

## DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO JURIDICO

La cuestión suscitada en la filosofía jurídica concerniente a la existencia de un derecho anterior a toda ley positiva humana es respondido afirmativamente. El derecho natural es un conjunto de normas aptas para resolver conflictos humanos y proporciona un conjunto de reglas plenas de valor jurídico y conocidas por el hombre con su razón, aunque las leyes humanas no lo traducan por normas expresas. Las sucesivas generaciones de más de un milenio de juristas muestran inalterada la división entre derecho natural y derecho positivo, a pesar de ser el derecho uno solo, aquél vertebrando a éste.

Ya el teatro griego registra una de las primeras manifestaciones de su existencia en *Antígona*, de Sófocles. Dejando al margen los presocráticos y los sofistas, se puede ver en la figura de Aristóteles, al "padre del derecho natural", al distinguir lo justo según la naturaleza y lo justo legal. Entre los romanos, tanto los estoicos como los juristas, proclamaban la eterna verdad del derecho natural. Allí sobresalió Cicerón, para quien la ley innata, el derecho que está en nosotros, es la fuente del derecho en general. Esta ley no es deducida de un concepto abstracto general, de la Ley de las Doce Tablas o de los edictos pretorianos, por lo tanto del derecho positivo, sino de las entrañas de la filosofía. Tiene también alcance general porque se confunde con la recta razón y es por él llamada ley eterna. El célebre retórico hace constantemente de la ley natural la medida y el fundamento último de la ley positiva, la cual es como la sombra y el reflejo de la verdadera ley. Entre los juristas, Gayo, Paulo, Marciano, concebían el derecho natural como norma escrita *ab initio* y por toda la eternidad en la naturaleza de las cosas. El derecho natural nacía de la reflexión ético-metafísica, a la cual revelaba su valor universal y aparecía idéntico al derecho de todos los pueblos. De ahí la identificación hecha por Gayo del derecho natural con el derecho de las gentes y la definición de Ulpiano de este derecho como el que la naturaleza enseñó a todos los vivientes. El derecho de las gentes se convirtió en derecho natural propio del hombre, siendo obra de la voluntad de la razón universal y no de la voluntad de algún legislador. Con Justiniano, el derecho natural sigue siendo para el legislador la norma verdadera, primera y suprema, la regla fundamental de las relaciones humanas. La idea del derecho natural era tan vigorosa que el legislador se decía sometido a él, no como a una forma desprovista de sentido, sino como a un sistema normativo dotado de contenido objetivo. El derecho romano y la filosofía estoica contribuyeron a hacer llegar esta noción del derecho natural al cristianismo naciente y a través de él la transmitieron a la filosofía escolástica. De ahí en adelante la filosofía perenne será esencialmente la patria del derecho natural y su lugar de refugio. Dejando de lado la Patrística, incluido San Agustín, y entrando en la Edad Media, surge la figura luminosa de Santo Tomás de Aquino, dando continuidad, desarrollo y perfeccionamiento al pensamiento aristotélico.

En el tratado *De legibus*, Santo Tomás define la ley en general, señalando sus características esenciales: ordenamiento de la razón, para el bien común,

promulgado por la autoridad competente. Y distingue tres especies de leyes: 1) la ley eterna —*lex eterna*— que es el plan de Dios con respecto a la creación y al orden universal; 2) la ley natural —*lex naturalis*— que es la participación de la creatura racional en la ley cósmica; es la ley de la naturaleza humana, conocida racionalmente por el hombre (síndéresis), independientemente de la revelación sobrenatural y 3) la ley positiva —*lex positiva* o *ius positivum*—, obra del legislador humano, pero que debe ser conforme a la ley natural y por lo tanto a la ley eterna. En relación con la cuestión de la inmutabilidad de los preceptos de la ley natural, el Aquinate aclara que la ley natural es absolutamente inmutable en sus primeros principios: el bien debe ser hecho, el mal evitado, dar a cada uno lo que le pertenece, no dañar al prójimo. En cuanto a los preceptos secundarios y sus derivados, conllevan excepciones aconsejadas por las circunstancias. Francisco de Vitoria (1480-1546) y Francisco Suárez (1548-1617) proceden a aplicar el derecho natural a las relaciones internacionales y a los derechos de la población indígena en la América recién descubierta.

