

## NOTAS Y COMENTARIOS

### POSITIVISMO JURIDICO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO POSITIVO (\*)

#### ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA OBRA

1. Kelsen hace afirmaciones generales, que a poco de analizadas se ve no son valederas. Tal por ejemplo aquélla, tan vulgar por otra parte, de que "la conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come al pequeño..." (p. 32). Sin negar que muchas veces entre los hombres sucede así, afirmarlo absolutamente es gratuito si se constatan algunos pocos casos en que no se dé la regla. Enunciar dicha regla es olvidar la tremenda importancia social e histórica de lo que podemos llamar "las fuerzas morales" de la humanidad, que se manifiestan cuando hay hombres que se comportan según lo mejor de sí mismos, según su deber, y no según sus meros y bajos "intereses". A "intereses", precisamente, reduce Kelsen todas las motivaciones humanas.

2. Kelsen da por sentado, sin ni siquiera intentar probarlo, que lo único que puede normar al hombre es la voluntad del hombre. Rechaza, entonces, toda moral o derecho "heterónomos", que se funden, por ejemplo, en Dios o en "la naturaleza de las cosas". Sin explayarme en este punto señalo que si la sola voluntad del hombre (sin estar guiada por la razón y ésta por criterios exteriores que se encuentran, por ejemplo en "la naturaleza de las cosas") puede ser norma, caeríamos en plena "ley de la selva", en la imposición arbitraria de una voluntad sobre otra. Si dijéramos, por el contrario, de la "razonabilidad" de dicha voluntad, ello supondría ya, implícitamente, una referencia a algo heterónimo que "mide" al hombre como "razonable" o como más o menos "irrazonable".

3. Hay observaciones históricas en la obra, también puramente gratuitas. Así el conceptualizar a Aristóteles como un hombre "conservador" en su época, que buscaba con sus doctrinas "el fortalecimiento del orden social establecido...". Es sabido, sin embargo, que Aristóteles huyó de Atenas para no correr la suerte de Sócrates<sup>21</sup>.

(\*) Véase la primera parte de este trabajo en SAPIENTIA, 1973, XXVIII, 293.

<sup>21</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Sócrates y el Socratismo*, Fondo de Cultura Económica, Méjico-Bs. As., 1966, p. 101.

4. Incursiona el autor en aspectos teológicos, en los que debería haber tenido mayor cuidado; al hablar, por ejemplo, de “la misión de Jesús”, afirma: “Pues lo esencial de su misión como Rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. El había nacido para dar testimonio de la justicia, de esta justicia que El quería realizar en el Reino de Dios. Y por esta justicia murió en la cruz” (ps. 9/10). Sin contar con que Cristo se proclamó Dios, y “Camino, Verdad y Vida”, el sentido de la palabra “justicia” utilizando en los Evangelios, o por San Pablo, no es el mismo que usamos nosotros en nuestra vida diaria o los juristas en sus especulaciones, sino que refiere a santidad, o sea, a la totalidad de las virtudes, y en el plano sobrenatural.

5. Hay así en la obra el uso indiscriminado de diversos sentidos de la palabra “Justicia”, realizado sin mayores precisiones o aclaraciones: así comienza, como se acaba de decir, hablando de “la justicia de Cristo” o “del Reino” (prólogo, página 9/10); seguidamente se habla de que “la pregunta eterna de la humanidad” es “Qué es la Justicia” (p. 10); sigue diciendo que la pregunta “carece de respuesta”. Sin embargo, en el cap. I, p. 11, señala que “es característica posible pero necesaria de un orden social” y “secundariamente... virtud del hombre”; y luego la equipara a felicidad y afirma que “un orden justo” es “aquel que garantiza a todos la felicidad”. Y termina postulando una “Justicia relativa”: la justicia de la libertad, de la paz, de la democracia, de la tolerancia, acumulando conceptos o acepciones distintas sin ninguna precisión conceptual.

## EL RELATIVISMO AXIOLOGICO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA COMUNIDAD POLITICA

### 1. Concepto “clasista” de la Justicia

Kelsen postula un concepto clasista de la Justicia y de la democracia. Uso aquí “clase” dando ese carácter a una categoría profesional, lo que se justifica en cuanto quiero aludir a una noción “particularista” o “parcial” o “parcialista” dentro del “todo” de la comunidad política. En efecto, afirma “Como la ciencia es mi profesión... *para mí* la Justicia... la Justicia de la democracia...” (p. 86).

