

LA CRÍTICA DE HANS Kelsen A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL (II)¹

José Antonio SENDÍN MATEOS

SUMARIO: IV. *La crítica a la doctrina del derecho natural.* 1. *La irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser.* A. *La naturaleza del hombre como fuente del derecho natural: los instintos humanos.* B. *Derecho natural y sentimientos humanos: el origen del derecho natural en el sentimiento del derecho y en el sentimiento de la justicia.* 2. *La separación de razón y voluntad: la crítica al concepto de razón práctica.* 3. *De nuevo sobre el fundamento teológico de la doctrina del derecho natural.* 4. *Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural.* 5. *Derecho natural e historia: la crítica a las teorías del derecho natural variable.* 6. *La inevitable "desnaturalización" del derecho natural.* 7. *La respuesta de Kelsen: el relativismo de los valores y sus implicaciones en el terreno científico.* El monismo iuspositivista. V. *Reconsideración final.*

¹ Ésta es la segunda parte del trabajo de investigación publicado en el núm. 29 (2005) de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho. El grueso del trabajo me sirvió para obtener el 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 Educación y Ciencia. Quiero dar mi agradecimiento más sincero a la directora del trabajo, la profesora María 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.

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 Ángeles (1957).

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.

NLLP: "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", *General Theory of Law and State* (append.), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1945.

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, Turín, 1985.

TPD2: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 3a. ed., 1963.

"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 Ángeles, 1957.

² Aquí se incluyen únicamente las obras de Kelsen más frecuentemente citadas en la segunda parte del trabajo.

IV. LA CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

Una vez hemos esbozado lo que para Kelsen es la doctrina del derecho natural, el paso siguiente es exponer los principales argumentos que esgrime en su contra. Es menester señalar que junto a los argumentos invocados con mayor insistencia, y que podríamos calificar de fundamentales (el argumento de la irreductibilidad lógica entre ser y deber ser, la crítica al concepto de razón práctica, y la relativa a las contradicciones en que a menudo incurre la doctrina iusnaturalista), hay otros argumentos de menor significación, bien porque se dirigen a un sector doctrinal muy concreto dentro de la doctrina iusnaturalista (como su crítica a la teoría del derecho natural variable o al intento de deducir preceptos de derecho natural a partir del llamado "sentimiento del derecho"), bien porque se trata de cuestiones a las que Kelsen presta atención tan sólo en algún momento muy concreto de su producción (como la tesis de la necesaria "desnaturalización" del derecho natural, que desarrolla tempranamente).

Por otra parte, al hilo del examen de la argumentación de Kelsen contra la teoría iusnaturalista, tendremos ocasión de enlazar nuevamente con algunos puntos pendientes relativos a su visión de la misma, insistiendo una vez más en el origen teológico del derecho natural. Finalmente, explicaré con algo más de detalle en qué consiste el relativismo de los valores que se sitúa en la base de la Teoría pura del derecho, y que le sirve a Kelsen para confrontar su visión sobre la justicia con la concepción objetivista que la teoría del derecho natural defendió durante siglos.

1. La irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser

El argumento de la irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser es el elemento central de la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural. Este argumento se basa en la imposibilidad de deducir, a partir de los hechos acaecidos en el mundo del ser (Sein), normas que expresan un deber ser (Sollen).

Deducir normas a partir de hechos significa incurrir en el error lógico denunciado por D. Hume y que desde G. E. Moore se conoce

como "falacia naturalista".³ Aunque el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo del ser y al del deber ser,⁴ y a pesar de que determinados hechos pueden ser condición de la validez de las normas, éstos nunca pueden fundamentar dicha validez, lo que significa que de la naturaleza no es posible extraer normas.

La irreductibilidad lógica de las categorías de ser y deber ser constituye, junto a la distinción entre la ciencia del derecho y la política jurídica, uno de los pilares básicos de la teoría pura del derecho.⁵ La primera referencia de Kelsen a la antinomia fundamental que separa Sein y Sollen tiene lugar en su primera obra importante, los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911), situando su origen en la filosofía de Kant. Posteriormente, la antinomia es reelaborada por los autores de la escuela neokantiana alemana-sudoccidental (de Baden), y en concreto por Windelband y Simmel, a quienes Kelsen confiesa seguir en este punto.⁶ Kelsen (al igual que Simmel) considera que el Sollen es una categoría lógica originaria e irreductible en relación con el Sein,⁷ y

³ En relación con esta falacia lógica, véase TS, 141; QJ, 73; QTPD, 14; TPD2, 105.

⁴ IDN, 26; NLLP, 394. A pesar de que Sein y Sollen son categorías lógicamente irreductibles, cuando se trata de normas jurídicas hay dos momentos: el de su promulgación y el de su eficacia posterior.

En que el Sollen depende ineludiblemente del Sein. Para Kelsen, las normas positivas sólo pueden ser resultado de un acto de voluntad producido en el plano del Sein. En esto consiste precisamente su positividad. Por otra parte, Kelsen insiste en que la eficacia general del orden jurídico como sistema de normas es una condición de su validez, lo que determina que la validez y, por ende, el sentido del deber ser de las normas positivas, dependa de ciertos hechos acontecidos en el mundo del ser. Véase LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Bogotá, 1992, p. 140.

⁵ Algunos autores han visto en esta antinomia un "principio axiomático" de la Teoría pura del derecho.

Véase ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 395.

⁶ PCTJE, XL.

⁷ Para Simmel y los neokantianos de Baden, el Sollen posee tres rasgos principales. En primer lugar, es un modo específico del pensar, una categoría del pensamiento no susceptible de definición. En segundo lugar, se mantiene estrictamente separado del Sein. Finalmente, como señala A. KITZ (*Sein und Sollen. Abriss einer philosophischen Einleitung in des Sitten, und Rechtsgesetz, Frankfurt am Main, 1864*), es una categoría inanalizable: hay un Sein y un Sollen (y sólo uno), sin que sea posible su división. Véase PCTJE, 7 y ss; también LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, cit., pp. 94 y ss.

que sea posible tender un puente entre ambas.⁸ Es precisamente en la irreductibilidad lógica del Sollen al Sein donde se expresa la autonomía del derecho como fenómeno normativo, dando lugar a su método específico y a la jurisprudencia como ciencia normativa.⁹ Frente al método explicativo que caracteriza a las ciencias causales (y que siguen las ciencias de la naturaleza y la sociología jurídica) se sitúa el método normativo que caracteriza a la ciencia del derecho. Para Simmel (y Kelsen), todo intento de tender un puente sobre el abismo que separa al Sein del Sollen conduce a adoptar el punto de vista explicativo que caracteriza a las ciencias del Sein.¹⁰ En el campo del derecho, esto hace precisamente la sociología jurídica, que, al asumir el método causal, considera únicamente el aspecto fáctico del derecho, mostrándose incapaz para dar cuenta de su aspecto puramente normativo. Para Kelsen, en cambio, si cabe la ciencia del derecho como algo diferente de la sociología jurídica, sólo puede ser en la forma de una ciencia normativa.

Centrémonos ya en la cuestión que nos ocupa principalmente: ¿qué papel cumple el postulado de la irreductibilidad lógica del Sein y el Sollen en la crítica kelseniana a la doctrina del derecho natural? Kelsen cree que la teoría iusnaturalista incurre en el error de ignorar las diferencias existentes entre la naturaleza y el derecho, entre la legalidad causal y la legalidad normativa.¹¹ Las leyes de la naturaleza son enunciados hipotéticos que obedecen al esquema: si A es, entonces es (o será) B. El nexo que une condición y consecuencia expresa una relación de necesidad causal. También las normas jurídicas son estructuralmente enunciados hipotéticos, que conectan dos fenómenos como condición y consecuencia, aunque dicha conexión es distinta: su esquema no es si A es, entonces es (o será) B, sino: si A es, entonces debe ser B. La relación entre condición y consecuencia no es una relación de necesidad causal, sino más bien una suerte de necesidad normativa, que Kelsen denomina "imputación" (Zurechnung).¹² En

⁸ PCTJE, 8.

⁹ PCTJE, 6.

¹⁰ Véase PCTJE, pp. 41-42.

¹¹ IDN, 25; TPD2, 51-52; DNPJ, 122.

¹² Véase DNPJ, 124.

zar que se puedan deducir normas a partir de la naturaleza: puesto que ésta carece de voluntad, no cabe obtener de ella normas. Únicamente presuponiendo normas es posible valorar los hechos naturales como justos o injustos, en función de si son conformes o no a las normas presupuestas.¹⁹ Para Kelsen, ésta es, en realidad, la forma habitual de proceder de la doctrina iusnaturalista, que no deduce las normas inmediatamente a partir de la naturaleza, sino que las presupone y se sirve de ellas para valorar los hechos naturales de los que extraer normas.

La referencia a la naturaleza humana como fuente del derecho natural es una constante en la concepción kelseniana sobre la doctrina iusnaturalista. En sus primeros trabajos (*Die Idee des Naturrechts* y *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*) Kelsen sitúa el origen del derecho natural en la naturaleza, en Dios o en la razón indistintamente y sin mayores precisiones. Esta tendencia se aprecia en otras obras posteriores, como *General Theory of Law and State*,²⁰ (1945) o *The Metamorphoses of the Idea of Justice*²¹ (1947).

Sin embargo, es en los escritos de su etapa intermedia donde comienza a poner el énfasis en la naturaleza humana como fuente del derecho natural. Dos buenos ejemplos son *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, 1949, y *A "Dynamic" Theory of Natural Law*,²² 1956, donde dirige una crítica frontal a los intentos de obtener preceptos de derecho natural a partir de las tendencias e instintos humanos. Estas obras contribuyen significativamente al desarrollo del argumento central de la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural: la imposibilidad de obtener normas a partir del análisis de los hechos naturales, argumento que ya estaba presente en los *Hauptprobleme* de 1911.

¹⁹ JDN, 103; DNPJ, 125.

²⁰ Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945. Existe traducción española: *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958.

²¹ *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*. Oxford University Press, 1947, pp. 390-418. Existe traducción española: *Las metamorfosis de la idea de justicia. El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951, pp. 247-299.

²² *Louisiana Law Review*, 16 (1956), pp. 597-620. Citamos por la edición de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (DTNL).

Aunque todas estas obras suponen un avance, quizás la exposición más detallada y sistemática de cuantas realizara Kelsen sobre el error iusnaturalista de obtener normas de conducta a partir de simples hechos naturales, es la que se contiene en *Justice et Droit Naturel*. Además, Kelsen insiste —y éste es otro argumento que preside toda su exposición— en que la teoría iusnaturalista no obtiene preceptos normativos a partir de la naturaleza, sino que más bien los presupone de antemano. Lo que se entiende por “naturaleza” se construye en realidad a partir de un derecho natural que supuestamente se deduce de ella.

La teoría del derecho natural incurre así en un problema de circularidad. Ahora bien, ¿a qué hechos naturales y a qué naturaleza apelan las teorías del derecho natural para obtener normas? Según Kelsen, las doctrinas iusnaturalistas manejan distintas nociones de “naturaleza”.²³ Algunas contemplan la naturaleza en general, como un conjunto de hechos vinculados por el principio de causalidad; otras, en cambio, entienden por “naturaleza” la naturaleza humana en su doble vertiente racional e instintiva, de forma que pueden considerarse fuente del derecho natural tanto la razón humana como los instintos, deseos y sentimientos de los hombres.

Me referiré a continuación a los intentos iusnaturalistas de obtener los preceptos de derecho natural a partir de los instintos y sentimientos humanos. De la otra cuestión, relativa a la obtención de normas a partir de la razón, lo haré más adelante, al hilo de la crítica kelseniana al concepto de razón práctica.

A. La naturaleza del hombre como fuente del derecho natural: los instintos humanos

La primera objeción que Kelsen opone a la tentativa iusnaturalista de obtener normas de derecho natural a partir de los instintos humanos consiste, como ya sabemos, en el argumento central de que de los

²³ Véase SENDÍN MATEOS, J. A., “La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 29, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, pp. 471-472.

hechos naturales (y los instintos humanos lo son, pues no son otra cosa que hechos psicológicos) no se puede deducir normas. Kelsen expresa este argumento de la manera siguiente:

“[...] del ser no puede deducirse un deber, de los hechos no pueden deducirse normas. Si la naturaleza del hombre es su naturaleza empírica, su constitución de hecho, [...] entonces no cabe deducir de esta naturaleza real cuál será el comportamiento ideal del hombre, es decir, cómo el hombre debe comportarse; no cabe concluir que deba comportarse como se comporta de hecho ni tampoco que deba hacerlo de modo diferente”.²⁴

A esto habría que añadir una segunda objeción que Kelsen vincula a la anterior: deducir normas a partir de los instintos humanos, además de ser imposible desde el punto de vista lógico, carece de sentido: si los hombres ya se comportan de acuerdo con las determinaciones de sus instintos, es absurdo ordenarles la conducta que ya realizan de hecho sin necesidad de imperativos.

Esa norma sería superflua.²⁵ Por otra parte —y esto nos conduce a una crítica de mayor significación— es evidente que los instintos humanos son diferentes entre sí, y a menudo contradictorios. Según Kelsen, la contradicción entre los instintos humanos puede producirse en dos niveles: en primer lugar en el individuo aislado, cuya conducta es con frecuencia el resultado de una pugna entre instintos que operan en direcciones opuestas; y en segundo lugar en los instintos del individuo en sus relaciones con los demás. En ambos casos se llega al mismo resultado: la teoría del derecho natural tiene en cuenta sólo ciertos instintos a la hora de determinar qué comportamiento debe realizar el hombre, excluyendo otros que están igualmente presentes en su naturaleza. Desarrollaré a continuación esta crítica de Kelsen.

a. Buenos y malos instintos. La paradoja de las dos naturalezas

Para Kelsen, el intento de obtener normas de derecho natural a partir de los instintos humanos plantea dificultades. La variedad de instin-

²⁴ JDN, 110. *Cursivas mías.*

²⁵ JDN, 111.

tos existentes en los hombres hace que estos instintos a menudo se contradigan, lo cual puede suceder tanto en el individuo aislado como en las relaciones entre individuos.²⁶ Un ejemplo de instintos contradictorios en el individuo aislado son el instinto de autoconservación, que induce a preservar por todos los medios la propia vida, y el instinto de autodestrucción que, bajo ciertas circunstancias, puede llevar a ponerle fin. Es innegable que ambos instintos están presentes en la naturaleza del hombre.²⁷ Por esta razón, Kelsen critica a quienes desde el iusnaturalismo han considerado como “natural” tan sólo el instinto humano de autoconservación, ignorando el instinto de autodestrucción. Señala como ejemplo a Santo Tomás de Aquino,²⁸ que deducía a partir del instinto de autoconservación el precepto de derecho natural que prohibía atentar contra la propia vida.²⁹ Para Kelsen, en cambio, tanto el instinto de conservación como el que

²⁶ JDN, 110. Esta idea aparece desarrollada con anterioridad a *Justice et Droit Natural*, en A “Dynamic” Theory of Natural Law, Kelsen insiste en la imposibilidad de fundamentar normas de derecho natural en las tendencias y deseos humanos. Se apoya en que éstos no pueden ser compartidos por todos los hombres. Pone un ejemplo: torturar a otros hombres puede ser una tendencia natural de ciertos individuos; para la teoría iusnaturalista, sin embargo, esta actitud sólo puede ser el resultado de una deformación. Véase DTNL, 188.

