales instituciones políticas y económicas, considerándolas conformes al Derecho natural: han tenido, pues, un carácter totalmente conservador. Revela esa investigación que la idea del Derecho natural no ha realizado una función reformadora ni revolucionaria más que de modo excepcional y que cuando a fines del siglo XVIII en América y en Francia se produce esa situación, rápidamente surge un movimiento intelectual dirigido contra dicha teoría del Derecho natural reformador, movimiento que ha encontrado su expresión característica en la “Escuela histórica del derecho” precursora del positivismo jurídico en el siglo XIX. El carácter primariamente conservador de la teoría del Derecho natural es consecuencia de la actitud adoptada por la mayor parte de sus defensores, y, en particular, por los representantes clásicos del iusnaturalismo frente a un problema decisivo para toda la teoría: el problema de la relación entre Derecho natural y derecho positivo.⁵⁵³

Como ya señalábamos al tratar del supuesto dualismo de la doctrina del derecho natural, la idea de éste, en su pureza originaria, debería conducir a la conclusión —según nuestro autor— de que el derecho positivo está de más. Todo podría ser regulado por el derecho natural, y cualquier normativa positiva acarrearía el peligro de contradecir lo justo natural, por lo que sería perniciosa. Sin embargo, recuerda que ninguno de los teóricos importantes del derecho natural ha extraído semejante conclusión, y que, antes bien, ellos subrayan con fuerza la necesidad del derecho positivo.⁵⁵⁴

⁵⁵³ *Ibidem*, n. 50, pp. 150 y 151. Sobre este problema, más detalladamente, *cf.* Kelsen, “Die Idee des Naturrechtes...”, *cit.*

⁵⁵⁴ En JDN, n. 50a, p. 151, nt. 118, alude a la doctrina de santo Tomás, fijándose sólo en un aspecto de la necesidad del derecho positivo —el establecimiento de sanciones—, sin to-

Admitida la necesidad del derecho positivo, los partidarios del orden natural sostienen que cuando aquel se opone a éste, es inválido.

...no obstante, presentan al mismo tiempo argumentos tendentes a hacer absolutamente imposible o al menos muy improbable el conflicto entre Derecho natural y derecho positivo, intentando asegurar, incluso en aquellos casos, la validez del derecho positivo. Para lograr este objetivo se convierte el derecho positivo en un delegado del derecho natural y se deduce de la naturaleza la norma que exige la obediencia al derecho positivo. Este derecho positivo viene más o menos identificado al Derecho natural, con lo cual se suprimen o, al menos, se reducen al *mínimum* las posibilidades de un conflicto entre ellos. Esta tendencia se manifiesta muy claramente en la teoría estoica del Derecho natural y en la teoría iusnaturalista de la teología cristiana que está profundamente influida por el estoicismo.⁵⁵⁵

Al estoicismo corresponde el mérito de haber elaborado, por primera vez, una doctrina sobre la ley natural que ha llegado, con muchos desarrollos y depuraciones, hasta la actualidad. Kelsen expone sumariamente la doctrina estoica, que al tiempo que identifica la ley natural con lo que prescribe la recta razón humana, liga esta última con la razón divina. Nuestro autor sostiene que los estoicos admiten dos naturalezas humanas, y, por consiguiente, dos derechos naturales: uno perfecto y otro imperfecto. Mientras que según el primero —propio de una edad dorada— no había diferencias sociales ni propiedad privada ni esclavitud, sí existirían estas instituciones en el derecho natural imperfecto —vigente—, como consecuencia de la corrupción de la naturaleza humana. Pero este derecho natural imperfecto sería el mismo derecho positivo, y su función —en cuanto supuesto derecho natural— sólo consistiría en justificar el orden establecido, lo que se explicaría por el hecho de haber sido el estoicismo una filosofía de la clase privilegiada.

Prescindimos de una valoración filosófica o histórica de las anteriores aseveraciones, típicas del genio simplificador de Kelsen, para fijarnos en su exposición de lo que denomina “la teoría del doble derecho natural en la Iglesia”. “La Iglesia cristiana ha tomado del estoicismo la teoría de las dos naturalezas humanas y del doble Derecho natural”.⁵⁵⁶ Sobre la base de las

mar en consideración la fundamental doctrina tomista de la derivación de las leyes humanas de la ley natural por vía de conclusión y determinación (*cf.* *Suma teológica*, I-II, q. 95, a. 2).

⁵⁵⁵ JDN, n. 50b, p. 152.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, n. 50d, p. 154.

conclusiones del teólogo y filósofo protestante Ernst Troeltsch,⁵⁵⁷ Kelsen presenta este “doble derecho natural de la Iglesia” en los siguientes términos: en los primeros tiempos de la Iglesia, que habría sido una religión de clases inferiores no propietarias, no había lugar para un derecho natural que justificara el orden establecido. Por el contrario, el mundo aparecía para los cristianos como algo malo, y ante él se adoptaría una actitud de total hostilidad. No obstante, Kelsen dice que al irse convirtiendo el cristianismo en religión de las clases propietarias, se habría modificado esa actitud de repulsa. Aceptándose la teoría estoica del derecho natural, ésta penetraría a través de lo que, para nuestro autor, constituye “el mito bíblico del Paraíso perdido”.⁵⁵⁸ Así, habría un derecho natural perfecto anterior al pecado original, y un derecho natural imperfecto posterior a la caída, que correspondería a una naturaleza humana que se habría vuelto mala. “El derecho positivo, por el cual se expresa el Derecho natural imperfecto, es la consecuencia, querida por Dios, del pecado original, y al mismo tiempo el castigo impuesto por Él”.⁵⁵⁹ Y en esta teoría de nuevo encuentra una función de mantención del orden existente.

Esta interpretación responde a un conglomerado de puntos de vista *a priori*. Desde luego, está impregnada por el más radical agnosticismo, para el cual lo que está en juego serían sólo posturas ideológicas al servicio de intereses ocultos, sin que se vea en el cristianismo el menor asomo de lo sobrenatural. La historia del cristianismo en clave sociopolítica, la exégesis bíblica que ve mitos doquiera aparece lo que excede a la razón humana, la concepción luterana del pecado original como corrupción de la naturaleza, su interpretación del estoicismo —que también parece fundamentarse en Troeltsch—, la visión de la ascética cristiana con categorías maniqueas, son puntos de partida indemostrados que impiden la adecuada captación de la ley natural en la Sagrada Escritura y en la tradición cristiana, así como la valoración de la influencia del estoicismo en la teología cristiana, y en general, un tratamiento científicamente correcto de esta materia. Por ello, Kelsen pasa por alto la decisiva influencia del cristianismo en la historia de la doctrina del derecho natural.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Al que cita en *idem*, n. 50d, p. 155. En el análisis que lleva a cabo este autor tiene considerable importancia el traslado del modelo histórico de la iglesia luterana sometida al poder temporal de los príncipes, a la comprensión de la historia de la Iglesia en los primeros tiempos.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, n. 50d, p. 154.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, n. 50d, p. 155.

⁵⁶⁰ Sobre la influencia del estoicismo en la patristica, véase Spanneut, M., *Le stoïcisme des Pères de l'Église*, Paris, 1957. En cuanto a la importancia del cristianismo en la historia de la

En esta prueba de la función predominantemente conservadora del iusnaturalismo, Kelsen aborda la doctrina de los representantes de la Escuela racionalista. Destaca que, para Hobbes, la obediencia al derecho positivo es una exigencia del derecho natural, por lo que sería imposible una contradicción entre ambos. Según Pufendorf, tal conflicto podría darse en teoría, pero en la práctica sería una hipótesis absurda, ya que sólo un soberano loco o deseoso de disgregar la comunidad podría crear normas contrarias al derecho natural. De este modo, ante un derecho positivo en vigor se presume su conformidad con el derecho natural. Otra vía por la cual se fortalecería el derecho positivo es la de atribuir la interpretación del derecho positivo al mismo creador de ese derecho, por lo que él determinaría cuándo se opone al derecho natural. Y aunque los iusnaturalistas enseñan que debe negarse obediencia a un derecho contrario al derecho natural, atenuarían esta exigencia en cuanto esa actitud no sería obligatoria si la negativa a obedecer llevara consigo un escándalo o peligro. Después de mencionar la teoría que explícitamente asegura la validez del derecho positivo cuando contraría al derecho natural, en cuanto reduce el derecho natural a una simple idea crítica normativa —tendencia presente en la concepción de los reformadores protestantes—, reitera su conclusión ya proclamada al principio: “De cuanto venimos diciendo se deduce que la teoría del Derecho natural que, teóricamente, según su concepción, niega toda validez al derecho positivo en cuanto tal, conduce en la práctica, es decir, en su manera de presentar efectivamente las cosas, a un gran fortalecimiento del poder de ese derecho positivo”.⁵⁶¹

Junto a los autores racionalistas, y sin distinguirlo de ellos, Kelsen acude varias veces a diversos textos de santo Tomás en abono de su tesis. En ningún momento, sin embargo, deja constancia del primer dato clave para una recta inteligencia de la doctrina tomista: la ley injusta no es ley.⁵⁶² Tampoco hace notar que el caso de una obligatoriedad accidental de una ley injusta,

doctrina iusnaturalista, véase Sancho Izquierdo, M., Hervada, J., *Compendio de derecho natural*, cit., I, pp. 122-130. Para desmontar todo este esquema hermenéutico, basta leer tres textos del Nuevo Testamento: respecto a la actitud del cristiano ante el mundo, Jesús reza así a su Padre celestial: “No te pido que los saques del mundo, sino que los preserves del mal” (Io. XVII, 15); en lo concerniente a la obediencia a las autoridades, san Pablo escribe: “Toda persona esté sujeta a las potencias superiores: porque no hay potestad que no provenga de Dios” (Rom. XIII, 1); y en lo que respecta a la concepción cristiana de la ley natural, es decisivo el texto, también de san Pablo, que dice: “En efecto, cuando los gentiles, que no tienen ley [se refiere a la ley escrita], hacen por razón natural lo que manda la ley, esos tales no teniendo ley, son para sí mismos ley; y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia” (Rom. II, 14-15).

