

# EXPOSICIÓN Y REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE HANS KELSEN CONTRA LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

## INTRODUCCIÓN

Dedicamos este artículo a la consideración crítica de los argumentos que reunió Hans Kelsen en su escrito *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia*<sup>1</sup>, y que luego aparecieron abreviadamente —pero conservando su sustancia— en el capítulo VIII de la edición francesa de la *Teoría pura del derecho*<sup>2</sup>, distribuidos bajo los títulos «El error lógico de la doctrina del derecho natural», «Las contradicciones de la doctrina del derecho natural» y «Los resultados contradictorios del derecho natural». Los textos transcritos de aquel artículo los indicamos con la abreviatura D. N., y los pasajes que tomamos de la edición francesa de la *Teoría pura del derecho*, que fue la segunda versión de tal obra, los señalamos con la abreviatura T. P. Hay que acotar que en la primera edición de este conocido libro el tema está ausente, y también en la tercera y definitiva versión, de la cual hay una traducción castellana publicada en México en 1979.

En el desarrollo que sigue transcribimos textual e íntegramente todos los argumentos que en tales escritos expresó el ex-profesor de Viena. Exponemos sucesivamente cada razonamiento del mencionado autor y la consideración crítica respectiva. Al final del trabajo, recapitulamos la estructura lógica de los argumentos de Hans Kelsen, y la indicación de los paralogismos que encierran cada uno de ellos.

### I. CARACTERIZACIÓN DE LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL SEGÚN HANS KELSEN

#### *Enunciado A:*

«La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el *dualismo* del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el eterno problema de la justicia absoluta y contestar qué es justo y qué es injusto en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los ac-

---

<sup>1</sup> Cfr. H. KELSEN, «The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science»: *The Western Political Quarterly* II (1949) 481 ss. Hay traducción castellana en *Hechos e Ideas* XIX (1950) 253-293.

<sup>2</sup> Cfr. H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, ed. de la Baconnière, Neuchâtel 1953. Hay versión castellana resumida de dicha edición francesa, realizada por M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires 1960, y muchas ediciones posteriores.

tos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. *Bastaría examinar cuidadosamente los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas*<sup>3</sup>.

#### *Consideración crítica.*

La caracterización de la teoría iusnaturalista que hace el autor al final del párrafo transcrito es errónea, pues *la doctrina del derecho natural no dice que basta examinar los hechos de la naturaleza para conocer la solución absolutamente justa de los problemas sociales*. Al contrario, los autores iusnaturalistas sostienen que para la obtención de las conclusiones *se parte de ciertos primeros principios evidentes*, juntamente con los datos sobre la naturaleza del hombre obtenidos por observación; tales principios reguladores de la conducta, en conjunción con esos datos (conocidos estos últimos por examen de los hechos, pero interpretados a la luz de aquellos principios) sirven como premisas para la ulterior elaboración de conclusiones sobre lo justo, *mediante procedimientos discursivos*. De modo que hay algunos principios universales que son *per se nota*, o sea conocidos con una evidencia inmediata, *pero para todas las demás reglas jurídicas naturales se requiere la labor de deducción*.

Hans Kelsen no menciona ningún doctrinario que haya dicho que «basta examinar los hechos de la naturaleza» para obtener los juicios de justicia, y sin embargo atribuye esa idea a «la doctrina del derecho natural». *Tampoco dice la doctrina del derecho natural que el examen de la naturaleza reemplace las funciones legislativas*. (Sobre esto, véase infra, la refutación del 4o. argumento).

#### *Enunciado B:*

«*Dicha teoría (la teoría del derecho natural) supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular son una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa*»<sup>4</sup>.

«*Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuen-*

<sup>3</sup> D. N. 253; T. P. 101s.

<sup>4</sup> D. N. 254; T. P. 102.

cia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos»<sup>5</sup>.

«Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado»<sup>6</sup>.

En nota a pie de página Kelsen cita, en apoyo de sus afirmaciones, los nombres de Grocio, Hobbes y Pufendorf<sup>7</sup>.

### *Consideración crítica.*

Es falso que toda doctrina del derecho natural tenga un carácter necesariamente religioso. Es verdad que muchos de los autores iusnaturalistas profesan la existencia de Dios y vinculan la autoridad divina a la ley natural, afirmando que Aquél es su autor (pues si el Creador hizo al hombre, hizo la naturaleza humana y por ende hizo la ley que ha de regir la conducta del hombre, para que éste alcance su perfección). En el caso de los autores cristianos, ellos dicen, además, que Dios inscribió la ley natural en el espíritu del hombre (así por ejemplo Tomás de Aquino define a esta ley natural como «participación de la ley eterna en la criatura racional»<sup>8</sup>).

Pero muchos filósofos han sostenido la existencia del derecho natural sin remitirse a la autoridad divina, y aun prescindiendo de la existencia de un ser divino, como fue el caso de Aristóteles, quien fue el primero en usar el término «derecho natural», según leemos en el siguiente pasaje de su *Ética Nicomaquea*: «Del derecho que hay en toda comunidad, una parte es el derecho natural, y otra el derecho según las leyes. Derecho natural es aquello que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de la aprobación o desaprobación de los hombres. Derecho según las leyes es lo que en un principio es indiferente que sea de tal modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente»<sup>9</sup>. Vemos cómo el propio «padre del derecho natural» no vinculó este orden jurídico con la voluntad divina, ni tampoco con la idea de un Creador de la naturaleza. Para admitir la existencia de un derecho intrínsecamente válido, universal, cognoscible por la razón humana, no se requiere concebirlo como emanado de Dios; más aún, ni siquiera es forzoso aceptar la creación divina, y por ello Aristóteles, que admitió la existencia de Dios pero no su carácter de creador del mundo, pudo asumir sin embargo la doctrina del derecho natural. El mismo Tomás de Aquino, sin descartar la fundamentación teológica del derecho natural, juzgó que el conocimiento de sus normas también puede deducirse sin apelar a la voluntad divina: en muchos lugares de su obra afirma claramente que las conclusiones del derecho natural se resuelven en los primeros principios de la ley natural inmediatamente evidentes (por ejemplo: «se debe hacer el bien y evitar el mal», «no se debe dañar a otro», «se debe contribuir al bien común político», «debe cumplirse lo prometido», etc.<sup>10</sup>). De manera que no es necesario partir del conocimiento

<sup>5</sup> D. N. 254; T. P. 103.

<sup>6</sup> T. P. 103.

<sup>7</sup> Cfr. *De iure nat. et gent.* II, III, XX (D. N. 254s; T. P. 103).

<sup>8</sup> *Summ. theol.* I-II q. 91 a. 2c.

<sup>9</sup> *Ethic. Nicom.* 1134 b.

<sup>10</sup> Cfr. *Summ. theol.* I-II q. 94 a. 2 in princ.

de la existencia de Dios para el conocimiento del derecho natural. Asimismo, para ver que es infundada esta afirmación de Kelsen, podemos acudir a la doctrina de Hugo Grocio, el representante más destacado de la escuela moderna del derecho natural: el filósofo holandés distinguió el derecho divino del derecho natural: éste regula lo que es lícito o ilícito en sí mismo, es decir, manda o prohíbe lo que es en sí lícito o ilícito; en cambio aquél, mandando las cosas las hace obligatorias, y prohibiéndolas, las hace ilícitas<sup>11</sup>. Es muy conocido el siguiente texto del filósofo neerlandés: «Abstenerse de lo ajeno, y si se tiene algo de otro, o si de ello se ha sacado alguna ganancia, restituirlo; la obligación de cumplir las promesas; la reparación del daño causado culpablemente y el merecimiento de la pena entre los hombres [...] *ciertamente estas cosas tendrían lugar aunque concediésemos [...] que no hay Dios, o que Él no se ocupa de las cosas humanas*»<sup>12</sup>. El pasaje de Grocio es por demás elocuente con relación al punto que estamos considerando.

