

LA CRÍTICA DE HANS Kelsen A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL¹

José Antonio SENDÍN MATEOS

SUMARIO: I. *Introducción. El lugar de la crítica a la doctrina del derecho natural en el pensamiento de Hans Kelsen.* 1. *El lugar de Kelsen en el contexto del positivismo jurídico.* A. *Iusnaturalismo: breve repaso sobre una larga tradición.* B. *Positivismo: una caracterización elemental.* C. *La posición de Kelsen.* 2. *La crítica a la doctrina del derecho natural como contribución a la teoría kelseniana del derecho.* 3. *Breve indicación bibliográfica.* 4. *Camino a seguir.* II. *La caracterización kelseniana de la doctrina del derecho natural.* 1. *El derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos.* A. *El distinto origen del derecho natural y el derecho positivo.* B. *Las diferentes técnicas de motivación empleadas por el derecho natural y el derecho positivo.* C. *La naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo: justicia absoluta y justicia relativa.* D. *Sistemas estáticos y sistemas dinámicos: el derecho*

¹ Ésta es la primera parte de un trabajo de investigación más amplio destinado a la obtención del título de grado de la Universidad de Salamanca. Con tal objeto fue defendido públicamente el 17 de septiembre de 2004. Su elaboración tuvo lugar dentro del proyecto de investigación BJU2002-01494, que financia la Dirección General de Investigación del Ministerio Español de Ciencia y Tecnología. Quiero dar mi agradecimiento más sincero a la directora del trabajo, la profesora D^a M^a del Carmen Paredes Martín. Asimismo, quiero agradecer los útiles consejos y observaciones de mis compañeros del área de Filosofía del derecho de la Universidad de Salamanca, José Antonio Ramos Pascua, José María Garrán Martínez, Juan Manuel Pérez Bermejo, Lourdes Santos Pérez y Pablo Rodríguez Díaz, así como al profesor José María García Gómez-Heras y a Raúl Fernández Martín, ambos del área de Filosofía moral. No puedo dejar de mencionar al profesor Delgado Pinto, siempre dispuesto a discutir e intercambiar opiniones sobre el contenido del trabajo, y, en especial, a Miguel Ángel Rodilla González, sin cuya orientación y consejo mi investigación no habría sido posible. Finalmente, quiero agradecer a la Escuela Libre de Derecho de México su gentileza y amabilidad al ofrecerme publicar mi investigación.

natural como sistema estático frente al derecho positivo. E. La relación entre el derecho natural y el derecho positivo: el significado político de la doctrina iusnaturalista. 2. El derecho natural como ideología. A. El dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo como un caso especial de dualismo religioso-metafísico. B. La función conservadora de la doctrina del derecho natural. III. Resumen.

RELACIÓN DE ABREVIATURAS²

- BTDN: "Bases de la teoría del derecho natural", *Ius Canonicum*, 2, 1962.
- DNPJ: "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- DTNL: "A "Dynamic" Theory of Natural Law", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957.
- GTLS: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945.
- IDN: "La idea de derecho natural", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1946.
- JDN: "Justicia y derecho natural", *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966.
- LSST: "The Law as a Specific Social Technique" *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957.
- MIJ: "The Metamorphoses of the Idea of Justice", *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford University Press, 1947.
- NLLP: "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", *General Theory of Law and State* (append.), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945.

² Aquí se incluyen las obras de Kelsen más frecuentemente citadas en la primera parte del trabajo. No hay mención alguna a las traducciones empleadas ni a los números de página de los artículos.

- PCTJE: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Porrúa, México, 1987.
- QJ: *¿Qué es la justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 3a. ed., 1966.
- QTPD: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Fontamara, México, 3a. ed., 1993.
- TGN: *Teoria generale delle norme*, Giulio Einaudi, Torino, 1985.
- TPD1: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México, 2a. ed., 1981.
- TPD2: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 3a. ed., 1963.
- TPD3: *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 9a. ed., 1997.
- TS: "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays. University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957.

I. INTRODUCCIÓN. EL LUGAR DE LA CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN

1. El lugar de Kelsen en el contexto del positivismo jurídico

En este trabajo de investigación me ocuparé de un segmento temático de gran significación dentro del pensamiento de Kelsen. Hans Kelsen ha sido considerado por muchos el filósofo del derecho más relevante del pasado siglo. Los temas abordados por él a lo largo de su amplísima producción fueron muchos y variados, ocupándose tanto de teoría del derecho como de filosofía moral y política. En concreto, en teoría del derecho la importancia de su obra es tal, que prácticamente no hay un sector relevante de la misma en el que Kelsen no haya realizado una contribución significativa, ofreciendo un sistema prácticamente completo.³ La obra más importante de Kelsen, la *Teo-*

³ Algunos ejemplos son la teoría sobre la norma jurídica y el sistema jurídico, la consideración del orden jurídico como un orden coactivo, la teoría de los conceptos jurídicos

ría pura del derecho, es la prueba de su pretensión sistematizadora. Esta obra, que Kelsen somete a continua reelaboración durante décadas,⁴ pretende abarcar la mayor parte de los problemas que afectan a la teoría jurídica. Pero también la filosofía moral fue uno de los aspectos tratados con verdadera profusión por el autor austriaco, que dedicó gran cantidad de páginas a la crítica a la idea de la justicia y al tema que ahora nos ocupa: la crítica a la doctrina del derecho natural. Que Kelsen haya dedicado una atención persistente a la doctrina del derecho natural no debería sorprender a nadie. Con independencia de que la idea de derecho natural haya dado cobertura a una determinada concepción de la teoría del derecho, no hay duda de que también ha constituido un intento muy loable de dar respuesta a la eterna cuestión de la justicia, omnipresente en la historia de la filosofía del derecho desde el pensamiento helénico del siglo V a. C. hasta el momento presente, con la única interrupción del apogeo del positivismo, que tuvo lugar en Europa desde finales del siglo XVIII hasta bien entrado el siglo XX.

El volumen de escritos que Kelsen dedicó a la crítica de la doctrina del derecho natural fue, como de costumbre en él, igualmente cuantioso. Dada la gran significación del autor, este hecho, unido a la inexplicable y prolongada desatención por parte de los estudiosos y críticos de Kelsen hacia esta materia, me parece sobrada razón para que el trabajo que ahora comienzo a desarrollar esté, a mi juicio, suficientemente justificado.

Una razón adicional del interés de la crítica de Kelsen deriva del lugar en que se sitúa la doctrina del derecho natural. El hecho de que la doctrina del derecho natural se mantenga en la intersección entre la teoría del derecho y la teoría de la justicia hace que la crítica de

fundamentales, la teoría de la interpretación, la teoría de la constitución, la relación entre derecho y Estado y la relación entre derecho estatal y derecho internacional.

⁴ Por su pretensión sistemática, la *Teoría pura del derecho* presenta tres diferentes versiones: la primera edición alemana, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Leipzig und Wien, 1934; la edición francesa, *Théorie Pure du Droit. Introduction à la science du droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, que incorpora algunas modificaciones y tiene mayor amplitud que la edición alemana original; y la versión definitiva, la segunda edición alemana *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960. De las tres citaré la traducción española. Véase relación de abreviaturas.

Kelsen involucre, junto con argumentos de índole filosófico-moral (como los asociados a una posición de relativismo axiológico) otros argumentos de teoría del derecho (como los derivados de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos y la tesis de que toda norma jurídica tiene su origen en un acto de voluntad). En este sentido la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural no se sitúa exclusivamente en el campo de la teoría de la justicia, sino que ocupa más bien un lugar equidistante entre dos bloques temáticos bien diferenciados en el pensamiento del autor, como son su teoría del derecho y su filosofía moral y política.

Pero en la crítica a la teoría del derecho natural Kelsen no se encuentra en solitario. En realidad, todo el positivismo anterior, desde finales del siglo XVIII hasta el momento en que él escribe, se caracterizó por su oposición frontal a la tradición jurídica precedente, que había estado dominada por las teorías iusnaturalistas. El punto débil de estas críticas —y desde luego también de la crítica de Kelsen— es su excesiva tendencia a la simplificación, que con frecuencia conduce a pasar por alto la complejidad de una tradición muy arraigada. Con frecuencia los críticos incurren en el error de tratar las teorías iusnaturalistas como si conformaran un bloque unitario y relativamente homogéneo de doctrina, cuando en realidad la idea misma de derecho natural ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de su amplísima historia, que abarca más de dos mil años de antigüedad.⁵

A continuación efectuaré un breve repaso a la historia de la doctrina del derecho natural, desde su origen vinculado a la filosofía griega hasta comienzos del siglo XIX, momento en que tiene lugar la crisis que significó su abandono y su sustitución por el positivismo jurídico. En un segundo apartado ofreceré una caracterización del

⁵ Existe un gran número de estudios sobre la historia de la doctrina del derecho natural. Los más tempranos pertenecen a los propios autores iusnaturalistas, entre los que cabría citar a THOMASIUS, C., *Historia Iuris Naturalis*, Halle-Magdeburg, 1719. Hay traducción castellana de M. A. Sánchez y S. Rus: *Historia algo más extensa del derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1998. Entre los más modernos destacamos los de WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, trad. de F. González Vicen, 2a. ed., Aguilar, Madrid, 1979; BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 1980; GALÁN, E., *Ius Naturae*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid (2 vols.), 1961; CARPINTERO BENÍTEZ, F. *Historia breve del derecho natural*, Colex, Madrid, 2000.

positivismo jurídico haciendo uso de algunos criterios generales que permiten distinguir las variantes fundamentales. Finalmente, trataré de identificar la posición de Kelsen sobre la base de esas distinciones.

A. Iusnaturalismo: breve repaso sobre una larga tradición

El origen del iusnaturalismo se ha situado en la filosofía griega clásica, más concretamente en la filosofía platónico-aristotélica, y posteriormente en el estoicismo. Gracias a las influencias que San Pablo recibe de los estoicos el iusnaturalismo logra penetrar en el pensamiento cristiano, convirtiéndose, tras una reelaboración de siglos, en una doctrina de carácter teológico, que tiene en la figura de Santo Tomás de Aquino a su principal exponente. Se ha considerado que el pensamiento de Santo Tomás representa la exposición canónica del llamado "iusnaturalismo clásico", cuyo dominio se extiende en Europa hasta finales del siglo XVI. *Grosso modo*, el iusnaturalismo clásico es fruto de la asimilación y reelaboración por el pensamiento cristiano de ciertos elementos importados de la filosofía antigua: a) la doctrina estoica de la ley, con su distinción entre *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana*; b) la metafísica aristotélica, que hace uso de un concepto teleológico (entelético) de naturaleza, que se vincula a una concepción también teleológica de la ética; y c) la concepción aristotélica del saber práctico como un saber prudencial. Permítaseme una brevísimas aclaración de estos tres puntos.

a) La corriente del iusnaturalismo clásico se caracteriza, en *primer lugar*, por una concepción de la ley que en buena medida procede de los estoicos. De raíz estoica es su visión intelectualista de la ley como *ordinatio rationis*; de origen estoico es también la conocida distinción de *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana* característica del iusnaturalismo clásico. La ley eterna es la ley que gobierna el acontecer del universo y determina el destino final de todos los seres.⁶ Esta ley afecta a las criaturas racionales por medio de la ley natural, que establece las pautas del comportamiento humano en or-

⁶ Como bien señala Welzel, la noción estoica de la "ley eterna" está imbuida de una fuerte dosis de determinismo teológico. Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 35.

den a cumplir las determinaciones de la ley eterna. Sólo aquellos que cumplen voluntariamente lo que ordena la ley natural obran rectamente.⁷ Finalmente está la ley humana, que sólo posee carácter de verdadera ley en tanto sus mandatos coinciden con lo que ordena la ley natural, o al menos no entran en contradicción con ella.

b) En segundo lugar, cuando el iusnaturalismo clásico afirma que las normas morales se encuentran inscritas en la naturaleza del hombre, hace uso de un concepto de naturaleza que procede de la metafísica teleológica de Aristóteles: la "naturaleza" de un ser está cifrada en su "estado de perfección", aquel al que tiende el pleno desarrollo de sus potencialidades, o, en palabras de Welzel, "el mejor estado de una cosa".⁸ A este concepto entelético de naturaleza el iusnaturalismo clásico vincula una concepción teleológica de la ética, que considera que lo "bueno" o "justo" es aquello que conduce a los hombres a su estado de perfección.

c) Finalmente, desde Aristóteles en adelante la teoría clásica del derecho natural distingue entre el saber teórico o *epistémico* (propio de las matemáticas, la física y la astronomía) y el saber práctico o *fronético* (propio de la moral, la política, y la jurisprudencia).⁹ El saber teórico es un saber contemplativo y desinteresado, que aspira a lograr verdades universales e incontrovertibles, procediendo de forma rigurosamente demostrativa. El saber práctico, en cambio, no aspira tanto a lograr verdades, como más bien verosimilitudes. Es un tipo de saber orientado a educar a los hombres en las virtudes cívicas, para lo cual prefiere hacer uso de la persuasión antes que de la demostración.

La teoría clásica del derecho natural combina estos tres elementos de la filosofía antigua en la configuración del orden de derecho natural, que aparece como un orden de conducta trascendente, universalmente válido y accesible al conocimiento de todos los seres humanos mediante el uso natural de la razón.

⁷ Así lo señala, por ejemplo, Crisipo, *Ibidem*.

⁸ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 25.

⁹ Sobre este tema hay una amplia literatura. Véase, por ejemplo, el primer capítulo de HABERMAS, J., *Theorie un Praxis*, Luchterland, Darmstadt und Neuwied, 1963. Hay traducción castellana de S. Mas Torres y C. Moya Espí, *Teoría y praxis*, Madrid, Tecnos, 1987.

Antes de proseguir este recorrido a través de la historia de la doctrina iusnaturalista, habría que hacer hincapié en que la teoría clásica del derecho natural, como teoría del derecho, sitúa entre sus principales preocupaciones el problema de la fundamentación del derecho positivo. Dicha fundamentación tan sólo puede ser de carácter metafísico: la validez de las normas jurídico-positivas depende, en último término, de su concordancia material con un orden superior, el orden de derecho natural, con el que guarda una relación de dependencia jerárquica.

Este orden es trascendente y no puede ser discernido empíricamente. Por lo demás, es absolutamente justo. Y el derecho positivo se fundamenta en él, y, en la medida en que coincide con él, participa de esa justicia: en esa medida *es* tal como *debe ser*. Por esta razón, la teoría clásica del derecho natural afirma la existencia de una conexión esencial entre el derecho y la moral.

Con la llegada de la Edad Moderna, la teoría iusnaturalista experimenta importantes cambios en relación con la tradición anterior. Desde finales del siglo XVI y a lo largo del siglo XVII se desarrolla un proceso de abandono de la filosofía escolástica, en el curso del cual el derecho natural se va separando progresivamente de la teología.¹⁰ Ello significó un desplazamiento del centro de gravedad de la especulación iusfilosófica hacia un entorno laico. Es importante insistir en que este proceso avanza de forma gradual y sin que se pueda hablar de ruptura, sino más bien de una evolución. Buen ejemplo de ello es el jurista y filósofo holandés Hugo Grocio, a quien algunos han considerado un “epígono de la escolástica española”,¹¹ y otros el iniciador del iusnaturalismo moderno. Aun a pesar de que en Grocio y en otros iusnaturalistas modernos todavía se pueden observar algunas reminiscencias escolásticas, la moderna doctrina del derecho natural se caracteriza por su oposición deliberada frente esa tradición (gracias, sobre todo, a autores como Hobbes y Pufendorf). En cualquier caso, lo relevante es que en ese momento, a finales del siglo XVII, la especulación filosófica en torno al derecho y al Estado

¹⁰ Para Welzel, esta separación se perfila claramente en Grocio y en la Escolástica española (Vitoria, Molina, Vázquez). Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 95 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 111.

pasa de las manos de los teólogos a las de los “filósofos politizantes y juristas filosofantes”.¹²

La transición del iusnaturalismo tradicional al iusnaturalismo moderno se explica como parte de un amplio proceso de cambio que afecta de forma general al pensamiento de la modernidad. Fruto de este proceso es la implantación de un nuevo racionalismo, que surge a raíz del auge de la moderna ciencia natural y del triunfo del pensamiento metódico cartesiano. Como resultado de ello, el concepto de razón sufre un drástico cambio de significado: la nueva *ratio* no es ya un elemento de una metafísica teleológica cuyo fin es conducir al hombre a su perfección, sino que es una capacidad humana, la *clara et distinta perceptio* en la que Descartes veía el fundamento de toda certeza.¹³

Ahora bien, la razón no actúa por capricho, sino que opera siguiendo un método específico, consistente en la descomposición de los objetos en sus distintas partes. Posteriormente, una vez comprendida su mecánica, son reconstruidos basándose en ese conocimiento. Este método analítico-sintético (Galileo, Descartes), que tan buenos frutos da en el terreno de la ciencia natural, se convierte en el modelo a seguir por la moderna teoría iusnaturalista, que lo aplica al conocimiento de la sociedad y del Estado.¹⁴ Siguiendo el método analítico-sintético, autores como Hobbes y Pufendorf tratan de pergeñar una ciencia de la sociedad y del Estado que posea un rigor comparable al de las ciencias de la naturaleza. Es más, frente a la distinción aristotélico-tomista entre saber teórico (epistémico) y saber práctico (fronético), Hobbes defiende que todas las ciencias se hallan unificadas bajo un único método, que sirve para todas las ramas del saber.

Es tal vez en torno a la noción de *ratio practica* donde las diferencias entre el iusnaturalismo moderno y la tradición anterior son más acusadas. Para Santo Tomás de Aquino, el papel que juega la razón es meramente declarativo de lo que ordena la ley natural en orden a alcanzar el objetivo de la perfección. Además, la razón humana no es una razón práctica por sí misma, sino tan sólo en la medida en que participa de la razón divina que gobierna el universo. En la moderni-

¹² *Ibidem*, p. 112.

¹³ *Ibidem*, p. 114.

¹⁴ *Ibidem*, p. 115.

dad esta concepción cambia radicalmente: la razón asume un papel constitutivo de la ley natural, convirtiéndose en fuente autónoma de recomendaciones prácticas para los individuos.

Al mismo tiempo el avance del nuevo pensamiento científico contribuyó decisivamente al desmantelamiento de la vieja metafísica aristotélica-tomista, dando lugar a un nuevo concepto de naturaleza humana de carácter ya no metafísico sino empírico: la naturaleza humana entendida como el conjunto de los rasgos invariantes de la especie humana obtenidos mediante la observación. El rechazo de la metafísica no merma, empero, el interés persistente de la teoría del derecho natural por la fundamentación del orden jurídico-político, aunque la estrategia que ahora se sigue es bien distinta. El iusnaturalismo moderno (Hobbes, Locke, Pufendorf, etcétera) recurre al mecanismo teórico del contrato social para sentar las bases de la convivencia en sociedad. Lo más novedoso de este enfoque es que pretende fundamentar el orden social sobre los intereses individuales de ciertos sujetos racionales que, hallándose en un entorno de anarquía denominado “estado de naturaleza”, deciden libremente suscribir un pacto por el que se constituyen la sociedad civil y el Estado. El pacto permite abandonar la situación anterior, además de crear el marco necesario para la cooperación entre individuos.

El racionalismo de Descartes y Galileo, del que se nutre la corriente del iusnaturalismo moderno, tiene su continuidad en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII. La influencia iusnaturalista es patente sobre todo en el proceso de gestación de los movimientos revolucionarios de Inglaterra, Estados Unidos y Francia y en los movimientos constitucionales y codificadores de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. El intento ilustrado de realizar el “programa de la razón” a través de la legislación se evidencia, por ejemplo, en el Código General Prusiano de 1794, que recibe una notable influencia de Pufendorf y Wolff, y, sobre todo, en el *Code civil des Français* de 1804, al que incluso se llegó a considerar “razón positivada”.

Posteriormente, una vez desplegada toda su potencialidad práctica en constituciones y códigos, y una vez se produce el triunfo de la revolución burguesa, la doctrina iusnaturalista entra en una crisis de la que ya no volverá a recuperarse. Un factor decisivo que contribuyó a esta crisis fue la creciente desconfianza que, desde Hume, se comenzó a tener en la capacidad de la razón para fundamentar prin-

cipios prácticos de validez universal. También hicieron mella las críticas que desde el historicismo —con antecedentes en Vico y Montesquieu— se vertían en contra de la razón abstracta del iusnaturalismo moderno, negándole todo papel productor de normas y reconociendo a la facticidad histórica, manifestada en el espíritu popular o *Volksgeist*, como la única fuente creadora de derecho.¹⁵

La desconfianza del historicismo respecto de la razón abstracta, unida al desarrollo posterior de la ciencia jurídica (sobre todo en Francia y Alemania) y a la influencia que tuvo el positivismo filosófico de Comte, por entonces en alza, son tres factores clave en la implantación del positivismo jurídico en Europa a comienzos del siglo XIX.¹⁶ Ahora no es momento de detenerse en la forma concreta en que el positivismo jurídico penetró en cada país. Tan sólo me limitaré a señalar el que quizás sea el rasgo común a los distintos enfoques positivistas: su tendencia formalista.¹⁷ Según González Vicen, el positivismo jurídico decimonónico se caracteriza por un formalismo metódico en virtud del cual sólo la forma del derecho es susceptible de conocimiento por la ciencia jurídica, quedando al margen toda consideración acerca de los condicionantes históricos y sociológicos de la realidad en la que surge el derecho.¹⁸ Estas consideraciones quedan excluidas también del proceso de aplicación de las normas, que consiste en una operación puramente intelectual, cerrada sobre una consideración exclusiva de las fuentes formales del derecho. Teniendo presentes estas razones, no debe sorprender

¹⁵ Véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1998, p. 68; GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, pp. 179 y ss.