²⁷ JDN, 112; véase también DNPJ, 128.

²⁸ Dice Santo Tomás: “Y así encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción”. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 94, a. 2. Citamos por la edición de la B.A.C., Madrid, 1989.

²⁹ Para Santo Tomás de Aquino, el suicidio es ilícito por tres razones: en primer lugar, porque todo ser “se ama naturalmente a sí mismo, y a esto se debe el que todo ser se conserve naturalmente en la existencia y resista, cuando sea capaz, a lo que podría destruirle”. De nuevo Santo Tomás enuncia la tendencia natural a la autoconservación del hombre, y añade: “Por tal motivo, el que alguien se dé muerte va contra la inclinación natural y contra la caridad por la que uno debe amarse a sí mismo; de ahí que el suicidarse sea siempre pecado mortal por ir contra la ley natural y la caridad”. La segunda razón por la que se prohíbe el suicidio es porque el hombre es una parte del todo que representa la comunidad; de esta manera, “todo lo que él es pertenece a la sociedad”. El suicidio es una injuria a la comunidad, y su prohibición una exigencia de orden público. Finalmente, el suicidio es ilícito porque la vida “es un don divino dado al hombre y sujeto a la divina potestad, que da la muerte y la vida. Y, por tanto, el que se priva a sí mismo de la vida peca contra Dios, [...] pues sólo a Dios pertenece el juicio de la muerte y de la vida”. Véase *Suma de Teología*, II-II, c. 64, a. 5.

induce a los hombres a quitarse la vida deberían ser reconocidos como pertenecientes a la naturaleza:

“El instinto que impulsa al hombre a conservar su vida sólo puede ser considerado como “natural” [...] en la medida en que es algo realmente existente. Del mismo modo hay que considerar también como natural el instinto que impulsa al hombre a poner fin a su propia vida [...]. Si, partiendo del hecho de que el hombre tiene el instinto de conservar su vida en ciertas circunstancias, se concluye que el hombre debe conservar su vida en esas circunstancias, no cabe a su vez oponerse a que, partiendo del hecho irrefutable de que el hombre siente a veces el instinto de poner fin a su vida, deba establecerse la norma según la cual el hombre debe a veces poner fin a su propia vida. Significa todo esto que [...] no cabe deducir norma alguna unívoca de derecho natural relativa al comportamiento del hombre con respecto a su propia vida”.³⁰

Si ambos instintos —autoconservación y autodestrucción— son naturales, no tiene sentido afirmar que del primero se pueda deducir una norma de derecho natural y del segundo no. Si para la teoría iusnaturalista sólo es “natural” el instinto de autoconservación, que se considera un “buen instinto”, es porque parte de una idea preconcebida acerca de lo que se considera “natural”. Esta crítica de Kelsen aparece ya en el artículo “A ‘Dynamic’ Theory of Natural Law”. En él explica que la distinción entre el bien y el mal sólo es posible presuponiendo de antemano una norma que ordene a los hombres comportarse según ciertos instintos que se juzgan “naturales”. Se incurre así en una *petitio principii*.³¹ Pone un ejemplo: la doctrina del derecho natural puede considerar como bueno el sacrificio de la propia vida para alcanzar la victoria sobre el enemigo en la guerra; por otra parte, piensa que el suicidio es malo. En ambos casos se presuponen sendas normas de derecho natural: la que establece el deber de sacrificar la vida para derrotar al enemigo y la que prohíbe a los hombres suicidarse.³²

³⁰ JDN, 112. Cursivas mías.

³¹ DTNL, 181.

³² DTNL, 184.

Ocurre algo muy similar en el otro campo señalado, el que se refiere a los instintos de los hombres en las relaciones con otros individuos. También aquí hay instintos de dos tipos, que Kelsen cataloga como “instintos altruistas” e “instintos egoístas”.³³ Por regla general, unos y otros están dados en los seres humanos, pero la doctrina iusnaturalista sólo reconoce como “naturales” a los primeros, y los considera “buenos instintos”. El resto son “malos instintos” o, en palabras de Kelsen, “distorsiones” o “deformaciones”³⁴ de las tendencias naturales humanas. Un instinto “altruista” es el instinto de caridad; un instinto “egoísta” es el de agresión. Si se admite que ambos existen en la naturaleza, y que a partir de ésta es posible deducir normas, ello daría lugar, a su vez, a dos tipos de mandatos, que Kelsen denomina “mandatos de caridad” y “mandatos de agresión”.³⁵ Sin embargo, ninguna teoría iusnaturalista ha llegado a esta conclusión, sino que, por el contrario, todas ellas distinguen instintos de los que cabe deducir normas e instintos de los que no cabe deducir normas, es decir, “buenos” y “malos” instintos. El problema es que la diferencia entre lo bueno y lo malo no se contiene en esos instintos, sino que, una vez más, hay que presuponerla.³⁶

Como resultado de lo anterior, el concepto de naturaleza experimenta un importante cambio de significado, produciéndose un efecto paradójico. Como es innegable que tanto los instintos de autoconservación y autodestrucción como los de caridad y agresión están, todos ellos, presentes en la naturaleza, la teoría iusnaturalista se ve obligada a distinguir dos naturalezas humanas: una naturaleza propiamente “natural”, que se identifica con la naturaleza real, y una naturaleza “no natural”, es decir, ideal.³⁷ De esta manera, la naturaleza real, que es, cede su puesto a una naturaleza ideal, que debe ser según el derecho natural. Cuando la teoría iusnaturalista afirma poder extraer normas a partir de la naturaleza, lo que hace en realidad es configurar una naturaleza ideal a partir de un derecho que denomi-

³³ DTNL, 196; JDN, 113.

³⁴ DTNL, 184.

³⁵ JDN, 113-114.

³⁶ JDN, 115.

³⁷ *Idem*. Véase también TPD2, 106.

na "natural" y que dicha teoría presupone.³⁸ Con ello se enreda en un círculo vicioso.

Para Kelsen, la teoría del derecho natural es consciente de esta objeción y ha intentado superarla, tratando de deducir las normas de derecho natural a partir del comportamiento humano que se considera "normal". Sin embargo, esta nueva tentativa de la teoría iusnaturalista termina siendo, como veremos a continuación, igualmente objetable.

b. Lo natural como comportamiento "normal"³⁹

Para Kelsen, hablar de un comportamiento humano "normal" sólo es posible si admitimos que los hombres, como regla general, se comportan de una manera determinada bajo ciertas circunstancias. Sin embargo —señala—, no se puede constatar una regularidad de comportamiento semejante, sobre todo si tenemos en cuenta que las costumbres humanas son demasiado distintas y cambiantes como para que se pueda hablar de un comportamiento "normal". Pero, aun en el caso de que fuera posible constatar esta regularidad, y de que existieran unas pocas reglas que los hombres obedecieran siempre, tampoco sería posible obtener normas a partir de dichos comportamientos, pues ello conduciría, una vez más, a incurrir en la falacia naturalista.⁴⁰

Acto seguido, Kelsen examina cómo la teoría iusnaturalista ha tratado de sustraerse a esta objeción, aunque al precio de convertirse en

³⁸ JDN, 115-116; DNPI, 128-129. A la misma conclusión llega WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, 2a. ed., Aguilar, Madrid, 1979, p. 59. Señala: "si no todas las inclinaciones naturales son "naturales", en sentido axiológico, sino sólo las buenas, libres de vicio, es evidente que el concepto de naturaleza pierde su capacidad para servir de criterio de distinción entre el bien y el mal. Lo "natural" no sirve para definir el contenido concreto de lo bueno, sino que, al contrario, es lo bueno lo que tiene que decidir qué es lo natural.

De esta manera se cae en la típica *petitio principii* iusnaturalista: lo que se tiene primero como bueno es presentado como lo "natural", utilizándolo después como criterio de conocimiento de lo bueno".

³⁹ Esta crítica de KELSEN es desarrollada en *Justice et Droit Naturel*. Véase JDN, 116-118.

⁴⁰ JDN, 117.

una doctrina religiosa o teológica. Pero antes de exponer esta argumentación, convendría volver la vista atrás sobre la distinción kelseniana entre teorías idealistas y teorías realistas, formulada en *Justice et Droit Naturel*.⁴¹ Recordemos que las teorías idealistas defendían un dualismo jurídico al distinguir entre un derecho real (positivo) y un derecho ideal, inmutable y justo, entre los que había una cierta relación jerárquica, en la medida en que la validez del primero dependía de su concordancia material con una norma de justicia que poseía valor absoluto. Frente a esto, las teorías realistas defendían un relativismo de los valores, rechazando una vinculación necesaria entre el derecho y la justicia, entendida como valor absoluto. Para una teoría jurídica positivista y realista —como la teoría pura del derecho— una norma de justicia sólo puede tener un valor relativo, pues los valores absolutos exceden el límite de lo cognoscible.

Por esta razón, desde el relativismo de Kelsen la posibilidad de una justificación incondicional del orden jurídico es descartada. La validez de dicho orden no puede basarse en una norma de justicia, dado que el valor absoluto que la teoría del derecho natural (como teoría idealista) asigna a esas normas, si es que existe, no es accesible a la capacidad de conocimiento de los hombres.

Dicho esto, no es difícil comprender la exposición de Kelsen sobre los intentos de cierto sector del iusnaturalismo de obtener preceptos normativos a partir de la conducta que se considera "normal" en el ámbito del ser. El modo de hacerlo es presuponiendo una norma de justicia que obligue a cada cual a comportarse como lo hacen la mayoría de los individuos que pertenecen a un mismo grupo social. Sólo así se puede sostener que el comportamiento debido es el que se corresponde con el de la mayoría, y que dicho comportamiento es justo.⁴² El mero hecho de presuponer esa norma es ya indicativo de que nos hallamos ante una teoría idealista. El problema principal que observa Kelsen es que el valor de la norma de justicia que ordena comportarse como lo hace la mayoría es tan relativo como el de cualquier otra. Para que a esta norma se la pueda considerar una au-

⁴¹ Véase JDN, 98 y ss; Sendín Mateos, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", *cit.*, pp. 479 y ss.

⁴² JDN, 118.

téntica norma de derecho natural deben cumplirse dos condiciones: que se constate que, en efecto, la mayoría de los hombres se comporta de un modo determinado, y que esa norma de justicia tenga valor absoluto. De entrada, para Kelsen, la primera condición es ya empíricamente irrealizable, y para que la segunda lo fuera, la norma en cuestión tendría que proceder forzosamente de una voluntad divina.⁴³

Por otro lado, si se piensa que la naturaleza del hombre se manifiesta en el comportamiento regular de la mayoría, parece que se está afirmando que la naturaleza humana es buena como regla general y mala por excepción. Kelsen vincula estas ideas a una teoría iusnaturalista de carácter teológico a la que sin embargo no identifica.⁴⁴ En realidad, salvo por esta referencia mínima, su crítica carece de un apoyo sólido en la teoría del derecho natural; no menciona, ni tan siquiera vagamente, ninguna corriente doctrinal que haya tratado de deducir preceptos de derecho natural a partir de la naturaleza humana "normal". En todo caso, su tesis es que en la medida en esta deducción sólo es posible presuponiendo una norma de justicia cuyo valor es absoluto y que, por tanto, sólo puede tener su origen en una voluntad divina, todo intento de fundamentar el derecho natural sobre la naturaleza del hombre "normal" termina conduciendo forzosamente a una doctrina religiosa o teológica del derecho natural.⁴⁵ De esta manera, se observa que esta teoría iusnaturalista que Kelsen critica se mantiene en una oscilación constante entre la falacia naturalista y su continua apelación a la metafísica.

B. Derecho natural y sentimientos humanos: el origen del derecho natural en el sentimiento del derecho y en el sentimiento de la justicia

Otro aspecto de la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural alude al intento, por parte de un sector de la misma, de extraer nor-

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Según Kelsen, a esta doctrina habría que enfrentar otra línea de pensamiento igualmente teológica inspirada en San Agustín, que defendía la tesis de que la naturaleza humana, que estaba corrompida por el pecado original, era mala como regla general. Véase *idem.*

⁴⁵ *Idem.*

mas de derecho natural a partir de ciertos sentimientos humanos. No es difícil adivinar cuál es el argumento central de esta crítica que, una vez más, es desarrollada en *Justice et Droit Naturel*: los sentimientos humanos, al ser hechos psicológicos, no son aptos para obtener preceptos normativos, pues ello conduciría nuevamente a incurrir en la falacia naturalista. En este punto la crítica de Kelsen no se refiere a los sentimientos en general, sino a un sentimiento concreto: Kelsen critica sobre todo la doctrina de H. Coing,⁴⁶ para quien los preceptos del derecho natural se podrían inferir a partir del llamado "sentimiento del derecho" (Rechtsgefühl).⁴⁷ Este sentimiento presenta además dos variantes en función del significado otorgado a la palabra "derecho". "Derecho" puede significar tanto "derecho positivo" (en cuyo caso se habla con propiedad de "sentimiento del derecho") como "justicia", dando lugar al "sentimiento de la justicia". Pero en ambos casos —opina Kelsen— lo que hay en el fondo del "sentimiento del derecho" es una actitud psicológica de desaprobación o de aprobación. La actitud de desaprobación surge como reacción ante un trato ilegal (en el caso del sentimiento del derecho) o injusto (si lo que está en juego es el sentimiento de la justicia) que afecta a uno mismo o a otras personas; la actitud de aprobación consiste en una reacción favorable que tiene lugar cuando el trato dado a uno mismo o a otros se considera legal o justo.⁴⁸

Los argumentos que Kelsen esgrime contra Coing son los mismos que opone a otros intentos iusnaturalistas de obtener normas de conducta a partir de la naturaleza humana. Por un lado, tanto el sentimiento del derecho como el sentimiento de la justicia presuponen sendas normas (de derecho positivo y de justicia) que se conocen previamente. Dice Kelsen: "la norma es conocida por el individuo que reacciona con su sentimiento; no es que la sienta, sino que la conoce, la sabe".⁴⁹ Por tanto, a partir de un sentimiento de aprobación o desaprobación no es posible inferir normas de derecho natu-

⁴⁶ En *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947. Véase JDN, 135 y ss.