Hemos ofrecido ejemplos de autores de la Antigüedad, de la Edad Media y de la Edad Moderna, citando en cada caso al representante más célebre de la doctrina del derecho natural en cada una de esas épocas. Completemos este breve elenco con algún autor contemporáneo notable; por ejemplo el australiano John Finnis, que en nuestros días ha expuesto una teoría iusnaturalista bastante difundida, cuyas conclusiones son todas obtenidas sin necesidad de abordar la cuestión de la existencia de Dios<sup>13</sup>.

Kelsen reitera una decena de veces en el mencionado artículo esa afirmación de que la doctrina del derecho natural tiene un carácter necesariamente religioso, pero en ningún lugar prueba su tesis. Podemos vislumbrar un único argumento implícito en el fragmento antes transcrito, el cual sin embargo es impugnable, pues incurre en una «petición de principio», según exponemos a continuación:

Estructura lógica del argumento.

El d. n. es esencialmente distinto del d. p.

El d. p. es creado por la voluntad del hombre.

-----

El d. n. no es creado por la voluntad del hombre.

El d.n. no es creado por la voluntad del hombre.

Todo derecho es creado por una voluntad (premisa no demostrada)

-----

Si hay un d. n. éste es creado por una voluntad que no es humana.

Si hay un d. n., éste es creado por una voluntad que no es humana.

Toda voluntad o es humana o es divina.

-----

Si hay un d. n., éste es algo creado por la voluntad divina (conclusión inválida)

---

<sup>11</sup> Cfr. *Tratado de la guerra y de la paz*, I.1.X.2.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, proleg. 11.

<sup>13</sup> Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 49 y IIa. parte. Véase al respecto la extensa nota crítica sobre esta obra de G. SOAJE RAMOS: *Ethos X-XI* (1982-1983) 348ss.

Vemos que en el argumento se da por cierto que el derecho siempre es creación de la voluntad; pero precisamente, si se está discutiendo la cuestión de la existencia del derecho natural, se está discutiendo si existe un derecho *intrínsecamente válido*, es decir que sea válido en sí mismo, y por ende que su validez no derive totalmente de una voluntad. Por lo visto, se comete en el raciocinio expuesto una *petición de principio*.

Las citas que hace Kelsen con la pretensión de ilustrar su afirmación (Grocio, Hobbes, Pufendorf) no son pertinentes. A Thomas Hobbes no se lo puede calificar como iusnaturalista; por el contrario, es un señalado adversario de la doctrina del derecho natural (Véase infra, la refutación del 6o. argumento, in fine). La mención de Hugo Grocio no es feliz, pues según hemos mostrado en un tramo anterior de la exposición, el holandés reconoció que puede fundarse la existencia y obligatoriedad de principios de derecho natural con total prescindencia de lo teológico. En cuanto a Samuel Pufendorf, este filósofo no representa la doctrina del derecho natural en su expresión genuina, sino que es autor de una teoría ecléctica que reúne elementos del iusnaturalismo de Grocio con el *voluntarismo jurídico*; precisamente en el pasaje de Pufendorf que señala Kelsen en su cita<sup>14</sup>, aquél concibe el deber del hombre de observar la ley natural como un deber de obediencia al Creador: según Pufendorf, la mente humana tiene naturalmente conciencia de ciertos deberes, que no tienen otro valor que el de ser mandatos divinos impresos en la mente del hombre; según el filósofo alemán, la función de la razón es anotar al hombre cuál es la voluntad divina: hay mandatos que se notifican en la Biblia, y otros se notifican en la propia mente del hombre. En la genuina doctrina de la ley natural, ésta es descubrible por la razón humana, la cual capta con evidencia el fundamento lógico de sus normas; en cambio, lo que Pufendorf llama derecho natural es un orden emanado de la pura voluntad divina, y así los deberes de justicia quedan reducidos a deberes de obediencia (Se trata del positivismo jurídico teológico que dos siglos antes se expresara en Guillermo de Occam).

## II. ARGUMENTOS DE HANS KELSEN CONTRA LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

*Primer argumento* (Razonamiento implícito que se desprende de la caracterización recién expuesta).

En el texto de Kelsen que hemos transcrito supra (enunciado B) se halla entrañada la siguiente objeción contra la existencia del derecho natural, o sea, de un derecho universalmente válido: «El derecho natural, según el iusnaturalismo, está fundado en Dios [...]. Pero si Dios es su fundamento, dado que muchos no admiten que Dios existe, este derecho natural sería algo dependiente de las opiniones sobre Dios [...] Si es dudoso que Dios existe, *no se puede fundar el derecho natural. O bien, el derecho natural "existe" sólo para los hombres que sean religiosos, esto es, creyentes en Dios*»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. *De iure nat. et gent.*, II, III, XX.

<sup>15</sup> Cfr. H. H. HERNÁNDEZ, «Sobre si hay un derecho natural»: *La Ley* 1986-B, 983, col. 2.

### *Refutación del primer argumento.*

El raciocinio es inválido, pues parte de la premisa de que el fundamento del derecho natural está necesariamente en la voluntad divina, o bien de la premisa de que el conocimiento del derecho natural depende de un previo reconocimiento de la existencia de Dios. Pero ambas afirmaciones son falsas, según hemos mostrado supra en la consideración crítica del enunciado *B*.

### *Segundo argumento (Error lógico o error de método en la doctrina iusnaturalista).*

Expresó el ex-profesor de Viena:

«Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que *no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquéllas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo* [...] La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser»<sup>16</sup>.

«Una ley natural es la afirmación de que si es *A es B*, mientras que una regla de moral o una regla de derecho es la afirmación de que si *A, debe ser B*»<sup>17</sup>.

«Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que *es* a lo que *debe ser*, de la realidad natural al valor moral o jurídico»<sup>18</sup>.

«La doctrina del derecho natural se basa sobre la falacia lógica de una inferencia del ser al deber»<sup>19</sup>.

Este argumento, que imputa a la teoría del derecho natural de hacer un tránsito indebido de «premisas de ser» a conclusiones de «deber ser» (por lo cual se quebrantaría la consabida regla lógica de que nada puede aparecer en la conclusión, si no está de alguna manera contenido en las premisas), es usado con frecuencia por Kelsen en varios de sus escritos y ha sido una objeción muy común en los autores positivistas, anteriores y posteriores a él.

Esta objeción fue emitida ya por el filósofo británico David Hume en el libro III de su conocido *Tratado sobre la naturaleza humana*, publicado en 1741<sup>20</sup>.

### *Refutación del segundo argumento.*

*No es verdad que en el discurso iusnaturalista se pase necesariamente de premisas «de ser» (proposiciones descriptivas) a conclusiones «de deber ser» (proposiciones prescriptivas).* Los principales representantes de la doctrina del derecho natural han distinguido siempre el orden de la naturaleza física, en el cual rige el determinismo (fenómenos que se suceden según la relación de causa y efecto), y el orden de la naturaleza moral, o «ámbito práctico», que incluye la libertad. En la teoría del derecho natural se hace la distinción entre la índole de las proposiciones propias de la ciencia de la naturaleza física, y las proposiciones acerca de lo ético y lo jurídico. Precisa-

<sup>16</sup> D. N. 254; T. P. 104.

