

EXPOSICION Y REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE HANS KELSEN CONTRA LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL*

por Camilo Tale**

Resumen

En este trabajo, se repasan y analizan los argumentos que Hans Kelsen ofreció en algunos de sus textos para refutar la doctrina del Derecho natural y se intenta desmontar que muchos de tales argumentos son falsos y, por ende, las conclusiones a las que llegó el autor austriaco acerca del iusnaturalismo son inválidas.

Palabras clave

Hans Kelsen, iusnaturalismo, derecho natural.

Sumario

I. Introducción. II. Caracterización de la doctrina del Derecho natural (según Hans Kelsen). III. Argumentos de Hans Kelsen contra la doctrina del Derecho natural. IV. Recapitulación: estructura lógica de los argumentos analizados e indicación de los vicios lógicos que encierran. V. Conclusión final.

I. INTRODUCCIÓN

Dedicamos este artículo a la consideración crítica de los argumentos que reunió Hans Kelsen en su escrito *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia*¹, y que luego aparecieron abreviadamente -pero conservando su sustancia- en el capítulo VIII de la edición francesa de 1953 de la *Teoría pura del derecho*², distribuidos bajo los subtítulos "El error lógico de la doctrina del derecho natural", "Las contradicciones de la doctrina del derecho natural" y "Los resultados contradictorios del derecho natural".

Anticipamos al lector que el análisis de la validez de cada uno de tales argumentos nos conduce a la categórica refutación de todos ellos, dado que vulneran manifiestamente las reglas de la lógica material.

* Recibido el 22 de marzo de 2006. Publicado el 2 de mayo de 2006.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Cuyo, de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor extraordinario consultor en la Universidad Fasta de Mar del Plata (Argentina).

¹ Hans KELSEN, *The natural law doctrine before the tribunal of science*, publicado en *The Western Political Quarterly*, University of Utah, Salt Lake City, Utah, EE.UU., vol. II, n° 4, 1949, pp. 481 ss. Hay traducción castellana, aparecida en *Hechos e ideas*, Buenos Aires, t° XIX, 1950, pp. 253-293. Las citas que hacemos de este artículo se refieren a dicha traducción. El mismo escrito fue publicado en español dentro de una compilación de varios artículos traducidos por Albert Calsamiglia, con el título *¿Qué es justicia?*, Planeta-De Agostini, Buenos Aires, 1993 (pp. 64-112).

² Hans KELSEN, *Theorie pure du droit. Introd. a la science du droit*, ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953. Hay versión castellana resumida de dicha edición francesa, realizada por Moisés Nilve, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires,, 1960, y muchas

Los textos transcriptos de aquel artículo kelseniano de título tan arrogante, los indicamos con la abreviatura D.N., y los pasajes que tomamos de la traducción resumida castellana de la versión francesa realizada por Henri Thévenaz de la *Teoría pura del derecho*, que fue la segunda versión de tal obra (1953), los señalamos con la abreviatura T.P. Hay que acotar que en la primera edición de este libro (1934) el tema está ausente. Fue introducido en la segunda versión mencionada, y ya no apareció en la tercera y definitiva versión de la Teoría pura, aunque se publicó juntamente con ella, dentro de un apéndice constituido de varios artículos (1960), de la cual edición hay una traducción castellana publicada en México en 1979, sin dicho apéndice.

En el desarrollo que sigue, transcribimos textual e íntegramente todos los argumentos que en tales escritos expresó el ex-profesor de Viena. Exponemos sucesivamente cada razonamiento del mencionado autor y la consideración crítica respectiva.

Al final del trabajo, recopilamos la estructura lógica de los argumentos de Hans Kelsen, y la indicación de los paralogismos que encierran cada uno de ellos.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL (según Hans Kelsen)

Enunciado a:

"La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el *dualismo* del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el eterno problema de la justicia absoluta y contestar qué es justo y qué es injusto en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por

ediciones posteriores.

ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. *Bastaría examinar cuidadosamente los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas*" (D.N. p. 253; T.P. pp. 101 s.).

Consideración crítica:

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

Hans Kelsen no menciona ningún autor que haya dicho que "basta examinar los hechos de la naturaleza" para obtener los juicios de justicia y, sin embargo, atribuye esa idea a "la doctrina del derecho natural".

Tampoco dice la doctrina del derecho natural que el examen de la naturaleza reemplace las funciones legislativas; es, por ende, una aserción que Kelsen le atribuye gratuitamente (sobre esto, véase infra,

la refutación del cuarto argumento).

Enunciado b:

"*Dicha teoría [la teoría del derecho natural] supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular son una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa*" (D.N. p. 254; T.P. p. 102).