⁴⁷ JDN, 136.

⁴⁸ Véase JDN 136-138.

⁴⁹ JDN, 137.

ral; más bien al contrario, las normas presuntamente inferidas son presupuestas de antemano, prescribiendo la obediencia, bien de una norma de justicia (si lo que está en juego es el sentimiento de la justicia), bien de una norma positiva (cuando la norma se infiere a partir del sentimiento del derecho propiamente dicho).

Pero un sentimiento tampoco puede ser fuente del derecho natural por una segunda razón, que vale no sólo para el sentimiento del derecho o de la justicia, sino de forma general para todos los sentimientos humanos: éstos son demasiado diferentes en cada sociedad y dentro de una misma sociedad como para que se pueda afirmar su universalidad.⁵⁰ Los sentimientos quedan sujetos a variaciones temporales y espaciales en función de las circunstancias de cada sociedad y de cada individuo. Pero si no hay universalidad en los sentimientos éstos nos pueden servir para tratar de obtener normas de validez universal a partir de ellos. Finalmente, retomando el argumento central de Kelsen, todo sentimiento es un hecho psíquico natural, un ser, del que no cabe derivar un deber ser.⁵¹

2. La separación de razón y voluntad: la crítica al concepto de razón práctica

La teoría del derecho natural, además de no distinguir suficientemente el ser y el deber ser, incurre en el error de no separar claramente dos facultades humanas bien distintas, la razón y la voluntad. Por este motivo critica Kelsen a la teoría del derecho natural racionalista, que situaba la naturaleza del hombre en su razón, y creía que a partir de ella se podían deducir normas de conducta.

Desde una posición inequívocamente voluntarista, Kelsen está convencido de que la creación de normas es una función específica de la voluntad, mientras que la razón está orientada al conocimiento. Una razón capaz de producir normas sólo sería posible si se admite que es al mismo tiempo conocimiento y voluntad, es decir, razón práctica. Entre quienes defienden esta idea de *ratio practica* hemos

⁵⁰ JDN, 139.

⁵¹ JDN, 141.

de destacar a Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y Kant, cuya concepción de la ética se basaba en este concepto. Para Kelsen, en cambio, la existencia de una razón práctica es lógicamente imposible, pues es una contradicción admitir que la razón es capaz de conocer y de querer al mismo tiempo.

El desarrollo de esta crítica es más tardío que el de la anterior. Antes de *Justice et Droit Naturel* el número de escritos en los que Kelsen se refiere a este tema es muy reducido. Un ejemplo es *Was ist Gerechtigkeit?*⁵² (1953), donde hace hincapié, aunque muy brevemente, en la idea de que la función de la razón no consiste en prescribir determinadas conductas a los hombres, sino en conocer y describir la realidad. Lo cierto es que todo cuanto dice Kelsen al respecto en esta obra se reduce al pasaje siguiente:

“Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera —aun cuando quizás él no se conduzca realmente de esta forma—, puede ser formulada por la razón humana únicamente suponiendo que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescribe dicha conducta. La razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la Naturaleza”.⁵³

El desarrollo posterior de esta crítica aparece en *Justice et Droit Naturel*, aunque también es digna de destacar la exposición más concisa de la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, donde la claridad expositiva es superior en algunos momentos. Finalmente, en la etapa final de su producción surgen dos nuevas contribuciones en las que Kelsen reafirma algunas ideas anteriores sin introducir apenas novedades. Se trata de *Die Grundlage der*

⁵² Wien, F. Deuticke. Citamos por la traducción española hecha por Ernesto Garzón Valdés (QJ).

⁵³ QJ, 73-74.

⁵⁴ Wien: Manz, 1979. Citamos por la traducción italiana: Teoria generale delle norme (TGN).

Naturrechtslehre (1962) y de la obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).⁵⁴

Para Kelsen, la idea de una razón que pueda ser cognoscitiva y volitiva al mismo tiempo es inviable. Desde el punto de vista de la psicología empírica, la única función que puede cumplir la razón es conocer la realidad,⁵⁵ mientras que la creación de normas es competencia exclusiva de la voluntad. Una razón capaz de conocer y de querer no puede existir en la esfera de la realidad empírica, pues ello supondría una contradicción desde el punto de vista lógico:

“[...] crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento. Una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Ésta es la noción contradictoria de la razón práctica que desempeña un papel decisivo no solamente en la Teoría del derecho natural, donde se presenta como teoría del derecho de la razón, sino también en la ética. Esta noción de razón práctica es de origen religioso o teológico”.⁵⁶

La única razón práctica, es decir, la única razón capaz de conocer y de querer al mismo tiempo, es la razón divina, pues sólo en Dios coinciden razón y voluntad. La razón práctica divina es la única capaz de distinguir el bien del mal:⁵⁷ Dios, que conoce esta diferencia (lo cual es una función de la razón), quiere (función de la voluntad) que se haga el bien y se evite el mal.⁵⁸

Sólo en Dios coinciden razón y voluntad. Por otra parte —dice Kelsen—, las normas de derecho natural, que pretenden ser absolutamente válidas, sólo pueden ser inmanentes a la naturaleza, que es la manifestación de la voluntad divina. Esto determina su valor abso-

⁵⁵ JDN, 119; DNPJ, 129; BTDN, 579.

⁵⁶ JDN, 119. Cursivas del autor. Véase también DNPJ, 129.

⁵⁷ Así se desprende del mito del árbol de la ciencia del bien y del mal, que Kelsen evoca en alguna ocasión: “Y dio Dios al hombre el siguiente mandato: puedes comer de todos los árboles del jardín, mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás en modo alguno, porque, el día en que comieres, ciertamente morirás”. Después la mujer es engañada por la serpiente: “la serpiente dijo a la mujer: ‘¡No, no moriréis! Antes bien, Dios sabe que en el momento en que comáis se abrirán vuestros ojos y seréis como dioses, conocedores del bien y del mal’”. (Génesis II, 16-17 y III, 4-5). Véase JDN, 125; DNPJ, 130.

⁵⁸ JDN, 125; DNPJ, 130.

luto y su inmutabilidad, haciendo que los juicios sobre el deber ser (Soll-Urteil) referidos a estas normas posean la misma objetividad que los juicios sobre el ser (Seins-Urteil).⁵⁹ El trasfondo teológico de la idea de razón práctica determina que el legislador moral supremo sea Dios y no el hombre, de forma que la razón humana sólo es una razón práctica en la medida en que el hombre, al haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, participa de la razón divina.⁶⁰ Así ocurre, por ejemplo, en Cicerón, para quien el derecho natural no puede ser producto de la razón humana empírica, sino de la razón que debe ser, la *recta ratio*, que se encamina a hacer el bien y a evitar el mal.⁶¹ Para Cicerón (*De Republica*), el derecho es la *recta ratio* en armonía con la naturaleza. Pero esta naturaleza se identifica con Dios, que es el creador del derecho divino e inmutable, inmanente a su divina razón.⁶²

Según Kelsen, algo parecido sucede en Santo Tomás de Aquino,⁶³ que admite la existencia de la razón práctica como razón divina de la que participa el hombre. Santo Tomás distingue entre *ratio speculativa* y *ratio practica*,⁶⁴ y señala que imperar, prescribir una conducta, es un acto de voluntad que presupone un acto de la razón.⁶⁵ Esta razón es

⁵⁹ JDN, 125.

⁶⁰ JDN, 121; DNPJ, 130; BTDN, 579; TGN, 9.

⁶¹ Véase JDN, 120.

⁶² CICERÓN pone en voz de Cayo Lelio: “Existe una ley verdadera y es la *recta ratio*, conforme a la naturaleza, común para todos, inmutable, eterna, que impulsa al cumplimiento del deber con sus mandatos, y aparta del mal con sus prohibiciones. [...] Esta ley no puede sustituirse por otra, no es lícito ni derogarla parcialmente ni abrogarla por completo”. Añade: “Dios [es] autor de la ley, juez y legislador, quien no le obedece huirá de sí mismo y despreciará la naturaleza del hombre, por lo cual sufrirá las más grandes penas”. Véase *Sobre la República*, III, XXII, 33. Citamos por la traducción de José Guillén, Tecnos, Madrid, 1986, p. 101.

⁶³ Véase JDN, 121-122.

⁶⁴ Para Santo Tomás de Aquino, tanto en el ámbito de la razón especulativa como en el de la razón práctica se ha de distinguir el acto, que en las operaciones de la razón consiste en entender y en discurrir, de lo que produce ese acto: “Hablando de la razón especulativa, este producto es triple: primero, la definición; segundo, la enunciación; tercero, el silogismo o argumentación”. Así como en la razón especulativa las proposiciones se orientan a la conclusión, respecto de la razón práctica: “debemos encontrar [...] algo que sea respecto de la operación lo que en la razón especulativa son las proposiciones respecto de la conclusión. Y estas proposiciones universales de la razón práctica, ordenadas a la operación, son precisamente la ley”. Para Santo Tomás, por tanto, la ley es el criterio de lo que debe hacerse con arreglo a la razón. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 1.

⁶⁵ Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 17, a. 1. “Imperar no es mover de cualquier modo, sino con una intimación indicadora. Y esto es propio de la razón”. Insiste más adelante:

la razón práctica. Para Santo Tomás, las leyes, como criterio de lo que se debe hacer,⁶⁶ no son producto de la voluntad, sino de la razón. Pero dicha razón no puede ser la razón humana, incapaz de crear leyes por sí sola. La razón humana sólo puede ser una razón legisladora en la medida en que la razón divina, que es la única razón práctica por sí sola, opera en ella. Santo Tomás toma de San Agustín la doctrina estoica de que la razón divina gobierna el mundo según los dictados de la ley eterna.⁶⁷ Pero el hombre creado a imagen de Dios participa también de la razón divina, que le conduce a comportarse conforme a la ley eterna a través de la ley natural, que es la participación de la ley eterna en los seres racionales.⁶⁸ De esta manera, la razón de la que emana la ley natural es en última instancia la razón divina que, como señala Kelsen,⁶⁹ en Santo Tomás se identifica con la voluntad divina.

"El poder de mover que tiene la razón lo recibe de la voluntad". Y añade: "Pero para que el querer de la voluntad [...] tenga valor de ley, es necesario que esté regulado por la razón. Y en este sentido hay que entender aquello de que la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley. De lo contrario, la voluntad del príncipe, más que ley, sería iniquidad". Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 1.

⁶⁶ Véase *infra*, nota 66.

⁶⁷ *Suma de Teología*, I-II, c. 91, a. 1. "Dado que el mundo está regido por la divina providencia, [...] es manifiesto que toda la comunidad del universo está gobernada por la razón divina. Por tanto, el designio mismo de la gobernación de las cosas que existe en Dios como monarca del universo tiene naturaleza de ley. Y como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo sino que su concepto es eterno, [...] síguese que la ley en cuestión debe llamarse eterna".

⁶⁸ *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 2. "Como todas las cosas que se encuentran sometidas a la divina providencia están reguladas y medidas por la ley eterna, [...] es manifiesto que participan en cierto modo de [ella], a saber, en la medida en que, bajo la impronta de esta ley se ven impulsados a sus actos y fines propios". En relación con la participación de los seres humanos en la ley eterna dice: "la criatura racional se encuentra sometida a la divina providencia de una manera muy superior a las demás. [...] Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama la ley natural".

⁶⁹ La visión de Kelsen es simplista. Para Santo Tomás, la voluntad divina se identifica con la divina esencia tan sólo en un primer sentido, en cuanto voluntad misma; por ello no está sujeta al gobierno de Dios ni de la Ley eterna, sino que se identifica con esa Ley. En un segundo sentido, en cuanto a lo que quiere Dios en relación con las criaturas, la voluntad divina sí se somete a la Ley eterna, "puesto que su razón directriz es la divina sabiduría". Concluye: "En este segundo sentido la voluntad divina puede llamarse razonable;

Kelsen concluye su particular repaso de los autores que han defendido la idea de razón práctica refiriéndose a Kant,⁷⁰ cuya doctrina de la autonomía moral se fundamentaba precisamente sobre esta noción. Kelsen, sin embargo, cree que este esfuerzo fue infructuoso, pues Kant, al igual que Cicerón y Santo Tomás, termina dando un soporte teológico a la idea de razón práctica.⁷¹ Así, en la *Crítica del juicio* se refiere a Dios "no sólo como inteligencia legisladora de la naturaleza, sino también como legislador supremo en el reino moral de los fines". Insiste en estas ideas en *La religión dentro de los límites de la mera razón*,⁷² y en su *Opus Posthumum*, donde señala: "En la razón práctico-moral se encuentra el imperativo categórico de considerar todos nuestros deberes como mandatos divinos". Con ello, Kant reconoce el origen divino del imperativo categórico como principio formal determinante de la autonomía moral. Según Kelsen, fue precisamente en este terreno, en la ética, donde Kant abandonó el método de la lógica trascendental, lo cual se debió, en parte, a las profundas convicciones religiosas que siempre profesó este autor.⁷³

Según Kelsen, el objetivismo moral de Kant, que le acerca a posiciones iusnaturalistas, justifica que este autor admita la idea de razón práctica, y que la considere idéntica a la voluntad. Pero, por otro lado, Kelsen reconoce que es un error considerar a Kant un iusnaturalista, pues siempre se enfrentó a la metafísica que caracterizaba a la teoría del derecho natural. Kelsen es consciente de esto, y subraya que para Kant el fundamento de la obligatoriedad de las normas "no debe buscarse en la naturaleza humana ni en las circunstancias del universo que rodean al hombre, sino *a priori*, exclusivamente

mientras que en el sentido primero, o como voluntad en sí, más bien debe decirse que se identifica con la razón misma". Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 93, a. 4.

⁷⁰ Véase JDN, 126 y ss.

⁷¹ DNPJ, 130; TGN, 131 y, en especial, JDN, 130-131 (nota 93).

⁷² Dice KANT: "La moral conduce ineludiblemente a la religión, [...] a la idea de un legislador moral poderoso en cuya voluntad es fin último aquello que al mismo tiempo puede y debe ser el fin último del hombre". Y más adelante: "La religión es (considerada subjetivamente) el conocimiento de todos nuestros deberes como mandatos divinos". Citamos por la traducción de F. Martínez Marzoa, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 22 y 150.