¹⁶ Es preciso señalar que la penetración del positivismo jurídico en Inglaterra se produce de forma prematura en comparación al resto de Europa. Ya a finales del siglo XVIII se puede hablar con propiedad de una verdadera corriente positivista en Inglaterra, lo cual se debe, principalmente, a Bentham y sus discípulos. Véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., pp. 105 y ss.

¹⁷ Véase GONZÁLEZ VICEN, F., “El positivismo jurídico en la filosofía del derecho contemporánea”, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, p. 129; y en especial “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, pp. 141 y ss.

¹⁸ GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo...”, cit., pp. 148-149.

que para el positivismo el principal interés de la ciencia jurídica sea el de discernir cuál es el derecho vigente, con independencia tanto del entorno social e histórico en el que surge, como de la valoración que podamos hacer sobre el mismo y de las consideraciones sobre si el derecho vigente es o no como *debiera ser*. Por tanto, la forma del derecho y no la justicia o injusticia de su contenido es lo único que preocupa al positivismo jurídico, que rehúsa pronunciarse sobre los problemas axiológicos relativos al derecho.¹⁹ Por este motivo, el derecho positivo se reconoce como el único derecho verdadero y posible, cuya validez no depende, en ningún caso, de su valor o disvalor moral.

El positivismo jurídico acapara el mayor protagonismo en el panorama iusfilosófico decimonónico y de comienzos del siglo XX. Pero, no obstante, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial tendría lugar un resurgimiento del iusnaturalismo, que atribuyó al positivismo dominante, con su insistencia en definir el derecho al margen de la justicia, gran parte de responsabilidad por la desastrosa experiencia de los regímenes totalitarios. Con todo, a pesar del llamado “eterno retorno” al derecho natural, a pesar de la pervivencia del iusnaturalismo en sectores doctrinales vinculados a la Iglesia católica, y de una cierta recuperación de enfoques iusnaturalistas clásicos derivados de un renacimiento del pensamiento aristotélico-tomista (Mac Intyre, Finnis), lo cierto es que parece que la mentalidad iuspositivista se instaló de forma dominante a lo largo del siglo XX, y aunque el positivismo está ahora en crisis, no parece que pueda esperarse un nuevo reflorecimiento de la vieja doctrina iusnaturalista, al menos en ninguna de las versiones históricas conocidas.

B. Positivismo: una caracterización elemental

A tenor de esta breve caracterización de la teoría iusnaturalista parece impensable que ésta pudiera sobrevivir durante más de dos mil años sin sufrir modificaciones. Muy al contrario, esta teoría se ha visto sometida desde el principio a un proceso de revisión constante,

¹⁹ GONZÁLEZ VICEN, F., “El positivismo jurídico...”, *cit.*, p. 54.

lo cual no ha impedido que se conserve un núcleo doctrinal común a los distintos enfoques. Precisando un poco más, el punto de encuentro lo constituyen, a mi modo de ver, dos tesis que, en opinión de Nino, todo teórico del derecho natural estaría dispuesto a aceptar. La primera es una tesis de naturaleza filosófico-moral, en virtud de la cual se reconoce la existencia de una serie de principios de justicia dotados de una validez universal y que son accesibles al conocimiento humano por las solas fuerzas de la razón natural. La segunda es una tesis relativa a la definición del derecho, y establece que una norma o sistema de normas no se puede considerar “jurídico” si contradice los principios de justicia material a los que se refiere la primera tesis.²⁰

Estas tesis al menos proporcionan una cierta sensación de uniformidad dentro de la doctrina iusnaturalista; uniformidad que, como advierte González Vicen, no se aprecia en el positivismo jurídico, pues no existe un criterio que permita definir este concepto inequívocamente y con una cierta precisión.²¹ Las dificultades que plantea esta definición son básicamente dos: el carácter ambiguo del término “positivismo”,²² y el hecho de que, a diferencia de lo que sucede

²⁰ Véase NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 8a. ed., 1997, p. 28. Aunque en este momento me sirvo de la caracterización de Nino sobre la teoría iusnaturalista, es preciso llamar la atención sobre el carácter altamente discutible de sus tesis. La segunda tesis, en concreto, resulta muy controvertida, y es rechazada por algunos iusnaturalistas, entre ellos recientemente John Finnis.

²¹ GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, *cit.*, p. 171.

²² En opinión de González Vicen, esta ambigüedad se debe principalmente a tres razones: en primer lugar a razones terminológicas: los contornos del término “*ius positivum*”, de origen medieval, siempre fueron imprecisos; en segundo lugar, razones históricas: el positivismo jurídico no tiene tras de sí una única corriente de pensamiento, sino que se pueden apreciar diversas variantes o direcciones, dando lugar a distintas nociones de “positivismo jurídico”; finalmente, y más importante, señala que el positivismo jurídico nunca fue ni una teoría ni un cuerpo de doctrina articulado, sino más bien un *hecho histórico*, un nuevo modo de considerar al derecho que sustituyó al racionalismo abstracto de los sistemas de derecho natural y que significó un viraje hacia lo concreto e individual. Esta última afirmación de González Vicen no me parece muy acertada. El positivismo jurídico constituye una doctrina condicionada por ciertos hechos históricos: la aparición de una nueva forma de legislar, un cambio en los procedimientos que emplea la ciencia jurídica, una nueva concepción de la función jurisdiccional, etcétera. Pero el positivismo no es esos hechos, sino la doctrina que se consolida a partir de los nuevos hábitos adquiridos por el legislador y los profesionales del derecho. La formulación de González Vicen es deficiente porquien induce a confundir el positivismo jurídico con los hechos que determinaron su aparición. Véase GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, *cit.*, pp. 175 y ss.

en el iusnaturalismo, dentro del positivismo jurídico no es posible constatar la existencia de un bloque de doctrina unitario y homogéneo, dado que comprende posiciones muy distintas, que a menudo poco tienen que ver entre sí. Tal vez el único punto de acuerdo que vincula a las diversas teorías positivistas es el rechazo del iusnaturalismo, aunque no siempre se coincida en los motivos de ese rechazo.

No obstante, si hemos de ofrecer una caracterización muy elemental del positivismo jurídico, aunque sólo sea para situar a Kelsen, hemos de partir de una triple distinción: a) la que se produce entre el positivismo ideológico y el positivismo conceptual; b) la que enfrenta normativismo y empirismo; y c) la que tiene lugar entre teorías cognitivistas y no cognitivistas acerca de cómo *debe ser* el derecho.

a) Dentro del positivismo jurídico se han distinguido, al menos, dos posiciones, que Nino ha denominado “positivismo ideológico” y “positivismo conceptual”.²³ El positivismo ideológico es una teoría sobre el valor moral del derecho: atribuye al derecho positivo, con independencia de cuál sea su contenido, una validez y una fuerza obligatoria propias, en cuya virtud se admite un deber absoluto e incondicionado de obediencia al derecho. Este deber, en la medida en que posee carácter absoluto, no puede consistir únicamente en un deber jurídico, sino que ha de ser además un deber moral. Bobbio ha llamado a esta posición “positivismo ético”.²⁴

Frente a ello, el llamado “positivismo metodológico o conceptual”, no es tanto una teoría sobre el valor moral del derecho como una teoría sobre la validez jurídica. Esta posición se enfrenta a la segunda tesis del iusnaturalismo (la relativa a la definición del derecho) al negar que la validez de las normas jurídico-positivas dependa de su correspondencia con ningún principio de justicia: la justicia no es

²³ Véase NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, cit., pp. 30 y ss. Me sirvo nuevamente de una distinción de Nino, aun cuando resulte tan discutible como su caracterización del iusnaturalismo. Es muy dudoso que se pueda hablar con propiedad de un positivismo “ideológico”. De hecho, la gran mayoría de los autores positivistas son “conceptuales”. Sólo a unos pocos se les podría calificar de “ideológicos”. Por otra parte, no hay positivistas ideológicos que no sean a su vez positivistas conceptuales. Todos coinciden en señalar que el derecho *debe ser* obedecido, pero sólo unos pocos consideran que además es justo. A mi juicio, Nino incurre en una gran simplificación.

²⁴ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 229.

una cualidad a tener en cuenta en la definición del derecho, ni forma parte de las condiciones de validez de las normas jurídicas; en consecuencia, la ciencia del derecho debe limitarse a exponer el contenido de las normas positivas sin someterlo a valoración.²⁵ Esta posición expresa la tesis positivista que, según la expresión de Hart, se conoce como la “tesis de la separación del derecho y la moral”.²⁶

b) La oposición entre iusnaturalismo y positivismo conceptual aparece entonces como un problema relativo a la definición del derecho; problema que, por otra parte, alcanza internamente al positivismo. Hay positivistas que contemplan al derecho como una realidad normativa; otros, en cambio, creen que se trata de una realidad empírica. Esto ha ocasionado una distinción entre dos tendencias en el seno del positivismo: una *normativista* y otra *empirista*. Mientras que la tendencia normativista, que tiene en Kelsen su representante más destacado, pone el acento en el aspecto de la normatividad del derecho, y lo define como un conjunto de normas válidas que imponen deberes, la tendencia empirista se caracteriza por su “escepticismo ante las normas”,²⁷ considerando al derecho como un fenómeno

²⁵ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 37.

²⁶ Hart enuncia tres tesis sobre el positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales del derecho, que establece como requisito para la existencia del derecho (es decir, para su validez) la presencia de alguna práctica social que disponga cuáles son los criterios de validez jurídica (como por ejemplo el hábito de obediencia a los mandatos del soberano, que caracterizaba al imperativismo de Bentham y Austin); en segundo lugar, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual en todo orden jurídico hay casos no regulados (los llamados “casos difíciles”, en terminología de Dworkin), haciendo que el derecho aparezca siempre como parcialmente indeterminado o incompleto. La solución, para Hart, requería de la utilización por parte del juez de su poder creador de derecho. Finalmente, la última de las tesis, y la que ahora más nos importa, es la tesis de la separación conceptual del derecho y la moral, separación que, para Hart, no se producía en las teorías jurídicas de signo iusnaturalista, que establecían una vinculación necesaria entre ambos sistemas de normas. Frente a esto, Hart sostenía que, aunque a menudo existe una conexión *de facto* entre el derecho y la moral, ésta no es necesaria ni lógica ni conceptualmente, sino que posee, a lo sumo, un carácter contingente. Señala además cómo para Bentham y Austin (y Kelsen) esta tesis se expresaba a través de la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*. Véase HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” *Sistema*, 36, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, Madrid (1980), pp. 4 y ss.

²⁷ Hart critica al realismo jurídico norteamericano, para cuyos representantes las normas no jugaban un papel protagonista en la adopción de los fallos judiciales. Para Hart, esta postura es incoherente, ya que la existencia de órganos jurisdiccionales presupone

meramente fáctico. En ese sentido, el derecho se manifiesta como un conjunto de hechos que deben ser descritos mediante proposiciones verificables empíricamente.

El ejemplo más claro de “escepticismo ante las normas” lo constituye la corriente del llamado “realismo jurídico”, que posee dos vertientes, una norteamericana (Holmes, Pound, Llewellyn), más radical, y otra escandinava (Olivecrona, Ross), más moderada. En ambos casos la importancia que se concede a las normas es muy limitada. Para los autores del realismo jurídico norteamericano las normas sólo juegan un papel en la medida en que contribuyen, en conjunción con otros factores (relativos a la formación de los jueces, a su ideología, etcétera), a la predicción del comportamiento de los órganos jurisdiccionales. Los realistas escandinavos, por su parte, aunque son también escépticos en lo que se refiere a las normas, no lo son en términos absolutos, concediéndoles una cierta relevancia. Baste citar como ejemplo a Ross, para quien el derecho consiste en un conjunto de normas que sirven como *esquema interpretativo* de la conducta judicial, permitiendo su comprensión y, dentro de ciertos límites, su predicción.²⁸ Ross reduce el papel de las normas positivas a un mero esquema interpretativo, rehusando admitir el componente normativo del derecho, que para Kelsen era esencial. Ross, en cambio, ve en la noción kelseniana de validez una idea apriorística que no tiene traducción en términos empíricos, como tampoco la tiene la idea del

normas y, más concretamente, las reglas que Hart denomina “de adjudicación”. Véase HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 170 y 120 y ss.

²⁸ Véase ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2a. ed., 1997, pp. 55 y 60 y ss. Tras una etapa inicial en la que Ross considera al derecho como un conjunto de hechos y no de normas, este autor modifica sustancialmente su concepción y pasa a considerar al derecho como un conjunto de normas coactivas que, en la medida en que se dirigen primariamente a los jueces, están fuertemente institucionalizadas, permitiendo a estos hacer uso de la fuerza social organizada. Ahora bien, lo que determina la pertenencia de estas normas al sistema no es su validez —a la que considera una cualidad supraempírica propia de planteamientos metafísicos que tienden al objetivismo moral—, sino su vigencia, como cualidad empírica verificable desde el momento en que los jueces tienen en cuenta las normas en la adopción de sus fallos. Además, lo significativo de esta cualidad no es sólo el hecho de que una norma tenga vigencia en el momento presente, sino que, en la medida en que ha sido aplicada en el pasado por los órganos jurisdiccionales en la resolución de conflictos, podemos predecir, dentro de ciertos límites, que en el futuro seguirán siendo igualmente aplicadas.

deber ser objetivo que se vincula a ella. Por esta razón, Ross considera a Kelsen un “cuasi positivista”.²⁹

c) Finalmente, la tercera de las distinciones anunciadas tiene que ver con la concepción que los distintos enfoques positivistas tienen sobre la posibilidad de una teoría de la justicia. Desde esta perspectiva, se distinguen teorías positivistas *cognitivistas* y teorías positivistas *no cognitivistas* en relación a cómo *debe ser* el derecho. Dos ejemplos de teorías cognitivistas son las de Bentham y Hart. Este último reconocía abiertamente que los problemas de la justicia pueden discutirse racionalmente. El caso de Bentham es todavía más claro. Este autor estudió por igual el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, pensaba que tanto la jurisprudencia descriptiva como la jurisprudencia censoria constituían empresas teóricas legítimas, y defendió una concepción objetivista de la ética levantada, como es sabido, sobre el principio de utilidad.³⁰ Un ejemplo de positivismo jurídico asociado a una teoría moral no cognitivista lo tenemos en Ross, que desde una posición filosófica inequívocamente empirista, considera que los enunciados sobre la justicia tienen un carácter puramente emotivo, y que “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto”.³¹

Combinando los resultados de esta triple distinción se abren las diversas posibilidades de manifestación del positivismo jurídico. De esta manera, habrá positivistas *ideológicos* (los menos) y *conceptuales*, que pueden ser *normativistas* o *empiristas* según prevalezca en sus respectivas concepciones el aspecto normativo o el aspecto fáctico del derecho. Finalmente, esos positivistas pueden ser también *cognitivistas* o *no cognitivistas* sobre la posibilidad de establecer juicios racionales a propósito de la justicia. Es discutible que esta triple distinción permita caracterizar enteramente los muy diversos puntos de vista existentes en el positivismo jurídico. No obstante, sí

²⁹ Véase ROSS, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. R. Carrió y O. Paschero, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 21 y ss.

³⁰ Véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 106; GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, cit., p. 186.

³¹ Véase ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit. p. 340.

podemos servirnos de ella al menos con carácter instrumental, con el objeto de situar a Kelsen dentro del panorama iuspositivista.

C. La posición de Kelsen

¿Cómo calificar el positivismo de Kelsen? Sirviéndonos de los tres criterios clasificatorios que acabamos de esbozar, diremos que el pensamiento de Kelsen representa una variante (i) conceptual, (ii) normativista y (iii) no cognitivista del positivismo jurídico.

(i) Kelsen criticó enérgicamente el positivismo ideológico, que, en su opinión, se identificaba con toda la teoría positivista anterior, que aún seguía manteniendo un mínimo de valor moral vinculado al derecho. Por esta razón, Kelsen calificó a ese positivismo como una "forma bastarda"³² de la doctrina del derecho natural, dada su incapacidad para definir el derecho con independencia de las consideraciones a propósito de la justicia. El positivismo de Kelsen, al igual que el de Bentham, Austin o Hart, es un positivismo metodológico o conceptual, que atribuye al derecho una validez meramente formal. En el caso de Kelsen, se trata además de un positivismo normativista, que ve en las normas jurídicas una genuina fuente de deberes para los ciudadanos.

(ii) Según Kelsen, lo que caracteriza al derecho es que pertenece al mismo tiempo al mundo del *ser* (*Sein*) y al mundo del *deber ser* (*Sollen*).³³ Las normas jurídicas tienen su origen en actos de voluntad acaecidos en el mundo del *ser*. Pero las normas no pueden ser consideradas como meros hechos, pues ello significaría dejar de lado su normatividad. Con posterioridad al acto por el que son creadas,

³² TPD2, 66. En realidad, Kelsen posee un conocimiento muy limitado del positivismo jurídico que le precedió. Cuando acusa al positivismo anterior de ser una "forma bastarda" de la teoría del derecho natural, a quien critica realmente es a un grupo muy concreto de autores: los iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX y comienzos del XX, entre los que se incluyen von Gerber, Laband y Jellinek, de quienes, por otra parte, recibió gran influencia. Kelsen no parece, en cambio, tener un conocimiento preciso del pensamiento positivista inglés, v. gr. de Bentham y Austin, ni tampoco de algunos otros autores alemanes del siglo XIX. Su visión de las corrientes positivistas anteriores es, por tanto, bastante restringida.

³³ Más adelante volveremos sobre esta idea. Véase *infra*, § II. 1.3. y § III. 1.

las normas jurídicas adquieren una existencia autónoma muy peculiar. Dicha existencia no es real ni empírica, sino ideal, y se identifica con la validez de las normas.³⁴ El carácter ideal de las normas kelsenianas viene dado por la consideración de las mismas como un "sentido", el sentido objetivo de lo que *deber ser* realizado. Las normas representan, pues, un *Sollen*. Lo que distingue a las normas de otras modalidades de enunciados prescriptivos, como por ejemplo los mandatos, es que no se limitan a establecer que una conducta *debe ser* en sentido subjetivo (desde el punto de vista del sujeto ordenante), sino que establecen que algo *debe ser* desde el punto de vista objetivo. Lo que hace que ciertos actos tengan el sentido objetivo de que algo *debe ser* es que su validez se apoya siempre en una norma de rango superior, cuya validez por su parte se fundamenta en otra norma y así sucesivamente. De norma en norma al final siempre habrá una primera norma cuya validez no puede depender ya de ninguna otra norma positiva. ¿De qué depende entonces? Como normativista que es, Kelsen no puede aceptar que esa primera norma positiva se fundamente en el mero hecho de haber sido establecida. Pero como tampoco puede fundamentarse en otra norma positiva, no ve otra posibilidad que basar la validez de esa primera norma en una norma presupuesta, que no es otra que la norma fundamental (*Grundnorm*), fundamento último de la validez de todas las normas positivas que componen el sistema. Un normativismo consecuente conduce a Kelsen, pues, a establecer el fundamento último del sistema jurídico en una norma que no es positiva.

(iii) Por último, sólo resta determinar si el positivismo de Kelsen es de tipo cognitivista o no cognitivista en lo relativo a cómo *debe ser* el derecho. Sobre este tema el positivismo jurídico aglutina posiciones muy diversas. A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de comprobar con cierto detalle que en el caso concreto de Kelsen nos encontramos ante una teoría de la justicia claramente no cognitivista.

Una vez situado Kelsen dentro del positivismo jurídico, intentaremos localizar el tema que nos ocupa, su crítica a la doctrina del derecho natural, en el contexto global de la *Teoría pura del derecho*.

³⁴ TPD2, 35.

2. La crítica a la doctrina del derecho natural como contribución a la teoría kelseniana del derecho

La crítica a la doctrina del derecho natural se vincula al empeño constante de Kelsen de fundamentar una ciencia jurídica rigurosa y autónoma, susceptible de aportar un conocimiento preciso y fiable de su objeto. En la base de dicha ciencia, y como un presupuesto de la misma, Kelsen sitúa una teoría del derecho que él califica de “pura” en un doble sentido: por un lado, la teoría pura es una teoría del derecho y no una sociología jurídica ni una filosofía de la justicia.³⁵ Por otro, es una teoría “pura” porque pretende eliminar del conocimiento jurídico todos los elementos extraños,³⁶ tanto los que proceden de otras ciencias como los que involucran juicios de valor en el desarrollo de una tarea que, en la medida en que se define como “científica”, aspira a la realización de los ideales de precisión y objetividad.³⁷

Con su pretensión de ser una teoría científica, libre de presupuestos valorativos, la teoría pura del derecho se compromete con el estudio del único derecho válido y existente, el derecho que *es* —el derecho positivo— frente al derecho que *debe ser*. La teoría pura pretende conocer su objeto sin someterlo a valoración, sin justificarlo y sin criticarlo, y, en la medida en que lo consigue, se manifiesta como una teoría radicalmente realista y empírica,³⁸ que se separa de las tendencias ideológicas dominantes en la época en que Kelsen producía sus primeras obras.