(Aparte de todas las consideraciones generales formuladas antes aplicables a este tema, cabrían estas consideraciones críticas).

a) *Explícitamente admite el autor que su noción de justicia y de democracia no es válida para todos.* (Confr. p. 37: “la democracia, como forma de gobierno, puede justificarse relativa pero no absolutamente”).

b) Más aun, si “la justicia de la tolerancia” se funda en la necesidad de que pueda “florecer la ciencia...” (id.), ¿qué nos debería decir sobre la justicia, la democracia y la tolerancia, por ejemplo, un militar, cuya virtud específicamente profesional no parece debiera ser precisamente la tolerancia?

c) Si correlacionamos los diversos pasajes de la obra, y recordamos que según Kelsen la democracia debe ser gobierno de la mayoría, aun contra la minoría de los súbditos (p. 17); si pensamos en el número de personas que dentro de una comunidad política integran la “clase” de los científicos y, por ejemplo, el número mucho mayor de los obreros industriales, o de los cam-

pesinos; concluimos en estricta lógica, que es más “democrático” que éstos, que son sobrada mayoría en cualquier sociedad, determinen qué sea la justicia, cuál sea la forma de gobierno, etc., con preferencia a los “científicos”.

d) Es legítimo admitir que la comunidad política debe estructurarse, fundamentalmente, sobre la Justicia. Pero admitir tantos conceptos de justicia como profesiones o clases hubiera a su vez fundados en meras razones afectivas, y negar consecuentemente una concordancia básica, implica negar la posibilidad de toda convivencia que no se base en la pura fuerza, guiada por el capricho de unos sobre el capricho, o sea sobre las preferencias puramente emocionales o afectivas, de los demás. *Es negar la misma posibilidad de la convivencia humana.*

## 2. *La tolerancia no puede ser principio supremo de ninguna comunidad política*

Sin negar que la tolerancia en determinados momentos tenga razón de “virtud”, y sin negar por otra parte, que indudablemente la exaltación indiscriminada de la tolerancia pasa hoy, verbalmente, por un buen momento, ella no puede fundar, ser principio —principio significa “aquello de lo cual algo procede o proviene”— de la convivencia política.

“Tolerar” evoca, inevitablemente, “aguantar”; no se tolera aquello que se comparte plenamente. De modo que, sentar por principio la tolerancia, implica un punto de vista desde el cual, al menos como mal menor, algo se “aguanta”, se soporta, nada más.

Sentar el principio de la tolerancia es dar por presupuesta una sociedad en permanente lucha de los elementos que la componen. Es negar en una comunidad política un “fin común”, el “bien común”, o sea el bien de todos los que componen tal comunidad.

Aun cuando se siente como principio supremo el de la tolerancia, ni teórica ni prácticamente es concebible la democracia como “tolerancia total”. *Expresamente lo dice Kelsen*, y aún si lo dijera así, del análisis del término “tolerancia” surgiría: “es claro que de una concepción relativista no puede deducirse derecho alguno a una tolerancia absoluta, sino únicamente a una *tolerancia dentro de un orden positivo* que garantiza la paz a los a él sometidos...” (p. 82/3).

No es concebible teóricamente, porque la vida en sociedad no es un mero coexistir, sino que implica múltiples relaciones entre los individuos. Todos quienes componemos, por ejemplo, el Estado Argentino, estamos en múltiples relaciones entre nosotros. La posibilidad de la convivencia humana en el Estado Argentino está fundada en ciertas pautas mínimas, a las cuales la gran mayoría presta cierto asentimiento. Por ejemplo de esas pautas (mínimas, entiéndase bien), que aceptadas permiten la convivencia a un mínimo nivel, citaré el valor aceptado de la perfección que implica la convivencia, la aceptación de la necesidad y valor de que exista una autoridad social, a la cual le competen ciertas funciones que todos le concedemos, etc. Si no hubiera ese asentimiento, que en parte se logra a veces mediante ciertas coacciones, no habría comunidad humana ni siquiera en un mínimo nivel; podría sí haber una especie de hormiguero, asentado sobre una tiranía violenta. Ante esas pautas mínimas no caben mayor tolerancias.

Otro ejemplo que creo permite ver la necesidad inevitable de una cosmovisión, o un sistema de valores que informe la vida de la comunidad política, es comparar dos "cosmovisiones"; por ej.: lo que podemos llamar "la cosmovisión marxista" con "la cosmovisión católica". ¿Qué tolerancia puede merecer un misionero católico (realmente tal se entiende) que predica en país marxista lo que llamaríamos el principio fundamental del no-marxismo: la realidad de Dios, nuestros deberes hacia El, etc., lo que para el marxismo es la máxima alienación u opio?<sup>22</sup> La persecución del misionero católico por un sistema marxista es, a partir de los principios marxistas, perfectamente coherente. La democracia postulada no puede funcionar, porque en ciertos puntos fundamentales debe haber intolerancia.