Hasta el siglo XVI, las doctrinas del derecho natural presentaban una unidad fundamental, con las características señaladas; pero tal unidad fue quebrantada en aquel siglo y en el XVIII, por el surgimiento de otra concepción del derecho natural, vinculada a una idea abstracta e imaginaria de la naturaleza humana, bajo la inspiración de Grotius, Pufendorf, Locke, Rousseau y Kant. Las diferencias esenciales existentes entre este nuevo derecho natural y el derecho natural de los escolásticos, pueden ser agrupadas en tres puntos 1) el nuevo derecho natural tiene un carácter individualista que se manifiesta por el predominio del estado natural —*status naturalis*— considerado como el único estado en el que se puede realizar el derecho natural; 2) el nuevo derecho natural está fundado en una concepción nominalista que se manifiesta en la separación de la ley eterna y de la ley natural y en la separación de la esencia y existencia de Dios y en la separación de la moral del derecho; 3) el nominalismo del nuevo derecho natural tiene como consecuencia lógica la teoría de la razón humana. Esta teoría, asociada con el racionalismo de la nueva escuela, desencadena un verdadero fanatismo del empleo del método deductivo en la elaboración de los sistemas regulados de todas las instituciones jurídicas, hasta en sus mínimos detalles. No obstante, el derecho natural renace eternamente en su pureza y se muestra vivo y pujante, especialmente en las crisis sociales y cuando surge la desconsideración de la dignidad de la persona humana.

Víctor Cathrein, a comienzos de este siglo, salvó con sus obras el legado del derecho natural, con su reducción a los tres preceptos clásicos: *honeste vivere, suum cuique tribuere, nemine laedere*, señalando su evidencia y validez irrefutables; y dentro de este aparente formalismo hizo lucir su idea del orden cósmico y natural de los seres y del puesto del valor de hombre, presentando la "ley natural" como expresión de aquel orden y del lugar que en él ocupa la persona humana. Actualmente reluce en la visión de Enrique Rommen, Alfred Verdross, Johannes Messner, León Huson, Jacques Maritain, Leclerck, Michel Villey, Joaquim Ruiz Gimenes Cortes, Antonio Truyol, Agustino de Ais, Rafael Preciado Hernández, Agustín Basave, Juan Vallet de Goytisolo, José Corts Graus, Francisco Puy, Javier Hervada y muchos otros juristas de escuela. Entre

nosotros, en Alejandro Corêia, Leonardo van Acker, José Pedro Galvão de Souza, Godofredo da Silva Telles Junior, Lemos Lopes, Bernardo Barros de Avila, Alceu Amoroso Lima, Armando Camara, y tantos otros juristas de indiscutido saber.

Luego de este sintético esbozo histórico del derecho natural, si prestamos atención a su manifestación en el caminar de la humanidad, advertimos que la noción de derecho natural sólo prevalece en las épocas en que la metafísica, reina de las ciencias, ocupa el primer lugar, y pierde terreno desde el momento en que el ser, el deber y la moralidad son separados del derecho, y en el instante en que la esencia de las cosas y su orden ontológico son considerados como incognoscibles. El concepto de derecho natural encuentra apoyo en el propio significado de la expresión "natural". "Natural", del latín *naturalis*, designa lo que es producido en el mundo sin la intervención del hombre. De ahí la definición generalmente aceptada de que el derecho natural, en contraposición con el positivo, es el que no fue creado por la ley, ni por los jueces al suprimir las lagunas de ésta, ni tampoco por la sociedad, sino que tiene una existencia anterior e independiente de los mismos. Si la naturaleza humana es, en la realidad, la condición existencial y de evolución del ser dotado de cuerpo y alma y es aquello que dicta las exigencias esenciales y proporcionadas de su vida dentro de la convivencia social, el derecho natural es el que disciplina esas exigencias. El derecho natural es, pues, el fundamento del derecho en sentido objetivo, o sea, el fundamento de toda la ley jurídica y, en el sentido subjetivo, el fundamento de toda facultad.