⁵⁶¹ JDN, n. 50f, p. 159.

⁵⁶² *Suma Teológica*, I-II, q. 52, a. 2.

para evitar males mayores, sólo se da, según santo Tomás, cuando se trata de una ley humana que sólo se opone al bien humano —por ejemplo, imponiendo cargas no requeridas por el bien común—, y no directamente a la ley divina, donde entraría todo lo que se opone directamente a la ley natural.⁵⁶³ El tratamiento equilibrado del Aquinate es distorsionado por el molde crítico a que lo somete el autor.

Respecto a la pretendida función conservadora del derecho natural en la historia, advirtamos, en primer lugar, que sólo tiene sentido para el que reduce el derecho natural a ideología. En efecto, si el derecho natural es una realidad, un hecho, entonces no corresponde calificarlo de ese modo.⁵⁶⁴ Si una situación es injusta, por derecho natural ha de cambiarse; si es justa, deberá mantenerse, mas no por un prurito de conservadurismo, sino porque su alteración conduciría a la injusticia, sin que ello implique poner coto al auténtico progreso. Cuestión diversa es la de la importancia de los usos y costumbres en un orden jurídico, pero su defensa —en tanto no frene la vida social, sino que oriente mejor las transformaciones sociales— no será una cuestión de derecho natural, sino de política social y legislativa, supuesto que ni el orden establecido ni su modificación lesione el derecho natural.

G. *Las fuentes de inspiración de la noción kelseniana*

Resumamos las principales características del derecho natural en la idea de él que Kelsen tiene en mente: se trata de diversas teorías que afirman un orden normativo ideal, distinto y paralelo al del derecho positivo, constituido por normas de justicia que miran al comportamiento social (moral social). Este orden debería fundarse, lógicamente, en la creencia en la voluntad de Dios, que lo ha implantado en la naturaleza; aparece como un sistema normativo inmutable, en el sentido de ahistórico e independiente de las transformaciones fácticas en la sociedad; y a lo largo de la historia su defensa ha cumplido predominantemente una función justificadora del

⁵⁶³ *Ibidem*, I-II, q. 96, a. 4. También es muy poco fiel al Aquinate la interpretación kelseniana acerca de quién decide la adecuación de la ley humana a la divina: parece aplicar la doctrina contenida en *idem*, I-II, q. 96, a. 6 —que se refiere al caso de una ley que es en general justa, pero que se torna injusta en un caso concreto— al supuesto de una ley en sí misma injusta.

⁵⁶⁴ “Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es una apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que *justa*. Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia” (Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, *cit.*, p. 191. Cursivas en el original).

orden dado, o sea, ha tenido una función conservadora. Otros rasgos serán indicados y analizados más adelante, al recoger la argumentación kelseniana en contra de esta doctrina. Para una captación suficientemente precisa de la noción de Kelsen, bastan las características que hasta ahora hemos estudiado.

Una exigencia de elemental rigor histórico-filosófico lleva a preguntarse por las fuentes de esta concepción del derecho natural sustentada por el autor, incluso defendida por él contra posibles desviaciones. No estamos en condiciones de emprender una indagación detallada de este relevante problema, pero pensamos que podemos aproximarnos a una respuesta bastante segura.

Para comenzar, de esas fuentes deben descartarse todas las corrientes iusnaturalistas contemporáneas que, aunque usen el término “derecho natural”, no lo conciben como derecho propiamente dicho, sino como un valor, una idea directriz, un postulado ético sin consecuencias jurídicas, o algo por el estilo. No cabe duda de que, para Kelsen, el derecho natural —de existir— sería verdadero derecho, de tal modo que el derecho positivo que lo contradijera no podría ser válido.

Retrocediendo históricamente, nos encontramos con la Escuela racionalista moderna del derecho natural. ¿Qué relación tiene la noción kelseniana con las posturas de Grocio, Pufendorf, Thomasio o Wolff? A primera vista, hay datos que parecen marcar una apreciable distancia entre estos autores y el concepto de Kelsen. Éste insiste en el fundamento teológico necesario del derecho natural, mientras que el intento de reivindicar la autonomía del saber racional frente a la fe y a la teología es una acusada nota del iusnaturalismo racionalista.

A nuestro juicio, sin embargo, ese contraste no obsta a la comprobación de que el derecho natural que el jurista vienés maneja —y, por ende, el que analiza y ataca— es, en sustancia, el derecho natural del racionalismo moderno. Las coincidencias son muy significativas y afectan a la misma esencia del derecho natural. Nos limitaremos a enumerar los puntos de contacto, pues su presencia en la obra kelseniana ya ha sido mostrada en las páginas precedentes, y su pertenencia al ámbito de las ideas de la Escuela moderna es de sobra conocida.⁵⁶⁵ Al tratar de la justicia, vimos que Kelsen concibe al derecho natural como un sistema de normas lógicamente derivadas, por vía de deducción silogística, a partir de unos pocos principios *a priori*, hasta cubrir la regulación de la entera vida social. En íntima conexión con este

⁵⁶⁵ Para una caracterización elemental, véase Sancho Izquierdo, M. y Hervada, J., *Compendio de derecho natural, cit.*, II, pp. 299-313.

presupuesto, el derecho natural y el derecho positivo aparecen como dos órdenes normativos distintos. Estas dos notas separan nítidamente la idea kelseniana del derecho natural con respecto a la concepción clásica, ajena al deductivismo apriorístico y al dualismo de órdenes normativos. Pero los puntos en común entre la noción kelseniana y las concepciones de los iusnaturalistas del racionalismo no terminan ahí: al igual que ellos, Kelsen convierte al derecho natural en algo rígido, sin contacto con las realidades mudables de la historia humana, y coincide también con ellos al entender al derecho natural como una moral social que traspasa los límites de lo estrictamente jurídico. Por lo demás, nuestro autor ha heredado otros elementos de la Escuela racionalista: la incorporación de la coacción a la esencia del derecho y, como veremos dentro de poco, la interpretación empírica de la naturaleza humana.

En suma, estamos ciertos de que hay aspectos muy relevantes que Kelsen ha tomado del iusnaturalismo moderno a la hora de presentar su concepción del derecho natural. Como es obvio, ello condiciona radicalmente el alcance de sus críticas. No cabe duda de que con gran frecuencia el autor acude a otros autores —desde los filósofos griegos hasta tomistas contemporáneos—, y que reserva en sus citas un puesto muy relevante a santo Tomás de Aquino. Pero tenemos la impresión de que el vienés interpreta estas otras doctrinas con esquemas procedentes de la Escuela racionalista, que lo inhabilitan, por ejemplo, para una cabal comprensión de la noción clásica del derecho natural. De este modo, Kelsen considera los principios morales y jurídicos en santo Tomás como si fueran premisas *a priori* con las cuales, por simples razonamientos, se podría levantar un sistema completo de derecho natural; asimismo, se demuestra incapaz de captar el sentido de las elaboraciones sobre el tema de las relaciones entre derecho natural e historicidad del hombre, que los autores tomistas han llevado a cabo; de igual modo, interpreta el derecho natural en la Iglesia según esquemas dualistas; también atribuye el normativismo a santo Tomás, al identificar en él *lex naturae* y *ius naturale*, etcétera.

Aventuramos una comparación histórica que estimamos sugestiva: del mismo modo que la crítica kantiana de la metafísica tuvo por objeto la metafísica racionalista de Wolff, la crítica kelseniana del derecho natural sólo alcanza al derecho natural del iusnaturalismo racionalista, entre otros del propio Wolff. Así como Kant nos enseña, con su crítica de la metafísica en Wolff, que una vía *a priori* para abrirse paso a la metafísica es imposible, Kelsen nos ayuda a darnos cuenta de que es menester superar los rasgos del derecho natural que se concibió en esa Escuela racionalista. Kelsen pretende haber sepultado al derecho natural, al igual que Kant pensaba haberlo

hecho con la metafísica. Pero lo que han enterrado es sólo una deformación de la metafísica y del derecho natural. La crítica, aunque no alcanza al auténtico derecho natural, tiene el mérito de prevenirnos de recaer en esas desviaciones del racionalismo.