¿Qué tolerancia puede establecerse, en una sociedad, por ejemplo, que acepte que la familia monogámica, con autoridad paterna, es célula fundamental de la sociedad, anterior al Estado, que debe ser defendida como tal célula, como unidad, y debe ser respetada por el Estado (punto de vista, por ejemplo, del Catolicismo en general), con la prédica, aún cuando no sea violenta, de que la familia así caracterizada es simple resabio de un sistema económico capitalista, que debe desaparecer con él? Es imposible —se me admitirá— la coexistencia de los dos conceptos de la familia, pues mutuamente se repelen. La coherencia de las posturas exige la incompatibilidad práctica.

Tampoco se ha dado un régimen de tolerancia absoluta en la historia. Incluso los actuales políticos o gobiernos que podemos llamar y se autodenominan "democráticos", son extremadamente intransigentes con todo sistema valorativo que diametralmente se les oponga.

### 3. *El problema del "límite" de la democracia: la no-violencia*

Con muchos años de anticipación, Kelsen trata (p. 84/5) un tema que hoy es de particular interés y divulgación general, y en torno al cual se suscitan no pocos equívocos: el "tema de la violencia". Kelsen como todo demócrata-liberal, se plantea el problema tan repetido de si "puede permanecer tolerante la democracia cuando tiene que defenderse de ataques antidemocráticos". Y responde: "Sí; en la medida en que ella no reprime la exteriorización pacífica de las concepciones antidemocráticas"; "eso distingue" a la Democracia de la "Autocracia". Es lógico que se vea "difícil trazar una línea divisoria entre la divulgación de ciertas ideas y de preparación de un golpe revolucionario" (ps. 84/5).

Un primer problema que se me ocurre este punto plantea es el siguiente: precisamente el de *delimitar qué sea o no "exteriorización pacífica"*. Es claro que no es tal la aplicación de la fuerza física de las armas, por ejemplo, en acto o en amenaza coactiva. Pero, ¿es "tolerancia" a toda "exteriorización pacífica" aplicar todos los recursos económicos de un Estado a implantar las convicciones "democráticas" e impedir la exteriorización de las ideas "antidemocráticas" o viceversa? Digamos con Aristóteles, entonces, que "... Ni aun los mismos que sostienen esta doctrina"... "piensan de esa manera..." (ver III, 3, g).

<sup>22</sup> "...El Comunismo es por su misma naturaleza totalmente antirreligioso y considera a la religión como al «opio del pueblo», ya que los principios religiosos, que hablan de la vida ultraterrena, desvían al proletariado del esfuerzo por realizar aquel paraíso comunista que debe alcanzarse en la tierra"; Encíclica del Papa Pío XI sobre el Comunismo - "Divini Redemptoris", en "Doctrina Pontificia-Documentos políticos", B. A. C., Madrid, 1958, p. 683.

Cabría alegar también con *la dificultad de precisar la noción de "incitación a la violencia"* y sus límites. Sin entrar a considerar que "lo pacífico" alude a "paz", y que "la paz es fruto (solamente, y previamente) de la Justicia". O sea, en definitiva, que el pacifismo absoluto no es principio supremo moral para nadie, ni teóricamente ni en la práctica, y que, por lo tanto, no puede ser el "hito demarcatorio" para la "tolerancia" en la vida política. La paz, por el contrario, se mide según la Justicia.

*Concluamos:* La posibilidad teórica de una vida política de acuerdo al orden natural de las cosas está en fundar la misma, precisamente, sobre la Justicia objetiva. La Justicia se mide por la ley (natural y positiva) y la ley por el bien común. La determinación concreta de las exigencias del bien común se realiza siempre, explícita o implícitamente, de acuerdo a una determinada "cosmovisión". En definitiva es imposible un sistema político axiológicamente neutro y absolutamente tolerante.

#### 4. *Un sentido válido y no relativista de "Democracia"*

He criticado las nociones que da Kelsen sobre la Democracia, y he pretendido hacer ver las consecuencias desastrosas que un relativismo axiológico implicaría para una comunidad política de seguirse sus dictados, lo que de hecho lo hace impracticable. Lo hecho para con el concepto liberal de la Democracia, podría hacerse respecto de otras concepciones sobre la misma.

Sin entrar a discutir la cuestión del nombre "Democracia" y sin entrar tampoco en el análisis de la tesis ciceroniana de que las formas puras de gobierno no se dan en la realidad, quiero hacer una remisión, por razones de economía de espacio, a un sentido válido de Democracia, concebida *no como forma de gobierno sino como forma de estado* (En realidad, entiendo que hay general asentimiento, al menos implícito, en que por sobre el problema de "quién gobierna" o "cómo se elige a quien gobierna", tiene mayor importancia el "cómo gobierna"). Me refiero a la noción que daba el Papa Pío XII sobre el punto, en su ya famoso discurso del 24. XII. 1944.<sup>23</sup>

La Democracia entendida como lo hace el citado Pontífice, y que se opone no a la Monarquía sino al "Absolutismo de Estado", presupone un orden superior normativo firmemente aceptado, fundado en un Realismo y Objetivismo valoral.