¿Pero en qué se fundamenta el derecho natural? Su permanencia histórica y en la racionalidad humana se explica por vía de la sindéresis; esto es, de la misma manera que las ciencias naturales se radican en la evidencia de los primeros principios de la razón teórica, el derecho natural, entre las ciencias humanas, se funda en los primeros principios de la razón práctica —haz el bien y evita el mal—. Pero esta cuestión de la fundamentación del derecho natural se hizo necesaria frente al positivismo negador de la metafísica y de la posibilidad del conocimiento objetivo. De esta manera, la respuesta a la cuestión formulada necesita una demostración ontológica, como ser real, y puede ser en principio buscada en función de las causas, las cuales como sabemos son cuatro: material, formal, eficiente y final. Si la materia individualiza la sustancia, convirtiéndola en algo constituido, la causa material del derecho es la colectividad humana a la cual está ordenado el derecho. La causa formal del derecho es lo propio de cada uno, o sea, lo justo o el orden que posibilita que la acción de cada uno se iguale a la de los demás. ¿De dónde proviene el derecho, es decir, cuál es su causa eficiente? Proviene de la ley natural, como inherente a la estructura psicológico-moral del hombre, y no como derivada de factores culturales, sino incrustada en su razón práctica, y de la ley humana positiva en cuanto es justa y está promulgada por la autoridad competente y ordenada al bien común como producto de la razón humana. Y la causa final es disciplinar a los individuos para obtener en la vida social la plenitud de su ser y el bien propio del ser social.

Si por sus causas deducimos lo que influye en la existencia y en las propiedades reales del derecho natural, para demostrar lo que él es, su fundamenta-

ción, puede hacerse sobre la base de los tres *aspectos siguientes*: histórico-empírico, teológico-metafísico y ontológico-inductivo.

Histórico-empíricamente, como vimos anteriormente, se fundamenta el derecho natural como realidad humana general. La noción de sus principios elementales se encuentra en todos los pueblos conocidos.

La fundamentación metafísico-teológica del derecho natural se hace reduciendo el conocimiento racional de los principios ético-jurídicos (valores) al conocimiento de la *Lex aeterna*, de la razón y de la voluntad de Dios. No hay dudas de que en este aspecto hay que recorrer un vasto terreno epistemológico, metafísico y teológico. Dentro de este enfoque, Suárez enseña que la ley eterna no es conocida por los hombres en sí misma sino a través de otras leyes, es decir, por sus efectos, como todo lo que se conoce acerca de Dios.

El derecho natural se fundamenta ontológica e inductivamente en el hecho de que el hombre es por su naturaleza un ser familiar. Su naturaleza y su ley se hacen efectivas en la comunidad familiar con el amor y respeto recíproco de sus miembros. En la comunidad familiar, los hombres, con su natural inclinación hacia el amor, hacia el respeto y cuidados recíprocos, tanto como con la tendencia que los lleva a aspirar al bien que les es propio, y al bien que condiciona a aquél, son llevados a un orden comunitario, aprenden el contenido pleno de los principios fundamentales del derecho que lo determinan, y captan su exigencia y validez, que son perceptibles de manera inmediata.

Es indudable que toda doctrina que se proponga proporcionar un fundamento racional al derecho natural tiene que apoyarse en las relaciones esenciales del ser y del deber, de la realidad y del bien. El derecho natural depende, así, de la filosofía del ser, de la metafísica y consecuentemente supone la posibilidad del conocimiento del ser, de la esencia de las cosas y, por consiguiente, una teoría realista del conocimiento.

Así, en esta perspectiva la Metafísica, en la Ontología, que es una de sus divisiones, enseña que el ser común (ens), que significa una esencia en su relación con la existencia, puede ser aplicado universalmente a cualquier ser real y a todo lo posible. Aunque se trate de un concepto que no es aplicable de manera idéntica a todos los sujetos, pues no es un concepto unívoco, tampoco es, por otra parte, un concepto equívoco, sino un auténtico concepto que expresa, de manera universal, algo común que hay en los seres diversos. Excluida la univocidad y la equivocidad del ser, éste contiene, por su parte, en acto y confusamente, la diversidad esencial de los seres, con lo cual el concepto se identifica, es decir, posee una unidad de analogía o de proporcionalidad. Por esta razón se dice que el ser es análogo. Al mismo tiempo, el ser posee propiedades que le pertenecen y que se encuentran en todos los modos especiales en que el ser puede presentarse. Estas propiedades son llamadas trascendentales y acompañan al ser de manera inseparable, formando con él un todo. Estas propiedades, equivalentes al ser, son el *uno*, la *verdad* y el *bien*. Dejando de lado la unidad analógica del ser y su verdad, o sea, su conformidad con la inteligencia, y puesto que, como vimos, sus propiedades trascendentales son inherentes al ser y están integradas en él, al fundamentar el derecho natural