⁷³ Véase SENDÍN MATEOS, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", *cit.*, pp. 501-502.

en los conceptos de la razón pura".⁷⁴ En cualquier caso, la tesis de que la razón prescribe al hombre la ley moral sólo se puede mantener si se identifican razón y voluntad. Esto es reconocido abiertamente por Kant:

"Sólo un ser racional posee la facultad de obrar por la representación de las leyes, esto es, por principios, pues posee una voluntad. Como para derivar las acciones a partir de las leyes es necesaria la razón, resulta que la voluntad no es otra cosa que la razón práctica".⁷⁵

Pero en otras ocasiones —advierte Kelsen— razón y voluntad aparecen en Kant como si fueran dos facultades humanas claramente diferenciadas: la una como facultad de conocer y la otra como facultad de apetecer. Así, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* señala que la voluntad está determinada por la razón,⁷⁶ lo cual no podría ser admitido si razón y voluntad fueran una misma cosa. El mismo pensamiento aparece en *Crítica de la razón práctica*, en cuya introducción dice Kant que la razón se ocupa de los motivos que determinan la voluntad.⁷⁷

Con independencia de la forma como Kant conciba la relación entre las nociones de razón y voluntad, las diferencias entre él y Kelsen son insalvables. Para Kant no existe más que una única e idéntica razón, que se distingue sólo por su uso, teórico o práctico.⁷⁸ Para

⁷⁴ *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, 12a ed., 1996, p. 46.

⁷⁵ *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 80.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 74.

⁷⁷ "Con el uso práctico de la razón todo es muy distinto. En éste la razón se ocupa de los fundamentos que determinan a la voluntad, la cual supone o bien una capacidad para producir objetos que se corresponden con las representaciones, o bien una capacidad para autodeterminarse hacia la realización de dichos objetos". Citamos por la traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, Alianza, Madrid, 2000, p. 69. Cursivas mías.

⁷⁸ "Verdaderamente, no hay para tal metafísica [de las costumbres] otro fundamento [...] que el de la razón pura práctica, igual que para la metafísica que la crítica de la razón especulativa. Ahora bien, por un lado, aquella no es de tan extrema necesidad como ésta, porque, en lo moral, la razón humana, incluso en el más común de los entendimientos, puede ser conducida a mayor exactitud y precisión, mientras que en el uso teórico (pero puro) es perfectamente dialéctica, y por otro lado yo exigiría para una crítica de la razón pura práctica, si ha de ser completa, poder presentar su unidad con la razón especulativa

Kelsen, el único uso posible de la razón es el uso teórico, y su única aplicación la de conocer, distinguiéndose, si acaso, por el objeto de conocimiento:⁷⁹ la razón es teórica cuando conoce hechos reales, es decir, el ser; y es razón práctica cuando conoce normas que establecen que algo debe ser. En cualquier caso —y ésta es la principal crítica que Kelsen le dirige a Kant—, si la razón es una e idéntica, no podrá conocer como razón teórica y querer como razón práctica, puesto que reconocer un uso cognoscitivo y otro prescriptivo de la razón sólo es posible quebrantando el principio lógico de no contradicción. Para Kelsen, en definitiva, la idea de razón práctica sólo puede ser el resultado de una confusión entre dos facultades humanas esencialmente distintas, que el mismo Kant se ocupa de diferenciar.⁸⁰

3. De nuevo sobre el fundamento teológico de la doctrina del derecho natural

Hemos examinado cómo, en opinión de Kelsen, la doctrina del derecho natural, en cualquiera de sus variantes, sólo es sostenible desde presupuestos teológicos, tanto si se pretende extraer normas a partir de la naturaleza como a partir de la razón. Kelsen profundiza en estos argumentos en *Justice et Droit Naturel*, donde trata de mostrar cómo la teoría del derecho natural se ha manifestado como un conjunto de doctrinas de origen teológico. Cuando esta teoría trata de obtener preceptos de derecho natural a partir del análisis de la naturaleza, pueden ocurrir dos cosas:⁸¹ que a partir de los hechos naturales y de las leyes que rigen el ámbito del ser (Seins-Regeln) se intenten obtener normas de deber ser (Soll-Normen), o que se interprete a la naturaleza como un conjunto de hechos ordenados conforme a fines (como sucede en Aristóteles y Tomás de Aquino, que utilizaban un concepto teleológico de naturaleza), entendiendo por "fin" aquello

en un principio común a ambas, porque al fin y al cabo no pueden ser más que una y la misma razón que sólo se distinguen en lo que atañe a su aplicación". Véase *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., pp. 49-50. Cursivas mías.

⁷⁹ JDN, 134.

⁸⁰ JDN, 133; TGN, 130.

⁸¹ Véase JDN, 104-105.

que, dado su valor, debe ser realizado. Para Kelsen, la teología cristiana ha contemplado ambas posibilidades, dando lugar a sendas doctrinas de carácter religioso. En el primer caso, las leyes de la naturaleza se consideran mandatos divinos: la naturaleza obedece las órdenes de Dios.⁸² En el segundo, nos hallamos ante una teoría religiosa vinculada a un concepto teleológico de naturaleza, que interpreta a ésta como un todo ordenado conforme a fines, y presupone que existe una autoridad trascendente que impone esos fines. Esa autoridad no puede ser otra que Dios Creador.⁸³

La consideración de la teoría del derecho natural como una doctrina de carácter religioso o teológico es una constante en el pensamiento de Kelsen. De sus primeras obras (sobre todo *Die Idee des Naturrechts*) se desprende que la necesidad interior que se supone que conduciría a los individuos a obedecer el derecho natural sólo puede justificarse en el valor absoluto de sus normas, que depende, a su vez, de su procedencia divina. Kelsen es más explícito en obras posteriores: en *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* (1945) y *Why should the Law be obeyed?*⁸⁴ (1957) señala que la obtención de normas a partir de la naturaleza sólo es posible en una superstición animista o considerando que la naturaleza es una creación de la voluntad divina. Sin embargo, es en *Justice et Droit Naturel* y *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico* donde desarrolla con mayor amplitud estas ideas, e insiste en que toda teoría iusnaturalista se revela, en el fondo, como una doctrina de carácter teológico. Otra obra que cabría destacar es *Die Grundlageder Naturrechtslehre*, presentada como conferencia en el marco de una reunión de autores cristianos celebrada en Salzburgo en 1962. En ella sintetiza algunas ideas anteriores, al tiempo que critica determinados aspectos doctrinales de autores católicos de la importancia de V. Cathrein o J. Messner, que reconocían abiertamente el trasfondo teológico de la teoría iusnaturalista.

Kelsen trata de mostrar el trasfondo teológico de la teoría iusnaturalista haciendo un breve (e incluso superficial) recorrido por

⁸² JDN, 105.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles (1957), pp. 257-265.

la doctrina de algunos de sus representantes históricos. Santo Tomás de Aquino fue el heredero de esta doctrina: identifica la ley eterna con la razón divina que gobierna el mundo estoicismo clásico, como Crisipo, que veía a Zeus como la "naturaleza común de todas las cosas, su destino y necesidad",⁸⁵ o Cicerón, para quien el derecho natural era eterno e inmutable, en contraste con las leyes positivas de Roma y Atenas.⁸⁶ El estoicismo influyó en la doctrina de la *lex aeterna* de San Agustín, de la que deriva la ley natural, que era la "razón o voluntad divinas, que nos manda observar el orden natural y nos prohíbe perturbarlo".⁸⁷ San Agustín insiste en señalar el evidente origen divino de la ley natural: "¿Quién sino Dios ha inscrito la ley natural en los corazones de los hombres?",^{88, 89} y a continuación concibe la ley natural como la participación de la ley eterna en el hombre,⁹⁰ cuyos preceptos se deducen de las tendencias naturales que Dios ha inculcado en él. Por esta razón, estos preceptos, que ordenan hacer lo bueno (de acuerdo con las tendencias naturales humanas) y prohíben hacer lo malo, son invariables e irreformables, y gozan de validez absoluta.

Ahora bien, Kelsen señala que dentro de la teoría del derecho natural se ha producido también algún atisbo de disidencia, y se ha tratado de emancipar al derecho natural de su base teológica. Así, por ejemplo, H. Grocio⁹¹ insiste en *De Iure Belli ac Pacis* en que el

⁸⁵ DNPJ, 126.

⁸⁶ JDN, 105-106; DNPJ, 126. Dice Cicerón de la ley natural: "Esta ley no puede sustituirse con otra, no es lícito ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por completo. Ni el Senado ni el pueblo pueden eximirnos de ella. No es necesario buscar a Sexto Elio (el famoso intérprete) para explicarla, ni interpretarla". Y añade: "No habrá una ley en Roma; otra, en Atenas; una, hoy; otra, mañana; sino que una ley única, eterna e inmutable, regirá a todas las naciones y en todos los tiempos". Véase *Sobre la República*, III, XXII, 33, *cit.*, p. 101.

⁸⁷ *Contra Faustum*, XXII, § 27: "*Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens et perturbari ventans*". Véase JDN, 106; DNPJ, 126.

⁸⁸ De serm. Dei in monte, II, § 9, n. 32: "*Quis enim scripsit in cordibus hominum naturalem legem nisi Deus?*". Véase JDN, 106.

⁸⁹ JDN, 107; DNPJ, 127.

⁹⁰ *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 2.

⁹¹ En cierto sentido, Grocio sigue el camino marcado por los escolásticos españoles, quienes ya antes habían progresado en la desvinculación del derecho natural respecto de

derecho natural seguiría teniendo validez aun en el caso de que Dios no existiera. Sin embargo, a continuación se apresura a señalar que esto no podría admitirse sin caer en el más grave delito,⁹² y añade que el derecho natural, aunque emana de la esencia íntima del hombre, ha de referirse en último término a Dios, que ha querido que esa esencia exista.⁹³ En opinión de Kelsen, Grocio, sin embargo, no fue capaz de desvincular la validez del derecho natural de su origen divino, lo cual se debe, en buena parte, a que al igual que otros muchos representantes de la doctrina iusnaturalista, profesaba profundas creencias cristianas, en contraposición al agnosticismo de Kelsen.⁹⁴

su base teológica. Así, Francisco de Vitoria aseguraba que Dios no podía cambiar la naturaleza de las cosas, y que no dependía de él lo que por su propia naturaleza era bueno o malo. En el mismo sentido se manifiesta Luis de Molina, para quien la obligatoriedad del derecho natural surgía de la naturaleza del objeto mismo. Para Welzel, sin embargo, fue el jesuita Gabriel Vázquez quien avanzó el paso decisivo en esta secularización. Para Vázquez, lo malo y lo pernicioso lo era por su propia esencia, y no porque Dios así lo hubiera conocido. Va más lejos que Vitoria y Molina afirmando que ni la voluntad ni la razón divinas son el primer criterio de lo bueno y lo malo, sino más bien la naturaleza de las cosas mismas, y ello antes de toda voluntad y todo mandato. En ese sentido, Dios únicamente se limita a interpretar o prescribir lo que ya se encuentra en la naturaleza racional del hombre. Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 95 y ss.

⁹² "Ciertamente, lo que hemos dicho tendría lugar, aunque admitiésemos algo que no se puede hacer sin cometer el mayor delito, como es el de aceptar que Dios no existe o que Éste no se preocupa de lo humano. Pero la razón y una tradición continua nos han hecho pensar lo contrario, o sea, su existencia". Seguidamente, Grocio señala el deber de obedecer los mandatos divinos: "Luego a Dios Creador, a quien nosotros le debemos todo, nosotros mismos y todas nuestras cosas, tenemos que obedecerle sin reserva alguna, sobre todo cuando se ha manifestado ante nosotros tan sumamente bueno y todopoderoso. Hasta tal punto, que a los que le obedecen puede darles los mayores premios, y también los eternos". Y añade: "Esto es algo que los cristianos creemos totalmente convencidos por la fe de los testimonios". Véase *El derecho de la paz y de la guerra. Prolegómenos*, § 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 36. Véase también WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 130 y ss.

⁹³ "Pero también aquel derecho del que hemos tratado, o sea, el derecho natural [...], aunque haya surgido de principios internos del hombre, puede con toda razón ser referido a Dios, toda vez que él mismo ha querido que tales principios existiesen en nosotros". Véase *El derecho de la paz y de la guerra. Prolegómenos*, § 12, cit., p. 36.

⁹⁴ Aunque Kelsen no se refiere a ello expresamente, el paso decisivo en el proceso de secularización que sigue la doctrina del derecho natural viene de la mano del iusnaturalismo protestante y de quien fue su fundador, S. Pufendorf, que trató de desvincular definitivamente a la teoría iusnaturalista del camino marcado por la Escolástica española. Pufendorf niega que el bien y el mal sean ideas eternas e independientes de la voluntad de Dios, que

Finalmente, en *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, Kelsen busca confirmar su tesis de la inevitable base teológica de la doctrina del derecho natural en las filas de los iusnaturalistas católicos contemporáneos, fijándose para ello en la obra de autores como V. Cathrein o J. Messner. En *Moralphilosophie*, Cathrein muestra, en clave teológica, un voluntarismo no muy diferente del de Kelsen, y señala que las normas de derecho natural no son otra cosa que el sentido de los actos de la voluntad divina,⁹⁵ y en ningún caso constituyen un derecho de la razón. Para Cathrein, pensar que la vinculatoriedad de los mandatos divinos brota espontáneamente de la razón es un gran error; más bien habría que pensar que hay una voluntad suprema que dicta esos mandatos. El derecho natural aparece entonces como un conjunto de mandatos que Dios dirige a los hombres como súbditos suyos. En este sentido, la función que cumple la razón no es otra que la de informar acerca de las exigencias divinas.⁹⁶

Ahora bien, Cathrein no se limita a fundamentar el derecho natural en clave teológica; también proporciona una base teológica al derecho positivo: Dios quiere el bien de la sociedad, pero éste es inalcanzable sin el auxilio del derecho positivo.⁹⁷ Es Dios mismo quien confiere a las autoridades humanas la potestad de crear normas; lue-

gozarían de validez aun en el caso de que éste no existiera. En realidad, no existe lo bueno y lo malo "en sí", sino sólo en relación con un sujeto cuyas acciones son buenas o malas. Bien y mal no son, por tanto, más que una consecuencia de la condición de la naturaleza humana, la cual dista de ser racional y se manifiesta como una creación contingente de la voluntad divina. El voluntarismo de Pufendorf es evidente. Lo que pretende este autor es negar, en contra de la tradición anterior, el concepto racional de la naturaleza del hombre, desmantelando así el fundamento del derecho natural propio de la filosofía escolástica. Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 139 y ss.

⁹⁵ BTDN, 582. Tanto para Kelsen como para Cathrein, los actos por los que se dictan las normas son "actos con sentido", que en el caso del derecho positivo emanan de la autoridad humana, y en el caso del derecho natural de la voluntad de Dios. Pero en ambos supuestos el sentido del acto por el que se crea la norma es el mismo: se impone un deber ser, que en las normas positivas tiene validez relativa dependiente de la norma fundamental, y que en el derecho natural posee un valor absoluto e incondicionado, dependiente de su contenido. Kelsen insiste en el voluntarismo de Cathrein en su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*. Véase TGN, 8.