#### 5. *Conclusión de este capítulo*

Aunque el Escepticismo (o relativismo) moral, por las razones expuestas en el capítulo anterior, no tiene fundamento para postular una forma de gobierno (o de estado) con preferencia a otra, no es extraño que recalce en la defensa de la Democracia, entendida como la sociedad regida por el principio supremo de la tolerancia. Tiene cierta lógica esta postulación, como guiada por este razonamiento: "Como no estamos seguros de nada permitamos que se expresen todos".

<sup>23</sup> Papa Pío XII, "Benignitas et humanitas". discurso del 24-XII-1944, en op. cit., n. 23, p. 872.

Pero se diría que “la realidad no es relativa”, ni escéptica, e impone sus leyes. De ahí que sea necesario a los demócratas relativistas aceptar e imponer un sistema valorativo; de ahí que se presente el problema de trazar los límites “en defensa de la democracia”; de ahí que se pregunte por el fundamento de la implícitamente reconocida dignidad de la persona humana. El Relativismo, y la Democracia Liberal, no pueden evitar tener una concepción que es absoluta detrás de los postulados relativistas, que es parcial detrás de las proclamas de imparcialidad, pero que resulta, además de incoherente, infundada, e inapta para explicar y justificar la existencia de una comunidad política.

En cambio, me parece coherente y fundamentada la exposición sobre la Democracia a que me remito en el número anterior, fundada en la dignidad de la persona humana, dignidad garantizada, y fundada a su vez, en un *orden superior*, orden que exige la vida comunitaria, basada en la primacía del bien común, en la cual no caben en lo substancial “relativismos” ni “tolerancias”.

## LA ESENCIA DE LO JUSTO

1. Es distinto afirmar que una definición es errónea, o que no hay definición adecuada sobre un objeto determinado, que negar la realidad misma de lo que se quiere definir. Esto último es lo que hace Kelsen respecto de la Justicia; porque pese a analizar y rechazar diversas definiciones su conclusión apunta a que lo justo siempre es relativo a cada uno, que lo admite en base a preferencias puramente emocionales, en base a intereses, por lo que *no hay una Justicia Objetiva*, independientemente de cada sujeto.

2. De todos modos, como acota Messner, *Kelsen*, contradiciéndose, *llega a formular un principio absoluto de justicia*: “el orden jurídico tiene que garantizar la paz entre los que están sometidos al Derecho”. “Kelsen..., en el fondo, sabe con San Agustín muy bien que el impulso a la paz y el orden de la vida social es un instinto originario de la naturaleza humana y que por ello la esencia de la justicia debe ser entendida a partir de la naturaleza humana...”. “Difícilmente podría discutir Kelsen que juicios de valor como “el asesinato arbitrario es injusto” o “la dictadura totalitaria que excluye la tolerancia es injusta” representan juicios de valor y de verdad dotados de validez general y absoluta. Si la ciencia no pudiera conocer nada sobre ello, significaría su declaración de bancarrota”.<sup>24</sup>

3. Kelsen argumenta en contra de la noción “absoluta” de justicia alegando ilegítimamente con las discrepancias sobre su definición y sus contenidos; pero además agrega discrepancias por un modo también ilegítimo, como es el de añadir definiciones *que no refieren a la Justicia* sino a otros aspectos de la moralidad o del Derecho: “haz el bien y evita el mal”, “igualdad ante la ley”, etc...

4. Aceptamos sí como definición de Justicia la regla “dar a cada uno lo suyo”, definición que tiene una gloriosa tradición y contra la cual Kelsen alega que es “absolutamente vacía”, lo que “explica por qué... son y serán tam-

<sup>24</sup> MESSNER, *op. cit.*, n. 1, p. 493.

bién en el futuro aceptadas como solución satisfactoria al problema de la justicia" (p. 63).

Comparemos esa definición con otras proposiciones, que coloco un tanto arbitrariamente, por ejemplo: "dar a cada cual lo ajeno", "circular por la derecha", "matar al enemigo". Las diversas proposiciones puestas aluden a realidades diferentes, y se distinguen de la definición de justicia. Lo mismo si pensamos en "vencer el temor" (en lo que consiste, sintéticamente, la virtud de la fortaleza), "dominar el placer" (templanza). No es lo mismo, realmente, que "dar a cada uno lo suyo".