en el ser, según nos lo permite su analogía, podemos considerarlo como ente o encasillarlo en el bien o en el propio ser, en el ser humano como plenitud del ser creado y contingente en lo que tiene de propio, que es el ser, o sea, lo que constituye su derecho, que es el mismo acto de ser como acto primero de poseer y participar del "ser", su derecho originario, su derecho de ser, esto es como persona humana, que se revela como imagen de Dios por sus atributos de racionalidad y espiritualidad, el punto más alto del ser creado, que tiene en sí un fin, como todo ser, fin que trasciende su propia existencia terrena, y que constituye su bien.

Así, por consiguiente, en la persona humana, como ente, que para ser necesita tener derecho a sí mismo, al acto de ser, el acto primero de la justicia será el reconocimiento de lo que se debe a cada uno, o sea el reconocimiento de su derecho originario. De allí, el derecho originario, el derecho natural se radica en el ser de la persona. La negación del derecho natural, por vía de consecuencia lógica e incontestable, sólo puede basarse en el hecho de no admitir al hombre el carácter de persona. Para que el hombre tenga derecho es preciso primeramente que sea hombre, es decir, poseedor de la capacidad ontológica de ser sujeto de derechos. De aquí la falacia del positivismo jurídico, al considerar los derechos positivos como los verdaderos derechos del hombre, supuesta e hipotéticamente basados apenas en el consenso social y expresados a través de normas legales.

Los positivistas, por ejemplo Kelsen y Bobbio, apoyados en David Hume, señalan contra el derecho natural el supuesto error lógico de deducir un derecho (deber) de un hecho (ser), es decir, de inferir proposiciones normativas de proposiciones enunciativas acerca de la realidad en general y del hombre en especial. En realidad es acertada su afirmación en el sentido de la incorrección lógica que implica la inferencia de proposiciones deónticas a partir de proposiciones enunciativas. Desde el punto de vista histórico y filosófico, el derecho llamado natural ha sido concebido y presentado como el deber ser del derecho positivo. Este es, sin dudas, una norma o un conjunto o sistema de normas y por consiguiente, por su estatuto lógico, un deber ser. Su peculiaridad propia es la de ser, en tanto que positivo, el ser de un deber ser: una noción histórica, real, empíricamente comprobable. Precisamente en esta forma positiva —o para decirlo mejor, puesta— es donde el derecho natural se opone o se propone como lo que debería ser. El derecho natural siempre se dirige al derecho positivo como lo que debe ser, es decir, lo que ha de ser descubierto, restablecido, practicado, etc. Puesto el derecho positivo como teniendo la existencia fáctica que le corresponde a un ser, nada impide pensar y proponer el derecho natural como el deber ser del derecho positivo, o sea, como su criterio normativo. De otro modo, por el simple hecho de ser, el derecho positivo sería lo que debe ser, con lo cual caeríamos en una petición de principio.

Tal crítica, realizada por Carlos Ignacio Massini, va más lejos, apoyada en el notable lógico polaco Kalinowski, quien presenta razones justificadoras del derecho natural, aunque aduciendo argumentos en forma negativa. Si también para él es cierto que de proposiciones que constatan la realidad no se puede inferir ninguna proposición normativa, demuestra la fuente racional de las nor-

mas, no mediante enunciados acerca de hechos, sino, además, en proposiciones normativas. Esta justificación puede hacerse de dos modos: por deducción a partir de otras normas ya justificadas racionalmente, proceso que no puede, por lo demás, ser llevado al infinito. Por lo cual es necesario recurrir a otros procedimientos, que sólo pueden ser dos: la evidencia o la aceptación de ciertas proposiciones por convención. Ahora bien, las normas primeras u originales aparecen como evidentes, o se justifican por la aceptación convencional; este último es el caso de la "norma fundamental" de Kelsen. Sin embargo, justificar toda la derivación normativa a partir de una norma aceptada sólo por convención, y puesta la norma fundamental como axioma lógico o matemático del sistema normativo jurídico, éste se convierte en un sistema hipotético deductivo *sui generis*, similar a los sistemas lógicos matemáticos. En tal sistema, la validez de las conclusiones, derivada de la validez del axioma, es convencional. En su normativismo, la norma fundamental es convencional, por eso las otras normas fundadas en ella no pueden ser diferentes. Basta con no admitir la proposición de Kelsen para que ninguna norma resulte válida. Así, negada la validez de la "Grundnorm", todo el sistema resultaría invalidado, pues la obligatoriedad apenas subjetiva no es obligatoriedad. Por consiguiente, resulta que la solución propuesta por Kelsen al problema es, apenas, una pseudosolución.