⁹⁶ BTDN, 583.

⁹⁷ *Ibidem*. Un rasgo común de la teología cristiana es reconocer que las leyes se orientan al bien de la sociedad. El ejemplo más claro es quizás Tomás de Aquino, para quien las leyes siempre se ocupan del bien común. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 2.

go, para Cathrein, la base del derecho positivo hay que buscarla tanto en la voluntad del hombre como en la propia voluntad de Dios.

J. Messner llega a la misma conclusión, aunque parte de la idea de que el derecho natural se fundamenta en la naturaleza del hombre. No obstante, al ser éste la imagen de Dios, su naturaleza se manifiesta ella misma como obra divina. El derecho natural tiene, por tanto, su fundamento último en Dios. La voluntad de Dios —y no su razón— es, para Messner, la *causa prima* del derecho natural.⁹⁸

4. Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

Un tercer argumento que, pese a no tener la fuerza de los dos anteriores es invocado por Kelsen en múltiples ocasiones, es el relativo a la pluralidad de resultados, algunos de los cuales se contradicen entre sí, a los que han llegado las diversas doctrinas iusnaturalistas a lo largo de su historia. El hecho de que no se haya llegado a un acuerdo sobre cuál es el contenido del derecho natural parece probar la inconsistencia de dicha teoría, lo cual redundaría indirectamente en favor del positivismo jurídico, que tiene claro que el único derecho válido y existente es el derecho positivo.

Algunas de las contradicciones iusnaturalistas ya nos son conocidas:⁹⁹ la teoría del derecho natural distinguía un derecho natural perfecto y un derecho positivo imperfecto, cuya validez dependía de su concordancia material con el primero. Pero si realmente fuera posible obtener preceptos de derecho natural mediante la razón o el análisis de los hechos naturales, la creación de normas de derecho positivo carecería de sentido, y sería un despropósito equiparable al de emplear iluminación artificial a pleno sol.¹⁰⁰ Sin embargo, en opinión de Kelsen, todos los iusnaturalistas importantes han insistido en la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural. Esta contradicción se vincula a una segunda: para la doctrina iusnaturalista el

⁹⁸ BTDN, 584.

⁹⁹ Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 466 y 487.

¹⁰⁰ TPD2, 106.

derecho natural se fundamenta en la naturaleza bondadosa del hombre; en cambio, el derecho positivo es un orden coactivo cuyas medidas se justifican en la maldad humana. Pero si admitimos que la naturaleza humana es perversa, no sería posible obtener preceptos de derecho natural a partir de la naturaleza humana que es, sino de la naturaleza tal como debería ser, de una naturaleza “ideal” en contraposición a la naturaleza real.¹⁰¹ Estas son contradicciones internas de la teoría del derecho natural, a las que habría que añadir otras relativas a los resultados divergentes a los que han llegado las doctrinas más representativas al abordar cuestiones tan importantes como el derecho de propiedad privada o los límites al poder del gobierno. A continuación efectuaré un breve repaso de las contradicciones iusnaturalistas que Kelsen considera más significativas.

En *Justice et Droit Naturel*, Kelsen otorga una importancia menor al tema de las contradicciones en que incurre la teoría del derecho natural, dedicándole tan sólo una pequeña sección. Es en *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* y en la edición francesa de la *Reine Rechtslehre* (1953) donde desarrolla esta crítica con mayor amplitud, insistiendo en que la existencia de teorías del derecho natural que enuncian principios de justicia contradictorios es algo que resta consistencia a la idea del derecho natural considerada como conjunto.

Las diferencias doctrinales internas a la tradición del derecho natural se explican, según Kelsen, por el juicio de valor subjetivo que hay detrás de toda consideración de una conducta como “natural”.¹⁰² Por eso no existe sólo una única teoría iusnaturalista basada en una norma de justicia única, sino que hay múltiples normas de justicia que dan lugar a otras tantas teorías iusnaturalistas; Hobbes, en cambio, cree que el poder es absoluto e ilimitado, lo que implica excluir en la práctica todo posible derecho de resistencia.

Estas contradicciones pueden producirse al abordar las materias más diversas. Por ejemplo, en materia de filosofía política, Locke asegura que el único orden justo es el que se instaura con el consen-

¹⁰¹ *Ibidem*. Recordemos que para Kelsen lo natural “ideal” se deduce a partir de un derecho natural que se presupone de antemano. Véase JDN, 115-116; DNPJ, 128-129.

¹⁰² TS, 151; TPD2, 109; JDN, 141.

timiento de todos;¹⁰³ R. Filmer piensa que lo natural es la monarquía absoluta.¹⁰⁴ También hay diferencias en lo concerniente a los límites al poder del gobierno: para Locke ese poder era limitado.^{105, 106}

Otra cuestión que ha sido fuente de importantes desacuerdos es la de la propiedad privada. Muchos iusnaturalistas han defendido que este derecho es absoluto e ilimitado,¹⁰⁷ otorgándole una relevancia incluso mayor que la que se concedía al derecho a la vida. Kelsen piensa sobre todo en Locke, para quien el derecho positivo podía imponer a los ciudadanos el deber de sacrificar su vida en defensa del Estado, pero no podía, en cambio, establecer impuestos sin el

¹⁰³ TS, 153; TPD2, 109; JDN, 142. "Aquello que da inicio y constituye en realidad una sociedad política no es más que el consenso de un grupo de hombres libres capaces de formar una mayoría para unirse e incorporarse a tal sociedad. Y esto y sólo esto es lo que dio o pudo dar principio a cualquier gobierno legítimo del mundo". Véase Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, § 99. Citamos por la traducción de J. Abellán, Espasa Calpe, Madrid, 2a. ed., 1997, p. 275.

¹⁰⁴ Esta tesis es el objeto de su obra *Patriarcha* (1680). Existe otro escrito, inédito en su tiempo, en el que Filmer vuelve sobre los mismos argumentos. Véase "The Necessity of the Absolute Power of all Kings", *Patriarcha and Other Writings*, Cambridge University Press, 1999, pp. 172-183.

¹⁰⁵ TS, 141-142; TPD2, 109. "El poder legislativo, no importa que sea depositado en una o varias personas que sea perpetuo o que sólo se mantenga durante ciertos intervalos, está, en todo caso, sujeto también a ciertas condiciones, y ello pese a que constituye el poder supremo de cualquier república". Entre estos límites están la vida y fortuna del pueblo, así como su libertad (pues el poder soberano no puede tratar de esclavizar ni de empobrecer deliberadamente a sus súbditos) y el bien público de la sociedad. Véase Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, § 135, *cit.*, pp. 301-302.

¹⁰⁶ "Así pues, es manifiesto que en toda república hay un único hombre o una única asamblea o curia que tenga con derecho tanto poder sobre cada uno de los ciudadanos como fuera de la república tiene cada uno de ellos sobre sí mismo, es decir, un poder supremo o absoluto, que no está limitado más que por las fuerzas de la república. Pues si se limitase su poder, sería necesario que ello fuera por un poder mayor, pues el que prescribe límites ha de tener un poder mayor que aquel al que se constriñe imponiéndole límites. Y de este modo el poder que constriñe o no tiene límites o a su vez es constreñido por otro poder mayor; y así se llega a un poder sin otro límite que el límite último (*terminus ultimus*) de las fuerzas unidas de todos los ciudadanos. [...] En fin, si hay alguien que con derecho puede hacer cualquier acción que no sea lícita a ningún ciudadano, ni al conjunto de los ciudadanos, excepto a él, ése tiene el poder soberano (*summum imperium*) en la república, pues aquello que no pueden hacer con derecho ningún ciudadano ni ningún conjunto de ciudadanos, sólo la república puede hacerlo". Véase De Cive, Cap. 6, § 18.

¹⁰⁷ Kelsen cita como ejemplos a Grocio y Kant, a quien sigue considerando un iusnaturalista. Véase TS, 153 y ss; TPD2, 110.

consentimiento de los contribuyentes ni expropiar bienes sin conceder a cambio una indemnización.¹⁰⁸

Pero no todos los iusnaturalistas defendieron un derecho de propiedad sin límites: un sector del iusnaturalismo teológico sostenía que la naturaleza no podía amparar este derecho de propiedad privada sin contradecir las Sagradas Escrituras, en las que se establecía que Dios entregó todas las cosas en común a los hombres. Kelsen señala cómo ciertos autores han tratado de superar este obstáculo mediante la distinción de dos naturalezas humanas: una bondadosa, que es la naturaleza originaria del hombre, y otra corrupta, que se manifiesta al sucumbir el hombre al pecado.¹⁰⁹ La propiedad privada como institución sólo sería necesaria una vez corrompida la naturaleza humana.¹¹⁰ El siguiente pasaje de Domingo de Soto ilustra esta doctrina: "Así como la posesión o propiedad de las cosas en común, excepto la comunidad de mujeres, era conforme con el estado de inocencia, así también, en el estado actual, después de la caída, es conveniente la división de la propiedad, porque de otra manera sin un milagro el género humano no podría durar por mucho tiempo".¹¹¹

En opinión de Kelsen, el principal problema que plantea la doctrina del derecho natural es de orden metodológico. El método utilizado permite a esta teoría fundamentar juicios de valor contradictorios. Pero este proceder no es exclusivo de la teoría del derecho natural, sino que afecta también a otras corrientes de pensamiento. Kelsen señala como ejemplo a A. Comte y H. Spencer: ambos aplican el método sociológico, pero mientras que Comte se muestra partidario del colectivismo social, Spencer apuesta por un individualismo.¹¹²

¹⁰⁸ TS, 156-157; TPD2, 111.

¹⁰⁹ La teoría estoica de las dos naturalezas humanas es asimilada por el cristianismo a través de San Agustín. Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, *cit.*, pp. 506 y ss.

¹¹⁰ TPD2, 111. Sin ánimo de ser exhaustivo, además de esta rama del iusnaturalismo teológico, otras doctrinas rechazaron que la propiedad privada pudiera ser "natural", objetando su conformidad con la naturaleza. Algunos autores incluso señalaron a la propiedad privada como la fuente de todos los males y el origen de la maldad humana. Diderot, Morelly y Rousseau, cuyas ideas influyeron en los socialistas utópicos (Fourier) y en el comunismo, son buenos ejemplos. Véase TPD2, 111 y ss.

¹¹¹ *De iustitia et iure*, IV, Q. III, a. 1.

¹¹² TS, 166.

Algo parecido les sucedió a quienes aplicaron el método dialéctico propio de la *Filosofía de la historia* de Hegel: este método, aplicado por el propio Hegel, conducía a una justificación sin reservas del Estado, que se consideraba absolutamente racional y era tal como debía ser. Por el contrario, ese mismo método, empleado por los autores de la izquierda hegeliana (Marx, Engels), propugnaba la abolición del Estado.¹¹³ No debe extrañarnos que para Kelsen todas estas doctrinas, y también la doctrina iusnaturalista, carecieran de valor científico, sirviendo tan sólo como un instrumento intelectual al servicio de ciertos intereses políticos. En ese sentido, la doctrina del derecho natural, al igual que el resto, sólo podía consistir en una suerte de “mentira útil”.¹¹⁴

5. Derecho natural e historia: la crítica a las teorías del derecho natural variable¹¹⁵

Un importante foco de críticas contra la teoría del derecho natural parte de la objeción de que el derecho natural es un conjunto de normas generales e inmutables que poseen validez en todas las circunstancias. Kelsen examina el intento de la doctrina del derecho natural de sustraerse a la crítica relativa a su insensibilidad ante los cambios históricos, dando lugar a lo que él llama “teoría del derecho natural

¹¹³ Véase TS, 171-172.

¹¹⁴ En numerosas ocasiones Kelsen establece un paralelismo entre la función que ha cumplido la teoría del derecho natural y la función que Platón, en su diálogo *Las Leyes*, otorga a las mentiras de los gobernantes. Para Platón, las mentiras estaban permitidas si eran útiles al gobernante: se puede enseñar al pueblo que los hombres justos son felices, aunque en muchos casos esto sea contrario a la verdad. Esta mentira es muy útil, pues favorece la obediencia del pueblo al derecho y facilita las tareas del gobierno. Para Kelsen, la teoría del derecho natural cumple un papel semejante: consiste en una mentira útil para la consecución de ciertos fines sociales. Véase TS, 173; TPD2, 112 y, sobre todo, KELSEN, H., *La justicia platónica, La idea de derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires (1946), pp. 128 y ss.

¹¹⁵ Véase, sobre los intentos de la doctrina iusnaturalista de configurar un derecho natural variable, DELGADO PINTO, J., “Derecho. Historia. Derecho natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del derecho natural y la historicidad de los órdenes jurídicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, IV, 2 (1964), pp. 73-174.

variable”. Esta teoría defiende un derecho natural sujeto a variaciones en función de las circunstancias cambiantes de la sociedad, lo cual supone abandonar los postulados de la inmutabilidad y de la justicia absoluta del derecho natural: en lugar de un único derecho natural inmutable, hay varios derechos naturales, cuya validez se fundamenta en distintas normas de justicia que sólo pueden ser relativas.

La tentativa iusnaturalista de renunciar al postulado de la inmutabilidad es criticada por vez primera en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, donde Kelsen llama la atención sobre la diferencia que existe entre el carácter absoluto de la validez de las normas de derecho natural y el carácter hipotético-relativo y formal (no dependiente de su contenido material) de la validez de las normas positivas. Para Kelsen, la toma de conciencia de la insensibilidad del derecho natural frente a los cambios sociales es la causa de que se abandone el postulado de la inmutabilidad. En el fondo no hay más que un problema de justificación: el hecho de reconocer un carácter variable y relativo al derecho natural deja a las teorías iusnaturalistas en una mejor situación a la hora de enfrentarse a las modificaciones más profundas que se producen en la sociedad. Una teoría que admita el carácter variable del derecho natural está en mejores condiciones para ofrecer una justificación del derecho positivo, aunque al precio, una vez más, de la “desnaturalización” del derecho natural, que se produce como resultado del oscurecimiento de los límites que separan a ambos sistemas de normas.¹¹⁶

Lamentablemente, la exposición de Kelsen al respecto en esta obra es demasiado abreviada. Hay que esperar de nuevo a *Justice et Droit Naturel* para conocer un desarrollo más amplio de esta crítica. Aunque Kelsen nunca llega a profundizar en exceso, en esta obra se distinguen dos versiones de la teoría del derecho natural variable: una a la que Kelsen llama “radical”, y otra que denominaremos “moderada”.