**Y bien: si podemos distinguir distintas acciones o distintos tipos de acciones, será porque en algo se diferencian, y si en algo se diferencian real y nominalmente, dichas definiciones no son "vacías".** Volvemos a decir con Aristóteles "todas las cosas serían en este caso una sola cosa, como antes dijimos, y entre un hombre, un dios y una nave, habría identidad... Si lo mismo sucede con todo objeto, un ser no difiere de otro ser. Porque si difiriesen, esta diferencia sería una verdad y un carácter propio".<sup>25</sup>

5. Tan no es una noción vacía, y tan no es cierto el desacuerdo general a que alude Kelsen en torno a la noción de Justicia, que en la obra que comento se señalan algunas *coincidencias sugestivas entre Kelsen y la doctrina tomista sobre la Justicia*. Así como dicha doctrina da como esencia de lo justo una cierta *igualdad*, así también lo expresa Kelsen en página 15. Así como en dicha doctrina se alude a la *alteridad* como nota de lo justo, así también Kelsen alude al carácter "social" de la Justicia (en p. 11), y de la misma forma tanto Kelsen (p. 11) como Santo Tomás conciben a la Justicia como *virtud*.<sup>26</sup>

6. La noción de Justicia es una *noción general*, que engloba dentro de sí a multitud de actos humanos concretos, que a pesar de sus diferencias (cada acto tiene sujetos y circunstancias diferentes) coinciden en realizar la esencia de lo justo.

*Es preciso distinguir "general" de "formal"*. Señala al respecto Messner: "Muchas falsas interpretaciones que aparecen en las controversias sobre el Derecho Natural se producen por la falta de precisión en el uso de los conceptos "general" y "formal". Muchas veces se usan como sinónimos, pero "general" tiene tres significados distintos. Que los principios elementales del Derecho Natural posean una esencia general, quiere decir en primer lugar que *se refieren no sólo a algunos casos concretos, sino a una clase de modos de conducta objetivamente determinada y que, por tanto comprenden todos los casos concretos de esta clase, permitiendo el conocimiento de la naturaleza de las cosas en el caso concreto, clasificar a éste dentro de una categoría general y subsumirlo bajo una regla general (Primer significado)*. Toda nuestra vida diaria descansa en reglas que poseen esta esencia lógica...". "Un segundo significado del término" es... "generalmente válido". "El tercer significado de la palabra "general" es el de "humano general", perteneciente a la conciencia moral "general" y por ello conocido por todo hombre y en toda la humanidad (Al primer sentido le llama Messner "ontológico", al segundo "lógico" y al tercero podemos llamarle "gnoseológico)". "Principios formales son, a diferencia

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, op. cit., n. 17, p. 79.

<sup>26</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2, q. 58, a. 2 ("alteridad"), a. 3 ("virtud"), q. 57, a. 1 ("igualdad").

de los tres significados de los principios generales, los que expresan *algo general sin determinación objetiva*, como por ejemplo el principio moral de Kant. Son "principios vacíos".<sup>27</sup>

Utilizando estas nociones respondemos al autor comentado que la definición de Justicia es "general" pero no "formal".

7. Negamos que la definición de Justicia sea "vacía", pero concedemos que la definición "no lo dice todo", o sea que la definición de Justicia no basta para saber en concreto si tal o cual acto es justo o injusto.

## EL FUNDAMENTO DEL DERECHO

1. Kelsen ataca en el cap. VIII de su obra "a la escuela del derecho natural que dominó durante los siglos XVII y XVIII", diciendo: "De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o suceder"; que la Naturaleza "no tiene voluntad alguna y, por lo tanto, no puede prescribir ninguna conducta humana determinada" (p. 73), pues ella se concibe como "sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad".

2. Digamos, en primer lugar, con Legaz y Lacambra que "es ya casi un tópico decir que los ataques que la ciencia jurídica moderna ha dirigido contra el Derecho natural dejan intacto el Derecho natural de cuño católico-escolástico".<sup>28</sup> Dicha escuela tiene sus orígenes en Aristóteles, en Cicerón, y su desarrollo principalmente en Santo Tomás de Aquino. Y bien, lo que el profesor Legaz sostiene, referido en especial a la Escuela Histórica del Derecho, que tuvo como "enemigo inmediato" la escuela racionalista del Derecho Natural, vale análogamente para Kelsen, quien en su obra ataca especialmente dicha Escuela: dice éste, en efecto, que "la teoría del Derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas que surge de la naturaleza en general o de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón" (pp. 71/2), lo que es típico de dicha escuela y no de la Escuela tradicional del Derecho Natural.