Dado que la teoría pura del derecho trata de protegerse frente a las ideologías, parece evidente que el interés principal de Kelsen no está

³⁵ Kelsen, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays. University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, p. 266.

³⁶ TPD1, 25; TPD2, 15; TPD3, 15.

³⁷ Véase prefacio de la primera edición alemana: TPD1, 17; TPD2, 9; TPD3, 7; también Kelsen, H., “Science and politics”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles (1957), p. 355.

³⁸ TPD1, 43; TPD2, 63; TPD3, 121. El “realismo” y “empirismo” al que se refiere Kelsen en estos pasajes no se debe confundir con las corrientes del realismo jurídico norteamericano y escandinavo, que consideran al derecho como un conjunto de hechos. Véase *supra*, § I. 1.2.

en los problemas axiológicos propios de una teoría de la justicia, sino más bien en los problemas que plantea la teoría del derecho. Esto no significa que Kelsen no escribiera sobre la justicia; al contrario, su producción al respecto fue muy abundante. Lo que sucede es que esta cuestión se plantea en Kelsen separando sistemáticamente cuestiones sobre lo que el derecho *es* y cuestiones sobre lo que el derecho *debe ser* (cuestiones de teoría del derecho y cuestiones de teoría de la justicia). Con ello se opone a la mayor parte de la teoría jurídica anterior, que, incluso cuando declaraba distanciarse del iusnaturalismo, fue incapaz de definir el derecho al margen de un valor de justicia.³⁹

Para Kelsen, el aislamiento estricto de la teoría del derecho respecto de los juicios sobre la justicia sólo es posible bajo una exigencia de “pureza metodológica”, que permita neutralizar tanto los juicios de valor como las influencias procedentes de otras ramas del saber. Esta exigencia básica aparece formulada ya en su primera obra verdaderamente significativa, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*,⁴⁰ en cuyo prólogo a su segunda edición (1923) el autor afirma:

“Ya en esta primera obra nuestra nos esforzamos por asegurar la pureza de la teoría o —para decirlo en otros términos— la sustantividad del derecho en cuanto objeto de conocimiento científico, desde dos puntos de vista. De una parte, saliendo al paso de las pretensiones de la consideración “sociológica”, la cual trata de captar al derecho como un fragmento de la realidad *natural*, con ayuda del método científico-causal. De otra parte, enfrentándonos con la *teoría del derecho natural*, que [...] trata de arrancar la teoría del derecho del campo de las normas jurídicas positivas para llevarla al terreno de los postulados ético-políticos”.⁴¹

La exigencia de pureza metodológica conduce entonces a la apertura de dos frentes,⁴² uno dirigido contra la sociología, que aplica a los fenómenos sociales una metodología científico-causal, y otro,

³⁹ TPD1, 45-46; TPD2, 66. Véase *supra* § I. 1.3. (nota 32).

⁴⁰ Mohr, J. C. B., (Paul Siebeck), Tübingen, 1911. Hay traducción al castellano de la segunda edición alemana de 1923 (PCTJE). Véase relación de abreviaturas.

⁴¹ PCTJE, XXXIX. Cursivas del autor.

⁴² En su lucha por la “pureza” Kelsen atraviesa dos etapas. En la primera, respondiendo al enorme impacto de la sociología desde mediados del siglo XIX, combate principal-

más importante para nuestros intereses, contra la doctrina del derecho natural y el positivismo ideológico, que fueron incapaces de ofrecer una teoría puramente descriptiva del derecho positivo. No obstante, más abajo dice Kelsen:

“Sin embargo, aunque ya en esta obra se perfila claramente la actitud contraria al derecho natural y se mantiene en ella, inequívocamente y con toda energía [...] no cabe duda de que la orientación que en ella se destaca con trazos más acentuados es la que va dirigida contra la sociología científico-causal. [...] y sólo de vez en cuando, incidentalmente, se apuntan los peligros que amenazan a la ciencia del derecho por la adopción, muchas veces inconsciente, de puntos de vista ético-políticos”.⁴³

En esta primera obra la atención de Kelsen no se dirige tanto a destruir el punto de vista de la doctrina del derecho natural como el de las teorías sociológicas acerca del derecho. En cualquier caso, lo que se pretende con la exigencia de pureza metodológica es afirmar la autonomía de la ciencia del derecho respecto de las otras ciencias, tanto si se trata de ciencias naturales como de las ciencias sociales que aplican el método causal. De lo que se trata es de dejar bien claro que la ciencia del derecho se rige por leyes propias.⁴⁴ Pero la afirmación de la autonomía de la ciencia del derecho se asienta, a su vez, sobre un presupuesto teórico que se contiene también en el prólogo a la segunda edición de los *Hauptprobleme*. Se trata de la irreductibilidad lógica entre *ser* y *deber ser*, que Kelsen expresa de la siguiente manera:

“[...] la presente obra toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*, la primera que, en cierto modo, descubre Kant, en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica

mente el peligro de contaminación de la ciencia jurídica por el método sociológico. Posteriormente, a partir de una serie de artículos publicados a finales de los años veinte, concentra sus esfuerzos en combatir el peligro de contaminación ideológica de la ciencia jurídica. En el prefacio de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen reconoce que se han dado pasos importantes en el primer frente, mientras que en el segundo no sólo no se ha avanzado, sino que no parece que una teoría que pretenda combatir las ideologías desde el rigor de la ciencia pueda tener éxito en un panorama internacional —el de entreguerras— tan antagonicamente dividido. Véase TPD1, 23.

⁴³ PCTJE, XXXIX-XL.

⁴⁴ PCTJE, XL.

frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho”.⁴⁵

La irreductibilidad lógica entre *ser* y *deber ser*, que Kelsen toma de la escuela neokantiana de Baden, le sirve de base para distinguir dos formas de legalidad, una normativa y otra causal, que dan lugar a dos tipos de ciencias: ciencias normativas y ciencias explicativas (causales). Las ciencias explicativas se ocupan de lo que de hecho sucede; las ciencias normativas determinan lo que *debe* suceder con arreglo a normas.⁴⁶ El error de la sociología del derecho fue intentar superar el abismo existente entre *ser* y *deber ser*, sustituyendo la legalidad normativa por otra causal, y pretendiendo que la teoría jurídica adoptase el punto de vista explicativo característico de las ciencias naturales. El resultado es la “desnaturalización” del objeto de conocimiento de la ciencia del derecho,⁴⁷ que Kelsen se propone contrarrestar mediante la aplicación del principio de la pureza metodológica, que exige desechar todos los conceptos y procedimientos originarios de las ciencias causales. En su opinión, la ciencia jurídica de los siglos XIX y XX no aplicó este principio,⁴⁸ lo que desembocó en un sincretismo metódico.⁴⁹

La pureza metodológica y la “antinomia entre *ser* y *deber ser*” han llevado a Kelsen a afirmar la autonomía de la ciencia del derecho. En lo que sigue intentaré mostrar cómo la crítica de Kelsen a

⁴⁵ *Ibidem*. Cursivas del autor.

⁴⁶ PCTJE, 6.

⁴⁷ Véase IDN, 15; NLLP, 391.

⁴⁸ TPD1, 25; TPD2, 15; TPD3, 15.

⁴⁹ El sincretismo metódico que combate Kelsen procede de una combinación de dos fuentes. Por un lado, muy a menudo los que practican la ciencia del derecho no tienen claros los límites precisos de su objeto de conocimiento, introduciendo en su trabajo con las normas jurídicas consideraciones sobre hechos sociales, procesos psicológicos, causas económicas, etcétera. La segunda fuente es la mixtura de juicios de hecho y juicios de valor en la que muy a menudo incurrían los científicos del derecho. La superación del sincretismo requiere, pues, disciplinar el pensamiento científico-jurídico, de modo que, por un lado, mantenga clara la conciencia de la naturaleza y los límites del objeto del que se ocupa —como ciencia que versa sobre normas— frente al de las ciencias sociales que analizan hechos; y por otro, se abstenga de emitir juicios de valor. Véase LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. de J. Guerrero R., Temis, Bogotá, 1992, p. 7.

la doctrina del derecho natural obedece a un intento por parte de este autor de constituir una ciencia jurídica autónoma, caracterizada por su neutralidad respecto de los juicios de valor y por su rigor científico.

Al igual que la teoría sociológica del derecho, la doctrina del derecho natural ha intentado superar la dicotomía entre *ser* y *deber ser*, aunque los procedimientos que utiliza son muy distintos a los empleados por la sociología jurídica. Estas diferencias se explican porque la doctrina del derecho natural, a diferencia de las teorías sociológicas, es una metafísica del derecho⁵⁰ que parte de la base de que es posible descubrir un orden de conducta absolutamente justo mediante el análisis de la naturaleza humana. Esta pretensión tiene su fundamento en los dos presupuestos que Kelsen critica y que ya conocemos: a) es posible obtener normas de conducta a partir de los hechos naturales; b) los seres humanos están suficientemente capacitados para conocer aquello que es justo.

a) La deducción de normas a partir de los hechos naturales significaría, según Kelsen, la superación de la "antinomía fundamental" que sirve de base a la autonomía tanto del derecho como del mundo natural, produciéndose así la ilusión de que el valor es inmanente a la realidad.⁵¹ Para Kelsen, la inmanencia del valor en la realidad, o lo que es lo mismo, de la justicia en el derecho, sólo puede producirse como resultado de un intento de dotar a los juicios sobre lo justo de la misma objetividad de la que gozan los juicios de hecho o las leyes de la naturaleza.⁵² Sin embargo, dado el carácter irreductible de las categorías de *ser* y *deber ser*,⁵³ todo intento de inferir normas a partir de hechos naturales sólo puede consistir en una falacia lógica o, como Kelsen señala en ocasiones, en un sofisma.⁵⁴

⁵⁰ TPD2, 52; QTPD, 14.

⁵¹ TS, 141; JDN, 103.

⁵² DTNL, 174.

⁵³ PCTJE, 7-8; QTPD, 14.

⁵⁴ Este sofisma es el error lógico denunciado por Hume y que desde G. E. Moore se conoce como "falacia naturalista". Volveremos sobre ello en el § III. Véase QTPD, 14; QJ, 75.

b) En segundo lugar, Kelsen refuta el presupuesto iusnaturalista de que la razón humana es capaz de conocer lo justo en términos absolutos.⁵⁵ Esto no quiere decir necesariamente que no exista la justicia absoluta,⁵⁶ sino que, si existe, es incognoscible. La única justicia accesible es, para Kelsen, una justicia relativa,⁵⁷ sobre la que no se puede fundar ningún juicio objetivo sobre lo justo, sino únicamente juicios de valor subjetivos acerca de lo que cada individuo interprete como tal. Dado que estos juicios involucran los intereses y aspiraciones de quienes los formulan, en ningún caso se pueden considerar útiles para la ciencia. Por eso la pureza metodológica exige expulsar del campo de la ciencia jurídica las consideraciones sobre la justicia, y en particular los puntos de vista ético-políticos, ya que su pretensión ideológica los aleja del compromiso de la ciencia con la verdad.⁵⁸ Los únicos juicios útiles para el conocimiento jurídico son los juicios de hecho sobre la licitud o ilicitud de la conducta humana a la luz de las normas jurídicas que sirven como su esquema interpretativo.⁵⁹

Para Kelsen, todo lo anterior justifica que la teoría pura del derecho se dirija a destruir el punto de vista según el cual el valor es inmanente a la realidad.⁶⁰ En este sentido, y al igual que la filosofía de Kant se enfrentaba a la metafísica, la teoría pura del derecho pretende derrotar a las doctrinas del derecho natural.⁶¹ Es más, la viabilidad de la teoría jurídica de Kelsen pasa necesariamente por la destrucción del punto de vista adoptado por esas doctrinas. Ello nos da la

⁵⁵ JDN, 100; TPD3, 78.

⁵⁶ JDN, 101. El positivismo relativista de Kelsen tampoco niega el resto de los valores, sino que tan sólo rechaza que sean objetivos. Véase DTNL, 179.

⁵⁷ QJ, 77-78; DTLN, 174.

⁵⁸ TPD1, 43; TPD2, 64; TPD3, 122; QTPD, 30.

⁵⁹ TPD2, 56; TPD3, 35-36. Una conducta humana es considerada lícita cuando se corresponde con una norma que posee una validez objetiva. Por el contrario, se considera ilícita cuando contradice a dicha norma. Los "valores del derecho" son los valores implícitos en los juicios sobre la licitud o la ilicitud de la conducta humana, distinguiéndose de los "valores de la justicia", que son los implícitos en los juicios que afirman que algo es justo o injusto. Véase KELSEN, H., "Value Judgements in the Science of Law", *op. cit.*, pp. 209 y ss.

⁶⁰ KELSEN, H., "Science and politics", *cit.*, pp. 357-358.

⁶¹ KELSEN, H., "The Pure Theory of Law, "Labandism", and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves", *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 172.

idea de la importancia que tiene la crítica kelseniana a la doctrina del derecho natural en el esquema general de la teoría pura del derecho.

3. Breve indicación bibliográfica

En mi exposición he insistido en el gran número de escritos en los que Kelsen critica tanto la doctrina del derecho natural como la posibilidad de una concepción racional de la justicia. Muy a menudo estas obras son de teoría del derecho (algunas ya han sido citadas), aunque no sólo. En lo que se refiere, en concreto, a la crítica a la doctrina del derecho natural, el número de ensayos existentes es copiosísimo, apareciendo algunos de ellos, muy significativos, en una fase relativamente temprana de la producción del autor, antes incluso de publicarse la primera versión de la *Reine Rechtslehre* (1934). Las obras más importantes de este periodo son *Die Idee des Naturrechts*⁶² y *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*,⁶³ que ven la luz en 1927 y 1928 respectivamente. En ellas Kelsen analiza algunas cuestiones a las que ya no vuelve a referirse —o al menos no con la misma amplitud— en otras obras posteriores. Dos ejemplos —que desarrollaré con mayor detalle más adelante— son la tesis de la imposibilidad de un derecho natural en cuanto tal, esto es, de una idea “pura” del derecho natural, y la exposición del dualismo religioso-metafísico que Kelsen sitúa en la base de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo.

Años más tarde, una vez establece su residencia en Estados Unidos, publica el artículo *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*⁶⁴ (1949), en el que critica principalmente al iusnaturalismo moderno, insistiendo en el carácter conservador de su filosofía jurídica y tratando de desentrañar algunas de sus contradicciones. La colección de ensayos *What is Justice? Justice, Law and Politics in the*

⁶² *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7, 1927, pp. 221-271. Citamos por la traducción castellana (IDN).

⁶³ Kant-Gesellschaft, 31. Charlottenburg: Pan-Verlag Rolf Heise, 1928. Citamos por la traducción inglesa (NLLP).

⁶⁴ *The Western Political Quarterly*, 2, 1949, pp. 481-513. Citamos por la edición de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (TS).

*Mirror of Science*⁶⁵ (1957), recopila varios de sus escritos anteriores más significativos, además de incorporar alguna nueva aportación.

Estas obras, que podríamos calificar de “intermedias”, son en realidad los prolegómenos del que quizás haya sido su trabajo de mayor envergadura en este campo: *Justice et Droit naturel*⁶⁶ (1959), que es incluido un año después, como apéndice, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960).

Finalmente, en la última etapa de Kelsen se observa un cierto abandono de estas materias, debido quizás a su creciente interés hacia los problemas que plantea la lógica jurídica. Aun así surgen algunos trabajos de interés, de los que tan sólo citaremos uno: *Die Grundlage der Naturrechtslehre*⁶⁷ (1962), que presentó como conferencia en una reunión de autores cristianos celebrada en Salzburgo ese mismo año. Si merece la pena detenerse en esta obra, es únicamente porque en ella Kelsen afirma con claridad una idea que, por lo demás, ya había anticipado en obras anteriores: se trata de la idea de que el único fundamento posible del derecho natural es de carácter divino.

4. Camino a seguir

Abordaré el estudio de la crítica de Kelsen procediendo del siguiente modo: en primer lugar, trataré de esbozar la caracterización kelseniana de la teoría iusnaturalista. Anticipo ya que este autor no se ocupa nunca de ofrecer una caracterización exhaustiva y sistemática sobre dicha teoría, ni tampoco de profundizar en su evolución histórica, sino que esta caracterización ha de ser extraída al hilo de la exposición de los argumentos críticos esgrimidos, lo cual ha exigido una importante tarea de sistematización. A ello dedicaré la segunda sección del trabajo. En la tercera sección trataré de analizar y sistemati-

⁶⁵ Albert Calşamiglia ha traducido al castellano algunos de ellos en *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1992. Otra traducción parcial es la que se contiene en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1946.

⁶⁶ *Annales de Philosophie politique, III. Le droit naturel*, trad. de E. Mazingue, Institut international de philosophie politique, París, Presses Universitaires de France, 1959, pp. 1-123. Citamos por la traducción castellana (JDN).

⁶⁷ *Die neue Ordnung*, 16, Heft 5, 1962, pp. 321-327. Citamos por la traducción castellana (BTDN).

zar los argumentos de Kelsen que con propiedad se podrían calificar como "críticos".

La sección segunda se divide en dos partes. Dedicaré la primera de ellas a exponer las diferencias y similitudes que, en opinión de Kelsen, existen entre el derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos. Analizaré los temas relativos a la distinta procedencia, procedimientos de motivación empleados y naturaleza de la validez del derecho natural y el derecho positivo. Es precisamente en atención a la distinta naturaleza de su validez (material en un caso y formal en el otro) por lo que Kelsen considera al derecho natural un sistema estático y al derecho positivo un sistema dinámico. Concluiré esta primera parte haciendo una breve introducción al tema de las funciones que, en opinión de Kelsen, ha cumplido la teoría iusnaturalista, la cual, lejos de configurarse como una teoría científica del derecho, se afirma como una doctrina ideológica, alejándose sus intereses del compromiso con la verdad y el conocimiento que siempre aseguró mantener la teoría pura del derecho.

La referencia a las funciones que ha cumplido históricamente la teoría iusnaturalista abre paso a una segunda parte, en la que profundizaré en la consideración de la doctrina del derecho natural como una ideología. Trataré de mostrar cómo, según Kelsen, el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo sobre el que se fundamenta esta doctrina es en realidad un supuesto especial de otro dualismo de carácter más general que se produce en filosofía, y que guarda una estrecha relación con el dualismo platónico de realidad e idea. Analizaré en qué consiste dicho dualismo, deteniéndome en alguna de sus manifestaciones históricas. Por último, veremos cómo, para Kelsen, la función desempeñada por el dualismo religioso-metafísico ha sido, salvo contadas excepciones, una función predominantemente conservadora y justificadora del orden social y jurídico-político existente.

Tras esta reconstrucción de la visión de Kelsen sobre la doctrina del derecho natural, en la tercera sección (que no se incluye en este número) me ocuparé de exponer los argumentos críticos esgrimidos en contra de la misma, comenzando por los dos principales y más frecuentemente invocados, los relativos a la irreductibilidad lógica entre *ser* y *deber ser* y al rechazo de Kelsen a la idea de una razón práctica. Estos argumentos justifican la consideración de la teoría

del derecho natural como una doctrina religiosa. Retomando el hilo de la exposición de Kelsen, expondré los restantes argumentos: los resultados contradictorios a los que llega la teoría del derecho natural a lo largo de su amplia tradición, la crítica a lo que Kelsen llama "teorías del derecho natural variable" y la necesidad que tiene el derecho natural de "desnaturalizarse" y de transformarse en derecho positivo para ser aplicado. Para concluir, expondré la alternativa que Kelsen propone frente a la teoría del derecho natural, que no es otra que su propia teoría jurídica, esto es, la teoría pura del derecho, que se basa en una concepción relativista de los valores y en un monismo jurídico en oposición al dualismo iusnaturalista.

Concluiré el trabajo con una reconsideración de la crítica de Kelsen que en alguna medida pretende ser retrospectiva. En ella señalaré cuáles son, a mi juicio, los principales logros de su argumentación, tratando, a su vez, de poner al descubierto algunos de los errores y simplificaciones en los que incurre.

II. LA CARACTERIZACIÓN KELSENIANA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

En lo que sigue trataré de exponer cuál es la visión de Kelsen sobre la doctrina del derecho natural. Mi pretensión no es, en absoluto, la de realizar una caracterización exhaustiva de la historia de la doctrina iusnaturalista —ello carecería de sentido—, sino que me limitaré únicamente a informar acerca de la visión de Kelsen al respecto. En un primer término, trataré de exponer las diferencias y analogías que, según este autor, existen entre el derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos, tanto en lo relativo al origen y procedencia de sus normas, como a la manera de influir en el comportamiento individual y a la naturaleza divergente de su validez, lo que conduce, en última instancia, a distinguir los dos principios de validez que operan en la base de ambos sistemas. Ahora bien, en su caracterización de la doctrina iusnaturalista, Kelsen no se limita al aspecto puramente estructural, sino que esboza además una caracterización funcional, mostrando cuáles han sido, a su modo de ver, las funciones ideológicas de diverso signo (tanto conservador como reformista o revolucionario) que ha cumplido la doctrina del derecho natural a lo largo de su historia.