En su versión más radical, la teoría del derecho natural variable sostiene que las normas de derecho natural, en contraste con las leyes físico-naturales, son variables, porque la naturaleza humana cambia en función de cada época y cada sociedad, modificándose de

¹¹⁶ NLLP, 397.

acuerdo con las transformaciones de la vida social. Es evidente que desde esta perspectiva el derecho natural no puede ser inmutable, y que las normas obtenidas a partir de una naturaleza variable sólo pueden ser igualmente variables.¹¹⁷

Para empezar, Kelsen formula contra esta teoría la misma objeción que contra la teoría del derecho natural "inmutable": también en este caso se deducen, a partir de las leyes imperantes en el mundo del ser (Seins-Regeln), normas de deber ser (Soll-Normen).¹¹⁸ No importa si estas reglas son variables o invariables; lo relevante y lo objetable es que se pretenda obtener normas a partir de ellas. Un segundo argumento, señalado más arriba, hace referencia a la imposibilidad de obtener un único derecho natural a partir de una naturaleza humana variable, pues lo razonable sería obtener distintos derechos naturales, incluso contradictorios.¹¹⁹ Pero una contradicción entre dos normas de derecho natural sólo es posible si ambas se fundamentan sobre normas de justicia diferentes, originando valores relativos. Se adopta así el punto de vista relativista, y se rechaza entonces la idea de una justicia absoluta.¹²⁰ Según Kelsen, esto tiene como consecuencia que la teoría del derecho natural termine disolviéndose: admitir la existencia de un derecho natural relativo y cambiante es algo que acerca la teoría del derecho natural al terreno del positivismo jurídico.¹²¹

Pero el análisis de Kelsen resulta algo superficial: el único autor que cita como ejemplo de una doctrina del derecho natural variable es H. Coing, para quien el sentimiento del derecho (a partir del cual se pretendía obtener normas de derecho natural) era cambiante, quedando sometido a la evolución social.¹²²

Para Kelsen, el punto de vista de Coing no era muy distinto del punto de vista que caracterizaba al positivismo relativista.

¹¹⁷ JDN, 143; véase también DNPJ, 135.

¹¹⁸ JDN, 143.

¹¹⁹ JDN, 144.

¹²⁰ DNPJ, 135.

¹²¹ Kelsen incluso afirma que en la teoría del derecho natural variable coinciden el derecho natural y el derecho positivo. Ambos constituyen un mismo orden. Véase DNPJ, 135.

¹²² Véase JDN, 144 (nota 110).

La teoría del derecho natural variable posee también una versión más moderada. La diferencia principal respecto de la anterior consiste en que separa dos capas o estratos diferenciados en la naturaleza humana, deduciendo a partir de ellos dos tipos distintos de derecho natural. La primera capa es de naturaleza no variable, y sirve de base al derecho natural inmutable; la segunda configura el estrato variable de la naturaleza del hombre, y da lugar al derecho natural variable.¹²³ Según Kelsen, para esta variante moderada de la teoría, los estratos variables del derecho natural tienen su origen en el estrato invariable, lo que determina que las normas inmutables estén implícitas en las normas del derecho natural variable.

A la teoría del derecho natural variable en su versión moderada también le es aplicable, como no podría ser menos, la objeción general de incurrir en la falacia naturalista. En cambio, es inmune a la segunda de las objeciones, la de caer en el relativismo propio del positivismo jurídico. Pero admitir que las normas del derecho natural absoluto se integran en el derecho natural variable desvirtúa la teoría. Si, como señala Kelsen, las normas inmutables del derecho natural ya se contienen en las normas variables, esta distinción carece de sentido.¹²⁴

Resumiendo: para Kelsen, la teoría del derecho natural variable tan sólo puede consistir, en cualquiera de sus variantes, en un intento poco habilidoso por parte de la doctrina iusnaturalista de escapar del dogma del valor absoluto y de la inmutabilidad de las normas de derecho natural. En el fondo, lo que se pretende es encontrar una forma más sencilla y menos exigente de justificar el derecho positivo.

6. La inevitable "desnaturalización" del derecho natural

A continuación desarrollaré la tesis de Kelsen de que la aplicación del derecho natural en la resolución de conflictos conduce, paradójicamente, a su "desnaturalización" y a su conversión en derecho positivo. Explicaré también cómo Kelsen incurre en un error al confundir,

¹²³ JDN, 147.

¹²⁴ JDN, 148.

de forma simplista, el problema de la individualización de las normas de derecho natural con el problema de su eficacia y su capacidad para generar un orden social efectivo.

Antes de nada, quisiera recordar que para Kelsen una de las diferencias más importantes entre el derecho natural y el derecho positivo es que mientras el primero es un sistema estático de normas, que son válidas y se justifican en virtud de su contenido, el segundo es un sistema dinámico en el que la validez es determinada por una norma fundamental, sin tener en cuenta otro aspecto distinto del meramente formal, y obviando toda referencia a un contenido de justicia material. Ahora bien, Kelsen insiste en que ninguno de estos sistemas es un sistema puro, pues ambos incorporan, hasta cierto punto, el principio de validez que caracteriza al otro.¹²⁵ En el derecho positivo el principio dinámico tiene su punto final en una norma fundamental que no es una norma positiva, sino una presuposición necesaria del pensamiento jurídico, que permite dotar de validez y significación normativa a lo que de otro modo serían meros actos de voluntad que dan lugar a un orden de fuerza. Pero además, según Kelsen, el principio estático accedería al sistema de derecho positivo por una segunda vía: la constitución y las leyes también pueden imponer límites al contenido de las normas inferiores, que son tenidas en cuenta por las autoridades delegadas en el proceso de creación del derecho.¹²⁶

Pero tampoco el derecho natural es un sistema estático puro, pues no puede permanecer como un principio abstracto de justicia, sino que, al ser un orden de conducta que se dirige a la sociedad y pretende resolver problemas concretos que afectan a los ciudadanos, ha de ser individualizado y aplicado a casos concretos y situaciones particulares. Ahora bien, toda individualización de normas generales exige la intervención de autoridades instituidas al efecto.

De este modo, según Kelsen, el proceso de aplicación de las normas generales del derecho natural tiene como consecuencia la transformación necesaria del derecho natural en derecho positivo y su consiguiente “desnaturalización”: el principio determinante de la

¹²⁵ NLLP, 401.

¹²⁶ *Ibidem*. Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 485-486.

validez del derecho natural —el principio estático— es sustituido por el principio dinámico que caracteriza al derecho positivo.¹²⁷

Kelsen desarrolla la tesis de la necesaria “desnaturalización” del derecho natural únicamente en sus primeras obras: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, pero sobre todo *Die Idee des Naturrechts*, que dedica casi monográficamente a esta cuestión. La pregunta central de *Die Idee des Naturrechts* es si es posible un derecho natural “en cuanto tal” y, en definitiva, si el “puro” derecho natural puede ser efectivo como orden de conducta, entendiéndose como tal un orden abstracto de normas que participan internamente del principio de justicia que les otorga validez: la norma fundamental del derecho natural.¹²⁸ ¿Un orden de conducta que responde al principio estático es posible en la práctica? Su respuesta es negativa: el derecho natural, al ser aplicado en casos particulares, no puede mantenerse permanentemente disociado de la positividad.

Todo sistema de derecho (natural o positivo) que vaya a ser aplicado en la resolución de los conflictos que afectan directamente a los particulares, ha de ser necesariamente concretado. Cuando las normas objeto de concreción son normas generales de derecho positivo, esto no plantea ningún problema: el proceso da como resultado un segundo grado de normas, las normas individuales, que permiten resolver el conflicto. Estas normas son igualmente normas positivas producidas por órganos específicos (los jueces y tribunales) autorizados para ello. Para Kelsen, la concreción de las normas generales del derecho natural es más problemática. La aplicación de estas normas a casos concretos significa su transformación en normas positivas, pues el segundo grado del derecho natural, al igual que el segundo grado del derecho positivo, es también derecho positivo.¹²⁹

Kelsen distingue tres momentos en el proceso de concreción de las normas generales: a) un momento inicial en el que se establecen

¹²⁷ NLLP, 412. Esta crítica de Kelsen está estrechamente emparentada con su crítica a las teorías del derecho natural variable. El resultado al que se llega en ambos casos es el mismo: el derecho natural termina convirtiéndose en derecho positivo.

¹²⁸ Véase IDN, 29.

¹²⁹ Véase IDN, 35; NLLP, 397.

objetivamente los hechos del caso y se precisa si se cumplen las condiciones previstas en alguna norma general para aplicar una consecuencia jurídica; b) un segundo momento en el que se establece dicha consecuencia; y c) un tercero en el que tiene lugar la ejecución.¹³⁰ Ahora bien, para que el derecho natural pueda mantenerse en su forma "pura" es necesario que sean los individuos implicados los que, en cada caso, realicen en su integridad ese proceso de concreción. Para Kelsen, esto resulta muy problemático por una doble razón relativa al alcance limitado de las facultades humanas: la capacidad de conocimiento de los hombres es muy limitada, y no permite identificar de forma inequívoca qué ordena el derecho natural en cada caso y cuál es la consecuencia jurídica aplicable a los hechos. Estas carencias se evidencian también en el plano de la voluntad: no todos los hombres poseen la buena voluntad de aplicarse a sí mismos esa consecuencia. Admitir lo contrario sería una utopía en la que todos son igualmente capaces de conocer lo justo, y en la que, del mismo modo, todos son igualmente justos y bondadosos, siempre dispuestos a cumplir con su deber.¹³¹ Evidentemente, no todos los hombres tienen la misma capacidad de conocimiento, ni poseen la rectitud de voluntad necesaria para aplicarse a sí mismos una norma contraria a sus intereses.

Finalmente, tampoco son capaces de evitar que esos intereses interfieran en la objetividad de sus juicios. Por todas estas razones —señala Kelsen—, si queremos que las normas generales tengan eficacia, debemos presuponer, aunque sea de forma provisional, que ciertos individuos sí reúnen esas capacidades en alguna medida, de modo que ellos se ocupen de aplicar las normas a los demás, y de forzar, llegado el caso, su cumplimiento.¹³² Cuando se atribuye a una o varias personas la facultad de determinar inequívocamente qué deben hacer los individuos con arreglo a derecho, y al mismo tiempo hay un aparato coactivo cuya función es imponer con eficacia las normas vigentes en la comunidad, en ese momento pasamos de un sistema normativo estático no institucionalizado a un sistema normativo dinámico institucionalizado.¹³³

¹³⁰ IDN, 40.

¹³¹ Véase IDN 36-37; NLLP, 398.

¹³² IDN, 43-44.

¹³³ Véase IDN, 49.

Kelsen señala además que la conversión del derecho natural en derecho positivo tiene consecuencias específicas que afectan al desarrollo de la técnica jurídica propia del derecho natural.¹³⁴ La más significativa es el abandono de la técnica de motivación directa empleada por el derecho natural, que se basaba en una especie de necesidad interior que impulsaría a los individuos a cumplir sus normas. En el momento en que se atribuye a ciertos órganos la función de imponer a los individuos las consecuencias jurídicas que derivan de sus actos, ello supone la asimilación de la técnica de motivación indirecta que caracteriza al derecho positivo, y que consiste en el ejercicio de la coacción por parte del Estado.¹³⁵

¿Qué valoración merece esta tesis? Para empezar, Kelsen comete un error al defender que la concreción de las normas generales ha de producirse necesariamente mediante un acto de aplicación de normas por una autoridad.

Es evidente que esto no es necesario, y que la individualización de las normas generales puede realizarse mediante un simple acto de pensamiento. Así ocurre con las normas morales y con el derecho natural, cuya aplicación puede ser llevada a cabo por cada individuo sin que ello conduzca al derecho positivo.¹³⁶ Por tanto, la aplicación del derecho natural a casos concretos no tendría necesariamente que conducir a su "desnaturalización". Simplemente habría que decir que una gran mayoría de teóricos iusnaturalistas ven en el derecho positivo un complemento necesario del derecho natural.

Como señalé al comienzo, el error de Kelsen es confundir el problema de la individualización de las normas de derecho natural y el problema de su eficacia y su capacidad para producir un orden efectivo. Kelsen advierte, con razón, que dada la peculiar forma de ser de los seres humanos, las normas que integran el derecho natural son insuficientes por sí solas para generar un orden social, por lo que se hace necesaria la creación de normas de derecho positivo.

¹³⁴ IDN, 44 y ss.

¹³⁵ Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 472 y ss.

¹³⁶ Así lo señala J. LOCKE: "en el estado de naturaleza, lo normal es que no exista un juez conocido e imparcial, con autoridad para dictaminar en los conflictos de acuerdo a la ley establecida. Pues, dado que, en ese estado, cada uno es juez y ejecutor de la ley natural". Véase Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, cit. Cap. IX, § 125, p. 294.

Pero esta insuficiencia del derecho natural ha sido ampliamente admitida por la tradición iusnaturalista, que insiste en la necesaria complementación entre el derecho natural y el derecho positivo. La insuficiencia de la ley natural fue ya señalada, por ejemplo, por Santo Tomás de Aquino.¹³⁷ En la modernidad John Locke vuelve sobre ello, al hilo de la discusión sobre las deficiencias del estado de naturaleza, y alegando argumentos semejantes a los esgrimidos por Kelsen. Concluiré citando un breve pasaje de Locke:

“El fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades, algo que en el estado de naturaleza es muy difícil de conseguir. Primero, porque falta una ley establecida, firme y conocida, recibida y aceptada por un consenso común, que sea el modelo de lo justo y lo injusto, y la medida común que decida en todas las controversias que puedan surgir entre ellos. Pues aunque la ley natural sea clara e inteligible para todas las criaturas racionales, con todo, al ser los hombres parciales a favor de sus propios intereses, además de ignorantes por falta de estudio de la misma, no son capaces de reconocerla como una norma obligatoria cuando ha de aplicarse a la resolución de sus casos particulares”.¹³⁸

7. La respuesta de Kelsen: el relativismo de los valores y sus implicaciones en el terreno científico. El monismo iuspositivista

Concluiré esta parte refiriéndome a la propuesta que Kelsen presenta como alternativa al objetivismo moral,¹³⁹ sobre el que se apoya la

¹³⁷ Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 91, a. 3, y c. 95, a. 1.