Según Rommen<sup>29</sup> hay tres diferencias fundamentales entre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural de los escolásticos. 1. El Derecho Natural Racionalista "tiene un carácter individualista", manifestado "por el predominio de la teoría del estado natural, considerado como el único estado en que pudo realizarse el Derecho Natural"; 2. "Está fundado en una concepción nominalista, que se manifiesta en la separación de la ley eterna y de la ley natural... y de la moralidad y el derecho"; 3. "El nominalismo del nuevo De-

<sup>27</sup> MESSNER, *op. cit.*, n. 1, p. 366.

<sup>28</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.* en n. 14, p. 309. Una interesante corroboración de que Kelsen no tiene explícitamente en cuenta al criticar al "Derecho Natural" sino al D. Nat. "Racionalista" lo dan sus notas bibliográficas en *Teoría Pura...*, el cap. VIII, p. 103, al criticar al D. Nat., sólo cita a Grotius, Hobbes y Pufendorf, y en p. 107 cita una vez a Hobbes y dos a Pufendorf, mientras en p. 108 a Pufendorf y Kant, en 109 a Winkler, Locke, Filmer, Locke de nuevo y Hobbes; en p. 110 de nuevo Grotius, p. 111 Cumberland, y Locke. Ni una sola vez cita en toda la citada obra a los autores del Derecho Natural Tradicional (confrontar el índice de nombres y temas en *ed. cit.*, p. 237 y ss.).

<sup>29</sup> ROMMEN, *op. cit.*, n. 1, p. 83.



recho Natural tuvo como consecuencia lógica la teoría de la autonomía de la razón humana"; "aliada con el racionalismo de la nueva escuela, desencadenó un verdadero fanatismo del raciocinio y el empleo del método deductivo en la elaboración de sistemas destinados a regular hasta en sus menores detalles todas las instituciones jurídicas...".

3. Sin embargo, debemos considerar, desde el punto de vista de la doctrina tradicional del Derecho Natural, las objeciones de Kelsen, pues en primer lugar éste en su generalización evidentemente ataca también a esta escuela (al decir por ejemplo: "del ser no puede surgir un deber ser"); en segundo lugar porque su Relativismo está en las antípodas de dicha escuela; y en tercer lugar porque la defensa ante los ataques kelsenianos, como de todos los ataques positivistas en general, tiene una función "crítica" altamente positiva, ante la tendencia a hacer decir a la naturaleza o al Derecho Natural, más de lo que dicen. Esta tendencia es propia no sólo de la Escuela Racionalista del Derecho Natural sino de autores de la Escuela Católico-Escolástica del mismo. Tendencia que a veces parece concebir al Derecho Natural como un orden complejo y cerrado, que está como superpuesto al Derecho Positivo. Se olvida así la admisión de la *necesidad del Derecho Positivo*, postulada por ejemplo por Santo Tomás Aquino.<sup>30</sup>

4. Antes de pretender indicar una somera fundamentación del Derecho, es preciso indicar que hay múltiples sentidos de la palabra "naturaleza", en cuyo claro deslinde y comprensión estará ganada a su vez la comprensión de lo que se entiende por Derecho Natural. El Dr. Bargallo Cirio<sup>31</sup> señala, a propósito, seis sentidos de la palabra "naturaleza". a) "Natural en contraposición a Sobrenatural". b) Natural en contraposición a "racional", "o sea en cuanto ser distinto y ajeno al principio espiritual de conocimiento y amor. En ese sentido se utiliza el vocablo cuando se contraponen ciencias naturales a ciencias del espíritu".<sup>32</sup> c) "Natural en cuanto opuesto a artificial". d) "Natural en cuanto opuesto a desarrollado a evolucionado". Es "reducción de lo natural a un estado primitivo y originario, sin modificaciones ni variantes. Así, según naturaleza, el hombre nace desnudo...". e) "Naturaleza en cuanto opuesta a libertad. Natural designa entonces lo rígido, lo determinado, lo que responde a principios inmutables y cumple leyes que se le imponen. Frente al orbe de seres naturales el hombre aparece como el único susceptible de vivir creadoramente una libertad".<sup>33</sup>

*Ninguno de estos sentidos de la palabra naturaleza es el usado por la Escuela Tomista del Derecho Natural.* El sentido "e" es el que, a mi criterio, tiene presente Kelsen. Me fundo en este texto: "La Naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad alguna y, por lo tanto, no puede prescribir ninguna conducta humana determinada" (p. 73).

Finalmente hay otro sentido o acepción de "naturaleza" (entre otros muchos), al que aludiré en el punto siguiente.

<sup>30</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, 1-2, q. 95, a. 1.

<sup>31</sup> BARGALLO CIRIO, JUAN MIGUEL, *Rousseau. El estado de naturaleza y el romanticismo político*, Valerio Abeledo, Bs. As., 1952, p. 69 y ss.