Al inicio de *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, Kelsen se refiere a la doctrina del derecho natural como un intento de “aportar una solución definitiva al eterno problema de la justicia y de responder a la cuestión de qué es bueno y qué malo en las relaciones mutuas entre los hombres”.⁶⁸ Parece, pues, que lo que hay en el fondo de dicha doctrina es una pretensión de ordenar, de manera justa, la conducta del hombre en relación con sus semejantes. En ello consiste la “esencia” de la teoría iusnaturalista, que presupone que hay un orden de las relaciones humanas absolutamente válido y justo, distinto del derecho positivo y superior a éste, que procede de la naturaleza, de Dios o de la razón.⁶⁹ No se puede decir que la teoría del derecho natural ignore la existencia del derecho positivo; lo que sucede es que este orden se subordina al derecho natural, estableciéndose entre ambos lo que Kelsen interpreta como una relación de delegación. La doctrina iusnaturalista se encuentra entonces bajo un dualismo fundamental: junto al derecho natural como orden de conducta perfecto, admite la existencia de un derecho positivo que, en la medida en que es un derecho artificial, fruto de la voluntad humana, se reconoce como imperfecto.⁷⁰

Al admitir esta dualidad entre el derecho natural y el derecho positivo, la teoría del derecho natural cierra toda posibilidad a un “monismo jurídico de tipo iusnaturalista”, que supondría reconocer al derecho natural como el único derecho existente, con exclusión del derecho positivo. Esto sólo sería posible si se admite una idea “pura” del derecho natural, es decir, si el derecho natural se concibe como un principio abstracto de justicia que se mantenga siempre sin necesidad de completarse con normas de derecho positivo.⁷¹ No obstante, para Kelsen ningún iusnaturalista importante ha admitido nunca un monismo de este tipo; muy al contrario, todos han reconocido la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural.⁷² Esto es coherente con la función ideológica que con mayor frecuen-

⁶⁸ TS, 137.

⁶⁹ GTLS, 8; MIJ, 395.

⁷⁰ GTLS, 12; MIJ, 396.

⁷¹ Véase IDN, 29 y ss.

⁷² NLLP, 415; TS, 142; JDN, 151.

cia ha cumplido esta doctrina, y que, como veremos, consiste en ofrecer una justificación acrítica del derecho positivo.⁷³

El orden que seguiré a lo largo de mi exposición me llevará a ocuparme, en primer lugar, de las diferencias que separan al derecho natural y al derecho positivo en lo que se refiere al origen de sus normas, al modo de operar en la ordenación de la conducta humana y a la distinta naturaleza de su validez. A continuación, explicaré la forma en que, según Kelsen, se relacionan estos dos órdenes de conducta, y cómo a partir del sentido dado a esa relación la teoría del derecho natural ha asumido diferentes funciones ideológicas a lo largo de su historia. Finalmente, se verá cómo para este autor la función conservadora que ha cumplido la teoría iusnaturalista aparece como predominante, de forma que el derecho natural aparece como un elemento de justificación del derecho positivo. Concluiré esta exposición refiriéndome a los procedimientos que ha empleado la teoría iusnaturalista para alcanzar este fin.

1. El derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos

He señalado que la teoría del derecho natural admite la coexistencia del derecho natural y del derecho positivo, el uno perfecto y el otro imperfecto, actuando simultáneamente sobre un mismo objeto: la conducta humana. Sin embargo, a pesar de esta coincidencia, en ningún caso el derecho natural y el derecho positivo operan del mismo modo, sino que, por el contrario, estos dos órdenes no pueden ser más distintos.

Las diferencias existentes entre el derecho natural y el derecho positivo pueden resumirse en atención a tres aspectos básicos: su procedencia, su *modus operandi* y la fuente de su validez. El derecho natural se deduce de la naturaleza mediante un mero ejercicio intelectual, vinculándose, en último término, a una voluntad trascendente; el derecho positivo, en cambio, es el producto de una voluntad humana que posee autoridad para dictar normas. En lo que se refiere a su *modus operandi*, ambos sistemas emplean una técnica

⁷³ NLLP, 417; TS, 142; JDN, 150 y ss.

de motivación distinta para conducir la conducta humana. El derecho natural reclama ser obedecido en virtud de una necesidad interior; el derecho positivo es un orden coactivo, que pretende inducir la conducta debida mediante la amenaza de sanciones. La tercera de las diferencias, que es además la más importante, es la que se refiere a la diferente naturaleza de la validez de ambos tipos de derecho. El derecho natural posee una validez absoluta de carácter material; la validez del derecho positivo, por el contrario, sólo puede ser relativa y formal.

A continuación expondré estas diferencias, insistiendo en la relevancia especial que tiene la tercera de ellas, pues es ahí precisamente donde se origina la distinción de los dos principios de validez que Kelsen denomina “principio estático” y “principio dinámico”. Estos principios se sitúan respectivamente en la base de los órdenes natural y positivo, determinando el modo específico de su validez. Finalmente, me referiré a la relación necesaria que bajo la teoría del derecho natural se establece entre estos órdenes, dando lugar a lo que, según palabras de Kelsen, se conoce como “desnaturalización” del derecho natural. El fin que persigue esa “desnaturalización” es ofrecer una justificación acrítica del derecho positivo. Conectando con esta idea, daré paso a una última parte en la que me ocuparé de la cuestión de la función política e ideológica que ha cumplido la teoría del derecho natural a lo largo de su dilatadísima historia.

A. El distinto origen del derecho natural y el derecho positivo

Kelsen se ocupa del tema del origen del derecho natural y del derecho positivo ya desde sus primeros escritos, indagando cuáles son sus respectivas fuentes de procedencia. Mientras el derecho positivo es un orden de conducta artificial, cuyo origen es un acto de voluntad humano,⁷⁴ el derecho natural es:

“una ordenación no basada en la voluntad humana, [...] no creada “arbitrariamente”, sino dada “por sí misma”, y en algún modo *objetiva*, es decir,

⁷⁴ IDN, 17; NLLP, 392.

existente con independencia del querer humano subjetivo, pero no obstante susceptible [...] de ser conocida por el hombre”.⁷⁵

Un rasgo constante del pensamiento de Kelsen es su voluntarismo, que le lleva a considerar la producción de normas como una función específica de la voluntad.⁷⁶ Kelsen rechaza categóricamente que otras facultades humanas, y en especial la razón,⁷⁷ posean capacidad normativa. Por otra parte, en el pasaje anterior hemos visto cómo el derecho natural se caracterizaba como un orden de normas dado “por sí mismo” e independiente de la voluntad y del arbitrio humanos. ¿Significa esto que Kelsen piensa que dicho orden podría existir sin mediar acto de voluntad alguno? Admitir este extremo sería incompatible con su voluntarismo, y ésta es seguramente la razón por la que termina afirmando que el origen del derecho natural se localiza también, en último término, en un acto de voluntad. No obstante, esa voluntad no podría ser nunca la voluntad humana empírica, porque en ese caso el derecho natural sería una ordenación tan artificial como el derecho positivo. Si el derecho natural quiere conservar su pretensión de objetividad, la voluntad que existe detrás del mismo ha de ser necesariamente una voluntad trascendente, que no es otra que la voluntad de Dios que se oculta tras la naturaleza.⁷⁸ Pero si esto es así, y el origen último del derecho natural es una voluntad trascendente, la doctrina del derecho natural sólo puede tener carácter religioso. Así lo señala Kelsen:

⁷⁵ IDN, 17. Cursivas del autor.

⁷⁶ Para Kelsen, toda norma, al margen de cuál sea la autoridad de la que procede, tiene su origen en un acto de voluntad, ya se trate de una voluntad divina o trascendente —como sucede en el derecho natural— o de una voluntad humana, como es el caso de las normas de derecho positivo. Dado que la idea de una voluntad divina es una idea religiosa o metafísica, para Kelsen el único derecho real es el derecho positivo, que se caracteriza por pertenecer al mismo tiempo a dos mundos distintos: el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*; en esto consiste precisamente la “positividad” del derecho: las normas positivas no son otra cosa que el sentido objetivo del *deber ser* que tiene su origen en ciertos actos de voluntad procedentes de una autoridad humana. Es así como el voluntarismo de Kelsen se sitúa en la base de su concepción positivista del derecho. Véase TPD3, 18 y ss. Sobre la “positividad” del derecho, véase IDN, 26 y NLLP, 393-394.

⁷⁷ Kelsen rechaza que las normas de derecho natural se puedan obtener por mediación de otras facultades humanas, como los sentimientos o los instintos. Sobre este tema, y sobre la crítica a la posibilidad de una razón legisladora volveré en el § III.

⁷⁸ Véase JDN, 99 y 104 y ss.

“Para ser consistente, la doctrina del derecho natural debe asumir un carácter religioso. Ella puede deducir normas justas de comportamiento humano sólo en la medida en que la naturaleza se considera una revelación de la voluntad divina y, por ello, explorarla equivale a dilucidar dicha voluntad. De hecho, no se conoce ninguna doctrina del derecho natural importante que no revista un carácter religioso”.⁷⁹

Pero el modo de manifestarse la creencia en una autoridad trascendente es algo que se ha modificado históricamente. Por ejemplo, desde la mentalidad animista primitiva se pensaba que tras los objetos naturales habitaban espíritus invisibles que imponían normas a la naturaleza, la cual era interpretada en analogía a la sociedad y sobre la base de un principio de retribución.⁸⁰ Posteriormente, en un estadio religioso más desarrollado, el animismo es sustituido por el monoteísmo, y se piensa que la naturaleza ha sido creada por Dios y, por tanto, se la considera una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.⁸¹ Lo más significativo, en todo caso, es que detrás del derecho natural existe una voluntad trascendente que dicta normas a la naturaleza, y que, según palabras de Kelsen, “pensar que la naturaleza es una autoridad normativa, es decir, un ser sobrehumano dotado de la voluntad para dictar normas, es una superstición animista o bien el resultado de una interpretación teológica de la naturaleza como manifestación de la voluntad de Dios”.⁸²

⁷⁹ TS, 138.

⁸⁰ Kelsen subraya en reiteradas ocasiones que un rasgo característico del pensamiento primitivo es interpretar los fenómenos naturales en términos de retribución en lugar de hacerlo en términos de causalidad. El principio de retribución puede ser formulado como sigue: quien actúe correctamente deberá ser premiado; quien actúe mal, deberá ser castigado. El bien se paga con el bien y el mal con el mal. Las desgracias como la mala cosecha, la derrota en la guerra o la enfermedad se interpretan como castigos, mientras que los sucesos beneficiosos, como la buena cosecha, la victoria en la guerra o la longevidad se atribuyen, como premio, a quien se comporta de acuerdo con las normas del grupo social. Lo que caracteriza al animismo y a la mentalidad del hombre primitivo es, pues, una interpretación socionormativa de la naturaleza en analogía con la sociedad, sin que una y otra puedan ser disociadas. De hecho, la naturaleza se considera una parte integrante de la sociedad. Véase KELSEN, H., “Causality and Retribution”, *op. cit.*, p. 304; véase también TS, 137-138; TPD2, 21-22; TPD3, 97-98.

⁸¹ TS, 138.

⁸² KELSEN, H., “Why should the Law be obeyed?”, *op. cit.*, p. 258; véase también DNPI, 126 y BTDN, 579.

Parece claro, entonces, que la fuente última del derecho natural ha de ser una voluntad trascendente que dicte normas a la naturaleza. Pero Kelsen no siempre se manifiesta en este sentido con la claridad con que lo hace en sus escritos de madurez, sino que hay una evolución en su pensamiento. De esta manera, en una primera etapa, que comprende desde *Die Idee des Naturrechtes* y *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1927-28) hasta el momento previo a la aparición de *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* (1949), señala que para la teoría iusnaturalista el origen del derecho natural está en la naturaleza, en Dios o en la razón indistintamente.⁸³ Posteriormente, en sus obras “intermedias”, como la que acabo de señalar de 1949 y las que se contienen en la colección de ensayos *What is Justice?* (1957), parece poner el énfasis en la naturaleza como fuente del derecho natural, bien refiriéndose a ella de forma genérica, como un conjunto de hechos analizables de los que se piensa que es posible extraer una solución justa a los problemas sociales,⁸⁴ bien distinguiéndola de la naturaleza del hombre en particular.⁸⁵ Es en su etapa final, y más concretamente en *Justice et Droit naturel* (1959), donde afirma con claridad que para la teoría iusnaturalista el único origen posible del derecho natural es de carácter teológico.

Ahora bien, ¿qué noción de naturaleza humana utilizan, según Kelsen, las teorías del derecho natural? Cuando la doctrina del derecho natural deduce normas a partir de la naturaleza del hombre, ¿a qué se refiere exactamente? Lo primero que habría que decir es que la idea de naturaleza humana que Kelsen atribuye a la doctrina iusnaturalista varía con el paso del tiempo. Al principio señala que por “naturaleza humana” la teoría iusnaturalista entiende tanto la naturaleza física como la naturaleza psíquica indistintamente;⁸⁶ pero después no insiste más en ello, hasta que, finalmente, en *Justice et Droit naturel* rechaza tajantemente que la teoría iusnaturalista obtenga las normas de derecho justo a partir de la naturaleza física del hombre:

⁸³ IDN, 17-18; NLLP, 392; véase también GTLS, 8; MIJ, 395.

⁸⁴ TS, 137.

⁸⁵ DTNL, 174.

⁸⁶ IDN, 17.

“se investiga entonces la naturaleza del hombre ya en sus tendencias, inclinaciones e instintos, ya en su razón o en sus sentimientos. Esta naturaleza del hombre es esencialmente su naturaleza psíquica, es decir, su constitución “interna”, y no su naturaleza física”.⁸⁷

Este fragmento revela, además, cuál es la idea de la naturaleza humana que, según Kelsen, manejan mayoritariamente los teóricos iusnaturalistas. Se trata de la naturaleza psíquica del hombre, en cualquiera de sus dos vertientes: racional e instintiva.⁸⁸ De esta manera, la naturaleza humana, a los efectos de obtener los preceptos de derecho natural, comprende tanto los sentimientos, tendencias e instintos humanos como también la razón.

Resumiendo, frente al derecho positivo, que es un orden de conducta artificial cuyo origen está en la voluntad de un legislador humano, el derecho natural es un orden que no depende de ninguna voluntad humana, pero que es inteligible para el ser humano en la medida en que puede ser obtenido a partir de la naturaleza mediante una operación intelectual. Por “naturaleza” algunos autores iusnaturalistas entienden la naturaleza en general, como un conjunto de hechos conexos entre sí, pero la mayoría se refieren a la naturaleza del hombre, a sus instintos y su razón. Sin embargo, reconocer una capacidad normativa en la naturaleza sólo es posible en una teoría iusnaturalista de base teológica, que vea en la naturaleza la manifestación de la voluntad de Dios.

B. Las diferentes técnicas de motivación empleadas por el derecho natural y el derecho positivo

La segunda diferencia importante entre el derecho natural y el derecho positivo afecta a la distinta forma que tienen de conducir la conducta

⁸⁷ JDN, 109.

⁸⁸ En algunas obras Kelsen ofrece una caracterización más restringida de la concepción iusnaturalista de la naturaleza humana. En *Was ist Gerechtigkeit?*, por ejemplo, pone el énfasis en las doctrinas iusnaturalistas “racionalistas”, que veían en la razón humana la fuente del derecho natural. En cambio, en “A “Dynamic” Theory of Natural Law” su pretensión de criticar el ensayo de Wild, J., *Plato's Modern Enemies and the Theory of Natural Law*, que trataba de fundamentar el derecho natural sobre ciertas tendencias humanas, le lleva a considerar sobre todo el aspecto irracional (instintivo) de dicha naturaleza. Véase DTNL, 175 y ss.

humana. Ambos persiguen la misma finalidad: inducir a los individuos a comportarse de una manera determinada; pero los procedimientos empleados no pueden ser más distintos. Sus diferencias se deben, principalmente, a la distinta técnica de motivación empleada.

Kelsen distingue dos tipos de técnicas de motivación:⁸⁹ las directas y las indirectas. Comenzaré por estas últimas. La motivación indirecta consiste en dirigir la conducta humana atribuyendo ciertas ventajas a la observancia de las normas y desventajas a la inobservancia. Las ventajas consisten en premios que sirven como incentivos para cumplir las normas. Las desventajas son los castigos que se imponen a quienes las vulneran.⁹⁰ Aunque el derecho puede hacer uso de ambas técnicas, la técnica predilecta y específica de todo orden jurídico es la que se basa en el castigo, es decir, en la imposición de sanciones coactivas que privan a los individuos de ciertos bienes considerados valiosos, como la vida, la libertad, la propiedad, etcétera.⁹¹ Un orden social que emplee esta técnica de motivación es un orden coactivo.

Sin embargo, incluso sin la promesa de un premio por el cumplimiento o de un castigo por la desobediencia, es decir, sin decretar sanciones, un orden social puede exigir una conducta que considere, en sí misma, ventajosa o correcta.⁹² En ese caso, el mero hecho de que una norma ordene una conducta pretende ser motivo suficiente para que su obediencia sea considerada debida. En esto consiste precisamente la técnica de motivación directa.

El derecho natural se sirve de la técnica de motivación directa. Al ser una ordenación trascendente, que procede en último término de la voluntad divina, prescribe siempre realizar lo correcto. En ese sentido, sus normas son obedecidas en virtud de una necesidad interior⁹³ y sin recurrir a la coacción. El derecho positivo, por el contrario, utiliza la técnica de motivación indirecta, amenazando con la imposición de una sanción como acto coactivo a quienes realicen

⁸⁹ Véase LSST, 231.

⁹⁰ LSST, 231-232.

⁹¹ LSST, 234; TPD3, 46.

⁹² LSST, 232.

⁹³ IDN, 20; NLLP, 392.

una conducta prevista por el orden jurídico y no querida por él.⁹⁴ El derecho positivo es, en ese sentido, un medio técnico-social específico para la consecución de ciertos fines sociales que se consideran prioritarios.⁹⁵ Por otra parte, que la técnica específica del derecho positivo consista en tratar de lograr ciertas conductas amenazando con castigar las contrarias, no quiere decir que la obediencia al derecho se deba únicamente a la coacción; pueden influir otras causas (religiosas, morales, de conveniencia, etcétera), pero la coacción determina la técnica específica del derecho positivo.⁹⁶ No obstante, Kelsen señala que en ocasiones los órdenes jurídicos contienen normas para cuya infracción no hay prevista una sanción. En este caso, y dado que para Kelsen sólo son normas jurídicas en sentido estricto las que establecen sanciones, nos hallamos ante una simple expresión de deseos del legislador que carece de alcance jurídico.⁹⁷

Una característica del derecho positivo como orden coactivo es, pues, que establece la posibilidad de hacer uso de la fuerza si fuese necesario. Con este fin se atribuye el monopolio de la fuerza a la comunidad jurídica, que la ejercita a través de determinados individuos y agencias a los que se autoriza bajo ciertas circunstancias.⁹⁸

⁹⁴ El derecho positivo regula, al menos, la conducta de dos hombres: la de aquel contra quien se dirige el acto coactivo, que realiza una conducta indebida que la norma prevé como la condición de una sanción, y la de aquel que *debe* aplicar esa sanción. Se distinguen así dos tipos de normas, que Kelsen llama normas "primarias" y normas "secundarias". Las normas primarias se dirigen a un órgano de la comunidad estableciendo que, en caso de producirse una determinada conducta, *debe* aplicarse una sanción. Las normas secundarias prescriben a los ciudadanos la conducta que permite evitar esa sanción. Pero, en la medida en que las normas primarias permiten describir el orden jurídico por sí solas, las normas secundarias carecen de relevancia y se consideran superfluas. Hay que señalar que sobre este punto la doctrina de Kelsen sufrió modificaciones. En la segunda edición alemana de la *Reine Rechtslehre* (1960) distingue entre normas completas o independientes y normas incompletas o dependientes. Las normas completas son las que poseen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en términos de un acto de coacción. Las normas incompletas no estipulan una sanción, de modo que para tener sentido pleno han de ser ligadas a una segunda norma que enlace al supuesto de hecho una sanción. Véase IDN, 22; TPD2, 76-78. Sobre la doctrina modificada de Kelsen, véase TPD3, 67.

⁹⁵ IDN, 21; LSST, 237-238; TPD2, 73-74.

⁹⁶ TPD2, 73; TPD3, 48.

⁹⁷ TPD2, 77.

⁹⁸ LSST, 237; TPD2, 74-75; TPD3, 50.

En la medida en que la eficacia del derecho positivo requiere de la existencia de ciertas instancias que apliquen actos coactivos y, en definitiva, de una organización, el derecho positivo se identifica con el Estado. Es más, Kelsen va más lejos y asegura que el Estado encarna la "forma perfecta del derecho positivo".⁹⁹

El derecho natural, por el contrario, consiste en un orden no coactivo cuyas normas, al pretender ser obedecidas en virtud de una necesidad interior, se realizan por sí mismas, sin el concurso de la coacción ni de ningún órgano ejecutor de sanciones. El derecho natural aparece, entonces, como un orden de conducta anárquico, no en el sentido de que no exista un orden, sino en el de que hay un orden no estatal y no coactivo.¹⁰⁰ Es así como Kelsen caracteriza al anarquismo teórico: como una teoría del derecho natural que presupone la posibilidad de un orden social justo e inmanente a la naturaleza, en el que no se necesita ni del derecho positivo ni del Estado,¹⁰¹ y que, por consiguiente, es obedecido voluntariamente. La idea "pura" del derecho natural a la que antes me refería se corresponde precisamente con esta idea de orden anárquico. De esta manera, para Kelsen, detrás de todo anarquismo se esconde una teoría del derecho natural.¹⁰²

A continuación, Kelsen se pregunta por qué razón un orden social que no emplea la fuerza no ha sido nunca llevado a la práctica. Su respuesta es la misma que ofrece un amplio sector del iusnaturalismo: al no ser posible un orden social que todos los individuos reconozcan como justo y obedezcan de forma voluntaria, se requiere necesariamente de la coacción para mantener la estabilidad.¹⁰³ Por esta razón, para Kelsen, la idea de un orden social que no haga uso de la fuerza constituye una utopía irrealizable. El único orden posible es, por tanto, el orden de derecho positivo, cuya técnica específica consiste en una reglamentación del uso de la fuerza. En la medida en que el objetivo principal de todo orden social es conservar la paz, el derecho positivo sólo puede proporcionar una paz relativa, pues no se excluye el uso de la fuerza, sino que, en palabras de Kelsen, "se emplea

⁹⁹ IDN, 22; véase también NLLP, 393.