Así, desechada la justificación de las normas primeras u originarias por convención, estas normas deben ser justificadas racionalmente por su evidencia. Ahora bien, una proposición puede ser evidente de dos maneras: empírica o analíticamente. Empíricamente, cuando su conformidad con la realidad es captada por los sentidos externos o internos. Analíticamente, si su conformidad con lo real puede ser controlada por un análisis de las realidades designadas por sus términos. El criterio de la evidencia empírica sólo puede valer para el caso de los juicios singulares, pues está fundada en el conocimiento sensible inmediato de un ente material o concreto, razón por la cual no puede valer para las normas jurídicas primeras, las que, por definición, revisten carácter universal. Estas tienen que ser, por lo tanto, analíticamente evidentes. Las proposiciones analíticamente evidentes, en nuestro saber, aparecen racionalmente justificadas, como consecuencia de un análisis, esto es, del análisis de estas proposiciones y de los términos que las componen. El hombre aprehende intelectualmente la evidencia de una proposición general, en razón del conocimiento que le permite comprender sus términos. Aplicando lo expuesto en el orden práctico, vemos que los primeros principios son aprehendidos por su evidencia. Por ejemplo, el primer principio práctico: "El bien debe ser hecho por el hombre" descubre su verdad, sólo si se comprende realmente lo que significan los términos "bien", "deber", "hacer" y "hombre". En el ámbito del derecho, el primer principio deóntico jurídico, del cual reciben justificación racional todas las normas, puede ser expresado del modo siguiente: "el hombre debe proceder con justicia". De la misma manera, aquí resulta necesario el conocimiento de cada uno de los términos del principio, para que surja la evidencia de lo que se quiere decir mediante la expresión "con justicia", o sea, cuál es el concepto de "justicia". Una vez conocidos todos los términos del principio, no quedarían dudas acerca de su verdad. Y a partir de este principio

evidente adquieren justificación racional las restantes normas de derecho, ya sea por conclusión o por determinación, y tanto si se trata del derecho natural como del positivo.

¿Pero en qué sentido son “naturales” este primer principio y todos los que se pueden justificar por su evidencia? Es el conocimiento de la naturaleza de las cosas lo que posibilita la evidencia y lo que otorga contenido a los primeros principios jurídicos. Y, en este caso, se puede hablar de “derecho natural”. Es la aprehensión de las estructuras de lo real, dicho con otras palabras, lo que constituye la condición necesaria para que el intelecto “vea” la verdad y el correspondiente carácter obligatorio de los principios jurídicos naturales. Es en este sentido que Santo Tomás afirma que “el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales del hombre”: el conocimiento de estas inclinaciones hace posible el conocimiento, por evidencia, de los principios ordenadores del actuar humano y consecuentemente, del derecho natural que deriva de la misma ley natural.

Fundamentado el derecho natural, pasemos a hacer la crítica del positivismo jurídico de Kelsen. El sugirió la necesidad de una distinción entre *leyes causales* explicativas (tiene que ser) y *leyes normativas* y estructuró esta posición en su *Teoría Pura del Derecho*. La norma jurídica hipotética “Si A debe ser B”, en la cópula *debe ser* implica no un conocimiento *causal* sino un conocimiento normativo de los hechos. De la misma manera como con el auxilio de la ley natural (ley física) un efecto es atribuido a su causa, así también, con el auxilio de la ley jurídica, una consecuencia del Derecho es *imputada* a su condición. Lo que convierte un suceso en fenómeno para el conocimiento jurídico no es su *ser natural* causalmente determinado, sino el sentido objetivo que tiene aquel suceso y que está dado por una norma que se refiere a él como su contenido.