<sup>17</sup> D. N. 255.

<sup>18</sup> D. N. 256; T. P. 105.

<sup>19</sup> D. N. 257.

<sup>20</sup> Cfr. *A Treatise of Human Nature*, III.I.1 in fine.

mente, una de las bases de la filosofía clásica ha sido la distinción del saber en *saber especulativo* (conocimiento de cómo son los entes y de sus esencias, propiedades, principios y causas) y *saber práctico* (conocimiento de cómo debe ser la conducta del hombre y las instituciones sociales); las proposiciones en uno y otro caso tienen distinta forma, pues las del saber práctico poseen la modalidad «debe», y ellas no se obtienen por pura deducción de proposiciones «de ser», sino a partir de premisas «de deber ser». Los principios a los cuales se remiten las conclusiones de la filosofía práctica son diversos de los principios que fundan las conclusiones de la filosofía especulativa<sup>21</sup>. Los principios del orden práctico ya son proposiciones *prescriptivas*. Así, por ejemplo, Tomás de Aquino enunciaba los siguientes primeros principios de la ley natural —en los cuales se fundan las conclusiones del saber práctico—: «Debe hacerse y procurarse el bien y debe evitarse el mal», «debe promoverse el bien común»; «debe indemnizarse el daño causado con culpa», etc. y afirmaba claramente que estos principios son inmediatamente evidentes para la razón, o sea que no se derivan por deducción a partir de otros principios<sup>22</sup>. De manera que *la doctrina iusnaturalista no parte de premisas «de ser» para obtener conclusiones «de deber ser», sino que siempre hay en las premisas por lo menos una proposición «de deber ser»*<sup>23</sup>.

Esto que decimos en general, podemos comprobarlo en particular, si observamos la justificación de algunas normas particulares de derecho natural. Así, a manera de ejemplo, podemos ver que el mencionado Santo Tomás funda su tesis de que la forma de matrimonio más conforme al derecho natural es la monogamia, con los razonamientos que siguen: 1) Los cónyuges *deben ser* iguales en cuanto al uso del matrimonio; en el matrimonio de uno con muchas, el hombre tiene libertad de disponer cuando quiere de cada mujer, pero cada mujer pierde esta libertad; en conclusión, el matrimonio no debe ser de uno con muchas. 2) Entre los cónyuges *debe haber* cierta amistad; pero no es posible tener una amistad intensa con muchas personas; luego en el matrimonio poligámico no es posible una amistad intensa; en conclusión, el matrimonio no debe ser poligámico. 3) En la familia *debe existir* concordia; el matrimonio de uno con muchas, según lo muestra la experiencia, suele generar discordias; en conclusión, el matrimonio no debe ser de uno con muchas<sup>24</sup>. En este ejemplo sencillo que expusimos con propósito ilustrativo, y en otros muchos que podríamos traer, no ocurre el paso indebido de proposiciones «de ser» a proposiciones de «deber ser» que Kelsen achaca a la doctrina del derecho natural. Vemos así cuán infundada es esa imputación del ex-profesor de Viena<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. S. TOMÁS, *In IV Ethic.*, lect. 12.; *Summ. theol.* I-II q. 94 a. 2c; II-II q. 47 a. 6c.

<sup>22</sup> Cfr. *In II Sent.* dist. 24 q. 2 a. 3; *Summ. theol.* I-II q. 94 a. 2c y en muchos otros lugares.

<sup>23</sup> Hacía notar Thomas Reid, contemporáneo y adversario de David Hume, que «las verdades morales que no son evidentes en sí mismas, no se deducen de proposiciones de distinta índole que ellas, sino de los primeros principios de la moral» (*Essays on the Active Powers*, V,7). Véase J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 33-34.

<sup>24</sup> Cfr. *Summ. c. Gent.* III 124.

<sup>25</sup> Las premisas de «deber ser» a veces están expresas, y otras veces implícitas. Como ha observado Ulrich Klug, en el discurso iusnaturalista a veces los razonamientos son *entimemas* (es decir, argumentos que incluyen una proposición que no se expresa pero que está sobreentendida),

*Tercer argumento (Error lógico o de método en la doctrina iusnaturalista).*

Dice Hans Kelsen:

«No es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas [las normas del derecho natural]»<sup>26</sup>.

*Refutación del tercer argumento.*

Aquí Kelsen exige que se pruebe el acto por el cual han sido producidas las normas del derecho natural, pero esta pretensión sólo tiene sentido cuando se trata del derecho positivo, el cual por definición es creado por una voluntad y sólo en virtud de ella goza de validez. El derecho natural, en cambio, por definición, no deriva su validez *ex voluntate*, sino *ex ipsa natura rei*<sup>27</sup>. Por consiguiente, el autor vienés incurrió aquí en la misma «petición de principio» que hemos señalado supra (en la consideración crítica del enunciado B, refutación) y que consiste en partir de la idea de que «todo derecho es creado por una voluntad».

*Cuarto argumento (Con éste comienza una serie de cinco argumentos que Kelsen pone bajo el título Las contradicciones del derecho natural).*

«Si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural mediante un análisis de la naturaleza, el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol<sup>28</sup>. Ésta es otra consecuencia de la doctrina del derecho natural. Pero ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo»<sup>29</sup>.

---

en los cuales la premisa de deber ser está implícita, porque es obvia. En estos casos no puede hablarse de falsa inferencia del ser al deber ser, pues el deber ser está en la premisa sobreentendida. («La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas, en U. KLUG, *Problemas de filosofía del derecho*, Sur, Buenos Aires 1966, pp. 16ss). En el mismo sentido, expresa Otfried Höffe: «Una filosofía jurídica normativa que se apoye en enunciados acerca de la naturaleza del hombre y del mundo no es necesariamente incorrecta desde el punto de vista lógico. Porque esa argumentación puede ser entendida como un *entimema*, como una inferencia incompleta que no menciona expresamente premisas demasiado evidentes» (*Estudios sobre la teoría del derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona 1988, p. 115).

<sup>26</sup> T. P. 105.

<sup>27</sup> «Algo puede ser derecho de dos maneras: 1) atendida la naturaleza misma de las cosas [*ex ipsa natura rei*]; por convención entre particulares o convención pública o cuando lo ordena el gobernante que tiene a su cargo la comunidad, y esto es derecho positivo» (S. TOMÁS, *Summ. theol.* II-II q. 57 a. 2c).

<sup>28</sup> Esta metáfora que usa Kelsen se encuentra en Gregorio Magno: «La justicia humana comparada con la divina es injusticia, así como la lámpara que brilla en las tinieblas, puesta debajo del rayo del sol, se vuelve oscura» (*Moralia*, V 37,67: PL LXXV 716). Después la usaron muchos autores, por ejemplo, Jeremy Bentham: «Si hubiese una ley de la naturaleza que dirigiese a todos los hombres hacia su bien común, las leyes serían inútiles; sería como usar una caña para sostener un roble; sería como encender una antorcha para agregar luz a la luz del sol» (*Principes de législation civile et pénale*, Paris 1830, t. I, p. 144).

<sup>29</sup> D. N. 259; T. P. 106.