¹⁰⁰ IDN, 23.

¹⁰¹ LSST, 240.

¹⁰² IDN, 23; NLLP, 393.

¹⁰³ LSST, 240.

la fuerza para evitar el uso de la fuerza".¹⁰⁴ En ese sentido se distingue de un estado de anarquía.

C. La naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo: justicia absoluta y justicia relativa

La tercera diferencia entre el derecho natural y el derecho positivo es la que alude a la distinta naturaleza de la validez de sus normas. Kelsen se ocupa de su exposición tanto en su primera etapa como en la obra más importante de su etapa final: *Justice et Droit Naturel*. No así en la etapa "intermedia", en la que, con carácter preparatorio, anticipa algunas críticas que luego desarrolla en la obra señalada, refiriéndose a la cuestión que ahora me dispongo a abordar sólo de forma circunstancial y como excepción.

En relación con este tema, la argumentación de *Justice et Droit Naturel* no representa un giro radical respecto de los primeros artículos de Kelsen, y ello a pesar de los treinta años transcurridos. Las diferencias destacables, que por lo demás no suponen una evolución significativa en su pensamiento, tienen que ver con la estrategia que sigue en la exposición. En sus primeras obras, Kelsen explica la diferente naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo insistiendo en el distinto sentido del *deber ser* que imponen uno y otro: absoluto el derecho natural y relativo el derecho positivo. En *Justice et Droit Naturel*, en cambio, pone el énfasis en la distinción de dos tipos de teorías del derecho: las teorías "idealistas", que junto al derecho positivo "real" admiten un derecho "ideal" y justo que condiciona la validez del primero, y las teorías "realistas", que defienden un monismo jurídico en el que el derecho positivo aparece como el único derecho existente, cuya validez no depende, en ningún caso, de su correspondencia con un derecho ideal. A estas diferencias habría que añadir un matiz: en *Justice et Droit Naturel* Kelsen afirma con insistencia un relativismo ético y gnoseológico que, aunque estuvo siempre presente, en sus primeras obras se manifestaba con mayor timidez.

¹⁰⁴ LSST, 237. "Force is employed to prevent the employment of force".

Estos desarrollos no son contradictorios. Aunque quizás el segundo sea el más evolucionado, expondré el diferente carácter de la validez del derecho natural y del derecho positivo analizando las dos etapas que atraviesa Kelsen. Sin embargo, al ser la versión definitiva la de *Justice et Droit Naturel*, otorgaré a esta obra el mayor protagonismo.

A) En *Die Idee des Naturrechtes y Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen explica el diferente sentido de la validez del derecho natural y del derecho positivo insistiendo en el distinto carácter del *deber ser* que ambos imponen. De hecho, *deber ser* y validez no pueden separarse: si el derecho posee una validez absoluta e incondicionada, el *deber ser* que impone sólo puede ser absoluto. Se entiende, por tanto, que lo justo o correcto en sentido material *debe* tener lugar. La teoría iusnaturalista reconoce al derecho natural un *deber ser* de esas características: incondicionado, absoluto y en sentido material, de forma que ordena lo bueno o justo.¹⁰⁵ Que el derecho natural posea una validez absoluta significa, además, que este orden es inmutable, y que el sentido objetivo de su *deber ser* se extiende a todo lugar y época, y es invariable.¹⁰⁶ Lo que ordena el derecho natural es, por tanto, lo que vale como "justo" de forma universal. Por otra parte, la teoría iusnaturalista no ignora que junto al derecho natural existe un derecho positivo, que guarda con respecto al primero una relación de subordinación. Para esta teoría, la validez de las normas de derecho positivo depende de que su contenido no contradiga lo que ordena el derecho natural, hallándose en este orden superior la medida de su valor o disvalor,¹⁰⁷ de su corrección o incorrección. La concordancia con el derecho natural es, por consiguiente, condición necesaria de la validez de las normas del derecho positivo.

Frente a la teoría iusnaturalista, el positivismo jurídico es, para Kelsen, una teoría científica del derecho, que rehúsa buscar una justificación material y absoluta del derecho positivo,¹⁰⁸ al que recono-

¹⁰⁵ IDN, 26; NLLP, 394.

¹⁰⁶ IDN, 28; NLLP, 396-397.

¹⁰⁷ IDN, 19; véase también GTLS, 12; MIJ, 396.

¹⁰⁸ IDN, 27; NLLP, 396. Kelsen se refiere al positivismo que él mismo defiende, y no al positivismo anterior que, en su opinión, aún mantenía una vinculación entre el derecho y la justicia. Véase *supra*, § I. 1.3 (nota 32).

ce como el único derecho real y posible. Para el positivismo jurídico, el *deber ser* del derecho positivo posee un carácter hipotético-relativo y formal,¹⁰⁹ de forma que esta ordenación aparece, a diferencia del derecho natural, como infinitamente variable, ajustándose a las circunstancias cambiantes de lugar y tiempo.¹¹⁰ Ahora bien, ¿en qué consiste la validez hipotético-relativa y formal de la que habla Kelsen? Explicaré estas dos notas comenzando por la segunda de ellas.

Que el principio de validez del derecho positivo sea de carácter formal significa que sus normas son válidas cuando han sido creadas de una forma determinada, esto es, cuando han sido promulgadas por una autoridad que posee capacidad normativa, la cual le ha sido atribuida por otra norma positiva de rango superior. A la pregunta de por qué es válida esta otra norma, Kelsen responde de idéntico modo: porque procede de una autoridad que posee, a su vez, capacidad normativa, y así sucesivamente. La validez y el sentido del *deber ser* de las normas del derecho positivo descansan, por tanto, en un principio dinámico,¹¹¹ en virtud del cual cada norma otorga a una autoridad la potestad de realizar el acto que da origen a otra norma de rango inferior. Pero al final siempre habrá una primera norma creada a través de un acto cuya validez no se apoye ya en ninguna otra norma positiva. De lo que se trata, entonces, es de establecer qué determina la validez de esa norma.

Para responder a esta pregunta, se ha de tener en cuenta el segundo de los rasgos señalados por Kelsen, que aludía al carácter hipotético y relativo del *deber ser* del derecho positivo. Este *deber ser* posee dos notas: a) frente al *deber ser* del derecho natural, que poseía un carácter absoluto, el *deber ser* del derecho positivo, al no depender de ningún contenido de justicia material, sólo puede ser relativo, en el sentido que veremos a continuación; y b) este *deber ser* ha de tener necesariamente un carácter hipotético. Antes señalé que todo sistema de derecho positivo cuenta con una primera norma positiva, llámese la primera constitución histórica, cuya validez ya

¹⁰⁹ IDN, 27-28; NLLP, 394-395.

¹¹⁰ IDN, 28; NLLP, 397.

¹¹¹ En § II. 1.4. explicaré en qué consiste el principio dinámico propio del derecho positivo y en qué se diferencia del principio estático que caracteriza a la moral y a los sistemas de derecho natural.

no descansa sobre ninguna otra norma positiva. Esa validez tampoco puede depender del mero hecho de haber sido establecida: la irreductibilidad de las categorías del *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*) no permite fundamentar la validez de las normas en un hecho. Para Kelsen, el fundamento de un *deber ser* sólo puede ser otro *deber ser* de rango superior. No queda otra salida, por tanto, que la de admitir la validez de la primera norma positiva, de forma que la validez de todo el orden jurídico descansa, en último término, sobre una norma básica que opera como hipótesis fundamental del conocimiento jurídico.¹¹² Lo que distingue a esta norma básica o *Grundnorm* de las normas de derecho positivo es que, a diferencia de estas, no es una norma “puesta”, sino “presupuesta” por la ciencia del derecho.¹¹³

La exposición de Kelsen concluye refiriéndose al intento constante de la teoría del derecho natural de pasar de una justificación hipotética y relativa del derecho positivo a una justificación absoluta. De llegar a producirse, ello significaría el abandono de la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, y una intromisión de la metafísica en el terreno científico.¹¹⁴ En este sentido, y para evitar que esto ocurra, el positivismo jurídico debe permanecer vigilante.

B) En *Justice et Droit Naturel*, obra que preside la etapa final de Kelsen, la cuestión de la diferente validez del derecho natural y el derecho positivo se articula sobre la distinción de dos tipos de teorías del derecho: las “teorías idealistas” y las “teorías realistas”, que se relacionan, a su vez, con la oposición que existe entre justicia absoluta y justicia relativa.¹¹⁵

Las “teorías idealistas” se caracterizan porque mantienen una estrecha relación entre el derecho y la justicia. Para estas teorías, una

¹¹² Véase IDN, 27; NLLP, 395.

¹¹³ TPD2, 139; TPD3, 202.

¹¹⁴ IDN, 28; NLLP, 396.

¹¹⁵ JDN, 99. Kelsen señala que la oposición ente justicia absoluta y justicia relativa se relaciona con otra oposición más general que se produce en filosofía, y que distingue un absolutismo filosófico (metafísico), como punto de vista que admite una realidad absoluta e independiente del conocimiento humano, y un relativismo filosófico (epistemológico), como doctrina empirista que afirma que para nosotros la realidad existe sólo dentro de los límites del conocimiento, quedando lo absoluto, esto es, la “cosa en sí”, relegado al ámbito de lo incognoscible. Véase IDN, 28; y en especial KELSEN, H., “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, *op. cit.*, pp. 198-199.

norma positiva es justa si su contenido se corresponde con una norma de justicia que posee un valor absoluto.¹¹⁶ Que la norma de justicia tenga valor absoluto impide además que se pueda admitir ninguna otra norma.¹¹⁷ Ahora bien, admitir la existencia de una norma de este tipo sólo es posible, a su vez, bajo la presuposición de que emana de una autoridad trascendente que encarna el valor absoluto.¹¹⁸ Por este camino se llega a un dualismo religioso-metafísico que Kelsen detecta en la base de toda teoría idealista del derecho y de toda interpretación metafísica de la naturaleza:

“Se llega así, por tanto, a un dualismo característico: por una parte, un orden ideal trascendente no creado por los hombres y superior a cualquier otro; por otra, un orden real creado por los hombres, es decir, positivo. Éste es el dualismo típico de toda metafísica, esfera empírica y esfera trascendente, cuya formulación clásica es la teoría de las ideas de Platón, y que constituye el fundamento de la teología cristiana en cuanto al dualismo de este mundo y del más allá, es decir, del hombre y de Dios”.¹¹⁹

Este dualismo se manifiesta en la distinción entre un derecho real, esto es, el derecho positivo, y un derecho ideal que es inmutable y justo.¹²⁰ Kelsen incluye a la teoría del derecho natural dentro del grupo de las teorías idealistas, lo cual la convierte en una teoría dualista, que admite junto al derecho positivo real un derecho ideal, natural e inmutable, que se identifica con la justicia. Lo que distingue a la doctrina del derecho natural de otras teorías idealistas es que el derecho ideal y justo se obtiene a partir de la naturaleza,¹²¹ ya se trate de la naturaleza en general o, más comúnmente, de la naturaleza humana.

Kelsen se refiere también a las “teorías realistas”, que a diferencia de las anteriores son monistas, es decir, reconocen la existencia de un único derecho, el derecho positivo, cuya validez se separa claramente de la justicia. Entre las teorías realistas se encuentra la teoría positivista del derecho, que es una teoría científica que rechaza todo

¹¹⁶ JDN, 98.

¹¹⁷ JDN, 99.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ JDN, 100.

¹²⁰ JDN, 102.

¹²¹ JDN, 102-103; véase también DNPJ, 121-122.

valor de justicia trascendente. Esto no significa que se niegue la existencia de la justicia, sino que tan sólo se constata que existen múltiples normas de justicia, muchas de las cuales son contradictorias entre sí. Así lo señala Kelsen:

“Una teoría positivista del derecho, y con ello quiere decirse realista, no pretende negar la existencia de la justicia [...], sino únicamente afirmar que de hecho se presuponen un gran número de normas de justicia diferentes y contradictorias. [...] Lo que sostiene esta teoría es que *esos criterios de valoración no poseen sino un carácter relativo* y que, en consecuencia, los actos creadores del ordenamiento jurídico positivo pueden venir legitimados como justos si se les valora con un determinado criterio y, al mismo tiempo, como injustos si el criterio de valoración elegido es otro”.¹²²

Parece claro, pues, que el fundamento último de la validez del derecho positivo no puede recaer sobre una norma de justicia. Eso sólo sería posible si esa norma tuviera un valor absoluto,¹²³ lo cual es inadmisibles desde el punto de vista científico-racional.¹²⁴ ¿Cuál es, entonces, la fuente de validez del derecho positivo? La respuesta de Kelsen es la misma que da treinta años antes y que se reitera a lo largo de toda su producción: se trata, en último término, de la norma fundamental hipotética:

“Para una teoría positivista del derecho, el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico positivo no reside en una de las numerosas normas de justicia existentes, dado que no cabe conceder primacía a una de ellas sobre las demás; el fundamento reside, por el contrario, en una norma hipotética fundamental, es decir, supuesta en el pensamiento jurídico, según la cual hay que comportarse y tratar a los hombres en conformidad con una Constitución primitiva que posee una cierta eficacia, sin inquietarse por saber si el ordenamiento jurídico construido de acuerdo con esta Constitución es o no conforme a una norma cualquiera de justicia. Sólo esa norma fundamental, y no ninguna otra norma de justicia, tiene relevancia en la cuestión de la validez del derecho positivo”.¹²⁵

¹²² JDN, 101. *Cursivas mías*.

¹²³ JDN, 100.

¹²⁴ JDN, 160; véase también QJ, 37-38.

¹²⁵ JDN, 102.

De este modo, se da la paradoja de que la validez de la primera norma positiva del sistema, la llamada “constitución histórica”, se fundamenta sobre una norma que ya no es positiva. Por esta razón, Kelsen se ha visto obligado a salir al paso de quienes han acusado a la teoría pura del derecho de ser una teoría del derecho natural encubierta.¹²⁶ Es cierto que Kelsen reconoce que la norma hipotética fundamental no es una norma jurídica positiva, pero más allá de esto todo parecido entre la teoría pura del derecho y la teoría del derecho natural es pura apariencia. En efecto, la norma fundamental no es una norma de justicia, sino más bien una presuposición normativa o, como dice Kelsen, la condición lógico-trascendental —en el sentido de Kant— necesaria para que el orden jurídico positivo sea considerado válido.¹²⁷

D. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos: el derecho natural como sistema estático frente al derecho positivo

Para Kelsen, la validez de las normas de derecho natural depende de la justicia de su contenido y es una validez en sentido material. Por el contrario, la validez del derecho positivo es una validez formal, que depende del hecho de que sus normas hayan sido creadas de una manera determinada y validadas, en última instancia, por una norma fundamental. Esta norma es una hipótesis básica que no ha sido creada siguiendo un procedimiento, sino que ella misma fundamenta el procedimiento de creación de normas que parte de la primera norma

¹²⁶ JDN, 161. Alf Ross es uno de los autores que acusa a Kelsen de mantener posiciones próximas al iusnaturalismo. Desde una posición empirista, este autor critica el concepto kelseniano de validez, al que considera una idea apriorística irreductible a términos empíricos. Ross considera que Kelsen es, en realidad, un “cuasi positivista”, porque, según él, defendía una idea de validez que implicaba un *deber ser* objetivo, lo cual sólo era posible derivando ese *deber ser* a partir de ciertos principios morales apriorísticos. Kelsen responde a esas críticas afirmando, frente al objetivismo moral del que Ross le acusa, que las normas positivas poseen una validez relativa y meramente formal, que descansa sobre una norma fundamental y no sobre un principio apriorístico de naturaleza moral. Véase ROSS, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *cit.*, pp. 21 y ss. Véase la respuesta de Kelsen en “Una teoría ‘realista’ y la Teoría pura del derecho” *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, trad. de Eduardo A. Vásquez, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 40 y ss.

¹²⁷ JDN, 163; véase también TPD3, 209.

positiva (la constitución histórica), y que se ramifica en una sucesión de delegaciones de autoridad que tiene lugar dentro del sistema.¹²⁸

Ahora bien, que el derecho natural posea una validez incondicionada y categórica en virtud de su contenido no significa que no cuente, al igual que el derecho positivo, con una norma fundamental. Como ha señalado Kelsen, el mandato en virtud del cual los hombres tienen el deber de comportarse de una manera determinada no se puede sostener como un simple hecho natural, pues una vez admitida la separación categorial entre la esfera del *ser* y la del *deber ser*, resulta claro que sobre un hecho no se puede fundamentar la validez de ninguna norma.¹²⁹ El fundamento de las normas del derecho natural ha de basarse, a su vez, en una presuposición: la de que los hombres deben obedecer los mandatos de la naturaleza. Esta es la norma básica del derecho natural:

“Incluso si se acepta que las normas que regulan el comportamiento humano se pueden deducir de la naturaleza, se plantea por qué deben los hombres obedecer estas normas. La doctrina del derecho natural no tiene respuesta a esta pregunta, ya que presupone simplemente, quizá porque le parece autoevidente, que los hombres deben obedecer los mandatos de la naturaleza. Ésta es la hipótesis fundamental, la norma básica y la razón de la validez del derecho para la doctrina iusnaturalista”.¹³⁰

No es, pues, la existencia de una norma fundamental lo que diferencia al derecho natural del derecho positivo, sino más bien el que esa norma tenga un contenido material o puramente formal. De ello derivan dos principios de validez distintos y, en consecuencia, dos tipos de sistemas normativos, que se distinguen en función de la fuente de su validez. Kelsen los denomina “sistemas estáticos” y “sistemas dinámicos”.¹³¹ Comenzaré por los primeros.

¹²⁸ TPD2, 137.

¹²⁹ DNPJ, 134.

¹³⁰ KELSEN, H., “Why should the Law be obeyed?”, *op. cit.*, p. 258.

¹³¹ No debe sorprender que la distinción de Kelsen entre sistemas estáticos y dinámicos surja al hilo de su exposición de los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y de la crítica a los mismos. De hecho, la primera noticia que tenemos de dicha distinción es precisamente en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928). Véase NLLP, 399 y ss.

Un sistema estático, como el derecho natural, consiste en un conjunto de normas cuya validez depende de su contenido. Este sistema admite una primera norma, la norma fundamental, bajo cuyo contenido se subsumen todas las demás, de modo similar a como lo particular se subsume bajo lo universal.¹³² De esta manera, todas las normas que pertenecen al sistema se contienen ya en la norma fundamental, y se deducen a partir de ella mediante una simple operación lógica en la que no interviene la voluntad humana.¹³³ En esto consiste el "principio estático", que determina, además de la validez de las normas, el contenido de las mismas, que se infiere lógicamente a partir de la norma fundamental.¹³⁴

El problema de los sistemas estáticos es que la norma fundamental sólo es reconocida como tal cuando su contenido se admite como evidente. Ahora bien, independientemente de lo que pueda ocurrir en otros sistemas estáticos, en el caso del derecho natural esta norma resulta menos evidente¹³⁵, dado que se basa en una ficción en virtud de la cual se reconoce capacidad normativa, y por consiguiente voluntad, a la naturaleza o a la razón. En el primer caso, ello significaría incurrir en la falacia lógica de inferir el *deber ser* a partir del *ser*. En el segundo, supondría reconocer que la razón posee ciertas atribuciones que son competencia de la voluntad, pero esto no es admisible desde el punto de vista del voluntarismo kelseniano.¹³⁶ Finalmente, otra posibilidad sería subordinar las normas de derecho natural a la voluntad de una autoridad trascendente, pero en ese caso la doctrina iusnaturalista revestiría un carácter religioso o teológico inaceptable desde una perspectiva científica.

Para el positivismo kelseniano, que consiste en una teoría del derecho científica y "realista", el único derecho real y posible es el derecho positivo, cuya validez descansa en un "principio dinámico".

¹³² TPD3, 203. "Así, por ejemplo, las normas "no se debe mentir", "no se debe engañar", "se debe mantener la palabra empeñada", "no se debe prestar falso testimonio", pueden ser derivadas de la norma que ordena decir la verdad".

¹³³ NLLP, 400; TPD3, 203.

¹³⁴ TPD3, 203.

¹³⁵ TPD2, 137; TPD3, 203; DNPJ, 134. Quisiera seguir manteniendo en mi exposición la separación entre los dos aspectos de la caracterización y la crítica de Kelsen al derecho natural. Su crítica será expuesta con detalle en el § III.

¹³⁶ Véase *supra* § II. 1.1 (nota 9).