"*Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podrá otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos*" (D.N. p. 254; T.P. p. 103).

"*Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado*" (T.P., p. 103).

En nota a pie de página Hans Kelsen cita, en apoyo de sus afirmaciones, los nombres de Grocio (*De iure belli ac pacis*, L. I, cap. 1, X), Hobbes (*Leviathan*, I, cap. 15) y Pufendorf (*De iure nat. et gent.* II, III, XX). (D.N. p. 254 s; T.P. p. 103).

Consideración crítica:

Es falso que toda doctrina del derecho natural tenga un carácter necesariamente religioso.

Es verdad que muchos de los autores iusnaturalistas profesan la existencia de Dios y vinculan la autoridad divina a la ley natural, afirmando que Aquél es su autor (pues si el Creador hizo al hombre, hizo la naturaleza humana y, por ende, hizo la ley que ha de regir la conducta del hombre, y la inscribió en el espíritu del hombre –así, por ejemplo, Tomás de Aquino define a esta ley natural como "participación de la ley eterna en la criatura racional", *Summa theol.* I-II, 91, 2c-).

Pero muchos filósofos han sostenido la existencia del derecho natural sin remitirse a la autoridad divina, y aun sin relacionarla con la existencia de un ser divino, como fue el caso de *Aristóteles*, quien fue el primero en usar el término "derecho natural", según leemos en el siguiente pasaje de su *Ética nicomaquea*: "Del derecho que hay en toda comunidad, una parte es el derecho natural, y otra el derecho según las leyes. Derecho natural es aquello que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de la aprobación o desaprobación de los hombres. Derecho según las leyes es lo que en un principio es indiferente que sea de tal modo o del otro, pero que una vez constitutas las leyes deja de ser indiferente" (1134 b). Vemos cómo el propio "padre del derecho natural" no vinculó este orden jurídico con la voluntad divina, ni tampoco con la idea de un Creador de la naturaleza (para la concepción de Aristóteles y de la gran mayoría de los filósofos griegos, Dios no era el autor de la naturaleza). Para admitir la existencia de un derecho intrínsecamente válido, universal, cognoscible por la razón humana, no se requiere concebirlo como emanado de Dios; más aún, ni siquiera es forzoso aceptar la creación divina, y por ello Aristóteles, que admitió la existencia de Dios pero no su carácter de creador del mundo, pudo asumir sin embargo la doctrina del derecho natural. El mismo Tomás de Aquino, sin descartar la fundamentación teológica del derecho natural, juzgó que el conocimiento de sus normas también puede deducirse sin apelar a la voluntad divina; en muchos lugares de su obra afirma

claramente que las conclusiones del derecho natural se resuelven en los primeros principios de la ley natural inmediatamente evidentes (por ejemplo: *"se debe hacer el bien y evitar el mal"*, *"no se debe dañar a otro"*, *" se debe contribuir al bien común político"*, *"debe cumplirse lo prometido"*, etc., I-II, 94, 2c in princ.). De manera que no es necesario partir del conocimiento de la existencia de Dios para el conocimiento del derecho natural.

Asimismo, para ver que es infundada esta afirmación de Kelsen, podemos acudir a la doctrina de Hugo Grocio, el representante más destacado de la escuela moderna del derecho natural. El filósofo holandés distinguió el derecho divino del derecho natural: éste regula lo que es lícito o ilícito en sí mismo, es decir, manda o prohíbe lo que es en sí lícito o ilícito; en cambio aquél puede versar sobre cosas que no son lícitas o ilícitas en sí mismas, y así, mandando ciertas cosas las hace obligatorias, y prohibiendo ciertas cosas, las hace ilícitas (*Tratado del derecho de la guerra y la paz*, L. I, cap. 1, X.2). Es muy conocido el siguiente texto del filósofo neerlandés: *"abstenerse de lo ajeno, y si se tiene algo de otro, o si de ello se ha sacado alguna ganancia, restituirlo; la obligación de cumplir las promesas; la reparación del daño causado culpablemente y el merecimiento de la pena entre los hombres (...) ciertamente estas cosas tendrían lugar aunque concediésemos (...) que no hay Dios, o que Él no se ocupa de las cosas humanas"* (op. cit., proleg. 11). El pasaje de Grocio es por demás elocuente con relación al punto que estamos considerando. La referencia que hace Kelsen de Grocio, para ilustrar la dependencia religiosa de la doctrina iusnaturalista es, por lo expuesto, un recurso infeliz.

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

abordar la cuestión de la existencia de Dios³.