¹³⁸ *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., Cap. IX, § 124, pp. 294-295. *Cursivas mías.*

¹³⁹ Entre los estudiosos de la metaética “objetivismo” y “relativismo” se han utilizado con diferentes significados. En el caso de Kelsen, el objetivismo moral vendría representado por un conjunto de teorías (de las cuales la teoría iusnaturalista comprendería sólo una parte) que creen posible dar una solución definitiva, objetiva, al problema de la justicia. Tal como lo entiende Kelsen, el relativismo se identificaría, en cambio, con el punto de vista de quienes rechazan la existencia de valores absolutos, aceptando sólo valores relativos. Desde esta perspectiva, lo “justo” sólo podría ser determinado relativamente, en

teoría del derecho natural. El relativismo de Kelsen se manifiesta en gran número de escritos: en *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*¹⁴⁰ (1948), señala que la base de la oposición entre el objetivismo y el relativismo ético se sitúa en sendas concepciones que afectan de modo más amplio a toda la especulación filosófica. El objetivismo (o absolutismo) filosófico lo integran una serie de doctrinas cuyo denominador común es la creencia en una realidad objetiva situada más allá de la experiencia (la “cosa en sí” o el “verdadero ser” trascendente del que habla Platón). La teoría de la imagen¹⁴¹ (*Abbildtheorie*) es quizás el mejor ejemplo de absolutismo filosófico. El relativismo filosófico, en cambio, rechaza que la metafísica pueda ser materia de reflexión filosófica, y se resiste a reconocer como objeto de conocimiento todo lo que sobrepase los límites de lo puramente sensible.¹⁴²

En materia ética, el relativismo kelseniano sigue las pautas marcadas por el relativismo filosófico. Kelsen parte de la creencia de que no existen valores absolutos, y de que, en particular, la justicia sólo puede ser relativa. Sin embargo —señala—, el carácter relativo de los valores y, por ende, de la justicia, no ha sido obstáculo para los intentos de realizar la eterna aspiración humana, manifestada sin cesar a través de la historia, de hallar una justificación absoluta de la propia conducta.¹⁴³ Distintas teorías han tratado de dar una respuesta definitiva, unívoca, al problema de la justicia, empleando para ello las fórmulas más diversas. Para Kelsen, éste es un camino equivocado, pues desde el punto de vista del conocimiento racional no hay una justicia absoluta. Así lo señala en *Justice et Droit Naturel*:

“[...] la ciencia puede mostrar que el problema no puede ser resuelto así, porque no hay y no puede haber justicia absoluta para un conocimiento racional, y que se trata en realidad de un problema insoluble para el conoci-

función de las circunstancias específicas de cada sociedad y de cada individuo. Véase, JDN, 159 y ss.

¹⁴⁰ *The American Political Science Review*, 42, pp. 906-914. Citamos por la edición de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, cit., pp. 198-208 y 388.

¹⁴¹ Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 493 y ss.

¹⁴² *Ibidem*, p. 479 (nota 115).

¹⁴³ QJ, 32; JDN, 159.

miento humano: hay, pues, que excluir este problema del ámbito del conocimiento. La misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle".¹⁴⁴

La imposibilidad de dar una solución racional al problema de la justicia es la causa de que se acuda a la religión o a la metafísica en busca de respuesta, remitiendo la cuestión de la justicia a la esfera trascendente.¹⁴⁵ Así se señala en *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), donde Kelsen distingue dos tipos de teorías de la justicia: un primer grupo que denomina "teorías metafísico-religiosas"¹⁴⁶ y un segundo grupo de "teorías pseudo-racionalistas".¹⁴⁷ Pero los resultados son

¹⁴⁴ JDN, 160. Cursivas mías.

¹⁴⁵ QJ, 38.

¹⁴⁶ Kelsen señala como ejemplos de teorías metafísico-teológicas la doctrina platónica del bien absoluto y la doctrina cristiana del amor de Dios. Es sabido que la teoría de la justicia de Platón gira en torno a su concepción del bien absoluto. Sin embargo, Platón se muestra incapaz de definir con precisión esta idea, llegando a resultados no definitivos. Finalmente, Platón admite que la idea del bien absoluto, que se identifica con la idea de justicia, supera los límites del conocimiento racional, y que, a lo sumo, es posible tener una representación de dicha idea como una suerte de vivencia mística que sólo logran quienes gozan de la gracia divina. Véase QJ, 41 y ss; JDN, 93 y ss; KELSEN, H., *La justicia platónica...*, cit., pp. 137 y ss. La doctrina que Kelsen llama "del amor de Dios", llega a resultados parecidos. Esta doctrina proclama una verdadera justicia basada en el principio del amor. Así lo admite San Pablo, para quien el amor que Jesús predica supera todo conocimiento racional y toda realidad social, y es uno de los muchos misterios de la fe. Véase QJ, 44 y ss; JDN, 95 y ss; KELSEN, H., "The Idea of Justice in the Holy Scriptures", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*. University of California Press, Berkeley-Los Ángeles (1957), pp. 25 y ss.

¹⁴⁷ Las teorías racionalistas tratan de resolver el problema de la justicia apelando a la razón humana, aunque sus resultados son igualmente insatisfactorios. Kelsen critica —probablemente siguiendo a Perelman— las normas de justicia obtenidas de este modo, considerándolas tautológicas y carentes de significado. Un ejemplo es la fórmula "suum cuique", según la cual lo "justo" es dar a cada uno lo suyo, aunque no se precisa qué es lo que pertenece a cada cual. Sucede lo mismo con las normas de justicia basadas en el principio de igualdad (el principio de retribución, el de igualdad ante la ley, y el principio de justicia marxista "de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades"). Ninguna de estas fórmulas determina qué podemos considerar "igual". El imperativo categórico kantiano y la fórmula aristotélica de mesótes tampoco dan solución. El imperativo categórico ("condúcese de modo que la máxima de tu conducta pueda convertirse en una ley universal") no dice qué normas podemos querer que sean obligatorias para todos. Según la fórmula de mesótes, la virtud (y la justicia es la principal virtud) ocupa el

insatisfactorios en ambos casos: o bien se llega a una solución metafísica, ajena a la experiencia, o bien se terminan enunciando fórmulas abstractas y vacías de contenido. Por otra parte —señala—, quienes siguen confiando en una solución racional se engañan a sí mismos,¹⁴⁸ pues la única verdad acerca de la justicia es que la razón humana sólo puede conocer valores relativos. Desde el punto de vista del conocimiento sólo hay intereses humanos en conflicto, cuya solución pasa, según Kelsen, bien por la satisfacción de alguno de ellos en detrimento del resto, bien por el establecimiento de un compromiso entre los intereses en juego. En cualquier caso, no se puede demostrar objetivamente que exista una única solución justa.¹⁴⁹

Para la teoría pura del derecho, que se define como una teoría "realista" y científica, la validez del derecho positivo no puede depender de su conexión con la justicia. Esto sólo sería posible si existiera una única norma de justicia aceptada por todos, excluyendo la posibilidad de normas de justicia similares.¹⁵⁰ Además, el necesario origen trascendente de esta norma de justicia no sintoniza con los fundamentos del positivismo kelseniano, que rechaza a la metafísica como forma válida de conocimiento.¹⁵¹ Es natural que desde estas premisas los únicos valores que Kelsen esté dispuesto a aceptar sean relativos.

En la medida en que estos valores son diferentes de unos individuos a otros y de unos grupos a otros, no pueden servir para fundamentar un orden social, pues cada individuo tiene su propia visión sobre la justicia. Por esta razón, el único fundamento posible de la validez de las normas de derecho positivo es de carácter formal (en

punto intermedio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto. Conocer la virtud implicaría conocer con certeza cuáles son esos vicios, pero esto es algo que la fórmula de mesótes no está en condiciones de aclarar. Véase QJ, 47 y ss; JDN, 42 y ss; KELSEN, H., "La Política de Aristóteles y la política heleno-macedónica", *La idea de derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 152 y ss; "Aristotle's Doctrine of Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles (1957), pp. 117 y ss. Véase también PERELMAN, CH., *De la Justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1964, pp. 17 y ss.

¹⁴⁸ QJ, 39.

¹⁴⁹ QJ, 78.

¹⁵⁰ JDN, 99.

¹⁵¹ *Idem*.

función del modo en que las normas han sido creadas) e hipotético-relativo, apoyándose en la norma fundamental hipotética.¹⁵²

Por otra parte, que la teoría pura del derecho defienda un relativismo de los valores no significa, frente lo que algunos han señalado,¹⁵³ que considere el enjuiciamiento crítico del derecho positivo carente de sentido. Simplemente se reconoce que los criterios de enjuiciamiento son relativos a cada época y cada sociedad,¹⁵⁴ de forma que cada uno puede decidir qué es justo y que no, sin delegar en ninguna entidad suprasensible, como una divinidad absolutamente racional o una razón trascendente. En esto radica, según Kelsen, la idea de la autonomía moral: lo "justo" es aquello que cada uno considere como tal, con arreglo a valores elegidos por el propio individuo. Además, esta elección no es racional, sino más bien emotiva.¹⁵⁵

"Esta elección, sólo nosotros mismos, cada uno de nosotros, puede hacerla, nadie más, ni Dios, ni la naturaleza, ni siquiera la razón en cuanto autoridad objetiva, puede hacerlo por nosotros. Éste es el verdadero significado de la autonomía de la moral. Quienes no desean cargarse con esta responsabilidad y quieren dejar a Dios, a la naturaleza o a la razón, el cuidado de esa elección, tienen la sensación de que el relativismo no les presta ninguna ayuda. En vano recurren a la teoría del derecho natural. En efecto, cuanto se trata de elegir, las diversas teorías del derecho natural aportan tantas respuestas diferentes como el positivismo relativista. El individuo no puede librarse así de la elección. Ahora bien, las teorías iusnaturalistas dan al hombre la ilusión de que la norma de justicia por él escogida procede de Dios, de la naturaleza o de la razón y que, por tanto, es absolutamente váli-

¹⁵² Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 478-479.

¹⁵³ Véase D'ENTREVÈS, A. P., *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson University Library, Londres, 1961, pp. 97 y ss.

¹⁵⁴ KELSEN señala que el hecho de que los valores sean relativos no significa necesariamente que cada individuo posea su propio sistema de valores; más bien al contrario, muchos individuos coincidirán en sus valoraciones. Pero que una sociedad reconozca ciertos valores como parte de su orden moral es compatible con que esos valores tengan un carácter relativo y subjetivo. Por otra parte, que los individuos coincidan en sus juicios de valor no prueba que éstos sean verdaderos. Véase QJ, 29-30.

¹⁵⁵ KELSEN asegura que los conflictos de valores no pueden ser resueltos a través del conocimiento racional. Cualquier juicio sobre lo justo está determinado por factores emocionales, subjetivos, y es válido únicamente para quien formula el juicio. Es, por tanto, relativo. Véase QJ, 19.

da, no resultando posible considerar válida ninguna otra norma de justicia opuesta a aquella; y muchos compran esta ilusión al precio de cualquier "sacrificium intellectus".¹⁵⁶

El relativismo es la base del rechazo de Kelsen a los intentos de ofrecer una justificación categórica del orden social. No obstante, el fundamento de la validez de las normas positivas descansa, en última instancia, en una norma que ya no es positiva, y que la ciencia del derecho tiene que presuponer. Esta peculiaridad ha sido aprovechada por quienes han criticado a la teoría pura del derecho, acusándola de ser una doctrina iusnaturalista más, y caracterizando a la norma fundamental kelseniana como si se tratara de una suerte de norma de justicia velada.¹⁵⁷ Para estos autores, la función de la norma fundamental no sería distinta, en esencia, de la función desempeñada por los preceptos del derecho natural en la tradición iusnaturalista: determinar el contenido de las normas de derecho positivo, cuya validez dependía de su concordancia material con esos preceptos.¹⁵⁸ Kelsen se defiende de estas críticas argumentando que, si bien es cierto que la norma fundamental hipotética no es una norma positiva, más allá de este hecho no guarda ninguna similitud con las normas de justicia que las doctrinas iusnaturalistas establecían como base del sistema de derecho natural. Además, la respuesta que daba la teoría del derecho natural a la pregunta por el fundamento de la validez normativa

¹⁵⁶ JDN, 160-161. *Cursivas mías.*

¹⁵⁷ En *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, el mismo KELSEN, aludiendo al modo de validez de la norma fundamental, reconoce que ésta, prescindiendo de que sólo vale hipotéticamente, posee la validez propia de una norma de derecho natural: "[...] la validez de la norma fundamental constitutiva de un orden jurídico positivo no descansa en el principio dinámico. Pues es sólo en ella o con ella como se erige ese principio. La norma fundamental misma no es una norma puesta, sino supuesta, no es derecho positivo, sino sólo la condición del derecho positivo. Ya en eso se manifiesta claramente un límite a la idea de positividad del derecho. La norma fundamental no vale por haber sido puesta de un determinado modo, sino que se presupone que es válida en virtud de su contenido. Así pues, prescindiendo de que sólo vale hipotéticamente, la norma fundamental vale como una norma de derecho natural". Véase NLLP, 401. *Cursivas mías.*

¹⁵⁸ JDN, 161. KELSEN cita a D'ENTREVÈS, A. P., *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, cit., p. 108. "El reconocimiento de que la razón última de la validez del derecho está más allá del derecho mismo, no es sino una proposición del derecho natural".

era categórica: esa validez dependía de la correspondencia de contenido entre las normas positivas y los preceptos del derecho natural que, en la medida en que se deducían lógicamente a partir de la norma de justicia que hacía las veces de la norma fundamental del derecho natural, se reconocían como absolutamente justas.

En cambio, la respuesta que la teoría pura del derecho da a la cuestión del derecho justo es hipotético-relativa y condicionada: la norma fundamental no es un precepto jurídico positivo, pero tampoco una norma de justicia, sino que se trata más bien de una presuposición normativa: es la condición lógico-trascendental necesaria para poder interpretar ciertos fenómenos normativos como fenómenos jurídicos.¹⁵⁹ De esta presuposición depende la validez de la primera norma positiva del sistema: la primera constitución histórica. Según Kelsen, lo que determina que la teoría pura del derecho sea, a diferencia de la teoría del derecho natural, una teoría monista, es que la norma fundamental no es una norma de justicia. En este sentido, el único derecho existente es el derecho positivo, que tiene en la norma fundamental hipotética el fundamento necesario y último de su validez. Concluiré citando un fragmento del párrafo final de *Justice et Droit Naturel*, donde Kelsen sintetiza las diferencias esenciales que separan a la teoría pura del derecho de las teorías iusnaturalistas:

“La teoría del derecho natural es una teoría dualista del derecho: existe, según ella, un derecho natural junto al derecho positivo. La “teoría pura del derecho” es una teoría monista del derecho: según ésta, no hay más que un derecho, el derecho positivo. La norma fundamental no es un derecho diferente del derecho positivo, es solamente su fundamento de validez, la condición lógica trascendental de su validez”.¹⁶⁰

V. RECONSIDERACIÓN FINAL

Llega el momento de hacer una valoración general de la caracterización y crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural. El valor

¹⁵⁹ JDN, 163.