*Refutación del cuarto argumento.*

No es verdad que si existe un derecho natural, el derecho positivo es superfluo. a) Esto se prueba *primeramente* porque el derecho natural, por extensa que se conciba su esfera de regulación, no alcanza a todas las situaciones y conductas de la vida social. Los principios del derecho natural y las conclusiones que se derivan de ellos, regulan directamente cierta cantidad de situaciones y conductas, pero con respecto a muchas otras, nada puede concluirse con carácter universal y necesario. Para éstas, son posibles diversas soluciones jurídicas que ni pertenecen ni contrarían al derecho natural, es decir, que son indiferentes desde el punto de vista de las exigencias de la razón natural. Sin embargo, tales situaciones y conductas necesitan ser reguladas, o conviene que sean reguladas, y allí tenemos un cometido del derecho positivo. Por esto, como dijera el Aquinate, «muchas cosas han sido añadidas a la ley natural, muy útiles a la vida humana»<sup>30</sup>.

b) Además, muchas veces las normas del derecho natural regulan directamente ciertas relaciones entre los hombres, pero sin hacerlo de manera suficientemente determinada. Por ejemplo, es una verdad incuestionable que el ser humano, hasta cierta edad, en razón de su inmadurez, debe estar sujeto a la autoridad de sus padres para que éstos dirijan su vida y administren sus bienes; esto es un principio de derecho natural, pero a partir de ello no es posible concluir una edad puntualmente determinada (¿dieciocho, diecinueve, veinte, veintiuno, veintidós o veintitrés años?) para la duración de ese período de protección y sujeción. Algo análogo ocurre para la determinación del monto de un tributo: a partir del principio de derecho natural que manda que el ciudadano debe contribuir al bien común político, se concluye la norma que prescribe el deber de pagar impuestos según la capacidad contributiva, pero con el sólo método del derecho natural no se puede arribar al *quantum* de la obligación tributaria que debe oblar el contribuyente. Otro ejemplo: de derecho natural es que los delitos se castiguen, pero la determinación del castigo para cada clase de delito pertenece al derecho positivo: que en sí mismo el homicidio debe castigarse con mayor pena que el hurto, surge de la jerarquía de los bienes humanos que establece la doctrina del derecho natural, pero la pura indagación racional es impotente para concluir una pena de determinada intensidad para cada uno de esos delitos. Podrían brindarse cientos de ejemplos como éstos que hemos expuesto, que nos permiten comprobar que el derecho natural deja una multitud de puntos con mayor o menor indeterminación. Sin embargo, en la vida social, para delimitar lo que corresponde a cada uno, se requiere una determinación, la cual, por consiguiente, ha de ser realizada por la legislación positiva, dentro del marco más o menos amplio que dejan las normas del derecho natural<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> *Summ. theol.* I-II q. 94 a. 5c. Véase también I-II q. 91 a. 3, q. 95 aa. 1-2, q. 99 a. 3 ad 2um, y a. 5, q. 100 a. 11c; II-II q. 10 a. 5 ad 1um, q. 57 a. 2c y ad 2um. Por lo dicho, es palmariamente falsa la siguiente aseveración de Kelsen en su *Teoría general del Estado*: «Los maestros del derecho natural afirman, en una versión que ha permanecido como estereotipo desde los padres de la Iglesia hasta Kant, que la ley positiva deriva su total validez de la ley natural, que ella es esencialmente una mera emanación de la ley natural, que la sanción de estatutos no es creada libremente, que meramente reproduce la verdadera ley que ya está de algún modo en existencia».

<sup>31</sup> Cfr. S. TOMÁS, *Summ. theol.* I-II q. 91 a. 3 ad 1um, q. 95 a. 2c y q. 99 a. 3 ad 2um. Muchas veces el mismo derecho positivo deja todavía una zona de indeterminación y toca ya al juez la de-

De acuerdo con lo dicho en *a)* y *b)*, la crítica de Hans Kelsen sólo podría tener sentido respecto de aquellas concepciones extremadamente racionalistas del derecho natural, que se han propuesto la elaboración de un detalladísimo «código de derecho natural» obtenido por deducciones, con la pretensión de regular, hasta en sus menores circunstancias, todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, el *Sistema de derecho natural y de gentes* en ocho libros de Pufendorf y el *Derecho natural y de gentes* de Wolff).

*c) Terceramente*, si consideramos aquellas relaciones humanas que están suficientemente regidas por una norma de derecho natural precisa, que no requiere de ulterior determinación, es sin embargo muy conveniente que el legislador humano la formule y le dé la vestidura del derecho positivo. Hay por lo menos dos razones para esto, a saber: 1) Porque *no todos los hombres* poseen ni adquieren el conocimiento de *todas las normas* particulares del derecho natural; los primeros principios y las reglas más generales son naturalmente conocidas por todos los seres humanos, pero a medida que las conclusiones se van haciendo más particulares, es fácil que el hombre común las ignore o yerre<sup>32</sup>; y 2) porque, aun cuando las personas tengan la facultad de conocer la solución justa para muchas situaciones controvertidas, ocurre que en la situación concreta sus razonamientos éticos suelen interferirse con sus deseos e intereses individuales y entonces pierden la necesaria objetividad.

Es precisamente uno de los lugares clásicos de la doctrina del derecho natural el fenómeno del *oscurecimiento de la razón natural*, no sólo en individuos, sino también en grupos y aun en pueblos enteros, a causa de las pasiones, el egoísmo y las costumbres depravadas. La ley natural puede oscurecerse en muchos puntos y por ello se hace necesario que el legislador diga qué es lo justo y lo instituya.

Las razones que acabamos de exponer para fundamentar la necesidad de la institución de las leyes humanas y de restringir el margen de arbitrio de los jueces, fueron ya explicadas por Aristóteles<sup>33</sup>.

terminación del derecho para esa relación particular.

<sup>32</sup> Según Tomás de Aquino, hay distintos grados de evidencia en la ley jurídica natural: «Dos géneros de preceptos [...] los primeros y universales, que no necesitan promulgación, porque están escritos en la razón natural, como de suyo evidentes [...] y luego otros que por diligente investigación de los sabios se demuestre que están conformes con la razón. Estos preceptos llegan al pueblo mediante la enseñanza de los doctos» (*Summ. theol* I-II q. 100 a. 3c). Véase también I-II q. 94 a. 4c; q. 99 a. 2 ad 2um; q. 100 a. 5 ad 1um. «Cuanto más se va descendiendo de los principios universalísimos a las conclusiones concretas, tanto más oscuras e inseguras se hacen, y es tanto más posible una gran disparidad de opinión, particularmente entre la gran masa de los que no tienen tiempo ni ánimo, ni ocasión para investigaciones teóricas. Es, por lo mismo, necesario que alguien en la sociedad esté autorizado para declarar con fuerza obligatoria las conclusiones más remotas, de manera que todos los miembros de la sociedad estén obligados a obrar conforme a ellas» (V. CATHREIN S. I., *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, trad. de la 2a ed. alemana por A. Jardón y C. Barja, Reus, Madrid 1945, p. 199 ss).