Kelsen reitera una decena de veces en el mencionado artículo esa afirmación de que la doctrina del derecho natural tiene un carácter necesariamente religioso, pero en ningún lugar prueba tal tesis. Con razón ha señalado Oscar Viola que Kelsen comete el error filosófico de creer que solamente lo que tiene carácter religioso es inmutable en su esencia; por ello dice que el derecho natural, al ser inmutable, es necesariamente religioso⁴. Véase que el principio "no puede imponerse pena a un inocente", así como muchos otros principios, los cuales tiene valor en sí mismos, independientemente de toda consideración religiosa.

Podemos vislumbrar o entrever un argumento implícito en el fragmento antes transcrito, el cual sin embargo es impugnable, pues incurre en "petición de principio", según exponemos a continuación:

Estructura lógica del argumento:

El derecho natural es esencialmente distinto del derecho positivo.
El derecho positivo es creado por la voluntad del hombre.

El derecho natural no es creado por la voluntad del hombre.

El derecho natural no es creado por la voluntad del hombre.

Todo derecho es creado por una voluntad.

→ premisa no demostrada.

Si hay un derecho natural, éste es creado por una voluntad que no es humana.

Si hay un derecho natural, éste es creado por una voluntad que no es humana.

Toda voluntad o es humana o es divina.

Si hay un derecho natural, éste es algo creado por la voluntad divina. → conclusión inválida.

³ John FINNIS, *Natural law and natural rights*, Clarendon press, Oxford, 1980, Iª Parte, p. 49 y IIª Parte. Véase al respecto la extensa nota crítica sobre la obra, de Guido SOAJE RAMOS, en *Ethos*, Instituto de Filosofía Práctica, n° 10/11 (1982/3). Buenos Aires, 1984, pp. 344 ss. Hay versión castellana de esta obra de Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

⁴ Óscar Luis VIOLA, *Contra Kelsen*, Edic. Marcos, Buenos Aires, 1975, p. 55.

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

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

del positivismo jurídico teológico que tres siglos antes se expresara en la obra de Guillermo de Occam).

III. ARGUMENTOS DE HANS KELSEN CONTRA LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

Primer argumento:

(Razonamiento implícito que se desprende de la caracterización recién expuesta)

En el texto de Kelsen que hemos transcripto *supra* (enunciado b) se halla entrañada la siguiente objeción contra la existencia del derecho natural, o sea, de un derecho universalmente válido: "El derecho natural, según el iusnaturalismo, está fundado en Dios (...). Pero si Dios es su fundamento, dado que muchos no admiten que Dios existe, este derecho natural sería algo dependiente de las opiniones sobre Dios (...) Si es dudoso que Dios existe, *no se puede fundar el derecho natural. O bien, el derecho natural "existe" sólo para los hombres que sean religiosos, esto es, creyentes en Dios*"⁵.

Refutación del primer argumento:

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

Segundo argumento:

(Error lógico o error de método en la doctrina iusnaturalista)

Expresó el ex-profesor de Viena:

"Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la

⁵ Cfr., Héctor HERNÁNDEZ, *Sobre si hay un derecho natural*, en *La ley*, Buenos Aires, vol. 1986-B, p. 983, 2ª col.

primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que *no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo* (...). La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser" (D.N. p. 254 y T.P. p. 104).

"Una ley natural es la afirmación de que si es A es B, mientras que una regla de moral o una regla de derecho es la afirmación de que si A, *debe ser* B" (D.N. p. 255).

"Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que *debe ser*, de la realidad natural al valor moral o jurídico" (D.N. p. 256, T.P. p. 105).

"La doctrina del derecho natural se basa sobre la falacia lógica de una inferencia del ser al deber" (D.N. p. 257)

Este argumento, que imputa a la teoría del derecho natural el hacer un tránsito indebido de "premisas de ser" a conclusiones de "deber ser" (por lo cual se quebrantaría la consabida regla lógica de que nada puede aparecer en la conclusión, si no está de alguna manera contenido en las premisas), es usado con frecuencia por Kelsen en varios de sus escritos y ha sido una objeción muy común en los autores positivistas, anteriores y posteriores a él. Esta objeción fue emitida ya por el filósofo británico David Hume en el libro III de su conocido *Tratado sobre la naturaleza humana*, publicado en 1741⁶.

Refutación del 2º argumento:

Puede advertirse que Kelsen, allí donde hace la imputación de que "la doctrina del derecho natural no hace la distinción necesaria entre las proposiciones enunciativas y las proposiciones prescriptivas", no menciona ningún autor iusnaturalista que incurra en dicho error de método⁷.

⁶ David HUME, *Treatise of human nature*, III, I.1 in fine.

⁷ Cfr., Óscar VIOLA, op. cit., p. 55.