<sup>32</sup> BARGALLO CIRIO, op. cit., n. 33, p. 70.

<sup>33</sup> BARGALLO CIRIO, op. cit., n. 33, p. 71.

5. Entendemos, inicialmente por naturaleza, en un sentido estático, al conjunto de determinaciones específicas que corresponden a un ente. Las determinaciones "animal", y "racional" son determinaciones específicas del hombre, que integran la noción de "naturaleza humana". Y bien, podamos o no definir exactamente otras naturalezas que no sean las del hombre, vemos que hay notables diferencias, por ejemplo, entre un hombre y un animal, que nos permiten, precisamente, hablar de "hombres" y hablar de "animales". Tenemos, en efecto, conciencia de que si distinguimos entre hombres y animales los hacemos no guiados por un capricho interno de nuestra mente sino fundados en la realidad exterior a nosotros. Y también es dable comprobar que el hombre, por más posibilidades que tenga de tomar uno y otro camino, por más "libertad" que tenga, así como "no puede añadir un codo a su estatura", tampoco puede convertirse, indudablemente, en un puro animal. Esto nos muestra que en el hombre hay ciertas determinaciones que nos permiten, en síntesis, decir que tal "cosa" es un hombre y que *no es* tal otra cosa, por ejemplo un mono. Entonces es legítimo hablar de una "naturaleza humana". A nivel "fáctico", para usar una expresión similar a la de Kelsen, tan es *naturaleza* la del hombre como hombre como la del mono en cuanto tal, o la de tal planta, o la de tal piedra.

6. Ahora bien, el hombre *estáticamente considerado*, es *imperfecto*, no se basta a sí mismo, necesita de los demás, necesita incluso de bienes físicos para alimentarse y respirar, etc. Va saliendo de esa imperfección merced a su *actividad*. El hombre está necesitado de esa actividad, de actuar, y de actuar como hombre, es decir, decidiendo, principal y generalmente, con su razón, para alcanzar su perfección. Aquí se inserta un sentido "dinámico" de "naturaleza", que toma el primer sentido ("estático" o "esencial") como "fuente" de esas actividades; como haz de actividades o de orientaciones a ciertos "fines", porque la actividad del hombre se hace siempre por algo, se hace por determinados fines.

Pero no basta actuar, no basta moverse, no basta cualquier fin; poniendo ejemplos más concretos, no basta que el maestro enseñe, no basta que el constructor construya, que el médico "medique"... Porque puede el maestro enseñar *mal*, el constructor construir *mal*, el médico medicar *mal*. No basta, por ejemplo, que el Juez dicte sentencia; por experiencia sabemos que para ser un buen juez se deben dar sentencias *justas*, y no cualquier sentencia. Puede un constructor, un médico, un juez, al no respetar las reglas de su función, errar, equivocarse. Entendemos, por lo tanto, como fundadas en la naturaleza (en sentido dinámico de naturaleza) no cualquier actividad sino aquella enraizada en el sentido de la *perfección de la naturaleza*. No es "natural", en ese sentido, por ejemplo, la homosexualidad, pues lo perfecto en el orden sexual es la complementación de los sexos. "Lo natural", entonces, no significa lo que siempre, inexorablemente se ha de cumplir, ni lo que todos absolutamente reconocen, sino que es lo que se inserta en la línea de la perfección de la naturaleza.<sup>34</sup> Definámoslo con Graneris como "la raíz de las tendencias que llevan a cada ser al propio fin" (O sea: no cualquier fin; sino al *propio fin*). Y en base a esa

<sup>34</sup> Sigo en esta exposición el desarrollo de las clases de Filosofía del Derecho dadas por el Dr. GUIDO SOAJE RAMOS en la Facultad de Derecho de la Pont. Univ. Cat. Argentina, Rosario.

noción de naturaleza definimos con él al Derecho Natural: "Una forma de Derecho que surge de aquellas íntimas tendencias que impulsan al hombre hacia el propio fin".<sup>35</sup>

7. Y bien, en este sentido usada, afirmamos que la naturaleza encierra cierta normatividad para el hombre, que el hombre capta con su razón aplicada sobre ella, no solamente sobre la naturaleza propia, sino sobre toda la realidad en general en la que la del hombre se inserta; por ello hablamos de "naturaleza de las cosas".