¹⁶⁰ *Idem*.

inmenso de esta crítica ha sido puesto de relieve por un gran número de teóricos del derecho, que la consideran la crítica más dura, más articulada y más atinada de cuantas se han dirigido contra la teoría del derecho natural en el siglo XX. A mi juicio, sin embargo, estos reconocimientos hay que tomarlos con cierta cautela, pues es indudable que la crítica de Kelsen presenta flancos débiles. De entrada, no posee el grado de articulación de otras piezas de su pensamiento: Por un lado, la crítica al derecho natural no se apoya en una caracterización adecuada de la doctrina iusnaturalista. Kelsen, al igual que otros muchos autores positivistas (Bergbohm, Stahl) que han criticado a la teoría del derecho natural, no realiza un estudio pormenorizado de su historia, razón por la cual la visión que tiene de la misma ha de ser extraída al hilo de sus argumentaciones críticas.

Por otro lado, la crítica de Kelsen no es todo lo sistemática que cabría esperar, pues la va construyendo gradualmente desde finales de los años veinte hasta comienzos de los sesenta, a lo largo de más de treinta años en los que el número de argumentos esgrimidos se va ampliando: sigue desarrollando los ya existentes, al tiempo que otros argumentos, tesis y presupuestos se quedan en el camino, sin que, una vez expuestos, Kelsen vuelva sobre ellos. Dos buenos ejemplos son su caracterización del dualismo religioso-metafísico, que él sitúa en la base del dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo, y la tesis de que la individualización y la aplicación de las normas generales del derecho natural en la resolución de conflictos conduce al derecho natural a convertirse en derecho positivo y, por consiguiente, a su “desnaturalización”. Estos temas son tratados en los escritos de finales de los años veinte (*Die Idee des Naturrechts y Die Idee des Naturrechts y Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*), siendo después abandonados, de modo que el peso final que tienen en la visión general de Kelsen sobre el tema termina siendo inseguro.

Aun así, y pese a todo, es posible referirse a un conjunto de argumentos que son desarrollados de forma sistemática y reiterada, conformando el núcleo principal de la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural. El primero de ellos, sobre el que más se ha insistido, es la acusación de que esta teoría cae en la falacia naturalista al pretender deducir, a partir de enunciados descriptivos, enunciados prescriptivos o valorativos. También es vital la crítica al concepto de

razón práctica, que lleva a Kelsen a defender el papel estrictamente teórico de la razón, rechazando que pueda llegar a constituirse como fuente autónoma de principios prácticos orientadores de la acción. Además, son recurrentes y acertadas sus observaciones sobre los resultados contradictorios a los que han llegado las diversas teorías iusnaturalistas a propósito de instituciones como la esclavitud, la propiedad privada, etc. Finalmente, Kelsen comparte con Welzel el argumento de que la doctrina iusnaturalista, al determinar el contenido del derecho natural, incurre en una *petitio principii*: se deduce "lo bueno" a partir de "lo natural", pues se parte de una idea *a priori* de lo que es bueno, correcto o justo, y a eso se le denomina lo "natural".¹⁶¹

En estas páginas finales intentaré ofrecer una valoración de la crítica de Kelsen teniendo en cuenta no tanto sus logros como sus fallos y carencias. No pretendo entrar en un examen detallado, pues me interesa ante todo detectar cuáles son las fuentes de estas deficiencias. La crítica de Kelsen no es siempre todo lo rigurosa que cabría desear, por una doble razón: en primer lugar, Kelsen parece querer minimizar el hecho de que se está dirigiendo a una tradición que cuenta con más de dos mil años de antigüedad, en la que participan corrientes muy diversas, lo que hace que su concepción del iusnaturalismo a menudo no se ajuste a ninguna de las corrientes principales. Su crítica, pues, no se apoya en una caracterización suficientemente depurada de su objeto. En segundo lugar, y en parte por la misma razón, Kelsen no puede evitar caer en simplificaciones injustificadas, siendo muy difícil determinar cuándo éstas son intencionadas y cuándo se deben a su conocimiento insuficiente de la teoría iusnaturalista. Mi objetivo en esta reconsideración de la crítica de Kelsen es desentrañar algunas de estas simplificaciones en la medida de lo posible y sin ser muy exhaustivo. Para ello, las he dividido en dos grupos: a) las relativas a su caracterización de la teoría del derecho natural; y b) las que tienen que ver con su argumentación crítica.

a) Kelsen incurre en una importante simplificación al acusar a la teoría del derecho natural de caer en un dualismo jurídico inacepta-

¹⁶¹ Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, cit., p. 59.

ble. Siguiendo la descripción de Kelsen, la teoría del derecho natural fijaría sus cimientos sobre la base de un dualismo religioso-metafísico cuyo origen se sitúa en la filosofía platónica, y en cuya virtud se distinguen los planos contrapuestos de realidad e idea, del mundo sensible y del mundo trascendente que se sitúa más allá de los sentidos. Ahora no es momento de recordar las simplificaciones de Kelsen en su repaso de las manifestaciones del dualismo religioso-metafísico, ni de la forma en que sus diversas variantes influyen en el *pathos* humano.¹⁶² Sin embargo, la mención del dualismo religioso-metafísico es importante en la medida en que es la base de otro dualismo específico que se produce en el terreno iusfilosófico, a saber: el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo.

Kelsen no es el único autor que acusa a la doctrina del derecho natural de incurrir en ese dualismo; por el contrario, esta acusación ha gozado de gran popularidad entre los teóricos del derecho afines al positivismo jurídico.¹⁶³ Sin embargo, es muy discutible que este dualismo se pueda atribuir sin más a toda la teoría iusnaturalista, pues algunos autores evitan caer en él. Aristóteles, por ejemplo, distinguía entre lo justo natural y lo justo legal;¹⁶⁴ pero posteriormente, cuando Santo Tomás de Aquino establece una identidad entre el derecho y lo justo, la distinción aristotélica cobra un nuevo sentido: se distingue entre el derecho natural y el derecho positivo, aunque no se puede afirmar que entre estos dos órdenes de conducta exista una relación jerárquica, sino que se trata más bien de una distinción interna al orden jurídico vigente en una comunidad concreta.

b) La tendencia de Kelsen a la simplificación se manifiesta también en su exposición de los argumentos críticos contra la teoría del derecho natural. Me referiré a dos de ellos: la acusación de que la teoría iusnaturalista no tiene en cuenta la variabilidad histórica y la afirmación de que esta teoría incurre en la falacia naturalista.

¹⁶² Véase SENDÍN MATEOS, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", cit., pp. 499-500.

¹⁶³ En ese mismo sentido se manifiesta PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 236.

¹⁶⁴ Dice ARISTÓTELES: "La justicia política se divide en natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no, y legal la de aquello que en un principio da lo mismo que seas así o de otra manera". Véase *Ética a Nicómaco*, Cap. V, § 7. Citamos por la traducción de María Araujo y Julián Marías (edición bilingüe), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 81.

Para Kelsen, admitir un derecho natural variable significa, en el fondo, adoptar el relativismo axiológico que está en la base del positivismo jurídico: el derecho natural relativo no puede considerarse verdadero derecho natural, pues ello significaría ignorar el postulado de la inmutabilidad, que es consustancial a las normas de derecho natural. Esta posición de Kelsen se basa en una visión reductiva de las posibilidades de manifestación del iusnaturalismo, pues parece tomar como referencia la visión, fuertemente constructiva, del iusnaturalismo moderno, ignorando las peculiaridades de la teoría clásica del derecho natural, la cual, recordemos, distinguía un saber teórico o epistémico y un saber práctico o fronético.¹⁶⁵ El saber práctico se orienta a educar cívicamente a los ciudadanos; pero es evidente que el comportamiento cívico no puede ser desvinculado de un determinado contexto práctico. Por eso, frente a la acusación de rigidez y de falta de conexión con la historia, el iusnaturalismo clásico, aunque asentado sobre una conciencia histórica aún escasamente desarrollada, estaría abierto en principio a la diversidad cultural y la variabilidad histórica. Más allá del carácter absoluto e inmutable de sus primeros principios, la aplicación del derecho natural a casos concretos y en circunstancias variables permitiría una adaptación al cambio histórico que Kelsen parece ignorar.

La segunda gran simplificación de Kelsen tiene que ver con la reiterada afirmación de que la teoría del derecho natural incurre en el error lógico de la falacia naturalista, tratando de deducir enunciados valorativos o prescriptivos a partir de enunciados descriptivos. Siendo más precisos: para Kelsen, el error del enfoque iusnaturalista es pretender deducir lo que debe ser, lo justo, a partir de aquello que se considera natural en los hombres. Habría que comprobar si esta acusación puede ser atribuida con justicia a la teoría iusnaturalista, lo cual no está nada claro. Es dudoso que las dos teorías más representativas, la teoría clásica y la teoría moderna del derecho natural, incurran en dicha falacia.¹⁶⁶ A continuación expondré las razones.

¹⁶⁵ Véase SENDÍN MATEOS, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", *cit.*, p. 445.

¹⁶⁶ Véase sobre este tema DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

En referencia al iusnaturalismo clásico, sus representantes, y en especial los estoicos y escolásticos con Santo Tomás de Aquino al frente, consideraban al derecho natural como un conjunto de principios y reglas de conducta que se derivaban de ciertas tendencias inmanentes a la naturaleza del hombre. Pero esto no significa necesariamente que el iusnaturalismo clásico incurra en la falacia naturalista. Frente a lo que creen algunos autores, es muy dudoso que Santo Tomás de Aquino fuera consciente del error lógico que supone derivar normas de deber ser, prescripciones, a partir de meras descripciones, y que, en consecuencia, tratara por todos los medios de evitarlo.¹⁶⁷ En todo caso, no me parece que la teoría clásica del derecho natural corra peligro de incurrir en la falacia naturalista. El carácter metafísico de su estrategia teórica impide, como veremos a continuación, que pueda producirse ese riesgo. La teoría iusnaturalista maneja un concepto metafísico-teleológico (no empírico) de naturaleza, que tiene una fuerte carga deóntica. Desde Aristóteles en adelante, la naturaleza de un ser aparece como un telos, como un fin que es la perfección de ese ser, su entelequia. En la Edad Media este concepto adquiere notorias connotaciones religiosas gracias a la incorporación por Santo Tomás de Aquino de la doctrina agustiniana de la ley eterna. Para Santo Tomás, la ley eterna es la ley que rige el universo, conforme a la cual Dios ha creado todas las cosas. La ley eterna conduce a todos los seres a su perfección, incluyendo a los seres racionales, al hombre, que llega a ella a través de la ley natural, que es la participación que los seres humanos poseen de la ley eterna. Con semejante concepto de naturaleza, en el que están imbricadas las dimensiones ontológica y deontológica, no debe extrañar que cuando se afirma que algo es natural no estemos ante un mero enunciado descriptivo, pues ese enunciado incorpora el enunciado valorativo que considera eso como "lo bueno" y lo que favorece el logro de la perfección. De esta manera, lo que es por naturaleza coincide con lo que debe ser.¹⁶⁸ La noción de "naturaleza" del iusnaturalismo clásico está, por tanto,

¹⁶⁷ Véase GEORGE, R. P., "Kelsen y Santo Tomás sobre la doctrina de la Ley Natural", *Persona y derecho*, 42, Universidad de Navarra, Pamplona (2000), p. 75.

¹⁶⁸ Véase DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, *cit.*, p. 22.

“cargada” axiológica y deónticamente, lo que hace imposible distinguir el derecho que es del derecho que debe ser y, por ende, la teoría del derecho y la teoría de la justicia. Por esta razón, la teoría iusnaturalista clásica ni incurre ni puede incurrir en la falacia naturalista. El aspecto discutible de la teoría clásica del derecho natural no me parece, pues, su supuesta recaída en el error de la falacia naturalista, sino el carácter metafísico de su enfoque teórico.

Pero tampoco el iusnaturalismo moderno cae en semejante error. Esta corriente establece una identidad entre lo “natural” y lo “no convencional”. Se cree que la validez de las normas de derecho natural es objetiva y universal, y que su fundamento se encuentra en la razón. La naturaleza no es aquello de lo que se deriva el contenido de las normas, sino que su papel consiste en aportar los datos y condicionantes objetivos e invariantes necesarios para poder crear normas racionalmente fundadas. Esto significa romper con la filosofía práctica tradicional, pues no se busca en la naturaleza los principios o reglas que rigen la convivencia, sino los condicionantes a tener en cuenta en la elección de los principios sobre los que debe basarse el orden social. Es muy característico de los enfoques contractualistas el recurso a la idea de un “estado de naturaleza”, cuya descripción permite identificar los problemas a los que se enfrenta la vida humana en un marco no político. Es la consideración de los intereses generales de los hombres lo que, a la luz de esta información, lleva a la elección de los principios básicos de un orden social y político adecuado.

Pese a la importancia de estas simplificaciones, probablemente la raíz de las discrepancias de Kelsen con la teoría iusnaturalista reside en el relativismo y escepticismo ético sobre el que se basa su teoría. En ese aspecto Kelsen está en sintonía con gran parte de las tendencias filosófico-morales y jurídicas que dominaban en Europa desde mediados del siglo XIX. Como es sabido, ésta es una posición que en las últimas décadas se puede decir que está ya en franca retirada. En la crítica al derecho natural, Kelsen proyecta su escepticismo ético en especial contra la idea de razón práctica. Para ello se apoya en una visión de la razón práctica que ha sido ampliamente superada por una serie de teorías morales recientemente elaboradas a partir de una revisión de la ética kantiana (pienso en la ética del discurso de Apel y Habermas, el constructivismo moral de Rawls y el enfoque de las buenas razones de Toulmin y Baier), que ponen en funcionamiento

una idea procedimental de racionalidad práctica que parece muy fecunda. Sin embargo, una discusión sobre la crítica de Kelsen a la idea misma de razón práctica excede ampliamente las pretensiones de este trabajo, y deberá esperar otro momento.

En resumen: la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural no es lo rigurosa que debiera, a diferencia del rigor que sí caracteriza a la exposición de su teoría del derecho. En cualquier caso, es muy encomiable su perspicacia al elegir los argumentos esgrimidos, así como su gran capacidad de desarrollo e inagotable perseverancia, lo que no le impide caer en las simplificaciones que se han señalado. Me parece especialmente significativa la que acusa a la teoría del derecho natural de incurrir en la falacia naturalista, pues este argumento es el que tiene mayor significación y el que con más frecuencia invoca Kelsen; y porque, según ha quedado demostrado, las dos manifestaciones principales de la doctrina del derecho natural quedan sustraídas a esta crítica, por lo que, más que ante una mera simplificación, nos encontramos ante lo que parece ser un importante error de Kelsen. Cosa diferente es determinar en qué medida esta circunstancia es suficiente para desposeer a la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural de todo o de parte del valor que tiene.