2. *Las razones del rechazo kelseniano del derecho natural*

A. *Los principales argumentos kelsenianos*

Llega el momento de hacerse cargo de la crítica kelseniana del derecho natural, que tanta mella ha causado en numerosos juristas contemporáneos. Conociendo su idea del derecho natural, lo mismo que los principios de su *Teoría pura*, será tarea más bien sencilla la de comprender y valorar las razones que avalan el positivismo kelseniano.

Kelsen combate declaradamente y sin cuartel la existencia de un derecho distinto del positivo, e incluso la posibilidad lógica de concebirlo. A nuestro entender, los variados argumentos que afloran por todas partes en sus escritos pueden resumirse en seis objeciones principales que miran a los mismos principios del iusnaturalismo, a las que se agregan otras refutaciones por reducción al absurdo.

La separación entre ser y deber ser (formulada en ocasiones como separación entre naturaleza y norma, o entre realidad y valor), la separación entre razón y voluntad, el positivismo jurídico en cuanto teoría monista del derecho, el relativismo axiológico, el agnosticismo metafísico y religioso, y la limitación del conocimiento racional al ámbito de lo sensible, según los postulados del empirismo, son puntos de partida que nos resultan muy familiares. Sobre ellos monta el autor sus argumentaciones contra el derecho natural, de un modo muy simple y coherente con esos principios. Por otro lado, añade que el iusnaturalismo de muchos autores sería intrínsecamente contradictorio, llevaría a conclusiones contradictorias en los diferentes autores, y trabajaría con fórmulas vacías. No volveremos sobre esto último —la supuesta vacuidad de las normas naturales—, ya suficientemente expuesto y comentado al tratar de la crítica de la justicia, y nos contentaremos con presentar lo esencial de las restantes razones, dado que su trasfondo filosófico en la doctrina de Kelsen ya ha sido examinado. Por lo demás, múltiples variantes de estos argumentos, e incluso otros ángulos de la crítica, no serán recogidos, por no agregar nada sustancial para el objeto de este trabajo.

B. *La separación entre el ser y el deber ser*

El argumento central tendente a demostrar la imposibilidad lógica del concepto del derecho natural nos conduce una vez más a la piedra angular del sistema kelseniano: la separación entre *Sein* y *Sollen*, o, para usar otras expresiones que en el vocabulario del autor son sinónimas, entre naturaleza y norma, entre realidad y valor. Bajo el título “el error lógico de la teoría iusnaturalista”, Kelsen desarrolla su raciocinio favorito en contra del derecho natural:

Entendiendo por “naturaleza” la realidad empírica de los hechos concretos en general o la naturaleza particular tal como viene dada en el comportamiento concreto —interior o exterior— de los hombres, resultará que una teoría que pretende poder deducir de la naturaleza las normas descansa sobre un error lógico fundamental. Esta naturaleza es, en efecto, un conjunto de hechos conexionados entre sí en virtud del principio de causalidad, es decir, como causa y efecto: esa naturaleza es, pues, un ser (*Sein*). Ahora bien, de un ser no puede deducirse un deber (*Sollen*), de un hecho no puede deducirse una norma: ningún deber puede ser inmanente al ser, ninguna norma a un hecho, ningún valor a la realidad empírica. Solamente aplicando desde el exterior un deber (*Sollen*) al ser (*Sein*), unas normas a los hechos, cabe juzgar a éstos como conformes a la norma, o sea buenos y justos, o como contrarios a ella, o sea malos e injustos; solamente así cabe valorar la realidad y calificarla como algo dotado o carente de valor. Imaginar que cabe descubrir o reconocer las normas en los hechos, los valores en la realidad, significa ser víctima de una ilusión. Para poder deducir esas normas desde los hechos lo que se hace es proyectar, incluso de manera inconsciente, sobre esa realidad fáctica las normas que se proponen y que constituyen los valores. La realidad y los valores pertenecen a dos campos distintos.⁵⁶⁶

Nótese que la ilusión que descubre en el iusnaturalismo resulta de la aplicación de su propio principio de dicotomía realidad-valores. O sea, no es más que otra formulación, ingeniosa y polémica, de idéntico principio. Como bien se recordará, la separación entre ser y deber ser se eleva en la *Teoría pura* al rango de axioma, dotado de evidencia. Por tanto, en vano se buscarán razones que justifiquen lo que es un principio que se considera indemostrable. Por otra parte, nos parece oportuno insistir en que, para su correcta comprensión, es necesario tener en cuenta qué significan, en Kelsen, ser, deber ser, norma, naturaleza, valor y realidad.⁵⁶⁷ Por lo demás, el pasaje

⁵⁶⁶ JDN, n. 31, p. 103.

⁵⁶⁷ TP (1a. ed. al.), Kelsen, H., “Science and Politics”, *cit.*

transcrito manifiesta claramente que se parte de una concepción empírica de la naturaleza, en cuanto conjunto de hechos ligados por el principio de causalidad, tal como lo conceptualiza nuestro autor.⁵⁶⁸

En *Justicia y derecho natural* se dedica un buen número de páginas a la impugnación de los intentos de fundar el derecho en la naturaleza, y especialmente en la naturaleza humana.

Esta naturaleza del hombre —explica el autor— es esencialmente su naturaleza psíquica, es decir, su constitución “interna”, y no su naturaleza física. Pero deberán igualmente tenerse en cuenta las circunstancias externas en las cuales la naturaleza interna del hombre se manifiesta al exterior y ante las cuales el hombre, en virtud de su naturaleza interior, reacciona con un comportamiento exterior. Teniendo en cuenta estas circunstancias exteriores, se habla de una “naturaleza de las cosas”, permaneciendo, no obstante, como factor determinante la naturaleza del hombre colocado en circunstancias exteriores y actuando en su comportamiento externo con sus instintos, su razón o sus sentimientos. Contra los intentos realizados por deducir de la naturaleza del hombre las normas del comportamiento justo, cabe primeramente formular la siguiente objeción central que se dirige a la teoría del derecho natural en general: del ser no puede deducirse un deber ser, de los hechos no pueden deducirse normas.⁵⁶⁹

Por consiguiente, de la naturaleza empírica del hombre —tal cual resulta de su comportamiento externo e interno, como puede ser observado en la realidad de la existencia social— no podría deducirse cómo el hombre debe comportarse. Si se pretende llevar a cabo esa inferencia, no sólo se incurrirá en un sofisma lógico, sino que se llegará a resultados contradictorios entre sí, lo que, conforme a la visión lógico-trascendental del Kelsen de 1960, se opondría a la unidad del orden que así se tratara de establecer. En efecto, el autor hace notar que, por lo que atañe a los instintos, éstos con frecuencia se hallan en conflicto entre sí, tanto en el individuo aislado como en las relaciones entre los hombres.

En toda esta materia está totalmente ausente la más remota alusión a la naturaleza humana metafísicamente entendida, como esencia del hombre, en cuanto que es principio de sus operaciones. La única naturaleza humana que Kelsen considera es la que resulta de la observación empírica de las tendencias del hombre. En consecuencia, todas sus razones en contra de la posibilidad de fundamentar un derecho natural sobre la naturaleza demues-

⁵⁶⁸ TP (2a. ed. al.), n. 12.

⁵⁶⁹ JDN, n. 33, pp. 109 y 110.

tran sólo esto: tal fundamentación es imposible si se parte de la naturaleza empírica del hombre.

Se detiene a examinar el paralelismo entre los preceptos de la ley natural y las inclinaciones naturales del hombre que santo Tomás expone en un conocido pasaje de la *Suma Teológica*.⁵⁷⁰ Kelsen entiende esas inclinaciones naturales como instintos, y piensa que de los instintos los iusnaturalistas pretenden deducir las normas de derecho natural. De acuerdo con su determinismo, advierte, en primer término, que una ley que ordene comportarse conforme a los instintos es superflua, ya que la conducta humana estaría determinada inexorablemente por las fuerzas instintivas. Resalta, además, la existencia de conflictos entre los instintos. Poniendo el ejemplo del instinto de conservación, expresa que no hay motivo para considerarlo más natural que su contrario, el instinto de autodestrucción, manifestado en los suicidios. Y, desde luego —observa—, el instinto de conservación de uno puede entrar en oposición con el de otro: de tales instintos en contraste no se podría obtener ninguna norma que solucione semejante problema. Por otro lado, junto a la existencia de instintos altruistas, deja constancia de que hay otros de tipo egoísta, como el de agresión. La teoría iusnaturalista, enfrentada a esa variedad de tendencias innatas, distingue —según Kelsen— entre aquellas que son buenas —de las cuales se deduciría la norma correspondiente que prescribe atenerse a ellas— y las que son malas —y que, por ende, no deberían seguirse—. Si para efectuar esta distinción se recurre a los fines del hombre, que el iusnaturalismo cree encontrar en la naturaleza humana, ocurre que ellos “...no podrán ser sino fines objetivos impuestos a los hechos naturales por una autoridad trascendente, es decir que no podrán ser sino normas presupuestas por la teoría del Derecho natural”.⁵⁷¹ Esta presuposición de normas es la que permite, según nuestro autor, establecer la diferencia entre naturaleza “natural” y naturaleza “no natural”.