<sup>33</sup> «Es muy conveniente que las leyes correctamente sancionadas, en cuanto se pueda, lo determinen todo, y dejen lo menos posible a los que juzgan; en primer lugar, porque es más fácil encontrar uno o pocos, que no muchos, que sean capaces de dar leyes y de juzgar; en segundo lugar, porque el establecimiento de las leyes se lleva a cabo por los que han deliberado durante mucho tiempo, mientras que los juicios se realizan rápidamente, de manera que no es fácil que los jueces se den cuenta exacta de lo justo y de lo útil. Y lo que es más, porque el juicio del legislador no se

Puede denominarse «derecho positivo adicionado al derecho natural» o «derecho puramente positivo» al derecho positivo referido en a), «derecho positivo determinante del derecho natural» al derecho positivo mencionado en b), y «derecho natural positivizado», o «derecho positivo por accidente» al derecho positivo referido en c). De lo expuesto resulta que hay por lo menos cuatro importantes razones (a, b, 1 y 2) que justifican la existencia del derecho positivo, aun cuando exista el derecho natural.

#### Quinto argumento.

Luego expresó el autor:

«La mayoría de las doctrinas iusnaturalistas se estancan en una *contradicción característica*. Por un lado, sostienen que *la naturaleza humana es la fuente del derecho natural*, lo que implica que *la naturaleza humana es buena básicamente*. Por el otro lado, *pueden justificar la necesidad del derecho positivo, con su maquinaria de coerción, tan sólo basados en la maldad del hombre*»<sup>34</sup>.

«La mayor parte de los teóricos del derecho natural incurrir en una *contradicción característica*. Si *la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre*»<sup>35</sup>.

#### Refutación del quinto argumento.

En este razonamiento hay dos tesis contradictorias, y Kelsen atribuye ambas a la doctrina del derecho natural, pero ello es falso.

1) *La doctrina del derecho natural no parte de la afirmación de que el hombre es fundamentalmente bueno*. Ésta fue la tesis del monje Pelagio (s. V), del filósofo Rousseau, y de otros (como, por ejemplo, algunos pensadores anarquistas), pero no puede atribuirse al iusnaturalismo.

2) *No es verdad que las doctrinas iusnaturalistas sostengan que el hombre tiene una naturaleza perversa*. Ésta es la concepción de muchos autores positivistas y iusnaturalistas del mundo protestante (s. XVI en adelante), pero de ninguna manera es una nota común de la doctrina iusnaturalista, ya que falta por completo en sus fundadores y en sus primeros sistematizadores.

Hay que considerar la palmaria coexistencia de dos tendencias opuestas en los seres humanos. De una parte, la necesidad de coacción, o de la amenaza de la coacción, para mover a algunas personas a la observancia del derecho; supone, en efecto, cierta proclividad al mal en los hombres (inclinación mayor o menor, según sean el indivi-

---

refiere a un caso particular, ni a lo presente, sino que se trata de lo futuro y universal, mientras que los que deliberan en la asamblea y los jueces juzgan inmediatamente acerca de lo presente y determinado, a lo cual van unidos con frecuencia el amor, el odio y la propia utilidad, de manera que ya no es posible ver adecuadamente lo verdadero sino que el propio placer o molestia oscurecen el juicio" (*Política I 2*).

<sup>34</sup> D. N. 260.

<sup>35</sup> T. P. 106.

duo y las circunstancias). De otra parte, el que la razón humana sea capaz de descubrir el derecho natural supone, en efecto, cierta perfección de la naturaleza humana. Pero *estos dos presupuestos no se hallan en contradicción*, pues la inclinación del hombre a apartarse del bien por egoísmo y debilidad se explica por su estado actual de «naturaleza caída» y su capacidad de conocer lo justo se explica por el hecho de que, aun cuando su naturaleza haya quedado vulnerada, no se halla corrupta. Distinta es la doctrina sobre la naturaleza humana que sustenta el protestantismo ortodoxo: para Martín Lutero y para sus seguidores, la naturaleza actual del hombre se halla totalmente corrompida, es incapaz de obrar con rectitud, el ser humano es fundamentalmente malo, incapaz de hacer el bien y aun de conocerlo.

De manera que el argumento de Kelsen, en el mejor de los casos sólo podría hacer impacto contra el iusnaturalismo de la Edad Moderna, derivado del luteranismo, «iusnaturalismo» ecléctico y por ende contradictorio, como se ha observado muchas veces. Los fundadores y principales expositores de la doctrina del derecho natural han rechazado tanto la concepción del hombre absolutamente bueno por naturaleza y en su estado actual, como la concepción de la naturaleza humana corrupta.

Además, *el conocimiento del derecho natural es obra de la razón, y el cumplirlo es obra de la voluntad*, y es cosa evidente que a veces los hombres conocen como bueno o conveniente algo, y sin embargo hacen lo contrario: lo primero muestra a la razón humana como fuente del conocimiento del derecho natural y de los principios morales en general, y lo segundo indica la necesidad de un orden coactivo para favorecer la observancia del derecho conocido. Este hecho es manifiesto en la experiencia humana, y por ello ha sido reconocido desde muy antiguo, y el poeta latino ha expresado esta dramática tensión del ser humano: *Video meliora proboque deteriora sequor* («Conozco lo que es mejor, y lo apruebo, pero sigo lo que es peor»).

#### *Sexto argumento.*

También razonó Kelsen:

*«Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural [...]. Los teóricos del derecho natural intentan a menudo salir de apuros probando [...] que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible [Hobbes, *De cive*, cap. XIV], o admiten la posibilidad de conflicto sólo en casos muy excepcionales»<sup>36</sup>.*

#### *Refutación del sexto argumento.*

El razonamiento es inválido. A partir de la tesis que dice que la validez del derecho positivo se halla en su correspondencia con el derecho natural, no se concluye que el derecho positivo que contraría el derecho natural sea nulo o inexistente. Por ello los fundadores y los sistematizadores de la doctrina del derecho natural nunca

<sup>36</sup> D. N. 262ss.; T. P. 107.

han sostenido tal cosa; ellos no han propugnado la desobediencia de toda ley injusta, sino que, al contrario, una de las normas del derecho natural prescribe: «Existe obligación de obedecer ciertas leyes injustas, o que uno crea injustas, cuando su injusticia no es grave y cuando de su desobediencia surgiese algún perjuicio al bien común». De modo que las normas jurídicas contrarias al derecho natural no son válidas, aunque algunas veces su obediencia es obligatoria por razones de bien común. El hecho de que una ley sea injusta *no siempre* es suficiente para justificar su desobediencia (pues la desobediencia de un mandato inicuo puede producir una injusticia mayor que la injusticia que significa su acatamiento, v. gr., el desorden público, el desprestigio de las autoridades, un incentivo para desobedecer cualquier ley en los demás ciudadanos, etc.). Pero tampoco hay obligación de obedecer todas las leyes. Existe en el sistema iusnaturalista toda una doctrina acerca de la obediencia de las leyes y mandatos humanos<sup>37</sup>.

Podemos advertir cuán infundada es la aseveración de Kelsen de que los autores iusnaturalistas no admiten la posibilidad de conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, pues por el contrario, ellos han admitido tal posibilidad, y han tratado ampliamente acerca del asunto.

La cita que Hans Kelsen hace de Hobbes no es pertinente, pues en este filósofo inglés (que profesa el positivismo jurídico) la expresión «derecho natural» significa el poder que cada uno tiene de hacer lo que desee en el «estado de naturaleza», según lo definió el propio Hobbes: «Derecho natural es la libertad que cada uno tiene de usar su propio poder como quiera»<sup>38</sup>. Obviamente, nada tiene que ver esta definición particular del término «derecho natural» con el derecho natural del cual estamos tratando en este artículo. Hobbes dice expresamente: «No hay cosas que pueden conocerse o hallarse *in rerum natura* [...] Son las leyes civiles las que determinan qué es justo o injusto, y qué es conveniente o inconveniente, virtuoso o vicioso»<sup>39</sup>.