Para Kelsen, todo sistema dinámico se caracteriza porque posee una norma fundamental que confiere a una autoridad el poder para dictar normas. Lo que diferencia a esta norma de la norma fundamental de los sistemas estáticos es que se limita a establecer el procedimiento de creación de las normas, sin imponer un contenido material. Esas normas poseen validez en la medida en que se insertan en una cadena de delegaciones de autoridad, cuyo origen se localiza en la norma fundamental.¹³⁷ Para Kelsen, todo orden jurídico constituye un sistema de estas características: se admite una norma fundamental con el objeto de determinar la validez de las normas positivas sin referencia a su contenido, que viene establecido, en cada caso, por la autoridad que tiene atribuida la potestad creadora de normas.¹³⁸

En resumen, mientras que el derecho natural es un sistema estático, que arranca de una norma fundamental material que prescribe realizar lo que ordena la naturaleza porque se considera lo justo, el derecho positivo es un sistema dinámico, cuya norma fundamental contiene la prescripción formal de que se debe obedecer las normas decretadas por la autoridad jurídica positiva. Es esa autoridad, y no la norma fundamental, la que dota de contenido a las normas. Sin embargo, para Kelsen ninguno de estos dos sistemas es un sistema puro.

En primer lugar, la teoría iusnaturalista ha tratado siempre de sustituir en el orden de derecho natural el principio estático por el principio dinámico, introduciendo el principio de validez propio del derecho positivo.¹³⁹ Esto se ha conseguido siguiendo diversos procedimientos, como otorgar a una autoridad la potestad de aplicar en los casos

¹³⁷ TPD3, 204. A la hora de caracterizar los sistemas dinámicos Kelsen se sirve del siguiente ejemplo: "Un padre ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: ¿por qué debo ir a la escuela?, la respuesta podría ser: porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre. Si el niño continuara preguntando: ¿Por qué he de obedecer las órdenes del padre? La respuesta podría ser: porque Dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que Dios manda. Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de Dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, es decir, que no se puede buscar el fundamento de su validez, pudiendo solamente presuponerla. El contenido de la norma que constituyó el punto de partida: el niño debe ir a la escuela, no puede ser derivado de esa norma fundante".

¹³⁸ TPD2, 137; TPD3, 204.

¹³⁹ NLLP, 400.

concretos las normas de derecho natural, o asignándole la función de determinar qué es lo que exige el derecho natural en circunstancias cambiantes (como hace la teoría del derecho natural variable).¹⁴⁰ Ambos procedimientos revelan que el derecho natural no se mantiene en su forma "pura", al margen de la positividad. El derecho natural ha de ser individualizado y aplicado, y por esta vía, imperceptiblemente pero de forma progresiva, va convirtiéndose en derecho positivo.¹⁴¹

Pero el derecho positivo tampoco representa a la perfección el ideal de un sistema dinámico. Por una parte, la validez de las normas positivas descansa en último término sobre una norma fundamental hipotética cuya naturaleza no es positiva. En ese sentido, la norma fundamental de Kelsen, que dota de validez a las normas positivas sin participar ella misma de esa positividad, supone un límite a la dinamicidad del sistema.¹⁴² Por otra parte, la constitución y las leyes pueden imponer, a su vez, límites de contenido que han de ser tenidos en cuenta por las autoridades normativas en el proceso de creación del derecho, con lo cual el contenido termina siendo relevante para la validez de las normas. Según Kelsen, es de esta manera como el principio estático gana acceso al sistema de derecho positivo.¹⁴³

E. La relación entre el derecho natural y el derecho positivo: el significado político de la doctrina iusnaturalista

Hemos señalado que tanto el derecho natural como el derecho positivo son dos órdenes normativos cuyo objeto es coincidente: los dos ofrecen una regulación de la conducta humana. Que el origen del derecho positivo se sitúe en ciertos actos de voluntad humanos no quiere decir que pueda ser reducido a un simple conjunto de hechos. Por el contrario, el derecho positivo conserva intacto su carácter normativo.¹⁴⁴ Para Kelsen, esto también ha sido reconocido por los au-

¹⁴⁰ En el § III profundizaré en la crítica de Kelsen a esa forma de proceder de la teoría iusnaturalista.

¹⁴¹ NLLP, 400.

¹⁴² NLLP, 401.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ NLLP, 414.

tores iusnaturalistas, que admiten la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural sin que la coexistencia de ambos órdenes se considere redundante o superficial.¹⁴⁵ El derecho natural y el derecho positivo aparecen así como dos órdenes de conducta que poseen validez simultánea, incidiendo al mismo tiempo en la conducta humana.¹⁴⁶ Evidentemente, esta circunstancia puede dar lugar a que se produzcan conflictos entre ambos; puede ocurrir que una norma de derecho natural prescriba realizar la conducta *A* y una norma de derecho positivo ordene realizar *no-A*. Para Kelsen, que una norma sea de naturaleza moral y que la otra sea una norma jurídico-positiva no excluye que pueda darse un conflicto.¹⁴⁷ Pero como se trata de dos normas pertenecientes a dos sistemas distintos, podríamos en principio pensar que no se trata tanto de un conflicto lógico como teleológico, es decir, un conflicto que tiene que ver con el fin que persigue cada norma. En ese caso, estamos ante la situación que Kelsen denomina "colisión de deberes", que se produce cuando un individuo se siente al mismo tiempo bajo el influjo psicológico de dos ideas que operan en direcciones contrapuestas,¹⁴⁸ sin que se pueda hablar con propiedad de una verdadera contradicción entre normas.

¹⁴⁵ NLLP, 415. Kelsen cita como ejemplo la obra de Philip Melanchton *Ethicae Doctrinae Elementorum Libri Duo* (1560), en la que el autor responde del modo siguiente a la pregunta de si las leyes escritas son necesarias: "Mucha gente ignorante declara sin inmutarse que no hay necesidad de leyes escritas y que los casos deberían decidirse según el juicio natural de los que gobiernan. Pero debemos saber que hay que rechazar esta opinión bárbara, y que se debe enseñar a la gente que son preferibles las leyes escritas, que deberían ser obedecidas con amor y respeto". Véase TS, 385 (nota 11). Por otra parte, es bien sabido que Santo Tomás de Aquino, por mencionar un caso entre otros muchos, desarrolla toda una argumentación para justificar explícitamente la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 91, a. 3 y c. 95, a. 1.

¹⁴⁶ NLLP, 407.

¹⁴⁷ NLLP, 409.

¹⁴⁸ NLLP, 408. Una de las características de la teoría del derecho de Kelsen es su rechazo a múltiples formas de dualismo que han venido aquejando al pensamiento jurídico. Niega el dualismo entre derecho natural y derecho positivo, pero también entre derecho nacional y derecho internacional. Por eso, una "colisión de deberes" no puede ser en rigor una contradicción lógica entre dos enunciados normativos, sino un hecho psicológico de que un individuo se siente sometido a dos deberes en conflicto derivados de dos sistemas de normas diferentes. Kelsen pone el ejemplo de la idea de una norma de derecho positivo que obliga a un individuo a prestar el servicio militar, y la idea de una norma moral que le obliga a rehusar prestar ese servicio. Ese individuo se siente impulsado en dos direcciones contrarias, pero esto no significa que exista una verdadera contradicción entre normas. Véase GTLS, 375.

Esta concepción no es compartida por las teorías iusnaturalistas, que al reconocer la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural tienden a eliminar en la práctica toda posibilidad de conflicto entre ambos.¹⁴⁹ La forma de conseguirlo es coordinando estos órdenes como si fueran dos elementos pertenecientes a un mismo sistema. No obstante, para Kelsen todo intento de establecer una relación entre derecho natural y derecho positivo en términos de validez simultánea conduce necesariamente a la subordinación de uno bajo el otro, esto es, a reconocer al derecho positivo como un delegado del derecho natural o al contrario. Ahora sólo me interesa explorar la primera posibilidad, la que convierte al derecho positivo en un delegado del derecho natural, pues constituye el paso decisivo en el proceso que conduce a la “desnaturalización” del derecho natural, y que culmina con la conversión de la teoría iusnaturalista en una doctrina ideológica con un claro significado político.

Lo primero que habría que señalar es que la crítica de Kelsen no tiene que ver con que la doctrina iusnaturalista defienda una concepción “pura” del derecho natural, en la que éste aparece como un orden ajeno a la positividad. Desde Aristóteles y los estoicos en adelante las teorías iusnaturalistas siempre han reconocido la necesidad del derecho positivo. La crítica de Kelsen tiene que ver más bien con el hecho de que la delegación del derecho natural en el derecho positivo acarrea necesariamente la disolución del primero, lo cual se produce una vez el derecho natural abandona el principio determinante de su validez (el principio estático) para asumir el principio dinámico característico del derecho positivo. Kelsen explica además en qué consiste el procedimiento de delegación: se deduce a partir de la naturaleza la norma de derecho natural que ordena obedecer el derecho positivo, y ello a pesar de que la razón última de la validez de ambos órdenes es radicalmente distinta. El resultado de esta delegación es que el derecho natural, ya sea consciente o inconscientemente, autoriza al derecho positivo a reemplazarlo.¹⁵⁰ El derecho natural se diluye y el derecho positivo adquiere todo el protagonismo, produciéndose así el efecto de la “desnaturalización” del derecho natu-

ral,¹⁵¹ cuya idea “pura” es abandonada y sustituida por la idea del derecho positivo.¹⁵²

Una vez se produce la “desnaturalización” del derecho natural y una vez el derecho positivo gana preponderancia, la teoría del derecho natural da los pasos necesarios para convertirse en una doctrina ideológica, cuya función es, principalmente, ofrecer una justificación del derecho positivo. La manera de lograrlo es haciendo que todo eventual conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo aparezca como imposible o, cuando menos, como altamente improbable.¹⁵³ Para ello, la teoría iusnaturalista utiliza diversos procedimientos, siendo uno de los más recurrentes el que consiste en investigar únicamente las instituciones más importantes del derecho positivo, tratando de mostrar su corrección a la luz del derecho natural.¹⁵⁴ Hay otros procedimientos,¹⁵⁵ aunque todos ellos conducen al fortalecimiento del derecho positivo, que se produce a costa del sacrificio del derecho natural.

¹⁵¹ *Idem.* Véase también TS, 150. En la medida en que toda doctrina iusnaturalista acaba renunciando a la idea “pura” del derecho natural, se da la paradoja de que todo derecho natural se encuentra ya “desnaturalizado”.

¹⁵² Kelsen simplifica en exceso: ni la delegación del derecho natural en el derecho positivo tiene que producirse en la forma de un “cheque en blanco”, ni el derecho natural tiene por qué disolverse necesariamente una vez se produce la delegación. Tomás de Aquino, por ejemplo, distingue dos métodos de “derivación” de normas positivas a partir de la ley natural: el primero consiste en obtener normas mediante *conclusio*, es decir, mediante un silogismo en el que las premisas son los principios de la ley natural, de modo similar a como se infieren las conclusiones demostrativas de las ciencias a partir de sus principios. El segundo procedimiento es la *determinatio*, que también es empleado en las artes “donde las formas comunes reciben una determinación al ser aplicadas a realizaciones especiales”. Santo Tomás pone ejemplos: el precepto “no matarás” es derivado mediante *conclusio* del que ordena “no hacer mal a nadie”. Otras normas se derivan por *determinatio*: la ley natural establece que el que peca debe ser castigado, pero que se le aplique ésta o aquella pena es una determinación que el legislador positivo añade a la ley natural. Las leyes humanas positivas pueden originarse por ambas vías, pero las que siguen el primer procedimiento “no pertenecen a la ley humana únicamente como leyes positivas, sino que en parte mantienen fuerza de ley natural”. Las del segundo, en cambio, “no tienen más fuerza que la de la ley humana”, pese a lo cual no se otorga ningún cheque en blanco al legislador, puesto que la ley positiva ha de ser coherente con la ley natural, o de lo contrario, como dice Santo Tomás, “si en algo está en desacuerdo con la ley natural ya no es ley, sino corrupción de la ley.” Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 95, a. 2. Citamos por la edición de la B.A.C., Madrid, 1989.

¹⁵³ NLLP, 416; véase también JDN, 152; DNPJ, 136.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ Véase *infra*, § II. 2.2.

¹⁴⁹ NLLP, 410.

¹⁵⁰ NLLP, 413.

Concluyendo: la delegación del derecho natural en el derecho positivo, lejos de significar una subordinación del segundo al primero, logra alcanzar en realidad el efecto contrario: la subordinación del derecho natural al derecho positivo. De esta manera, queda patente el significado marcadamente político de la teoría iusnaturalista, cuyo verdadero sentido es ofrecer una justificación del derecho positivo. A ello contribuyen de forma decisiva los procedimientos que he señalado, que conducen inexorablemente a la desaparición del derecho natural, cuyo contenido, o bien es asimilado por el derecho positivo, o bien se reduce a un conjunto de formas vacías como “las cosas iguales han de recibir igual tratamiento”.¹⁵⁶ Para Kelsen, al final sólo quedan el derecho positivo y la norma delegante obtenida a partir de la naturaleza,¹⁵⁷ cuya función es justificar al derecho positivo en razón de su contenido. Se crea así la apariencia de que la validez del derecho positivo se basa en el principio estático, y ello a pesar de la evidencia de que dicho orden constituye, en realidad, un sistema dinámico.

2. El derecho natural como ideología

Hasta el momento me he limitado a describir el proceso que sigue la teoría del derecho natural para convertirse en una doctrina ideológica. Ahora trataré de aclarar qué función ha cumplido históricamente esta teoría en tanto doctrina ideológica del derecho. Para Kelsen, ante todo, la teoría iusnaturalista ha tratado de justificar el derecho positivo, mostrándose, por tanto, como una teoría conservadora.¹⁵⁸ No obstante, reconoce que si bien la teoría del derecho natural ha cumplido una función predominantemente conservadora, también es cierto que en algún momento —en Norteamérica y Francia a finales del siglo XVIII— se manifestó como una doctrina revolucionaria, sometiendo a crítica el orden social y jurídico-político existente.¹⁵⁹

Ahora bien, ¿qué es lo que determina que la teoría del derecho natural cumpla una función conservadora o revolucionaria? Esta teoría se basa en un dualismo fundamental entre el derecho natural y el

¹⁵⁶ NLLP, 416.

¹⁵⁷ NLLP, 413.

¹⁵⁸ Véase NLLP, 418.

¹⁵⁹ JDN, 150.

derecho positivo que, para Kelsen, constituye un caso especial de otro dualismo más general de carácter metafísico, que distingue una esfera fenoménica o de la experiencia sensible y una esfera nouménica o de las cosas “en sí mismas”, en cuya virtud se admite que las cosas de este mundo son sólo una copia imperfecta de su verdadero ser trascendente.¹⁶⁰ Para Kelsen, este dualismo religioso-metafísico, que tiene su raíz en la filosofía de Platón, se manifiesta en toda interpretación metafísica o teológica del mundo.

La función del dualismo religioso-metafísico no es tanto la de explicar la realidad como la de aceptarla o rechazarla en función de si se muestra con respecto a ella un talante optimista o pesimista. En el primer caso se valora positivamente el presente, por lo que habrá un interés en justificar el orden social; la teoría del derecho natural cumple así una función conservadora del *statu quo*. Pero la realidad y el orden social también pueden ser contemplados con pesimismo, lo que provoca que dicho orden sea criticado y que haya un interés en derribarlo; en ese caso, el talante es revolucionario. Finalmente, otra posibilidad es mantener una postura oscilante entre ambos extremos, optando por el compromiso entre los mismos.

Antes de seguir me gustaría adelantar que, en mi opinión, esta visión de Kelsen es demasiado simplista y, a primera vista, errónea: no tiene sentido asociar optimismo y conservadurismo por un lado y pesimismo y revolución por otro, especialmente cuando en la práctica suele ser al revés. El pesimista tiende a resignarse a la realidad y rehúsa tratar de modificarla; su actitud es, a menudo, derrotista. El optimista, por el contrario, posee una fe mayor en el mundo, lo que justifica su tendencia a favorecer la evolución y el progreso. Aunque volveré sobre ello más adelante,¹⁶¹ sí quisiera señalar, de momento, el fuerte contraste que presenta en este punto la teoría pura del derecho frente a la teoría iusnaturalista.

Prácticamente desde el inicio de su producción, Kelsen señala como un principio metodológico fundamental de su teoría la eliminación por la ciencia jurídica de todos los elementos extraños al derecho, ya se trate de elementos sociológicos o de tomas de posición ético-polí-

¹⁶⁰ NLLP, 419 y ss. Véase también GTLS, 12; MIJ, 396.

¹⁶¹ Véase *infra*, § II. 2.1.1.

ticas.¹⁶² El fin es alcanzar el ideal de precisión y objetividad al que aspira toda verdadera ciencia. En la medida en que la teoría pura del derecho trata de limitarse a ofrecer una exposición del derecho positivo, es una teoría jurídica radicalmente realista, que como tal se abstiene de formular juicios de valor a propósito del derecho y de favorecer intereses políticos de ningún tipo. Para Kelsen, la ciencia se compromete con el conocimiento de la verdad, tratando de lograr la mayor objetividad posible. Las ideologías, por el contrario, dependen de la voluntad, y anteponen a la honestidad que preside toda actividad científica el anhelo de satisfacer ciertos intereses singulares:

“Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene una tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad”.¹⁶³

En lo que sigue profundizaré en el estudio de la concepción kelseniana de la teoría del derecho natural como ideología, centrándome en los aspectos principales que ya han sido señalados: en primer lugar, la dualidad del derecho natural y el derecho positivo como supuesto especial del dualismo religioso-metafísico entre la realidad empírica, a la que pertenece el derecho positivo, y la realidad “en sí” en la que cabría situar la idea del derecho natural. En segundo lugar, volveré sobre el tema de las distintas funciones que ha desempeñado la teoría iusnaturalista, exponiendo los procedimientos utilizados por las teorías conservadoras del derecho natural —que aparecen como predominantes— en su aspiración de justificar el orden jurídico positivo.

¹⁶² PCTJE, XXXIX.

¹⁶³ TPD2, 64.

A. El dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo como un caso especial de dualismo religioso-metafísico

He señalado ya que para Kelsen el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo es un supuesto especial de otro dualismo más general de carácter religioso o metafísico, que se establece entre la esfera empírica o de la realidad sensible y la esfera trascendente o de las cosas “en sí mismas”. Un apretado análisis de este dualismo, que ha servido de fundamento a la doctrina iusnaturalista y ha presidido toda la especulación filosófica desde Platón hasta Kant, ocupa un lugar de gran importancia en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*.

Kelsen parte de que la razón última del dualismo religioso-metafísico es la insatisfacción del hombre con respecto a lo que le aportan sus sentidos: si los sentidos humanos fueran capaces de aprehenderlo todo no sería necesario distinguir entre realidad e idea.¹⁶⁴ Pero como esto no sucede, la insatisfacción generada conduce al hombre a duplicar el objeto de lo cognoscible buscando una explicación, distinguiendo una esfera empírica y una esfera trascendente y abrazando lo que Kelsen denomina “teoría de la imagen” (*Abbildtheorie*).¹⁶⁵

De acuerdo con la *teoría de la imagen*, el conocimiento humano se limita a facilitar tan sólo un reflejo imperfecto de las cosas “en sí mismas”, asumiendo así un papel meramente pasivo. Es la desconfianza en sus propios sentidos lo que conduce al hombre a infravalorar todo cuanto le rodea, creyendo que el mundo empírico no es más que un reflejo del mundo perfecto y verdadero que se sitúa más allá de la experiencia.¹⁶⁶ Para Kelsen, sin embargo, la *teoría de la imagen* encierra una doble contradicción: por un lado, afirma que nuestro conocimiento refleja un mundo que es inaccesible al conocimiento;

¹⁶⁴ GTLS, 13; MIJ, 396.

¹⁶⁵ NLLP, 419. La *teoría de la imagen*, que caracteriza a muy distintas teorías filosóficas, y entre ellas a las teorías iusnaturalistas, tiene su origen en el pensamiento de Platón, a quien Kelsen otorgó gran protagonismo en algunos de sus artículos, como en “Die platonische Gerechtigkeit”, *Kant-Studien*, 38, 1933, pp. 91-117; existe traducción castellana: “La justicia platónica”, *La idea de derecho natural y otros ensayos*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 113-144.

¹⁶⁶ *Idem*.

por otro, un ser humano que infravalora sus capacidades es capaz de conocer todo un mundo trascendente con el objeto de explicar la realidad.¹⁶⁷

Todo esto, que vale para la filosofía de la naturaleza, también se aplica en el terreno de los valores. El iusnaturalismo es la prueba, pues ve al derecho positivo como una copia imperfecta del derecho "en sí mismo", que no es otro que el derecho natural, pese a lo cual el derecho positivo se sigue admitiendo como necesario. El mismo dualismo está presente, por tanto, en la esfera de la naturaleza y en la esfera de los valores, aunque la función que desempeña en ambos casos es distinta: cuando se aplica a la naturaleza, el dualismo religioso-metafísico trata de explicar lo dado; cuando se aplica al valor, por el contrario, pretende justificar lo dado.¹⁶⁸

a. Variantes del dualismo religioso-metafísico

Según Kelsen, el dualismo religioso-metafísico que se establece entre lo sensible y las ideas ha mostrado históricamente diversas variantes, lo que le ha impedido manifestarse siempre con el mismo grado de intensidad. Entre los primitivos, por ejemplo, ese dualismo no puede afirmarse con propiedad, sino a lo sumo de forma embrionaria.¹⁶⁹ La desconfianza del hombre primitivo en sus capacidades le lleva a interpretar todo cuanto acontece en la naturaleza y en la sociedad como obra de los dioses. No se cree aún en un derecho natural situado sobre el derecho positivo, sino que se tiene el convencimiento de que absolutamente todo, y también el derecho positivo, es obra divina. Por esta razón, la teoría jurídica del hombre primitivo no puede ser considerada aún una teoría dualista, dada su incapacidad para imaginar una esfera sobrenatural diferenciada y separada de la esfera natural. Para Kelsen, lo que determina que el hombre primitivo obedezca las leyes es el miedo a un castigo trascendente que impone una divinidad que se expresa a través del líder tribal.¹⁷⁰ Naturaleza y sociedad se interpretan aún en términos de retribución.