Significa esto que el sentido de la noción de naturaleza sufre una transformación radical. La naturaleza real, la naturaleza tal como *es*, cede su puesto a una naturaleza ideal, a la naturaleza como *debe* ser según el Derecho natural. Resulta así que cuando la teoría del Derecho natural deduce de la naturaleza las normas de un derecho ideal, que se llama Derecho natural, lo que en realidad hace es deducir una naturaleza ideal desde un derecho que se llama natural, derecho que dicha teoría presupone como un derecho ideal y que está

⁵⁷⁰ *Cit.* I-II, q. 94, a. 2.

⁵⁷¹ JDN, n. 35, p. 115.

en todo caso obligada a presuponer para llegar a su noción de naturaleza, a la noción de la naturaleza buena y divina del hombre.⁵⁷²

Tampoco satisface a Kelsen el intento de concebir lo natural como el comportamiento “normal”, como la conducta de la mayor parte de los hombres. La regularidad en las costumbres sólo se verifica —argumenta— en grupos reducidos y en periodos de tiempo breves. Pero incluso aunque se diera una tal normalidad común a todos los hombres, no podría de allí extraerse una regla del deber ser. Si se hace tal derivación, se estaría implícitamente presuponiendo una de las tantas normas de justicia, la que ordena portarse como la mayoría. Esta norma trasunta, en el sentir de nuestro autor, un optimismo que para sostenerse ha de fundarse sobre base teológica “...pero no faltan los teólogos pesimistas —comenta a renglón seguido— que hablan de la corrupción de la naturaleza humana por la culpa original”, tesis que se inspiraría en san Agustín, o mejor, diríamos nosotros, en una interpretación —típica del luteranismo— de san Agustín.

Todo este esfuerzo crítico está condicionado por la noción de naturaleza que maneja Kelsen, la única, por lo demás, que en atención a su empirismo de principio está en condiciones de usar. Se comprende que, sobre esa base, sea imposible un análisis de las tendencias del hombre que conduzca más allá de la simple descripción de las conductas fácticas. Si se niegan los fines objetivos que convienen al hombre según su esencia, si no se acepta una noción metafísica de su esencia o naturaleza, si no se percibe el alcance ontológico del bien, si se reducen las tendencias humanas a puros instintos, si se niega la libertad humana y se piensa que el hombre está determinado a actuar por sus instintos, y además se enfoca todo el problema desde el presupuesto de la separación *Sein-Sollen*, el intento de descubrir las inclinaciones auténticamente naturales del hombre carece de sentido. No hay acuerdo en los mismos términos del problema. Formulado éste del modo como lo encara Kelsen, sus conclusiones serían respaldadas fervorosamente por cualquier iusnaturalista: es aberrante pensar que, de los simples datos empíricos del comportamiento humano, estadísticamente ordenados, pueda obtenerse información acerca de cuáles han de ser las normas a las que ha de adecuarse el actuar humano. No nos parece que sea válido este esquema en la interpretación del mencionado pasaje de la *Suma Teológica*; para santo Tomás, las tendencias son manifestaciones de los fines del hombre, manifestaciones que en cuanto tales no se captan con una pura visión empirista.

⁵⁷² *Ibidem*, n. 36, pp. 115 y 116. Las cursivas son del original.

C. *La separación entre razón y voluntad*

Bien conocida nos es ya la rigurosa separación entre la razón y la voluntad que caracteriza el pensamiento kelseniano. En ella descansa otra objeción clave, encaminada a mostrar el carácter intrínsecamente contradictorio que, según nuestro autor, tendría el concepto de razón práctica, a la que se atribuye el conocimiento de los preceptos naturales. Incluso en su obra póstuma, *Teoría general de las normas*,⁵⁷³ volverá a extenderse sobre este particular, con relación a la doctrina kantiana.

Así introduce el tema:

Una de las más relevantes tendencias de la teoría del Derecho natural es la que se acostumbra a denominar “racionalista”. Sus representantes buscan la naturaleza del hombre en su razón y, en consecuencia, intentan deducir de la razón las normas de un derecho justo. Consideran que esas normas son inmanentes a la razón o que, llegándose con ello al mismo resultado, la razón en cuanto autoridad creadora de normas, o sea en cuanto legislador, prescribe al hombre el comportamiento correcto, es decir, justo. Este Derecho natural se presenta como *derecho de razón*. Es justo lo que es natural porque es razonable. Considerada desde el punto de vista de la psicología empírica, la función específica de la razón es conocer los objetos que le son dados. Llamamos razón a la función de conocimiento del hombre. Pero crear normas, legislar, no es una función del conocimiento. Crear una norma no significa conocer cómo es un objeto ya dado, sino exigir algo que debe ser. En este sentido, crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento. Una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la noción contradictoria de la *razón práctica* que desempeña un papel decisivo no solamente en la teoría del Derecho natural, donde se presenta como teoría del derecho de razón, sino también además en la ética.⁵⁷⁴

Antes de pasar adelante, conviene poner de relieve una circunstancia que permite situar todo el análisis crítico desplegado por el autor. Aquello que considera en su crítica es el concepto de razón práctica propio del racionalismo, como expresamente lo declara. Por esta razón, sólo alude a dos alternativas en lo que concierne a la explicación de las relaciones entre la razón y las normas: o bien las normas son inmanentes a la razón, o bien, la razón es creadora de ellas. Una tercera alternativa —de una razón que conoce las normas y que basa este conocimiento en la misma realidad— no

⁵⁷³ *Cit.*, pp. 62 y 63.

⁵⁷⁴ JDN, nn. 38 y 39, p. 119. Cursivas en el original.

entra en el horizonte de la crítica kelseniana. Sin embargo, antes de examinar el concepto de razón práctica en Kant, dirigirá su atención a Cicerón y a santo Tomás.

Al mismo tiempo, hay que tener presente el concepto empirista de razón con el que se mueve nuestro autor. La razón tendría por objeto el conocimiento de la realidad, pero esta realidad, en Kelsen, sólo abarca lo sensorialmente perceptible. De ahí que nuestra razón estaría por principio incapacitada para trascender de lo sensible, más allá de la famosa experiencia posible de Kant. Es obvio que en esta realidad, así circunscrita, difícilmente se capta la existencia de normas naturales. De este modo, la impugnación de la razón práctica ya está prefigurada en el mismo concepto de razón que aquí se maneja.

Toda esta exposición, por lo demás, no es sino una vertiente polémica del voluntarismo kelseniano. Las normas, según el jurista de Viena, son sentido de actos de voluntad, y como sólo cabría tener en cuenta los actos de voluntad empíricos, no habría más normas que las arbitrariamente puestas por los hombres. En cambio:

Si las normas que constituyen el valor moral y en particular el valor de justicia emanan de la razón, y no de una facultad humana diferente de la razón como es la voluntad, entonces los juicios del deber (*Soll-Urteil*)... podrán tener una validez tan objetiva, es decir, tan independiente del arbitrio humano como los juicios del ser (*Seins-Urteil*) que emanan de la razón teórica...⁵⁷⁵

Repárese, además, en que en el mismo concepto de razón práctica, al menos entendido de modo realista, se halla implícita la posibilidad de conocer el deber ser sobre la base del ser, lo que se opone al primer principio de la doctrina kelseniana.

“Ya Cicerón define el Derecho natural como producto de la «recta razón» (*recta ratio*); al hacer esto distingue muy claramente una recta razón, es decir, dirigida hacia el bien, de una razón no recta o torcida, razón que es la encaminada hacia el mal”.⁵⁷⁶ Así, la recta razón no sería la razón empírica, sino la razón tal cual debe ser. No olvidemos, de paso, que en cierto modo la razón que concibe Kelsen puede ser también calificada de razón que debe ser, puesto que debe limitarse a lo sensible, y a su interpretación trascendental. Desde su propia perspectiva, admite implícitamente la falibilidad de nuestra razón, que puede intentar —y de hecho parece obstinarse en

⁵⁷⁵ *Ibidem*, n. 42, p. 125.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, n. 39, p. 120.

ello— saltar por encima de las barreras que Kelsen, con todo el positivismo, se empeña en oponerle.