#### Séptimo argumento.

Otro razonamiento del autor expresa:

«La mayor parte de los partidarios del derecho natural definen la justicia diciendo que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo»<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, la cuestión «Si las leyes humanas obligan en el foro de la conciencia» tratada por Tomás de Aquino en la *Summ. theol.* I-II q. 96 a. 4c.

<sup>38</sup> TH. HOBBS, *Leviathan*, I 14 in princ. Véase también *De cive*, I 10.

<sup>39</sup> TH. HOBBS, *The Elements of Law, Natural and Politic*. Si se quisiera considerar la doctrina de Hobbes como un iusnaturalismo, se trataría de un derecho natural constituido por una sola norma: «Debe obedecerse todo lo que ordena el soberano». Lo justo, con respecto a las diversas reglas jurídicas, no tiene aquí ningún contenido que esté determinado previamente a la voluntad del gobernante.

<sup>40</sup> T. P. 108s.

No sólo en esta versión de la Teoría Pura, sino también en varias otras obras suyas (por ejemplo, en *¿Qué es la justicia?* y en «Justicia y derecho natural»<sup>41</sup>, Kelsen presentó esta objeción —muy usual en el contexto del positivismo jurídico— de que las fórmulas de la justicia («dar a cada uno lo suyo», «tratar igualmente lo igual», «no dañar a otro», etc.) son vagas, amplias, indeterminadas, fórmulas vacías que pueden llenarse con cualquier contenido.

#### *Refutación del séptimo argumento.*

No es cierto que la noción de la justicia en el iusnaturalismo sea un concepto vacío. Primeramente hay que decir que «dar a cada uno lo que es debido» o mejor aún, «dar a cada uno lo suyo», es una definición que delimita a la justicia con respecto a otras relaciones éticas, como son, por ejemplo, la gratitud, la veracidad, la caridad, etc. Cumple con el requisito de toda definición, que es «delimitar» una cosa respecto de las cosas ajenas.

Es cierto que en la definición no se dice en qué consista lo debido o «suyo» para cada especie de relación jurídica. Pero no es verdad que para otorgarle contenido a la fórmula sea inevitable dirigirse al derecho positivo, pues dentro del sistema de derecho natural hay principios y normas más o menos generales que expresan qué es lo debido, en las distintas especies de relaciones interhumanas. Así, por ejemplo, en materia de contratos una norma general de justicia es que «debe haber proporción entre las contraprestaciones». Otras normas de justicia, o sea, normas de la ley jurídica natural, son las siguientes: «Es ilícito matar directamente a una persona inocente», «Es lícito agredir al injusto agresor para defenderse», «Debe repararse el daño culpablemente causado», «Los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos mientras son menores», «Nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro sin razón que lo justifique». Todas éstas son especificaciones de las normas más universales del derecho natural: la norma que manda «no dañar» y la norma que manda «dar a cada uno lo suyo». Las varias normas mencionadas como ejemplo son, todavía, normas bastante generales, pero son reglas que brindan un contenido concreto. Hay otras normas más particulares, que se obtienen por derivación de éstas, y para conocerlas está precisamente la investigación de la filosofía del derecho en sus varios capítulos.

#### *Octavo argumento.*

Asimismo dijo Hans Kelsen:

*«Todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admiten de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (o sea a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida*

---

<sup>41</sup> Cfr. H. KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, trad. de E. Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1966; y «Justicia y derecho natural»: AA.VV., *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid 1966, p. 54.

por el derecho positivo), o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada [...] La doctrina del derecho natural tiene, en su conjunto, un carácter conservador muy acentuado»<sup>42</sup>.

#### *Refutación del octavo argumento.*

Comienza Kelsen este párrafo con una afirmación absolutamente falsa: «Todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural...». La verdad es todo lo contrario: ya desde el célebre Orígenes en la Antigüedad, *los representantes notables de la doctrina del derecho natural han admitido que puede ser legítima la resistencia a la autoridad cuando se reúnen ciertos requisitos*. Así, por ejemplo, escribió Tomás de Aquino: «El hombre debe obedecer al poder político en tanto lo exija el orden de la justicia. Por consiguiente, a los súbditos les es permitido desobedecer cuando el gobierno es ilegítimo o usurpador, o si manda cosas injustas, salvo algunos casos para evitar el escándalo o peligro de mal mayor»<sup>43</sup>. «El régimen tiránico no es justo, pues no se ordena al bien común [...] Por lo tanto, la perturbación de ese régimen es legítima, a no ser que se perturbe de tal manera desordenada (*inordinate*) que la multitud tiranizada sufra más daño con esa perturbación que con el régimen tiránico»<sup>44</sup>. Una doctrina análoga en Francisco de Vitoria (*De pot. civ.*). Francisco Suárez también sostuvo el derecho de resistencia y trató extensamente acerca de ello (*De la guerra* VIII, 2). Esta idea es asimismo uno de los elementos característicos y más conocidos de la doctrina de John Locke.

Además, la mayoría de los autores iusnaturalistas no se limitan a justificar la resistencia pasiva o desobediencia, sino también la rebelión y aun la insurrección para derrocar al gobernante cuando esta grave conducta se hace necesaria de acuerdo con el análisis prudencial de las circunstancias. De modo que es falso que en la doctrina del derecho natural no se admita el derecho de resistencia, o que se lo limite a una resistencia individual pero nunca organizada; al contrario, la perturbación del régimen se justifica, según Santo Tomás, solamente si se hace «ordenadamente» (*ordinate*), entre los varios requisitos que exige.

#### *Noveno argumento (Los resultados contradictorios del derecho natural).*

Finalmente, Hans Kelsen argumentó de la siguiente manera:

«No hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno (J. Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, c. VII n. 99). Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, o más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado (*op. cit.*, c. XI); Hobbes ha extraído de allí el principio contrario: que el poder del gobierno establecido de acuerdo con el derecho natural es absoluto, o sea ilimitado» (*The Ele-*

<sup>42</sup> T. P. 108. También D. N. 266ss.

<sup>43</sup> *Summ. theol.* II-II q. 104 a. 6 ad 3um.

<sup>44</sup> *Summ. theol.* II-II q. 42 a. 2c.

*ments of Law, Natural and Politic*). El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas económicos y jurídicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, *de Grocio a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado*, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios [...] Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta [...] Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título *Code de la nature ou le véritable esprit de ses lois* [...] La doctrina del derecho natural, al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés para quien busca la verdad desde un punto de vista científico»<sup>45</sup>.