¹⁶⁷ NLLP, 420.

¹⁶⁸ NLLP, 421.

¹⁶⁹ NLLP, 422.

¹⁷⁰ NLLP, 423.

Ya en una etapa posterior tiene lugar la duplicación de la naturaleza y el valor. El derecho positivo se reconoce como un producto humano, que refleja un orden divino e inmutable de justicia absoluta.¹⁷¹ La concepción primitiva de la naturaleza divina del derecho se desarrolla y da lugar al dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo. Pero pronto la mente humana comienza a mostrarse incapaz de soportar el contraste radical entre el "aquí y ahora" y el "más allá", entre humanidad y deidad, y, en definitiva, entre derecho y justicia, y comienza a elaborar de manera diversa dicho contraste, dando lugar a tres formas diferentes de interpretar el dualismo, que tienen consecuencias desde el punto de vista del *pathos* humano. Si se pone el énfasis en el "más allá" o en la esfera trascendente, estamos ante lo que Kelsen llama "dualismo pesimista". Si, por el contrario, se pone el énfasis en el mundo de la experiencia, estamos ante un "dualismo optimista". Por último, queda la posibilidad de establecer un compromiso entre estas vías; el resultado, en ese caso, en un equilibrio que oscila entre ambos extremos.¹⁷² Comprobaremos cómo la distinción de estas tres posibles interpretaciones del dualismo religioso-metafísico lleva a Kelsen a incurrir en importantes simplificaciones. No obstante, el contraste entre el dualismo pesimista y el dualismo optimista no debe ser tomado en términos absolutos, puesto que, como advierte Kelsen, ningún ser humano puede ser ni completamente pesimista ni completamente optimista.¹⁷³

A) El dualismo pesimista se caracteriza por negar la realidad del mundo de la experiencia: la verdadera realidad se encuentra en el "más allá", y sólo puede ser alcanzada, si acaso, tras la muerte. Es por este motivo que se niega todo valor al mundo sensible. No debe sorprender que la psicología propia de esta manifestación del dualismo se caracterice por un pesimismo respecto del presente, anhelan-

¹⁷¹ NLLP, 424.

¹⁷² NLLP, 424-425. Kelsen no siempre distingue tres formas de manifestarse el dualismo religioso-metafísico. En otras obras en las que este tema es tratado sólo de manera circunstancial, se refiere únicamente a un dualismo optimista o conservador y a un dualismo pesimista o revolucionario, sin mencionar la posibilidad de una vía intermedia. Véase GTLS, 12; MIJ, 396; TPD1, 40; TPD2, 61.

¹⁷³ NLLP, 426.

do un futuro radicalmente distinto. Su carácter es, por tanto, claramente revolucionario.¹⁷⁴

Pero el dualismo pesimista se caracteriza, además, porque mantiene un peculiar compromiso con el pasado: al carecer el mundo sensible de valor, hay una conciencia de que el bien no puede ser hallado en el presente, por lo que se busca en un pasado inmemorial, en una edad dorada de la humanidad en la que estuvo vigente un orden social justo y de carácter anárquico, en el sentido de que no existen el derecho positivo y el Estado. El único verdadero derecho es el derecho natural, que los hombres obedecen voluntariamente,¹⁷⁵ y el único verdadero Estado es la “comunidad de los justos”, que sólo puede existir en el más allá. El resultado es una afirmación del anarquismo y de la creencia de que el Estado como poder terrenal no es sustancialmente diferente de una banda de ladrones.

Con unos rasgos tan peculiares, no debe sorprender que Kelsen vincule el dualismo pesimista con ciertas doctrinas de carácter esotérico que se dieron en la antigüedad, como el cristianismo primitivo o el ascetismo monástico. Lo que sí resulta muy sorprendente es su afirmación de que en la modernidad ese dualismo de carácter pesimista es asimilado por el liberalismo revolucionario y por el anarcosocialismo.¹⁷⁶

B) La segunda variante del dualismo religioso-metafísico es el dualismo optimista, que Kelsen, incurriendo en una simplificación, identifica con lo que él denomina “idealismo”. Esta variante es además el modelo predominante del dualismo religioso-metafísico, que se caracteriza, desde el punto de vista de la psicología humana, por una mayor confianza del hombre en sus capacidades, sobre todo en comparación con la psicología del dualismo pesimista. Ahora el “más allá” no es invocado con el fin de aniquilar al mundo sensible, sino

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.* Antes me he referido a la posibilidad de un orden social que no emplee la fuerza, lo que significaría la aplicación práctica de la idea “pura” del derecho natural. Para completar cuanto dije al respecto, hay que señalar que si esta idea “pura” tuvo alguna vez aplicación, necesariamente hubo de ser bajo el dualismo pesimista. Véase *supra*, § II. 1.2.

¹⁷⁶ NLLP, 443.

más bien con el de contribuir a su explicación.¹⁷⁷ El optimismo es aún mayor en la epistemología: el hombre cree posible aproximarse a la verdad con ayuda de la ciencia. Además, el mundo no se contempla sólo como algo real (lo cual es ya una diferencia en relación con el dualismo pesimista), sino también como algo evaluable, y se cree que es el mejor de los mundos empíricamente posibles.¹⁷⁸ Para Kelsen, todas estas ideas conducen a una afirmación del presente y a una desconfianza respecto del futuro, cuyo resultado es el rechazo de todo cambio social. No ha de sorprender que para Kelsen la filosofía jurídica del dualismo optimista posea un claro carácter conservador.

El conservadurismo del dualismo optimista se manifiesta también en su concepción del pasado: en la medida en que éste es considerado la “cuna del presente”, se le contempla con verdadera devoción y gratitud, dado que es el germen del mejor de los mundos posibles. Finalmente, desde el punto de vista de la filosofía jurídica, optar por el dualismo optimista supone abandonar la idea de que la justicia sólo puede ser hallada más allá del derecho positivo. Por el contrario, se considera al derecho positivo la reproducción más aproximada posible del derecho natural,¹⁷⁹ y por esta razón se le valora como justo.

Entre las teorías características del dualismo optimista Kelsen sitúa a la filosofía platónico-aristotélica,¹⁸⁰ que es asimilada por el cristianismo una vez se convierte en la religión oficial del Imperio Romano. Pero al señalar a Platón como un ejemplo del dualismo optimista, Kelsen contradice lo dicho por él en otras ocasiones, en las que reconoce expresamente que la filosofía de Platón tiene su raíz en el dualismo pesimista.¹⁸¹ Con respecto a la teología cristiana, señala

¹⁷⁷ NLLP, 427.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ NLLP, 428.

¹⁸⁰ NLLP, 443.

¹⁸¹ Si tomamos en serio la caracterización kelseniana de las diversas formas del dualismo religioso-metafísico, es un error y una contradicción situar a Platón como ejemplo del dualismo optimista. Por el contrario, su filosofía sólo puede formar parte de la concepción más pesimista del dualismo. La idea central de la filosofía de Platón es la idea del bien absoluto, que sólo puede ser hallado —y aún así sólo por unos pocos— en el mundo de las ideas. El dualismo entre el mundo sensible y el mundo de las ideas se corresponde con otro dualismo que separa el bien del mal: el bien se localiza en el mundo de las ideas, que representa lo bueno, y es, por ello, el mundo del verdadero *ser*. Por el contrario, en el mundo sensible todo es engañosa apariencia y devenir en movimiento; este mundo encar-

que tras una primera etapa pesimista y "revolucionaria", se pasa a una etapa más moderada bajo la influencia de san Pablo. Después la Iglesia abraza el dualismo optimista, cuyo clímax se localizaría en la doctrina del cristianismo protestante.¹⁸²

C) Junto al dualismo pesimista y al dualismo optimista, Kelsen se refiere a una tercera vía intermedia a la que denomina "vía del compromiso". Optar por esta vía supone admitir un equilibrio entre el mundo empírico y el mundo trascendente que se extiende a todos los niveles, afectando también al *pathos* humano, que se mantiene en una oscilación constante entre el auto-desprecio pesimista y la autoconfianza optimista, anhelando, ante todo, el equilibrio y la paz de espíritu.¹⁸³ En esta situación, el hombre vive en el convencimiento de que éste no es el mejor de los mundos posibles, y de que el derecho positivo y el Estado distan mucho de ser perfectos.¹⁸⁴ Sin embargo, en la medida en que no son absolutamente malos, se valoran como relativamente buenos.¹⁸⁵ Este relativismo abre paso a la idea de un derecho natural relativo y a lo que Kelsen denomina "teorías del derecho natural variable",¹⁸⁶ que reconocen, junto a un derecho natural primario, de carácter absoluto e inmodificable, un derecho natural secundario, capaz de adaptarse a las circunstancias cambiantes de lugar y tiempo, lo que permite una más fácil justificación del derecho positivo. Pero admitir un derecho natural secundario es algo que, para Kelsen, contradice los fundamentos del dualismo religio-

na lo malo y es, por tanto, *no-ser*. De esta manera, en el mundo de las ideas el *ser* y el *deber ser*, es decir, lo bueno, coinciden, igual que en el mundo sensible coinciden el *no-ser* y el *no-deber ser*. Ésta es la causa por la que Platón niega todo valor al mundo sensible, señalando en su diálogo *Fedon* que si éste llegó a tener alguna vez algo bueno, ello se debe exclusivamente a su participación de las ideas. El desprecio por lo sensible sitúa a Platón de lleno en la órbita de lo que Kelsen caracteriza como dualismo pesimista. Pero la contradicción de Kelsen es todavía más evidente si tenemos en cuenta un pasaje de "Die platonische Gerechtigkeit" en el que se reconoce expresamente que la filosofía de Platón tiene su raíz en el dualismo pesimista. Véase Kelsen, H., "La justicia platónica", *op. cit.*, pp. 115 y ss. Véase también TGN, 108-111.

¹⁸² NLLP, 444.

¹⁸³ NLLP, 430-431

¹⁸⁴ NLLP, 431.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ En § III. 1.5. se analizará la crítica de Kelsen a estas teorías.

so-metafísico, que sólo admite una realidad y un valor absolutos, y lo absoluto no tolera grados.¹⁸⁷

Finalmente, la opción del compromiso supone resignarse al presente y abrazar un conservadurismo que, sin embargo, no es extremo: se confía en la evolución y en los resultados beneficiosos de las reformas sociales,¹⁸⁸ pese a lo cual, y a diferencia de lo que ocurría en el dualismo pesimista, no se cae en la quimera de un paraíso futuro. En el fondo, se sigue buscando la realización del ideal social en el pasado, lo que implica que aún persiste la fe en una edad dorada o, como dice Kelsen, en un "paraíso primaveral de la humanidad".¹⁸⁹ Entre las doctrinas que han asimilado la vía del compromiso, Kelsen destaca la filosofía del estoicismo, que penetra en el cristianismo por mediación de la doctrina de San Pablo.¹⁹⁰

b. El fin del dualismo religioso-metafísico: la filosofía científico-crítica

Quisiera, antes de continuar, hacer una breve reconsideración sobre la concepción kelseniana del dualismo religioso-metafísico. Esta caracterización incurre, a mi modo de ver, en una gran simplificación. En lo que se refiere al dualismo pesimista, por ejemplo, no se puede vincular sin más pesimismo y revolución. Un rasgo característico del espíritu revolucionario es la creencia de que aún es posible hacer algo por mejorar la realidad, lo cual es optimista. Por otro lado, si este mundo no vale nada, ¿para qué esforzarnos en cambiarlo? Lo más juicioso sería resignarnos a la realidad, bien cayendo en el derrotismo o bien tratando de evadirnos a través de la contemplación mística. Algo similar ocurre en el dualismo optimista: si todo va bien, lo deseable sería favorecer la evolución y el progreso de la sociedad. Mantener una posición conservadora al respecto carecería de sentido.

Las doctrinas que Kelsen señala como representativas de ambos tipos de dualismo sirven también para ilustrar estas simplificacio-

¹⁸⁷ NLLP, 431-432.

¹⁸⁸ NLLP, 432.

¹⁸⁹ NLLP, 433.

¹⁹⁰ NLLP, 443-444.

nes: es cierto que el liberalismo y el anarco-socialismo eran doctrinas revolucionarias, pero nadie podría decir que fueran pesimistas. Los ilustrados que impulsaron el triunfo de la revolución burguesa creían en la posibilidad de organizar un mundo mejor, lo cual no es en absoluto pesimista. Con respecto a las doctrinas antiguas que Kelsen pone como ejemplo, tampoco me parece que se las pueda considerar revolucionarias. No es posible afirmar con rigor histórico que los primeros cristianos eran revolucionarios, ni se puede hablar de "revolución" en la Edad Antigua o en la Edad Media. En relación con el dualismo optimista, tampoco se puede señalar a la filosofía platónica-aristotélica como ejemplo más notable de esta modalidad, lo cual, en el caso de Platón, constituye un claro error.¹⁹¹ Además, Kelsen se olvida de otras doctrinas a las que sí cabría incluir con más justicia en el dualismo optimista. Dos ejemplos son el iusnaturalismo cristiano medieval y la doctrina del derecho natural racionalista, aunque en el caso de esta última difícilmente se podría hablar de conservadurismo. Es evidente que Kelsen no hace sino forzar la comprensión de fenómenos espirituales variados y complejos para hacerlos encajar en un esquema de interpretación prefijado y ostensiblemente simplificado.

Según Kelsen, el dualismo religioso-metafísico se resquebraja una vez hace su aparición la filosofía crítica, que se caracteriza por su oposición frente a la metafísica y el dogmatismo. El criticismo kantiano presupone un espíritu humano consciente de sus limitaciones, y que, por consiguiente, rechaza todo objeto de conocimiento situado más allá de la experiencia.¹⁹² Esto no significa que la idea de la "cosa en sí" —como concepto de una realidad que sobrepasa la experiencia— sea abandonada, sino que se mantiene como un símbolo, como el límite de lo cognoscible o, según palabras de Kelsen, como "la barrera infranqueable en el proceso infinito de la experiencia".¹⁹³

La filosofía crítica modifica el proceso de conocimiento: mientras que para la teoría de la imagen el papel que jugaba el conocimiento era meramente pasivo y se limitaba a reflejar la realidad trascendente, para la filosofía crítica el papel es activo, teniendo el conocimien-

¹⁹¹ Véase *supra* § II. 2.1.1. (nota 114).

¹⁹² NLLP, 433.

¹⁹³ NLLP, 434.

to todo el protagonismo en la creación de su objeto, lo cual se produce de acuerdo con leyes inmanentes.¹⁹⁴ De esta manera, la vieja metafísica pre-kantiana es sustituida por una teoría crítica del conocimiento. Todavía existe un dualismo, pero, en la medida en que la "cosa en sí" constituye un límite al conocimiento, ya no es metafísico, sino más bien epistemológico y crítico.¹⁹⁵

Comparado con los modelos caracteriológicos del dualismo religioso-metafísico, el modelo de personalidad que caracteriza a la filosofía científico-crítica es el de quien lucha por el conocimiento y se preocupa por conocer el mundo antes que por dominarlo y modelarlo de acuerdo con sus deseos más íntimos. Quien se ajusta a este perfil es el científico, que lucha por liberar al conocimiento de la influencia de los deseos e intereses subjetivos.¹⁹⁶ No ha de extrañar que el ideal de objetividad emerja como dominante, lo que implica un predominio de la lógica y un viraje hacia el relativismo epistemológico.¹⁹⁷ No obstante —señala Kelsen—, ni Kant ni sus seguidores fueron capaces de realizar plenamente estos ideales, especialmente en lo que se refiere a la filosofía moral y jurídica.

Fueron varias las razones que, según Kelsen, impidieron a Kant y a los neokantianos abrazar el relativismo y ser consecuentes con los presupuestos de la filosofía crítica. Una primera razón es que Kant aún seguía admitiendo el concepto de la "cosa en sí",¹⁹⁸ que, aplicado a la filosofía práctica, conducía a incurrir en metafísica. Una segunda tiene que ver con las profundas creencias cristianas que profesaba este autor y que, en opinión de Kelsen, le impidieron completar su giro hacia el relativismo.¹⁹⁹ Estas razones motivan que en materia filosófico-moral Kant abandone el método de la lógica trascendental, lo que impide a la filosofía crítica alcanzar sus últimas conse-

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ NLLP, 435.

¹⁹⁶ *Idem.* Parece claro que Kelsen se identifica con este tipo de personalidad. Se considera heredero y continuador de la filosofía crítica.

¹⁹⁷ Este relativismo epistemológico del que habla Kelsen y que él mismo profesa niega que haya una realidad más allá de los límites del conocimiento. Toda realidad no empírica, es decir, la "cosa en sí", es incognoscible. Véase KELSEN, H., "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *op. cit.*, pp. 198-199; véase *supra* § II. 1.3. (nota 48).

¹⁹⁸ NLLP, 444.

¹⁹⁹ *Idem.*

cuencias. En ese sentido, como filósofo moral Kant sigue aún en la senda del iusnaturalismo.²⁰⁰

Kelsen reconoce la gran influencia que sobre él ejerció la filosofía de Kant, sobre todo gracias a la interpretación que H. Cohen hizo de la misma.²⁰¹ Al igual que la filosofía de la naturaleza de Kant se enfrentaba a la metafísica, para Kelsen su teoría pura del derecho se oponía a la doctrina del derecho natural, descartando todo valor de justicia trascendente. Kelsen quería aplicar el método trascendental donde sus predecesores neokantianos fracasaron:²⁰² en la teoría del derecho positivo, preguntándose por las condiciones formales que determinan su validez. Cohen fue incapaz de llevar a cabo esta tarea con éxito, y ello a pesar de los puntos de contacto existentes entre él y Kelsen.²⁰³ Los motivos del fracaso de Cohen fueron, según Kelsen, tres principales²⁰⁴: a) este autor no estaba familiarizado con el derecho, y no era un especialista de la materia; b) Cohen carecía de valor para extraer las últimas consecuencias de la filosofía trascendental de Kant en el ámbito de la teoría social: en el derecho y en la ética; c) al igual que en el caso del filósofo de Königsberg, las profundas convicciones religiosas de Cohen le impidieron adoptar el punto de vista del relativismo.

Ante el fracaso de sus predecesores neokantianos, Kelsen creyó ser el primero en llevar a cabo con éxito la aplicación del método trascendental en el terreno jurídico. Según él, la consecuencia de

²⁰⁰ NLLP, 445.

²⁰¹ Véase KELSEN, H., "The Pure Theory of Law, 'Labandism'..." *op. cit.*, p. 171.

²⁰² *Ibidem*. Véase HAMMER, S., "A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge..." *op. cit.*, pp. 181-182; y EDEL, G., "The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen", *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 210.

²⁰³ Las coincidencias que existen entre Kelsen y Cohen se deben principalmente a la raíz kantiana de ambos autores. En materia filosófico-moral, los dos piensan que las normas que regulan las relaciones humanas no se pueden basar en el *Sein*, sino en el *Sollen*; creen además en la existencia de un ámbito del *Sollen* específico y distinto del ámbito del *Sein*. Finalmente, los dos consideran que la coacción es una característica esencial del derecho. Véase SOAJE RAMOS, G., "Hermann Cohen y la filosofía del derecho en su *Ética de la voluntad pura*", *El neokantismo en la filosofía del derecho*. Revista de Ciencias Sociales, Facultad de ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Valparaíso, 1982, pp. 155-156.

²⁰⁴ KELSEN, H., "The Pure Theory of Law, 'Labandism'..." *op. cit.*, p. 173.

dicha aplicación fue doble:²⁰⁵ por un lado, significó la eliminación de la metafísica en el derecho; por otro, se dio un fundamento lógico-trascendental a la validez de las normas positivas, que sólo podía ser una validez hipotético-relativa y formal, dependiente, en último término, de una norma fundamental que la ciencia del derecho admitía como hipótesis básica.

Para Kelsen, el positivismo jurídico surge con la intención de ofrecer un conocimiento del derecho libre de ideologías: un enfoque que nos permita conocer el derecho dejando al margen el problema de su justificación. Pero Kelsen no oculta la dificultad de esta tarea: el deseo humano de justificar la propia conducta es tan fuerte que la teoría jurídica de los siglos XIX y XX fue incapaz de renunciar a ello.²⁰⁶ Justo cuando parecía que el positivismo había derrotado a la especulación iusnaturalista, en la segunda década del siglo XX, tuvo lugar un restablecimiento del derecho natural, que coincidió con un giro en la filosofía natural desde el criticismo kantiano hacia un renacimiento de la metafísica. El efecto que tuvo la experiencia de la Primera Guerra Mundial fue decisivo, haciendo resurgir la necesidad de una justificación absoluta y, con ello, de la doctrina del derecho natural.²⁰⁷

B. La función conservadora de la doctrina del derecho natural

Hemos visto cómo, para Kelsen, el dualismo religioso-metafísico en el que se basaba la teoría del derecho natural podía cumplir diferentes funciones (revolucionaria o conservadora) dependiendo del sentido de la relación entre el mundo sensible y las ideas. De lo que se trata ahora es de determinar cuál de estas funciones aparece como predominante. De ello se ocupa Kelsen en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Justice et Droit naturel y La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*²⁰⁸ señalando que la teoría del derecho natural se ha manifes-

²⁰⁵ Véase HAMMER, S., "A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge..." *op. cit.*, pp. 182-183.