Continuando la exposición crítica de Cicerón, añade:

...define el derecho como la “recta razón en armonía con la naturaleza” (*De Republica*, III, XXII, 33). Ahora bien, Cicerón identifica esta naturaleza con Dios, afirmando que Dios es el creador de este derecho eterno e inmutable (*ibid.*). De hecho, las normas de justicia absolutamente válidas sólo pueden ser inmanentes a la razón divina; solamente con respecto a la razón divina cabe mantenerse esa noción contradictoria de ser al mismo tiempo función del conocimiento y función de la voluntad, en cuanto que el principio lógico que excluye la contradicción no tiene aplicación para las afirmaciones relativas a las propiedades de Dios. Sólo la razón divina puede ser razón “práctica”, es decir, conocimiento legislador: hablando de Dios conocimiento y voluntad forman un todo único.⁵⁷⁷

Con ello, Kelsen se hace eco de una de las posiciones teológicas elaboradas con relación a este problema de la conciliación de las diversas perfecciones divinas con la simplicidad de Dios. Corresponden sus afirmaciones a aquella línea que, imbuida de nominalismo y en aras de la defensa de la simplicidad, llega a sostener que entre esas perfecciones sólo mediaría una distinción verbal. Así, podría afirmarse, por ejemplo, que Dios castiga por su misericordia. Como de acuerdo con esta teoría nuestros conceptos, al aplicarse a las realidades divinas, se tornarían equívocos, podríamos afirmar todo de Dios —lo que, bien mirado, importa, es decir que nada podríamos sostener con certeza—, yendo a parar en un cabal agnosticismo. Por esto, la teología tomista rechaza esa solución, y afirmando la real identificación de las perfecciones en Dios, defiende su distinción de razón con fundamento en la realidad divina, lo que se armoniza con la predicación analógica de esas perfecciones respecto de Dios y las criaturas.⁵⁷⁸

Respecto a la razón práctica en santo Tomás, Kelsen destaca dos aspectos: el que ella sería la razón divina en el hombre —lo deduce de la conocida definición tomista de la ley natural como participación de la ley eterna en la criatura racional⁵⁷⁹— y el que, como el imperio (*imperium*) es acto propio de la razón práctica,⁵⁸⁰ ésta cumpliría, en la doctrina de santo Tomás, a

⁵⁷⁷ *Ibidem*, n. 39, pp. 120 y 121.

⁵⁷⁸ González Álvarez, Ángel, *Tratado de metafísica. Teología natural*, Madrid, Gredos, 1968, pp. 360-371.

⁵⁷⁹ *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 2.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, I-II, q. 17, a. 1. La expresión *voluntas, quae est in ratione*, en *ibidem*, II-II, q. 58, a. 4, lleva a pensar a Kelsen que santo Tomás afirmaría la inmanencia de la voluntad en la

la vez una función de voluntad y de conocimiento, ya que el imperio implicaría la creación de normas. En consecuencia, la razón práctica sería, en las formulaciones del Aquinate, una noción contradictoria.

En cuanto al primero de los puntos resaltados, para ser fieles a las posturas tomistas, habría que comenzar por eliminar cualquier resabio panteísta de expresiones como “la razón divina en el hombre”.⁵⁸¹ la noción de participación en santo Tomás no los consiente en absoluto. Y por lo que atañe al segundo aspecto —la acusación de confusionismo entre voluntad y razón—, estamos seguros de que, de una lectura aun superficial de las obras de santo Tomás, se saca una conclusión muy distinta. Es una doctrina que se esmera en distinguir ambas facultades, estableciendo, claro está, sus mutuas conexiones, tal como se dan realmente en la unidad del vivir humano.⁵⁸² Pero la interpretación kelseniana se explica muy sencillamente. Es fruto de un arraigado voluntarismo que, en el fondo, hunde sus raíces en una suerte de autonomía de la voluntad al modo kantiano —aunque nuestro autor rechace esta última en la concepción de la moral—;⁵⁸³ sin embargo, la voluntad del que pone las normas se concibe en su obra de modo paradigmáticamente autónomo. De esta forma, cuando santo Tomás sostiene que imperar es propio de la razón, Kelsen no puede concebir un imperio que no sea acto del puro querer, y piensa que el Aquinate está diciendo que un acto de la voluntad es acto de la razón. No acierta a ver un acto de imperio que no equivale al establecimiento o creación de leyes por el hombre. Aunque el mismo Kelsen, apoyado en otros textos de santo Tomás,⁵⁸⁴ se ve obligado a reconocer que la razón práctica humana en

razón, por lo que las confundiría. Pero esta deducción es improcedente, ya que la expresión ha de entenderse, precisamente, a la luz de la distinción entre ambas potencias del hombre: el artículo está consagrado a mostrar que la virtud de la justicia no es de la razón, sino de la voluntad.

⁵⁸¹ Kelsen sostiene: “La teoría del Derecho natural inspirada en la teología de Santo Tomás de Aquino da, pues, simplemente prueba de lógica cuando afirma que el Derecho natural —que no es creado por Dios, pero que está al menos contenido en la esencia de Dios y es inmanente a la razón divina— viene conocido por medio de un proceso que se denomina «conocimiento de Dios por sí mismo»...” (JDN, n. 41, p. 124); y cita el siguiente texto de Utz en apoyo de su aserto: “El ser divino y el conocimiento de Dios por sí mismo constituyen el fundamento íntimo del carácter racional del Derecho natural” (JDN, n. 32, p. 109). Como se advertirá, mientras Utz se refiere al fundamento de l derecho natural en Dios, Kelsen traslada su afirmación al ámbito del conocimiento humano de ese derecho, por lo que su interpretación adolece de un tinte claramente panteísta.

⁵⁸² *Suma Teológica*, I-II, qq. 8-17 y 58.

⁵⁸³ *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 62 y ss.

⁵⁸⁴ *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 3.

santo Tomás no crea la norma natural, sino que la conoce. Pero ello no lo hace modificar su interpretación del *imperare*, sino que lo lleva a suponer una contradicción en santo Tomás. Por al contrario, éste propugna lo que se ha designado, quizá no muy acertadamente, como un “intelectualismo moderado” que ve el imperio —y por consiguiente, la ley— como acto de la razón, pero reconoce, al tiempo, la decisiva intervención de la voluntad, cuyo acto está presupuesto en el de imperio. Si la razón al imperar mueve, es en virtud de ese acto del querer que se presupone. Pero como es obvio, todo esto no se aviene con la rígida incomunicación entre ambas facultades que preconiza el autor. Esta incomunicación tal vez esté condicionada por las mismas nociones de tipo empírico que Kelsen utiliza al estudiar estas facultades espirituales del hombre, cuya conceptualización reclama una penetración ontológica en el ser del hombre.

Quiere verse con frecuencia en la facultad de distinguir el bien del mal la esencia de la razón práctica. Esta interpretación hace remontar esta idea hasta el mito del árbol de la ciencia. El fruto de este árbol da el conocimiento del bien y del mal a quien, a pesar de la prohibición de Dios, come de él (Gen. II, 9, 16, 17). La serpiente dijo a la mujer: “Dios sabe que el día que de él comáis se os abrirán los ojos y seréis como Dios, concededores del bien y del mal” (Gen. II, 4, 5). La esencia de Dios radica en que sabe lo que es el bien y el mal. Por el hecho de saberlo, quiere también que el bien sea hecho y el mal evitado. Su saber es su querer. Su razón es una razón práctica. En el pecado original el hombre se apropia esta razón divina.⁵⁸⁵

Ya no extrañará ninguna de estas afirmaciones: la calificación de mito que otorga al pecado original —conforme a su agnosticismo teológico—, su adopción del punto de vista del nominalismo en cuanto a las relaciones entre las perfecciones divinas. Pero quizá llamarán algo más la atención estas dos tesis teológicas que responden a la conveniencia de la interpretación kelseniana: “La esencia de Dios radica en que sabe lo que es el bien y el mal”, y “En el pecado original el hombre se apropia de esta razón divina”. Desde luego, el agnosticismo no es terreno propicio para disputar sobre la esencia de Dios ni sobre el pecado original...

A la teoría kantiana sobre la razón práctica se consagra una meticulosa investigación. “Se trataba para Kant —dice Kelsen, al introducir el tema— de salvar con ayuda de la razón práctica el dogma teológico de la libertad de la voluntad que no podía hacer subsistir con la sola razón teórica”.⁵⁸⁶ A con-

⁵⁸⁵ JDN, n. 41, pp. 124 y 125.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, n. 43, p. 126.

tinuación, se resumen las principales tesis kantianas acerca de este punto: la razón práctica como legisladora según el principio de autonomía de la voluntad —de modo poco compatible con el postulado kantiano de la existencia de Dios, como hace notar Kelsen—; la razón práctica identificada con la voluntad, pero, a la vez, concebida como una facultad idéntica a la razón pura —dando lugar a otra dificultad interna del kantismo que nuestro autor resalta—; la libertad que se atribuye a la “cosa en sí”, la que, por otra parte, aparece como incognoscible; el primado de la razón práctica, etcétera. Sostiene, en particular, que “El concepto de razón práctica es, pues, el resultado de la mezcla inadmisibles de dos facultades humanas, esencialmente diferentes una de otra y que Kant mismo distingue”.⁵⁸⁷ Tras este recorrido, que abunda en citas literales de las obras del filósofo de Königsberg, ya sabemos dónde se dan verdaderamente las supuestas confusiones entre razón y voluntad que el autor achaca a santo Tomás.