a) Dijimos que el hombre no puede obrar de cualquier manera. Ubiquémonos por ejemplo en la perspectiva del *legislador*. ¿Puede el legislador legislar en cualquier sentido?, ¿puede caprichosamente legislar, por ejemplo, estableciendo la poligamia en la sociedad? ¿Puede, por ejemplo, prescindir absolutamente de la paternidad natural al legislar la adoptiva? La disyuntiva es clara y grave: o se consagra el puro capricho del legislador, lo que equivale a la pura fuerza, al puro arbitrio, o hay ciertas normas a las cuales se debe ajustar, previas a toda determinación humana. O el Derecho se reduce al simple "poder" o se concibe en términos de "deber".<sup>36</sup>

Ante la "disyuntiva del legislador", al hombre de derecho que se proclama "positivista jurídico" le quedan soluciones inaceptables por todos, como a) proclamar la bondad absoluta de toda ley positiva, o b) enmudecer simplemente ante cualquier legislación, reducido a la actitud de Cratilo que citaba Aristóteles.

b) Podemos también colocarnos en la disyuntiva en que se coloca el *intérprete del Derecho Positivo*, donde tal vez se vea más clara la solución correcta. El Juez, por ejemplo, para hablar de un tipo de intérprete, tiene, en el mismo Derecho Positivo, ciertas reglas para su tarea. Por ejemplo la del art. 1198 del Código Civil Argentino: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Y bien: ¿cómo interpreta, a su vez, el Juez, qué sea "buena fe", "cuidado", "previsión", etc., sin acudir a normas "no-positivas"? O ¿de dónde surgen los "principios generales del derecho", "el espíritu de la ley", los principios de la analogía (art. 16, C. C.) si no de fuera y de encima de la ley positiva?

c) A través de los ejemplos puestos, nos hemos encontrado con "el hecho", valga la expresión, de *normas que ningún hombre impuso y que los hombres reconocen*. Ni el legislador positivista, ni el intérprete positivista, puede dejar de encontrarse, en la vida jurídica, con dichas normas. Tampoco el abogado; tampoco cualquier persona en su vida diaria. *El Derecho Natural se nos impone, e incluso se impone a Kelsen*, cuando en la obra comentada postula la metamorfosis del concepto "individual-subjetivo" de felicidad por uno "colectivo-objetivo" de la misma: "Esto quiere decir —dice— que por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfe-

<sup>35</sup> GRANERIS, op. cit., n. 1, p. 115.

<sup>36</sup> CASARES TOMÁS D., *La Justicia y el Derecho*, 2a. ed., Cursos de Cultura Católica, Bs. As., 1945, p. 167 y ss.

chas. Tales, por ejemplo, la necesidad de alimentos, de vestido, habitación, y otras del mismo estilo" (p. 16). Admitir que hay necesidades humanas que son dignas de ser satisfechas, de por sí, y que, por lo tanto, se imponen ante el mismo legislador humano, que sólo las "reconoce", es una patente y explícita contradicción desde el punto de vista del Positivismo Jurídico y de la "Teoría Pura del Derecho".

8. Esta contradicción apuntada nos hace ver que de la sola libertad humana no pende, ni "puede estar pendiente un orden".<sup>37</sup> Es preciso aceptar, reconocer, como fundante de la convivencia social y política y del Derecho, un fundamento no autónomo. Para alcanzarlo basta una reflexión desprejuiciada e integral fundada en nuestra experiencia sobre la realidad. En dicha realidad experimentamos la existencia de un orden que en algunos aspectos podemos violar pero que se nos manifiesta, aun así, como existente, incluso al presentarse como "violable" o "violado".

La reflexión rigurosa fundada en la experiencia posibilita la admisión científica de dicho orden. Incluso fuera del análisis de las cuestiones previas referentes a los fundamentos de Filosofía General, es posible, a nivel de la Filosofía Jurídica, el "diálogo" y la refutación del pensamiento de Kelsen y del Positivismo en general, en la medida en que profieren una serie de palabras que necesariamente tienen un sentido, sobre las cuales podemos reflexionar y criticar.

Pero no es en la sede a que han apuntado estas indicaciones sobre la fundamentación del Derecho Positivo en donde radica finalmente dicho orden al que llamamos genéricamente "Derecho Natural". Porque también científicamente, a la luz de la sola razón natural, es dable ver en él lo que el Dr. Casares en bella y verdadera frase llama "la sombra de Dios".<sup>38</sup> Es dable ver, entonces, al Derecho Natural, como enraizado en el Principio Supremo, en Dios, por quien, como dice el Libro de los Proverbios, "reinan los reyes y los jueces administran Justicia".<sup>39</sup>

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

<sup>37</sup> CASARES, TOMÁS D., "Sobre la presencia del Derecho Natural en la creación, la interpretación y la aplicación de la ley", *El Derecho*, t. 9, p. 959.

<sup>38</sup> CASARES, *op. cit.*, n. 37, p. 959.

<sup>39</sup> PROVERBIOS, 8, 15.