²⁰⁶ NLLP, 445.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ Aparece en edición bilingüe a cargo de E. Bulygin en *Revista jurídica de Buenos Aires*, 4, 1961, pp. 7-45. Citamos por la edición de *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (DNPJ).

tado, principalmente, como una doctrina conservadora. Admite que esta teoría cumplió también una función reformista o revolucionaria, aunque con carácter excepcional, en las colonias de Norteamérica y en Francia a finales del siglo XVIII. Para Kelsen, la teoría revolucionaria del derecho natural fue sólo un episodio pasajero; muy pronto surgiría una nueva ideología conservadora para cumplir la función que había desempeñado el iusnaturalismo tradicional: se trata de la escuela histórica del derecho alemana,²⁰⁹ que consideraba que el *Volksgeist* o “espíritu del pueblo”²¹⁰ era la fuente de la validez del derecho.

El conservadurismo que como regla general caracteriza a las teorías del derecho natural es consecuencia de la actitud adoptada por la mayoría de ellas frente al problema de la relación entre derecho natural y derecho positivo.²¹¹ Si el derecho natural es un orden perfecto e inmanente a la naturaleza, podría pensarse que lo coherente sería reconocer su autosuficiencia, considerando al derecho positivo como pernicioso o, cuando menos, superfluo. Sin embargo, ningún teórico iusnaturalista importante ha llegado a esta conclusión, sino que todos han reconocido al derecho positivo como un orden necesario junto al derecho natural. Cuando estos dos órdenes operan juntos, el derecho natural trata de justificar al derecho positivo y al Estado como la fuente del mismo. Para Kelsen, sin embargo, esto es una contradicción de la teoría iusnaturalista. Si el derecho natural es absolutamente justo y su validez se fundamenta en la bondad de la naturaleza humana, este orden por sí solo, aplicado en cada caso por los propios individuos afectados y sin intervención de ninguna auto-

²⁰⁹ La caracterización que hace Kelsen de la escuela histórica del derecho es oscilante: mientras que en *Justice et Droit naturel* (1959) la considera una doctrina precursora del positivismo jurídico en el siglo XIX, sólo dos años después, en *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, la califica de “doctrina iusnaturalista disfrazada”, atribuyéndole, en cualquier caso, una función conservadora. Quizás Kelsen conocía el punto de vista de A. Ross sobre este tema. En su obra *On Law and Justice*, publicada unos años antes (1953), este autor incluye a la escuela histórica alemana en el grupo de las doctrinas representativas de lo que él llama “derecho natural encubierto”. Considera además a esta escuela una “filosofía de la historia romántico-conservadora”. Véase JDN, 150; DNPJ, 136; y ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit. p. 307.

²¹⁰ NLLP, 418; DNPJ, 136.

²¹¹ JDN, 151; DNPJ, 136.

ridad, debería bastar para resolver todos los problemas sociales. En ese caso, como señala Kelsen, no hay razón para promulgar un derecho positivo, a no ser que la teoría iusnaturalista reconozca lo contrario de lo que defiende, esto es, que el ser humano no es por naturaleza bueno. La contradicción iusnaturalista se produce porque, mientras que de un lado se piensa que la naturaleza humana (que se considera básicamente buena) es fuente del derecho natural, del otro la justificación del derecho positivo y del Estado con su aparato coactivo sólo se puede fundamentar en la maldad natural del hombre.²¹² Para Kelsen, el único que evitó incurrir en esta contradicción fue Hobbes, para quien el ser humano era por naturaleza malo.²¹³

¿De qué procedimientos se sirve la doctrina del derecho natural para justificar al derecho positivo? Kelsen trata este tema en dos de sus obras: *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, en la que anticipa cuáles son los métodos empleados por la doctrina iusnaturalista, aunque sin profundizar demasiado, y *Justice et Droit naturel*, en la que el tratamiento tiene un carácter más autónomo y diferenciado. Todos los procedimientos de los que se sirve la teoría del derecho natural tratan de eliminar en la práctica toda posibilidad de conflicto entre derecho natural y derecho positivo.²¹⁴ Uno de ellos consiste en convertir al derecho positivo en delegado del derecho natural, lo cual, como ya señalé al hilo de la exposición de Kelsen en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, termina conduciendo a este último a su “desnaturalización”. Otros procedimientos son identificar sin más el derecho natural y el derecho positivo, y atribuir la facultad de interpretar si el derecho positivo se ajusta o no al derecho natural a la misma autoridad que dicta las normas positivas.²¹⁵ De los tres me ocuparé a continuación.

²¹² TS, 142; véase también TPD2, 106.

²¹³ Hablando con rigor, esta idea que Kelsen comparte con muchos es equivocada: en el prefacio de *De Cive*, Hobbes se defiende contra quienes le acusan de sostener que los hombres sean malos por naturaleza. Dice: “[...] si este principio fuera admitido, se seguiría necesariamente no sólo que los hombres son malvados [...], sino también que son malvados por naturaleza, lo cual no puede concederse sin caer en impiedad”. Citamos por la traducción de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 44.

²¹⁴ NLLP, 416; TPD2, 107; JDN, 152; DNPJ, 136.

²¹⁵ En *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen señala cómo la técnica habitual de la teoría iusnaturalista consiste en in-

**a. El derecho positivo como un delegado del derecho natural:
la teoría del doble derecho natural**

Uno de los procedimientos utilizados por la doctrina iusnaturalista en su aspiración de eliminar el conflicto entre derecho natural y derecho positivo consiste en convertir a éste en un delegado de aquél.²¹⁶ Para ello, se deduce de la naturaleza una norma delegante que exige la obediencia al derecho positivo, al que trata además de justificar por su contenido:

“Para lograr este objetivo se convierte al derecho positivo en un delegado del derecho natural y se deduce de la naturaleza la norma que exige la obediencia al derecho positivo. Este derecho positivo viene más o menos identificado al derecho natural, con lo que se suprimen o, al menos, se reducen al mínimo las posibilidades de conflicto o entre ellos. Esta tendencia se manifiesta muy claramente en la teoría estoica del doble derecho natural y en la teoría iusnaturalista de la teología cristiana que está profundamente influida por el estoicismo”.²¹⁷

La delegación del derecho natural en el derecho positivo suponía para Kelsen —a tenor de lo dicho en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*— la autodisolución del derecho natural, dado que ello significaba autorizar al derecho positivo para reemplazarlo.²¹⁸ Sin embargo, en el pasaje que ahora señalo, perteneciente a *Justice et Droit naturel*, Kelsen no va tan lejos: la delegación del derecho natural en el derecho positivo no significa la necesaria disolución del primero, sino que ambos órdenes se identifiquen, anticipando así otro de los procedimientos que analizaré más adelante. Kelsen señala como ejemplo de delegación del derecho natural en el derecho positivo dos teorías iusnaturalistas: la teoría estoica del doble derecho natural y la teoría cristiana del doble derecho natural, que antes que dos doctrinas enteramente dife-

vestigiar las instituciones más importantes del derecho positivo, tratando de dejar constancia de su aceptabilidad a la luz del derecho natural. Es evidente que la teoría iusnaturalista presupone de antemano la rectitud de esas instituciones. Véase NLLP, 416.

²¹⁶ Véase *supra* § II. 1.5.

²¹⁷ JDN, 152.

²¹⁸ NLLP, 413.

rentes son, en realidad, dos variantes dentro del proceso de desarrollo de una misma teoría.

Para el estoicismo, el derecho natural es expresión de la razón divina que gobierna el universo y de la que participa el hombre como ser racional. Esta doctrina distingue dos naturalezas humanas: una naturaleza perfecta o buena, que depende del hecho de la participación de la razón divina en el hombre, y otra imperfecta o mala. De estas dos naturalezas se deducen dos tipos de derecho natural: uno perfecto y otro imperfecto. El primero de ellos es el único derecho verdadero en el sentido de la justicia absoluta, y consiste en un orden universal que vincula a todos los hombres, en la medida en que participan por igual de la razón divina. Este orden sólo estuvo vigente en una edad de oro remota, en la que la naturaleza humana se mantuvo en estado de perfección.²¹⁹ La corrupción posterior de la naturaleza humana determina que el derecho positivo aparezca como necesario junto con todas sus instituciones, incluido el Estado. En ese sentido, para la teoría estoica el derecho positivo se fundamenta también en la naturaleza humana.

La teoría del doble derecho natural y de las dos naturalezas humanas es asimilada posteriormente por la Iglesia gracias a las enseñanzas de San Pablo. Al igual que sucedía en la filosofía de Platón, el cristianismo primitivo veía en lo terrenal algo malo, adoptando una actitud hostil frente a la naturaleza. Pero una vez el cristianismo se convierte en la religión oficial del Imperio Romano, y una vez el clero pasa a ser clase privilegiada, el mundo empieza a ser visto no como algo malo es sí, sino como algo se ha hecho malo por culpa del pecado original.²²⁰ Ello motiva que aparezcan dos tipos distintos de derecho natural: por un lado, un derecho natural divino y perfecto que sólo tuvo validez antes del pecado original; por otro, un derecho natural imperfecto, que se expresa en el derecho positivo²²¹ y que es necesario desde que la naturaleza humana se corrompe. Al producirse la transformación del derecho natural perfecto en derecho natural

²¹⁹ JDN, 153.

²²⁰ JDN, 154-155. Ello supone el tránsito desde el dualismo pesimista característico del cristianismo originario hasta la vía del compromiso, a la que se llega por influencia de la filosofía estoica.

²²¹ JDN, 155.

imperfecto (lo cual tiene el significado de una delegación) por mediación de la voluntad divina, resulta evidente que este último es también querido por Dios.

Lo que hace que la teoría estoica y la teoría cristiana del doble derecho natural aparezcan como dos variantes dentro de la misma teoría, es que ambas reconocen que existen dos derechos naturales: uno perfecto, que encarna una justicia absoluta, y otro imperfecto, que sólo puede ser justo relativamente.²²² Esto no impide, sin embargo, que el derecho natural imperfecto se considere un verdadero derecho natural, lo cual es criticado por Kelsen. Este autor cree que la noción de “derecho natural imperfecto” resulta tan contradictoria como la de “derecho natural relativo”, dado que el derecho natural sólo puede tener un valor absoluto. En cualquier caso, la teoría del doble derecho natural —en cualquiera de sus variantes—, en la medida en que admite un derecho natural relativo e imperfecto, demuestra ser una “ideología contradictoria” al servicio de la justificación del derecho positivo y, por tanto, conservadora.²²³

b. La identificación del derecho natural y el derecho positivo

Otro de los procedimientos de los que se sirve la doctrina iusnaturalista para justificar el derecho positivo consiste en identificar a éste con el derecho natural. Hobbes, por ejemplo, advierte que la ley positiva no puede entrar en contradicción con la razón, esto es, con la ley natural,²²⁴ puesto que ambas son correlativas. Es más, la ley natural contiene ya a la ley positiva, cuya obediencia es exigida por la propia ley natural. Otros teóricos iusnaturalistas no han ido tan lejos; Pufendorf, por ejemplo, reconoce que aunque en teoría el conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo podría tener lugar, en la práctica queda excluido, pues sólo un soberano desposeído de la razón o con deseos de provocar la disgregación de la comunidad podría querer promulgar normas contrarias al derecho natural.²²⁵

²²² Véase JDN, 153 y 155.

²²³ JDN, 154-155.

²²⁴ TS, 144; JDN, 156-157. Véase *Leviathan*, Cap. XXVI y *De Cive*, Cap. XIV, § 10.

²²⁵ TS, 145, JDN, 157.

Hay otro argumento que también parece conducir a la identificación del derecho natural y el derecho positivo: el hecho de que un orden jurídico sea eficaz parece probar que ese orden no es contrario al derecho natural. Al ser considerada la eficacia una condición de la validez del derecho positivo, este argumento conduce, en la práctica, a identificar ambos órdenes. Se presupone, por tanto, que un derecho positivo vigente y eficaz siempre es conforme al derecho natural e idéntico al mismo.²²⁶

c. El monopolio de la interpretación por la autoridad jurídica positiva

El último procedimiento consiste en atribuir la facultad de interpretar si las normas del derecho positivo son conformes o no al derecho natural a la autoridad encargada de dictar esas normas. Para Kelsen, ésta es una tendencia habitual de la teoría iusnaturalista. Si se considera que la facultad de interpretar el derecho positivo con efectos jurídicos no se puede otorgar a los individuos que se someten a él (a menos que se acepte el riesgo de caer en la anarquía), y si lo que se pretende es hacer que el conflicto entre derecho natural y derecho positivo parezca algo imposible o, al menos, muy improbable, parece que lo más conveniente sería atribuir la facultad de interpretar las normas de derecho positivo al órgano que tiene la capacidad de hacer una interpretación auténtica del mismo, es decir, al legislador, quien se encarga de valorar en cada caso si el derecho positivo o una cualquiera de sus normas es conforme o no al derecho natural.²²⁷ De esa manera queda asegurada la correspondencia.

La consecuencia que tiene la utilización de éste y otros procedimientos es, para Kelsen, que bajo el orden del derecho natural se elimina o se restringe muy severamente el derecho de resistencia de los súbditos frente a las órdenes abusivas impuestas por un tirano. Esto se debe a la actitud conservadora que han adoptado muchos de los teóricos iusnaturalistas más importantes, como Hobbes, Grocio o Pufendorf.²²⁸ Sin embargo, Kelsen parece olvidar de nuevo a otros

²²⁶ JDN, 157.

²²⁷ TS, 150; JDN, 158.

²²⁸ Véase TS, 148 y ss.

autores no menos significativos —como J. Locke o Tomás de Aquino— que desarrollaron sendas doctrinas a favor del derecho de resistencia frente al tirano.²²⁹

En cualquier caso, Kelsen insiste en que la actitud conservadora de la doctrina del derecho natural aparece como dominante a lo largo de su historia. De esta manera, aunque niega en principio la validez del derecho positivo en cuanto tal, la teoría iusnaturalista acaba conduciendo a un fortalecimiento. Es evidente, una vez más, que su función es predominantemente conservadora.

III. RESUMEN

Concluyo realizando un breve resumen de la caracterización de Kelsen sobre la teoría del derecho natural. Lo primero que habría que señalar es que en ningún momento Kelsen lleva a cabo esa caracterización de una forma clara, ordenada y sistemática. Además, con el paso del tiempo el centro de gravedad de su caracterización se va desplazando hacia algunos aspectos de la doctrina iusnaturalista y hacia algunas variantes doctrinales. Eso ocurre, por ejemplo, con su insistencia en el carácter ideológico de esta teoría, así como en la función conservadora que ha cumplido a lo largo de su historia. Aunque admite que en ocasiones la teoría iusnaturalista ha cumplido también funciones revolucionarias, termina queriendo quitarle importancia a este

²²⁹ Tomás de Aquino, por ejemplo, llega a decir que la tiranía es una forma criminal de gobierno, e incluso una forma de sedición: “El régimen tiránico no es justo, ya que no se ordena al bien común, sino al bien particular de quien detenta el poder [...]. De ahí que la perturbación de ese régimen no tiene carácter de sedición [...]. El sedicioso es más bien el tirano, el cual alienta las discordias y sediciones en el pueblo que le está sometido [...]. Esto es propiamente lo tiránico, ya que está ordenado al bien de quien detenta el poder en detrimento de la multitud”. En la medida en que el tirano es un sedicioso, incurre en pecado mortal: “La sedición, empero, se urde contra el bien común. Por eso es siempre pecado mortal”. Aunque Santo Tomás no desarrolla la cuestión del derecho de resistencia como lo hace, por ejemplo, Locke, sí deja bien sentado que ningún tirano puede buscar en la ley natural argumentos para perpetuar su dominio, y más aún si tenemos en cuenta que para este autor “La ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino más bien una perversión de la ley”. Véase *Suma de Teología* II-II, c. 42, a. 2, y I-II, c. 92, a. 1. Véase también GEORGE, R. P., “Kelsen y Santo Tomás sobre ‘la doctrina de la Ley Natural’”, *Persona y Derecho*, 42, trad. de Caridad Velarde, Universidad de Navarra, Pamplona 2000, pp. 93-94.

hecho, y poniendo en primer plano la tendencia más conservadora. Por otra parte, la caracterización de Kelsen adolece por regla general de falta de sensibilidad a las variaciones históricas de la doctrina del derecho natural. Sólo en *Die Philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* de 1928 encontramos un intento de esbozar una historia de la tradición iusnaturalista, al hilo de la exposición del dualismo religioso-metafísico que, como sabemos, él coloca en la base de la doctrina del derecho natural. Pero esa exposición es muy simplificada, y se podrían formular gran cantidad de excepciones a lo que Kelsen expone de forma tan sucinta. Quizás por ello rehúsa volver sobre esta caracterización en obras posteriores, en las que, si acaso, se refiere al dualismo entre realidad e idea de forma meramente testimonial.

Sí me parece más consistente la exposición que hace de los rasgos que distinguen al derecho natural del derecho positivo. El primero se refiere a la fuente de ambos órdenes normativos. El derecho natural es una ordenación objetiva, inmutable y perfecta, cuyo origen se localiza en Dios, en la naturaleza o en la razón, aunque Kelsen termina señalando que, en última instancia, habría que referirlo a una voluntad trascendente, apareciendo la teoría del derecho natural como una doctrina de carácter teológico. El derecho positivo, por el contrario, es producto de una voluntad humana, y por tanto es imperfecto y variable.

Un segundo rasgo se refiere a la forma de conducir la conducta humana que tienen ambos órdenes. El derecho natural ha de servirse de la técnica de motivación directa, de modo que sus normas deberían ser obedecidas voluntariamente en virtud de un genuino sentimiento del deber, que Kelsen denomina “necesidad interior”. Es característico del derecho positivo, en cambio, utilizar la técnica de motivación indirecta: amenazar con imponer una sanción a quienes realicen la conducta contraria a la que el legislador pretende promover. El derecho positivo se revela así como un orden normativo coactivo e institucionalizado, que requiere de la existencia de órganos autorizados a imponer sanciones. Por el contrario, el derecho natural, al ser un orden que *debe ser* obedecido voluntariamente por quienes se someten a él, no requiere de órganos ni instituciones y, en ese sentido, es un orden anárquico de conducta.

La diferencia más importante alude a la distinta naturaleza de la validez del derecho natural y el derecho positivo. La validez de las

normas de derecho natural es de tipo material: son válidas porque son justas. Por el contrario, las normas de derecho positivo tienen una validez formal: valen por haber sido creadas según lo establecido por otra norma y, en último término, de acuerdo con lo que establece una norma fundamental que no es "puesta", sino "presupuesta" por la ciencia jurídica. Esta norma no incluye exigencias materiales, sino sólo la prescripción formal de que la primera norma positiva del sistema, esto es, la constitución histórica, *debe ser* obedecida.

A esta diferencia relativa al tipo de validez está anudado un diferente tipo de sistema normativo: el derecho natural es un sistema "estático"; el derecho un sistema "dinámico". En tanto que sistema estático, las normas que integran el derecho natural están contenidas en la norma fundamental del sistema, de la que se derivan lógicamente y cuyo contenido de justicia material desarrollan. En el derecho positivo, en cambio, la norma fundamental establece un poder normativo que puede delegar en otros poderes la capacidad de producir normas. Se crea así una estructura normativa jerárquica en cuyo vértice se sitúa la norma fundamental hipotética, con la que el resto de las normas están conectadas mediante vínculos formales de creación y aplicación.

Ante las dificultades de realización de un orden normativo anárquico desprovisto de mecanismos institucionalizados de creación y aplicación de normas, la teoría del derecho natural ha tratado de incorporar al sistema también el principio dinámico característico del derecho positivo, formulando una norma de derecho natural que ordena obedecer al derecho positivo, el cual se convierte en un orden delegado. Pero por este camino el derecho positivo pasa a adquirir el protagonismo, produciéndose así lo que Kelsen ha denominado "desnaturalización" del derecho natural.

Kelsen piensa que en la historia del iusnaturalismo esta "desnaturalización" ha cumplido preponderantemente una función ideológica de justificación del derecho positivo. Y para mostrarlo pasa revista a los diferentes procedimientos de los que se sirven a estos efectos las teorías del derecho natural. Así, junto al procedimiento de la delegación, Kelsen señala que en ocasiones la doctrina del derecho natural ha tratado también de unificar ambos órdenes de conducta como si fueran uno solo, o ha pretendido atribuir al legislador positi-

vo la facultad de interpretar si las normas de derecho positivo se ajustan al derecho natural, todo ello con el fin de forzar la coherencia entre ambos órdenes. Para Kelsen, la utilización de estos procedimientos ha favorecido la función conservadora con la que, de forma predominante, está comprometida la tradición iusnaturalista.

La intención de subrayar que las doctrinas iusnaturalistas han tendido por lo general a desempeñar una función de justificación del orden vigente hace que Kelsen apenas preste atención a las teorías iusnaturalistas que han cumplido una función reformista e incluso revolucionaria. Es evidente que le interesa más mostrar la utilización conservadora de dicha teoría, aun cuando ello le haga olvidar que históricamente cumplió también una función crítica no menos importante.