Descartada la razón práctica como base del conocimiento del derecho natural, se somete a examen la doctrina de Coing, que, recurriendo a ciertas ideas de Scheler y Hartmann, ha intentado poner el sentimiento del derecho (*Rechtsgefühl*) como aquello que permitiría captar el derecho natural. La argumentación crítica de Kelsen insiste en que ninguna norma de justicia puede deducirse de los sentimientos, tan diversos y cambiantes, incluso en un mismo individuo. Estimamos que la crítica que se desarrolla, si bien contiene elementos valiosos, no da con el núcleo de la cuestión, o sea, no explica por qué las emociones o sentimientos no pueden ofrecernos un criterio valorativo absoluto y seguro. En efecto, la razón decisiva no es tanto la versatilidad de los sentimientos humanos, cuanto que a ellos, sea que se conciben como actos de la voluntad o de los apetitos sensibles, de ninguna manera les compete una función de conocimiento.

D. *El monismo iuspositivista*

Otra vía a través de la cual Kelsen se opone a la idea del derecho natural toma como punto de partida el carácter dualista que, en su opinión, sería distintivo de todo iusnaturalismo. Realiza una crítica interna de tal dualismo en los siguientes términos:

Supone esto que ambas, la norma de justicia y la norma de derecho positivo, son consideradas simultáneamente como válidas, cosa que resulta imposible cuando las dos normas son contradictorias. En este supuesto, sólo una de las

⁵⁸⁷ *Ibidem*, n. 43, p. 133.

dos puede ser considerada válida. Así tenemos: frente a una norma de justicia que se supone válida, una norma de derecho positivo que la contradiga no puede ser considerada válida; o en caso contrario: frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justicia que la contradiga no puede ser considerada válida.⁵⁸⁸

Por esta razón, en definitiva, ese dualismo abocaría en un monismo iusnaturalista. Al afirmarse la validez del derecho natural por encima de la del derecho positivo, de modo que si éste se opusiera a aquel sería inválido, ello vendría a significar que se reconoce validez tan sólo al derecho natural, y no al derecho positivo en cuanto tal: la validez de éste no descansaría más que en su adecuación a la norma de justicia.

Teniendo a la vista los restantes argumentos contra el derecho natural, es evidente que este monismo de signo iusnaturalista le parece insostenible al jurista vienés. De hecho, la *Teoría pura* es, de principio a fin, una rotunda defensa del monismo positivista. Su punto de vista se expresa muy claramente en un texto que se refiere a una posible contradicción entre una norma de derecho natural y una norma positiva.

Esto significa que según las normas jurídicas positivas dichos actos deben ser realizados, pero que en virtud de la norma de justicia no deben serlo. Ahora bien, no resulta posible que un acto deba y no deba a la vez ser realizado: no cabe aplicar sino una u otra de las dos normas. Es preciso por este motivo que, cuando se supone que una norma de derecho positivo es válida, no se tenga en cuenta la validez de la norma de justicia que pueda encontrarse tanto en armonía como en contradicción con aquélla.⁵⁸⁹

Como toda la *Teoría pura* se apoya sobre la suposición de validez del derecho positivo, al margen de su posible contenido y a condición de que sea eficaz, ella excluye, adecuándose estrictamente a sus propios principios, la existencia de un orden normativo jurídico suprapositivo. Debe tenerse en cuenta, además, hasta qué grado influye la concepción dualista que nuestro autor se ha forjado respecto a las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. No concibe a ambos derechos como formando una unidad, un sistema unitario. Por eso, si se afirma la existencia del derecho natural, sostiene que sería lógico excluir, como superfluo y dañino, al derecho positivo. En fin, quizá sea también oportuno considerar aquí las últimas posiciones del autor sobre la existencia de conflictos en el mismo derecho positivo, que no podrían ser eliminados por la ciencia jurídica. Este nuevo enfoque

⁵⁸⁸ *Ibidem*, n. 3, pp. 31 y 32.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, n. 4, pp. 35 y 36.

tal vez requeriría una revisión de estas argumentaciones, tan fundadas en la unidad lógica del ordenamiento jurídico, si bien su rechazo del derecho natural no sufrió la más leve atenuación en los años finales de su vida, tal como lo demuestra su *Teoría general de las normas*.⁵⁹⁰ Lo esencial que, en todo caso, ha de retenerse, es que, en virtud de su positivismo monista, el derecho natural puede ser, para nuestro autor, cualquier cosa... menos derecho válido realmente existente.

E. *El relativismo de los valores*

El relativismo axiológico excluye también, de raíz, cualquier intento de considerar al derecho natural como fundamento de validez del derecho positivo. Nuevamente el autor nos lo explica con su acostumbrada claridad:

Una teoría positivista del derecho, y con ello quiere decirse realista, no pretende negar la existencia de la justicia —es preciso insistir siempre en esto—, sino únicamente afirmar que de hecho se presuponen un gran número de normas de justicia diferentes y contradictorias. No niega que la elaboración de un ordenamiento jurídico positivo pueda estar determinada, y de hecho lo está generalmente por la representación de una cualquiera de esas normas de justicia. No niega que todo ordenamiento jurídico positivo, y los actos a través de los cuales se crean estas normas, pueden ser valorados en virtud de una de esas numerosas normas de justicia y calificados, por tanto, de justos o injustos. Lo que sostiene esta teoría es que esos criterios de valoración no poseen sino un carácter relativo y que, en consecuencia, los actos creadores del ordenamiento jurídico positivo pueden venir legitimados como justos si se les valora con un determinado criterio y, al mismo tiempo, condenados como injustos si el criterio de valoración elegido es otro: un ordenamiento jurídico positivo, concluye, sería, por tanto, respecto a su validez, independiente de la norma de justicia en virtud de la cual son valorados los actos creadores de las normas positivas.⁵⁹¹

En defensa de su posición, escribe:

No cabe justificar la actitud de oposición al positivismo jurídico y de defensa del iusnaturalismo diciendo que el positivismo, contrariamente al Derecho natural, no dispone de criterios que permitan juzgar al derecho positivo y que, por consiguiente, no nos sirve de ayuda cuando se plantea la cuestión

⁵⁹⁰ V. gr. *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 56.

⁵⁹¹ JDN, n. 29, pp. 101 y 102.

decisiva de saber si un derecho positivo debe ser mantenido, reformado, o eliminado por la fuerza. En cuanto teoría relativista de los valores, el positivismo aporta también criterios que permiten juzgar al derecho positivo, pero con la única restricción de que dichos criterios poseen un carácter relativo. Decir que este relativismo “no nos sirve de ayuda” significa que nos hace tomar conciencia del siguiente hecho: es a nosotros a quienes incumbe solucionar la cuestión, porque, cuando se trata de saber lo que es justo o injusto, la decisión depende de la elección de las normas de justicia que tomamos como fundamento de nuestro juicio de valor, pudiendo, por tanto, ser la respuesta muy diferente; esta elección, sólo nosotros mismos, cada uno de nosotros puede hacerla, nadie más, ni Dios, ni la naturaleza, ni siquiera la razón en cuanto autoridad objetiva, puede hacerlo por nosotros... Ahora bien, las teorías iusnaturalistas dan al hombre la ilusión de que la norma de justicia por él escogida procede de Dios, de la naturaleza o de la razón y que, por tanto, es absolutamente válida, no resultando así posible considerar válida ninguna otra norma de justicia opuesta a aquella; y muchos compran esta ilusión al precio de cualquier “*sacrificium intellectus*”.⁵⁹²

Este pretendido sacrificio del entendimiento es el recurso polémico del que se sirve el autor para ocultar el real sacrificio de fondo que, respecto al alcance de nuestra inteligencia, es consumado por su actitud empirista, que restringe nuestras fuerzas racionales al plano de lo directamente sensible. La ilusión que ve en el iusnaturalismo, y en toda postura metafísica o religiosa, es el reverso de su completo desencanto, fruto de un pesimismo y escepticismo que están en la base de su relativismo de los valores. Por último, ¿qué sentido tiene seguir hablando de valores, de justicia e injusticia, de bien y mal, cuando se adopta una actitud relativista y subjetivista como la que nuestro autor defiende? Su recurso a una elección autónoma del individuo —por lo demás difícilmente conciliable con su concepción última, de corte netamente social, de la moral— se muestra, ante el más elemental sentido común, como incapaz de fundar una auténtica moralidad humana o de ser la base de verdaderos juicios de valor.⁵⁹³

F. *El agnosticismo metafísico y teológico*

En la base del relativismo kelseniano, según testimonio del propio autor, se halla una postura agnóstica frente a todo lo absoluto.

⁵⁹² *Ibidem*, n. 51, pp. 160 y 161.

⁵⁹³ Una interesante crítica immanente del relativismo de Kelsen ha sido llevada a cabo por Recaséns Siches (Panorama, *cit.*, I, pp. 213 y ss.), aunque no compartimos su enfoque de la axiología.