#### *Refutación del noveno argumento.*

Hay aquí un grueso sofisma: *la sola multiplicidad de opiniones sobre una cosa no prueba la inexistencia de tal cosa, ni prueba tampoco que todas esas opiniones sean falsas. Lo mismo ocurre en cualquier ciencia natural: por ejemplo, en el terreno de la fisiología han existido y existen distintas explicaciones sobre el funcionamiento de una glándula, pero de tal cosa no se puede concluir válidamente que todas esas explicaciones son falsas, y menos aun sería razonable concluir que la glándula no existe.*

Además, en estos párrafos de Kelsen se contienen datos erróneos usados como premisas, los cuales revelan un desconocimiento de la historia elemental de la filosofía del derecho. Ello puede explicarse, al menos en parte, por el reducido tramo de la historia de las ideas que tuvo en cuenta el ex-profesor de Viena. Para el estudio filosófico de la institución de la propiedad privada, Hans Kelsen ha consultado —según él mismo declara— «de Grocio a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural»; pero entonces ha omitido las investigaciones de la alta escolástica, cuatro siglos antes de Grocio, las de la segunda escolástica que floreció en España con tratadistas muy eminentes, y también las exposiciones de los filósofos iusnaturalistas que han escrito a lo largo del siglo XX hasta nuestros días, que

<sup>45</sup> T. P. 109-112; D. N. 269ss.



son muchos. Si hubiera tenido en cuenta tales fuentes, habría advertido que la concepción de que «la propiedad privada es un derecho sagrado» no está en ninguno de los autores de la Antigüedad, ni del Medioevo, ni en la segunda escolástica ni en la mayoría de los autores iusnaturalistas de nuestro tiempo. En los tratadistas de los siglos XII al XVI la apropiación individual de los bienes no es un derecho adquirido sagrado e inviolable, sino que está subordinado al derecho más fundamental de todos los hombres de participar del uso de los frutos de la tierra<sup>46</sup>. Pero ocurre que Kelsen se limitó a los publicistas del siglo XVII al XIX, y dentro de éstos, tan sólo a los del mundo cultural protestante, y entonces se comprende que, abrevando en John Locke, y en el clérigo anglicano Richard Cumberland, Kelsen vincule el iusnaturalismo a la propiedad privada sagrada e intangible. La observación que luego hace de que la protección de la «propiedad privada» se tiene como uno de los principales fines del Estado, y que se le ha reconocido más valor al derecho de propiedad que a la vida humana, es un reproche que sólo corresponde hacer al iusnaturalismo liberal individualista. Es en este contexto ideológico (s. XVIII y XIX) donde aparecen las constituciones políticas que, como la constitución de la República Argentina de 1853, omiten toda referencia al bien de la vida humana y a otros bienes jurídicos valiosos, y al mismo tiempo consagran la propiedad privada de los bienes materiales como absolutamente inviolable. Esta notable inversión de los valores jurídicos que apunta Kelsen, este absurdo que es la preocupación mayor en proteger la propiedad de los bienes económicos que la preocupación en proteger la propia vida, de ninguna manera puede atribuirse al iusnaturalismo escolástico, en el cual la propiedad privada nunca se concibió como un derecho absoluto, corolario de lo cual fue la doctrina —tan ampliamente aceptada entre los medievales— de la justificación ética y jurídica del «hurto famélico», y sobre la licitud del uso de la propiedad privada ajena en general, en caso de gravísima y urgente necesidad, doctrina que en general fue rechazada por la teoría penal del s. XIX.

La cuestión de los límites del poder del gobierno es otro ejemplo que Kelsen aduce para argüir que a partir de los principios iusnaturalistas se obtienen conclusiones contradictorias entre sí. También yerra en los ejemplos concretos que ofrece, pues compara las conclusiones de Hobbes con las de Locke. Pero ocurre que este último puede clasificarse como iusnaturalista, y en cambio de Hobbes ha de decirse rotundamente que no lo es. Hobbes empleó el término «derecho natural», pero con un sentido totalmente diverso, según recordamos supra (Refutación al sexto argumento, *in fine*). En el pensamiento de Hobbes —relativismo moral— el hombre no puede tener un conocimiento objetivo de lo justo; Locke, en cambio, sostuvo la concepción de una moral objetiva, que incluye normas de justicia universalmente válidas, y cognoscibles con certidumbre por la razón humana<sup>47</sup>. Se comprende que las conclusiones de los dos pensadores británicos sean opuestas entre sí, si ya lo son sus puntos de partida.

<sup>46</sup> Cfr. S. TOMÁS, *Summ. theol.* II-II q. 66 a. 2c y ad 1um; a. 7c.

<sup>47</sup> Cfr. J. LOCKE, *First Treatise on Government*, IV, III, 18.

El ejemplo de la mejor forma de gobierno también es desafortunado para ilustrar la variabilidad de las conclusiones del derecho natural, porque la mayoría de los pensadores iusnaturalistas han sido contestes en que no hay una forma de gobierno que sea absolutamente y siempre la mejor para todas las comunidades, sino que la legitimidad de un tipo de régimen político proviene de su aptitud en concreto para lograr en mayor o menor grado el bien común político. En la doctrina iusnaturalista el principio de legitimidad del gobierno es el bien común, y por ende una monarquía, una aristocracia o una democracia, en sus varias especies, modalidades históricas y combinaciones, pueden ser legítimas o ilegítimas, según que contribuyan al bien común, o se opongan a él. Ésta es la doctrina que hallamos en Aristóteles<sup>48</sup>, Agustín<sup>49</sup>, Tomás de Aquino<sup>50</sup>, Grocio y otros muchos pensadores. Con respecto al pensamiento de Locke, también hay un error en la cita de Kelsen, pues el filósofo inglés no dice que la democracia sea la única forma natural de gobierno, sino que en el párrafo citado sólo se rechaza la monarquía absoluta<sup>51</sup> y en esa misma obra reconoce expresamente la aristocracia, la monarquía electiva y la monarquía hereditaria como formas legítimas de gobierno<sup>52</sup>.

Si dejamos ahora a un lado los errores que aparecen en los ejemplos que ofrece Kelsen, y nos dirigimos al meollo de su argumento, encontramos allí la afirmación gratuita de que «la doctrina del derecho natural permite justificar juicios contradictorios». Es fácil advertir que la variabilidad de respuestas a las cuestiones sobre la justicia no prueba la contradicción de ninguna teoría iusnaturalista; sólo prueba que los autores iusnaturalistas que han desarrollado sistemas diversos (muchas veces a partir de premisas diversas) han llegado a conclusiones diversas y opuestas respecto de muchos temas. Existen muchos sistemas iusnaturalistas diversos en su contenido<sup>53</sup>. Como ya hemos observado antes, *de la mera variación de opiniones sobre una cosa no se puede concluir que todas ellas sean falsas, y menos aún que la cosa no exista*.

Hay en el texto de Hans Kelsen que hemos considerado un "sofisma de falsa generalización" por «enumeración incompleta», porque tanto en el asunto de las formas de gobierno, como en el tema de la propiedad privada, ha omitido a la Antigüedad, a la escolástica medieval, a la escolástica moderna y al iusnaturalismo contemporáneo, es decir, que ha omitido en lo cuantitativo, la mayor parte de los autores iusnaturalistas, y en lo cualitativo, el pensamiento más representativo de la doctrina del derecho natural. Hay un paralogismo «de falsa premisa» en tanto se pone a Hobbes como representante de la posición iusnaturalista. Hay «sofisma de cambio del asunto»

<sup>48</sup> Cfr. *Política* III 1279 a.

<sup>49</sup> Cfr. *De lib. arbitr.* 6.

<sup>50</sup> Cfr. *De regno* I 1.

<sup>51</sup> Cfr. J. LOCKE, *The Second Treatise on Civil Government*, VII nn. 90ss, passim.

<sup>52</sup> Cfr. J. LOCKE, *op. cit.*, X n. 132.