Más adelante Kelsen acepta las investigaciones epistemológicas según las cuales el principio de causalidad no supone la aplicación de ningún criterio de necesidad, sino una mera posibilidad estadística, como lo estableció Husserl. Y al distinguir las ciencias causales de las ciencias normativas, incluye la Historia en el grupo de las disciplinas que estudian las “conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza”, identificando de esta manera el *ser* social con la realidad natural. Ahora bien, es imposible incluir la Historia en el grupo de las ciencias naturales. El *ser* del hecho histórico no es un ser perteneciente al *orden* causal de la naturaleza, sino al mundo de la cultura. De ahí se deduce que la identificación del conocimiento histórico con el conocimiento natural —derivada de la oposición gnoseológica entre *ser* y *deber ser*— significa, en último análisis, una confusión de regiones ontológicas y por lo tanto de los caracteres esenciales de la realidad cognoscible.

Pero esto no es todo. Posteriormente Kelsen en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, cambia la unión postulada del *deber ser* en la norma; el jurista conoce y describe normas con el auxilio de “reglas de derecho”, y éstas se estructuran con el concepto *deber ser*. Sin embargo, como el concep-

to *deber ser* alude siempre a un *deber comportarse*, resulta que el jurista, según él, al describir una norma: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión", no está describiendo ni interpretando, en rigor, una norma, sino que se está refiriendo, en términos muy generales, a un hecho humano —real o posible— que se encuentra efectivamente regulado por una norma de derecho. Se refiere, por lo tanto, a la existencia efectiva de un deber normativamente establecido, que es el de sancionar con pena de prisión a quien comete un robo. Ahora bien, la "tensión" entre *ser* y *deber ser* no puede ser resuelta de manera unilateral, ni a favor de lo normativo, ni a favor de la realidad social. Sólo se comprende de manera cabal el ordenamiento normativo social, si se considera por supuesto que el *ser* y el *deber ser* no se encuentran en un estado de aislamiento, ni en una anti-dialéctica ausencia de relación, sino por el contrario, en una relativa coordinación.

¿Qué es lo que conocemos y predicamos cuando dirigimos nuestro conocimiento a un orden de conducta normativamente determinado? Advirtamos inicialmente que sólo es posible conocer el ser, y predicar con pretensión de verdad acerca del ser. El ser es la esencia de la objetividad cognoscible. Cuando el entendimiento pretende organizar un conocimiento sobre la conducta humana, considerándola como *deber-ser*, o sea, como una posibilidad de obrar a través de las infinitas y variadas secuencias en que se manifiesta la libertad, lo único que fundamentalmente se hace es conocer el *ser del deber*; en consecuencia, conocer el modo de comportamiento posible que es exigido a alguien, a varios o a un conjunto indeterminado de individuos mediante una norma o un sistema de normas constituidas. Se presenta entonces ante el entendimiento una relación ontológica inescindible, mediante el *ser del deber*, entre la norma de la conducta y la conducta normada.

El Derecho se fundamenta en el ámbito del *ser*, no en el de la naturaleza física, sino en el *ser* de las relaciones sociales. Como hay un orden en la naturaleza física, así también hay un orden natural de las relaciones sociales, que corresponde a las tendencias más íntimas del hombre en su vida de relación temporal y trascendente, orden que de no cumplirse hace imposible el desenvolvimiento armónico individual y social. Cuando el Derecho expresa determinadas formas de conducta, *no las crea* artificialmente sino que, por el contrario, las reconoce como inherentes y correspondientes a la naturaleza de las relaciones sociales.

Es cierto que, en virtud de la libertad, el hombre puede dejar de cumplir con las normas naturales de las relaciones sociales. Esta falta de cumplimiento, que va contra lo que es natural, no sustrae a esas normas su adecuación con la naturaleza de la realidad humana social.

No se puede pensar el derecho sin una referencia a la realidad histórica social. El derecho sin una intención es un valor sin derecho. El kelsianismo se cifra en una ciencia que pretende conocer el derecho tan puramente que termina por eliminar al mismo derecho de esa ciencia. Identifica el derecho con un mero complejo de "normas" impositivas o imperativas, generales y abstractas, emitidas con autonomía respecto de la realidad que tratan de orientar y



que pueden llegar a ser estudiadas con independencia de esta realidad. El objeto de su consideración es sólo la norma. No es la realidad lo que le interesa, y se ocupa apenas de la conceptualización de la realidad que las normas enuncian. Desinteresándose de la realidad y asumiendo una neutralidad lógica y meramente práctica, como apunta Antonio Castanheira Neves, se desentendió del "juicio axiológico-normativo, que verdaderamente hace que el derecho sea derecho y del problema de su fundamentación y de su referencia valoradora a la realidad, presuponiendo en su lugar una definición normativa axiomática y conceptual. Por otro lado, se aleja de la consideración autónoma de la realidad, que solicita el derecho y que en último término ella tendrá que justificar".