La negativa a admitir, desde el punto de vista del conocimiento científico, la existencia de un ser trascendente situado por encima de toda posible experiencia humana, es decir, la oposición a la existencia de lo absoluto en general y de valores absolutos en particular, conduce, desde el punto de vista de una teoría científica del derecho, a la afirmación de que la validez del derecho positivo no puede depender de su relación con la justicia. Semejante dependencia no podría, en efecto, existir más que si la justicia fuese un valor absoluto, es decir, si se supone la validez de una norma de justicia que excluye la validez de cualquier otra norma que no esté conforme con aquélla.⁵⁹⁴

No se trata de una afirmación aislada, sino de una constante en toda su crítica del derecho natural. Ya hemos tenido oportunidad de comprobar cuánta importancia atribuye Kelsen a su idea de que todo derecho natural debe tener, en último término, una base teológica. La separación entre realidad y valor, que no es sino una inmediata consecuencia del dualismo capital ser-deber ser, también se conecta estrechamente con el agnosticismo kelseniano, en cuanto la inmanencia del valor en la realidad conduciría a absolutizar el valor. Cuando hemos expuesto su crítica a las nociones de naturaleza y de razón práctica en el iusnaturalismo, hemos encontrado también la idea recurrente de que ellas remiten a un fundamento divino. Y las referencias teológicas de la *Teoría pura del derecho* son numerosas: baste recordar las que salen a propósito del principio de causalidad y el de imputación, o con ocasión del análisis del ilícito. En la edición francesa de esa obra formulaba, desde un punto de vista histórico, esta observación: “En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo”.⁵⁹⁵ El derecho natural, por otra parte, siempre le pareció a Kelsen un producto de la interpretación religiosa-social-normativa de la naturaleza. Por eso la historia de la doctrina del derecho natural la concebía como una sociología de la creencia en el alma, dado que veía en el animismo el comienzo de lo religioso.⁵⁹⁶

Para comprender el papel que desempeña el agnosticismo de Kelsen en esta materia, nos parecen muy ilustrativas estas palabras con las que comenzó su intervención en el coloquio con iusnaturalistas en Salzburgo, en 1962:

⁵⁹⁴ JDN, n. 29, p. 100.

⁵⁹⁵ TP (ed. fr.), p. 65.

⁵⁹⁶ Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 73. Esta interpretación de la historia de las religiones no calza de ninguna manera con los más modernos resultados de la etnología (Guerra, M., *cit.*).

Al aceptar la invitación para hablar del Derecho Natural en este círculo de partidarios de la Teoría del Derecho Natural, no lo he hecho, naturalmente, con la intención de convertir a ustedes a mi idea de que, desde un punto de vista científico racional, no se puede admitir la validez de un Derecho Natural, pues tengo por imposible tal conversión. Y ello por una razón, que brota precisamente del tema sobre el que quiero hablarles: la base de la Teoría del Derecho Natural. Pues se trata de la respuesta que hay que dar a la pregunta de bajo qué presupuesto se puede únicamente aceptar la validez de un Derecho eterno, inmutable, inmanente a la naturaleza; de tal manera que quien, como yo, cree no poder aceptar ese presupuesto, tampoco puede aceptar su consecuencia. Dicho presupuesto es —como intentaré mostrar— *la creencia en una Divinidad justa...* Discutir sobre la certeza de esta creencia es cosa totalmente inútil. Ni el que tiene esta creencia ni el que no la tiene pueden ser convencidos de lo contrario mediante argumentos racionales. Pero al sustentar yo la opinión de que esta creencia es el presupuesto esencial e ineludible de una verdadera Teoría del Derecho Natural, me encuentro, frente a aquellos de ustedes que a pesar de hacer suya dicha creencia participan de la extendida opinión según la cual la validez del Derecho Natural es independiente de la voluntad de una Divinidad omnipotente y de bondad infinita, en una extraña posición. Aparezco así aquí no —como ustedes quizá me suponen— cual un *advocatus diaboli*, sino, todo lo contrario, como un *advocatus Dei*.⁵⁹⁷

Para Kelsen, el problema no es racional, sino de fe. En virtud de su visión empirista de nuestra razón, estima imposible que ella alcance lo absoluto. No cabría ningún conocimiento racional de Dios. Sólo podría llegarse a Él por la fe, por una fe que, lógicamente, aparece como irracional, en cuanto fruto de una arbitraria elección. La separación entre fe y razón que ello implica, unida a un concepto del acto de fe como dimanante del puro querer (muy en la línea de la fe fiducial), nos permite atisbar el ambiente teológico protestante de donde se nutren sus concepciones en esta materia. En todo caso, el agnosticismo de nuestro autor se extiende tanto a un acceso racional a Dios por un conocimiento metafísico como a una vía sobrenatural a través de la fe.

Pero más importante es resaltar ahora la índole fundamental de esta razón del positivismo kelseniano. Quizá la separación *Sein-Sollen*, o el monismo positivista, constituyen motivos más inmediatos en su rechazo del derecho natural. Sin embargo, todas esas razones remiten a una base última que Kelsen, lejos de esconder, proclama con total sinceridad: su negación de Dios. Poniendo entre paréntesis la posible connotación militante que el término “ateo” conlleva —connotación que no cuadra con el indiferentis-

⁵⁹⁷ *Bases de la teoría del derecho natural, cit.*, pp. 577 y 578. Cursivas en el texto original.

mo kelseniano—, se puede decir, en fórmula que quizá sorprenda pero que se atiene con rigor a la mente del jurista de Viena: la razón última del positivismo kelseniano es su ateísmo.

Ello no significa, obviamente, que toda adhesión a la *Teoría pura* provenga de una actitud atea ni implica tomar algún partido, por ahora, en la controvertida cuestión de las relaciones entre los fundamentos ideológicos de la doctrina pura y los resultados teórico-jurídicos que alcanza. Es, simplemente, una afirmación que se ciñe a la verdad histórica, tal cual se manifiesta explícitamente en las formulaciones del autor.

Pero es una verdad que al jurista, interesado en la *Teoría pura*, debe hacerle reflexionar: un sentido crítico muy primario obliga a tener muy presentes, a la hora de valorar una doctrina, sus fundamentos tal como los da a conocer el mismo autor. En cualquier caso, quien tiene el peso de la prueba es el que aspire a demostrar que el positivismo kelseniano puede conciliarse con una postura abierta a la trascendencia. No se trata, sin embargo, de estigmatizar *a priori* y en su conjunto a la *Teoría pura* como atea,⁵⁹⁸ pero sí de tener en cuenta un dato muy relevante que afecta sus mismos cimientos.

A la vez, queda abierta una interrogante decisiva: si las mismas bases del positivismo kelseniano —en particular la separación entre ser y deber ser que se defiende como una evidencia— se hallan tan ligadas con determinadas actitudes frente a las cuestiones últimas que el hombre siempre se ha planteado —sobre su origen y destino, sobre la existencia de Dios, etcétera—, ¿no hay motivo para desconfiar de la supuesta pureza de toda la teoría? La negación de Dios, que conduce a apartar de la ciencia todo lo que de algún modo podría conectarse con su existencia y sus operaciones respecto al mundo, entraña un supuesto metafísico y religioso que no por ser negativo deja de situarse en un plano distinto y superior al de las ciencias fenoménicas. Parece que la tesis agnóstica influye realmente sobre el sistema kelseniano hasta el extremo de condicionar la misma posibilidad de su construcción. Pero esa tesis agnóstica no se deriva de la misma ciencia jurídica según las exigencias del método puro. Luego, la ciencia jurídica, para ser fiel a la pureza total —tal como Kelsen la entiende— ha de asentarse sobre un fundamento que ya no es tan puro. He aquí la paradoja: la *Teoría pura*, para ser pura, requiere dejar de serlo. Estamos ante un camino de crítica inmanente que ya se nos insinuó cuando comprobamos que Kelsen, rehusando admitir conclusiones provenientes de ciencias distintas de la jurídica como

⁵⁹⁸ TP (2a. ed. al.), prólogo a la 1a. ed., p. 11, donde Kelsen considera que esta crítica de su teoría sería ideológica, y por eso la descarta. Pero es el propio Kelsen quien nos enseña que su postura en materia de metafísica y religión condiciona todo su edificio doctrinal.

premisas de su doctrina, sí recurría a una filosofía que, por lo demás, está hermanada indisolublemente con este agnosticismo que tan importante se nos revela en la crítica del iusnaturalismo, y, por lo tanto, en la fundamentación del positivismo.