<sup>53</sup> Al respecto puede verse W. GOLDSCHMIDT, «Clasificación sistemática de las corrientes iusnaturalistas», en *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires 1978, pp. 366-80, y de manera más prolija y más completa, en G. SOAJE RAMOS, «Diferentes concepciones del derecho natural»: *Ethos* XXI (1982-1983) 317-338, comunicación al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social celebrado en Helsinki en 1983.

porque en las premisas el sujeto es «algunos iusnaturalistas» y en la conclusión se dice «la doctrina del derecho natural».

### III. RECAPITULACIÓN: ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS ARGUMENTOS ANALIZADOS Y LOS VICIOS LÓGICOS QUE ENCIERRAN

#### *Estructura lógica del primer argumento.*

Si hay d. n., éste es algo creado por la voluntad divina (premisa falsa).

Si no se admite la existencia de Dios, no se admite una voluntad divina.

-----

Si no se admite la existencia de Dios, no es posible admitir la existencia del derecho natural (conclusión inválida).

#### *Estructura lógica del segundo argumento.*

El razonamiento que pretenda extraer proposiciones sobre el deber ser a partir de proposiciones descriptivas sobre la realidad, carece de validez.

La doctrina del d. n. pretende extraer proposiciones de deber ser a partir de proposiciones descriptivas sobre la realidad (premisa falsa).

-----

La doctrina del derecho natural carece de validez (conclusión inválida).

#### *Estructura lógica del tercer argumento.*

Para demostrar la existencia de un derecho es necesario probar la existencia del acto por el cual ha sido creado —por ejemplo, tal norma jurídica del país se prueba por tal acto de sanción de la ley que la contiene— (petición de principio).

Es imposible probar el acto por el cual fue creado el d. n.

-----

No es posible demostrar la existencia del d. n. (conclusión inválida).

#### *Estructura lógica del cuarto argumento.*

Si el hombre pudiera conocer un d. n., el d. p. sería superfluo (premisa falsa).

El d. p. no es superfluo —como lo reconocen los iusnaturalistas—.

-----

El hombre no puede conocer un d. n.

Los iusnaturalistas se contradicen (conclusión inválida).

#### *Estructura lógica del quinto argumento.*

La doctrina del d. n. sostiene que la naturaleza humana es fuente del d. n.

Si la naturaleza humana es fuente del d. n., entonces la naturaleza humana es fundamentalmente buena (premisa falsa).

-----

La doctrina del d. n. sostiene que la naturaleza humana es fundamentalmente buena (conclusión inválida).

La doctrina del d. n. sostiene que la naturaleza humana es fundamentalmente buena.

La doctrina del d. n. sostiene que la naturaleza del hombre es perversa —con lo cual justifica la existencia de un orden coactivo— (premisa falsa).

Pero bueno y perverso son términos contradictorios. La doctrina del d. n. se contradice (conclusión inválida).

*Estructura lógica del sexto argumento.*

La doctrina del d. n. sostiene que el d. p. deriva su validez de conformidad con el d. n.

-----  
Si el d. p. deriva su validez de conformidad con el d. n., toda norma del d. p. contraria al d. n. es nula y debe ser desobedecida (I) (conclusión falsa).

La doctrina del d. n. concluye que toda norma contraria al d. n. es nula y no debe ser obedecida (I) (premisa falsa).

La doctrina del d. n. enseña que el d. p. siempre es válido y debe ser obedecido (premisa falsa).

-----  
La doctrina del d. n. se contradice (conclusión inválida).

*Estructura lógica del séptimo argumento.*

La doctrina del d. n. dice que lo justo es dar a cada uno lo que es debido.

Lo que es debido a cada uno sólo puede conocerse acudiendo al d. p. (premisa falsa).

-----  
La doctrina del d. n. dice que justo es lo que prescribe el d. p. (conclusión inválida).

La doctrina del d. n. dice que justo es lo que prescribe el d. p.

La doctrina del d. n. sostiene que el d. n. está por encima del d. p.

-----  
La doctrina del d. n. se contradice (conclusión inválida).

*Estructura lógica del octavo argumento.*

La doctrina del d. n. considera que el d. n. está por encima del d. p. y de las conductas de los gobernantes.

Los representantes notables de la doctrina del d. n. sostienen que el d. n. no reconoce el derecho de resistir a las autoridades (premisa falsa).

-----  
Los representantes notables de la doctrina del d. n. se contradicen (conclusión inválida).

*Estructura lógica del noveno argumento (Razonamiento inductivo).*

a) Sobre las formas de gobierno

Para algunos iusnaturalistas la democracia es la mejor forma de gobierno; por ejemplo, Locke (premisa falsa).

Para algunos iusnaturalistas, la monarquía es la mejor forma de gobierno; por ejemplo, Filmer («sofisma de enumeración incompleta»).

b) Sobre la extensión del poder

Para algunos iusnaturalistas el poder del gobierno debe ser limitado; por ejemplo, Locke («sofisma de enumeración incompleta»).

Para algunos iusnaturalistas el poder del gobierno debe ser absolutamente ilimitado; por ejemplo, Hobbes (premisa falsa).

c) Sobre la propiedad privada

Para algunos iusnaturalistas la propiedad privada es un derecho absoluto y sagrado; por ejemplo, filósofos desde Grocio hasta Kant («sofisma de enumeración incompleta»).

Para algunos iusnaturalistas la propiedad privada es contraria al d. n.

-----  
La doctrina del d. n. llega a resultados contradictorios («sofisma de cambio del asunto») (conclusión inválida).

#### IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Un hecho notable que se advierte en el artículo de Kelsen que ha sido materia del presente análisis crítico («La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia»), es el común linaje de la serie de autores que cita: el ciento por ciento de las citas pertenecen a Thomas Hobbes, a Samuel Pufendorf y al iusnaturalismo racionalista y liberal. Véase que Grocio es citado siete veces; Hobbes, doce; Pufendorf, veinticinco; Locke, diez; Kant, una; Cumberland, cinco. Lo mismo ocurre en las páginas correspondientes de la *Teoría pura del derecho*: sólo cita a Hobbes (pp. 103, 107 y 109), a Grocio (pp. 103 y 110), a Pufendorf (pp. 103, 107 y 108), a Locke (pp. 109 y 111), a Kant (p. 108) y a Cumberland (p. 111). De manera que, según las fuentes que ha declarado, puede comprobarse que el ex-profesor de Viena ha acudido exclusivamente a las elaboraciones del «derecho natural racionalista» de la Edad Moderna y dentro de éste, tan sólo a los autores de fe protestante, de los siglos XVI al XVIII. Pero la doctrina del derecho natural no tuvo allí su origen, ni tampoco su acabamiento, ni ha sido el racionalismo su expresión más genuina, sino más bien su desfiguración.

De los conceptos y de las citas de sus obras se deduce que Kelsen emprendió la crítica de la doctrina del derecho natural sin haberla consultado en sus fundadores ni en sus grandes sistematizadores, ni en sus expositores más autorizados.

Paul Valéry decía que «lo primero que tiene que hacer el que quiere refutar una tesis es comprenderla un poco mejor que el que mejor la defiende». En nuestro parecer, y según resulta de los argumentos analizados supra, los escritos del antiguo profesor de Viena no demuestran que comprendiera la doctrina del derecho natural. Más aún, de acuerdo con las citas que hizo en este artículo con la declarada presuntuosa pretensión de «hacer comparecer» a la doctrina del derecho natural «ante el tri-

bunal de la ciencia», es evidente que se lanzó a la polémica sin haber cumplido el primer requisito que demandan la actitud científica y el rigor metódico ante la historia del pensamiento, que es la consulta de las fuentes.

CAMILO TALE