El normativismo de Kelsen tiene bases kantianas, lo cual es confirmado por André Vincent, quien muestra que el punto de partida de Kelsen está en Kant. La operación de la inteligencia reduce lo real a la idea. El pensamiento jurídico se convierte en una construcción que recibe toda su coherencia interna en la jerarquización de las normas que la constituyen. La jerarquía de las normas es una pirámide sin fisura. Desde la norma fundamental de la constitución al edicto policial o a la sentencia del juez, se pasa de lo abstracto a lo concreto por rigurosa deducción, sin retorno a la realidad: no existe el menor intersticio en la pirámide de las normas. Pero esta pirámide, orgullo del positivismo jurídico, no es hoy sino la tumba, la tumba de una ciencia del derecho que pretendía tener un rigor matemático. Nadie ya cree en este normativismo rígido que, prácticamente, legitimó los campos de concentración nazis.

Como bien señala Tomás A. Casares, la reacción contra el positivismo que identificó el derecho con la ley positiva, llevó a separar radicalmente la consideración del derecho de la consideración de la ley, para acentuar la afirmación de la existencia de un derecho que no es tanto sólo ley positiva, sino que constituye su fundamento y el requisito para una posible valoración de ella, y para sustraerse a la omnipotencia ciega que sería inherente a la ley identificada con el derecho, como pretendía el positivismo. La separación trajo asimismo como consecuencia el recto sentido posible de una cierta identificación del derecho con la ley. Identificación lícita y cargada de contenido sólo con la condición de que se repare en el significado analógico de la palabra ley, que denomina tanto la norma de la razón en la cual se expresa el recto orden que la conducta humana debe discernir, cuanto la ley positiva, o sea, la sanción obligatoria de la autoridad que en cada circunstancia tiene a su cargo la regulación de la respectiva colectividad. Analogía cuya comprensión tiene la virtud de ponernos en el camino para entender la verdadera relación en que el derecho positivo está con respecto al derecho natural o conjunto orgánico de los primeros principios de todo el orden jurídico.

Kelsen rompió la conexión que siempre se presentó entre el derecho y la moral, pues según su teoría pura del derecho, éste se limita al derecho positivo, e impide que la ciencia jurídica lo eleve a la categoría de orden superior, pues, de la misma manera que es imposible precisar la idea de la cosa en sí, también es imposible responder a la pregunta acerca de en qué consiste la Justicia.

Pero hay un puente que establece la continuidad y la unión entre el derecho natural y el derecho positivo, unidad y continuidad dadas por algo

que es intrínseco al derecho mismo: su dimensión o realización histórica. Los principios y normas del derecho natural se manifiestan acomodándose a las circunstancias de tiempo y lugar, a las circunstancias sociales, económicas, etc. y por el derecho positivo. Las normas de éste no son creaciones artificiales del legislador, sino el reconocimiento y la manifestación que éste hace de los principios naturales, acomodando las circunstancias específicas de la sociedad para la cual se legisla. Ya lo decía Santo Tomás, los principios comunes de la ley natural no pueden ser aplicados de la misma manera a todos debido a la gran variedad de las situaciones humanas. De aquí proviene la diversidad de las leyes positivas en los distintos tiempos y lugares. Según el Aquinate, las leyes naturales pueden modificarse en determinadas circunstancias, aplicándose de modo distinto de acuerdo no sólo al tiempo y al lugar, sino también de acuerdo a la edad y virtud del sujeto. Así las leyes son mudables debido a los cambios e imperfección de la razón humana, a la diversidad de los casos y circunstancias. El derecho positivo nace del encuentro del universal con la realidad concreta, adaptándose las reglas generales a las condiciones históricas. Por consiguiente, no es el derecho natural un sistema cerrado e inmutable de normas. No existe la imposibilidad racional del conocimiento del derecho natural. Nosotros lo conocemos incluso experimentalmente a través de aquellas reglas y principios que han sido reconocidos y expresados de modo perdurable en el derecho positivo en el curso de la Historia, que es el continuo cambio de lo inmutable.

YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARAES  
*San Pablo*  
*Brasil*