G. *La concepción positivista del saber*

El relativismo axiológico y el agnosticismo se corresponden con una concepción positivista de la ciencia, y con la negación de la metafísica, sobre lo que ya hemos insistido frecuentemente a lo largo de este trabajo. Kelsen confía sólo en las ciencias particulares que se atienen al nivel fenoménico-experimental, y veda a la razón del hombre todo intento de acceder más allá de las fronteras de las ciencias positivas. De nuevo, lo mejor es atender a nuestro autor, que así defiende polémicamente su posición:

La justificación de la teoría del Derecho natural que intenta resolver el problema de una justicia absoluta, ha pretendido también lograrse alegando que el problema existe y que el positivismo jurídico relativista no es capaz de resolverlo. No negaremos nosotros que el problema de una justicia absoluta existe en el sentido de que los hombres sienten y sentirán sin duda siempre la necesidad de justificar su comportamiento declarando que es absolutamente bueno y justo; tampoco negaremos la tesis de que el positivismo jurídico relativista no es capaz de suministrar semejante justificación. Ahora bien, de la existencia de una necesidad no cabe concluir que dicha necesidad pueda ser satisfecha por medio del conocimiento racional, ni que el problema pueda ser resuelto de esa manera. Por el contrario, la ciencia puede mostrar que el problema no puede ser resuelto así, porque no hay y no puede haber justicia absoluta para un conocimiento humano: hay, pues, que excluir este problema del ámbito del conocimiento. La misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle.⁵⁹⁹

Kelsen piensa, como veíamos, que cada uno debe escoger la norma de justicia, de modo que esta restricción de las posibilidades de nuestro conocer le dejaría abierta una vía, incluso más auténtica —en cuanto no pretende apoyarse en justificaciones que serían imposibles— para actuar en el terreno moral. Este irracionalismo, que es escepticismo —puesto que impide hablar racionalmente de estos temas, salvo para describir lo que cada uno elige— imposibilita cualquier fundamentación cognoscitiva de la mo-

⁵⁹⁹ JDN, 11. 51, pp. 159 y 160.

ral. Conviene hacer notar que de sus opciones subjetivas —en pro de la paz, la tolerancia, etcétera—, Kelsen se esfuerza por no extraer la más mínima consecuencia en el terreno de la ciencia del derecho, por lo que muestra los resultados de esta actitud cientificista en esta disciplina, tal como los hemos expuesto en este estudio. Por otra parte, la necesidad de justificar moralmente el comportamiento humano de que nos habla Kelsen, que se funda en el mismo ser racional y libre del hombre, queda completamente insatisfecha en el planteamiento kelseniano.

H. *Las contradicciones del iusnaturalismo según Kelsen*

Por último, nos resta hacernos eco de algunos argumentos por reducción al absurdo que utiliza Kelsen. Por una parte, reprocha a los iusnaturalistas el que incurren en contradicciones internas.⁶⁰⁰ Se trata, sobre todo, de la actitud que adoptan frente al problema de las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo, tema en el que, contra lo que Kelsen esperaría, parecen conceder demasiada relevancia el derecho positivo, hasta convertir el derecho natural casi en un mero instrumento para fortalecer el derecho positivo. También se fija en lo contradictorio que es admitir el derecho natural sin reconocer la necesidad de su fundamentación teológica.

Puesto que sobre tales contradicciones internas de los iusnaturalistas ya nos hemos explayado en páginas anteriores, basta ahora aludir a lo que Kelsen llama “resultados contradictorios de las diferentes teorías iusnaturalistas”.⁶⁰¹

El objetivo de la teoría iusnaturalista es la justicia, las normas del Derecho justo; no hay, como imaginan los partidarios de esta teoría, una sola sino muy numerosas normas de justicia diferentes y opuestas; si las normas de justicia no son como quieren los teóricos del Derecho natural, inmanentes a la naturaleza, entonces no podrán ser encontradas o deducidas en la naturaleza, sino que en realidad lo que ocurre es que vienen presupuestas por dichos teóricos: por todas estas razones cada uno de éstos llega, según la norma de justicia por él propuesta, a resultados muy diferentes y contradictorios.⁶⁰² La historia de la teoría del Derecho natural confirma este hecho que siempre se ha manifestado como algo contrario a ella misma. No resulta difícil comprender que la teoría del Derecho natural conduce necesariamente a un fracaso en relación con los grandes problemas de justicia, decisivos en nuestra época: la

⁶⁰⁰ TP (ed. fr.), pp. 105-109.

⁶⁰¹ JDN, n. 45, p. 141.

⁶⁰² Este tema está más desarrollado en *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, cit.

alternativa democracia o autocracia y la alternativa economía libre (capitalismo) o economía planificada (socialismo). Si se cree encontrar en la naturaleza, porque se parte de esa hipótesis, la norma de justicia de la libertad (autodeterminación), se declarará que la democracia y su sistema de economía libre que garantice la propiedad individual son el único orden social natural, es decir, justo. Si se cree encontrar en la naturaleza, partiendo de esa hipótesis, la norma de justicia que reclama la satisfacción de las necesidades económicas de todos y de seguridad económica, entonces se considerará natural, es decir, justo, y se defenderá el orden social, que realiza ese ideal, incluso si, o precisamente porque, este orden sólo alcanza su objetivo a través de métodos autocráticos y de economía planificada, declarando que los medios de producción son de propiedad colectiva. En efecto, Locke ha deducido de la naturaleza la democracia, Filmer la autocracia, Cumberland la propiedad individual y Morelly la propiedad colectiva. Con los métodos de la teoría del Derecho natural, y en lo que se refiere a la justicia, se puede probar todo, y por lo tanto, no se prueba nada.⁶⁰³

Es el argumento característico del escepticismo a través de todos los tiempos: el escándalo ante las contradicciones de los filósofos. En Kelsen toma un cariz especial, en cuanto ello significaría oponerse al derecho como orden. “En efecto, las normas así obtenidas estarán necesariamente en contradicción unas con otras, no pudiendo, pues, representar un orden justo del comportamiento humano, en cuanto que las normas que están en conflicto unas con otras resultan incapaces de formar un «orden normativo»”.⁶⁰⁴ Al fin de su existencia —a pesar de su abandono del ideal lógico del orden como ausencia de conflictos entre las normas—, su pensamiento sigue los mismos cauces: “Esta es la teoría del derecho natural o racional, opuesta al positivismo jurídico, la cual, de aplicarse realmente, tendría que conducir a la anarquía total”.⁶⁰⁵ Con razón ha sostenido Villey que la idea de orden juega un destacado papel en la *Teoría pura*. “Kelsen adora la *coherencia*, a la que ofrece en holocausto la justicia y la verdad”.⁶⁰⁶

Kelsen quiere que toda nuestra labor como juristas esté dedicada al orden; ni siquiera a un ideal de fuerte cohesión social, que supondría una preferencia por los regímenes autoritarios; sino —cosa curiosa— a un valor *intelectual*, trasladado de su dominio propio, el de la ciencia, al gobierno de

⁶⁰³ JDN, n. 45, pp. 141 y 142.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, n. 33, p. 110.

⁶⁰⁵ Sobre el concepto de norma, *cit.*, p. 212.

⁶⁰⁶ Villey, M., *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962, p. 291. Cursivas en el original.

la vida activa... El sistema de Kelsen no es neutro y “objetivo” más que en apariencia.⁶⁰⁷

“De este modo —expresa Ebenstein— el ideal de justicia se reduce al principio de «unidad sistemática»; el ideal lógico reemplaza al ético”.⁶⁰⁸ Y hace notar que esto se inscribe en la tradición germánica del “más bien haré la injusticia que sufriré el caos” de un Goethe, o del imperativo categórico —“actúa de acuerdo con una regla que al mismo tiempo pueda ser universal”— de un Kant. Tenemos ante nuestros ojos un nuevo motivo para sospechar de la ilimitada pureza de la *Teoría pura*.

Como Kelsen ya ha rechazado de plano el derecho natural, no se molesta en sopesar críticamente las diversas concepciones contradictorias que señala —labor que, desde su punto de vista, sería imposible, porque para él ninguna de esas conclusiones puede ser verdadera—. Ni se le ocurre la posibilidad de que en los temas que menciona como ejemplos no quepa dar una respuesta única desde la perspectiva del derecho natural. Es muy significativo que esos ejemplos se sitúen en el ámbito de los que tradicionalmente se han entendido como principios más secundarios del derecho natural. Efectivamente, resulta muy aventurado pretender que un único sistema económico o político sea el adecuado a la naturaleza humana, sin perjuicio de que haya un núcleo de derecho natural en estos temas. Por lo demás, las contraposiciones autoridad *versus* participación del pueblo, satisfacción de las necesidades económicas *versus* libertad, no resisten el menor análisis crítico.

Llegados al fin a esta presentación de los argumentos kelsenianos contra el derecho natural, quisiéramos sólo recalcar que ellos se limitan a aplicar los principios básicos de la entera *Teoría pura*. La trama argumental que hemos recorrido es el revés —laboriosamente construido, por cierto—. De la faz positiva que representa la misma doctrina general de Kelsen sobre el derecho. Por consiguiente, nos parece que pocas empresas hay más problemáticas que la de aislar el positivismo kelseniano de su actitud frente al derecho natural. Con mucha razón, Métall sostiene: “En estrecho contacto con los trabajos de Kelsen en el ámbito de la teoría general del derecho se encuentran sus escritos filosófico-jurídicos”,⁶⁰⁹ comprenden bajo esta última denominación los textos dedicados a la justicia y al derecho natural.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 292. Cursivas en el original.

⁶⁰⁸ Ebenstein, W., *op. cit.*, p. 121.

⁶⁰⁹ Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 114.

SEGUNDA PARTE
CRÍTICA DE LA *TEORÍA PURA*
DEL DERECHO