No es verdad que en el discurso iusnaturalista se pase necesariamente de premisas "de ser" (proposiciones descriptivas o enunciativas) a conclusiones "de deber ser" (proposiciones prescriptivas o normativas).

Los principales representantes de la doctrina del derecho natural han distinguido siempre el orden de la naturaleza física y el orden de la naturaleza moral, o "*ámbito práctico*". En la teoría del derecho natural se hace la distinción entre la índole de las proposiciones propias de la ciencia de la naturaleza física, y las proposiciones acerca de lo ético y lo jurídico. Asimismo, una de las bases de la filosofía clásica ha sido la distinción del saber en *saber especulativo* (conocimiento de cómo son los entes y de sus esencias, propiedades, principios y causas) y *saber práctico* (conocimiento de cómo debe ser la conducta del hombre y las instituciones sociales); las proposiciones en uno y otro caso tienen distinta forma, pues las del saber práctico poseen la modalidad "debe", y ellas no se obtienen por pura deducción de proposiciones "de ser", sino que se obtienen a partir de premisas "de deber ser". Así, Santo Tomás de Aquino ha dicho en muchos lugares que los principios a los cuales se remiten las conclusiones de la filosofía práctica son diversos de los principios que fundan las conclusiones de la filosofía especulativa (I-II, 94, 2c; II-II, 47 6c)⁸. Los principios del orden práctico ya son proposiciones *prescriptivas*. Así, por ejemplo, Tomás de Aquino enunciaba los siguientes primeros principios de la ley natural -en los cuales se fundan las conclusiones del saber práctico: "*debe hacerse y procurarse el bien y debe evitarse el mal*", "*debe promoverse el bien común*", "*debe indemnizarse el daño causado con culpa*", etc. y afirmaba claramente que estos principios son inmediatamente evidentes para la razón, o sea que no se derivan por deducción a partir de otros principios⁹. De manera que *la doctrina iusnaturalista no parte de premisas "de ser" para obtener conclusiones "de deber ser", sino que siempre hay en las premisas por lo menos una*

⁸ También *Comm in Ethic*, IV, lec. XII.

⁹ *S. Theol.* I-II, 94, 2c, *II Sent* d. 24 q 2 a 3 y muchos otros lugares.

*proposición "de deber ser"*¹⁰.

Esto que decimos en general, podemos comprobarlo en particular, si observamos la justificación de algunas normas específicas de derecho natural. Así, a manera de ejemplo, podemos ver que el mencionado Santo Tomás funda su tesis de que la forma de matrimonio más conforme al derecho natural es la monogamia, con los razonamientos que siguen: 1) Los cónyuges *deben ser* iguales en cuanto al uso del matrimonio; en el matrimonio de uno con muchas, el hombre tiene libertad de disponer cuando quiere de cada mujer, pero cada mujer pierde esta libertad; en conclusión, el matrimonio no debe ser de uno con muchas. 2) Entre los cónyuges *debe haber* cierta amistad intensa; pero no es posible tener una amistad intensa con muchas personas; luego en el matrimonio poligámico no es posible una amistad intensa; en conclusión, el matrimonio no debe ser poligámico; 3) En la familia *debe existir* concordia; el matrimonio de uno con muchas, según lo muestra la experiencia, suele generar discordias; en conclusión, el matrimonio no debe ser de uno con muchas" (cfr., *Contra gent.*, L. III. cap. 124). En este ejemplo sencillo que expusimos con propósito ilustrativo, y en otros muchos que podríamos traer, no ocurre el paso indebido de proposiciones "de ser" a proposiciones de "deber ser" que Kelsen achaca a la doctrina del derecho natural. Vemos así cuán infundada es esa imputación de "error de método" que le endilga el ex-profesor de Viena¹¹.

¹⁰ Hacía notar Thomas REID -contemporáneo y adversario de David HUME- que "los principios primarios de la moral no son deducidos, son evidentes por sí mismos y su verdad, como la de todos los axiomas, se percibe independientemente de todo razonamiento y de toda deducción. *Y en cuanto a las verdades que no tienen una evidencia intuitiva, están deducidas de los principios primeros de la moral*" (*Essays on the active powers V.7*, en *Oeuvres complètes*, París, 1822, tº V, p. 422). Cfr., John FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., pp. 33-4. FINNIS advirtió acerca de la versión desfigurada de la doctrina del derecho natural que presenta Kelsen, en éste y en otros aspectos (op. cit., pp. 26 ss.) Al respecto, véase nuestro artículo «La epistemología del derecho natural en John Finnis», *especialmente la relación epistémica entre la filosofía práctica y la antropología*, en AA. VV., *Persona, sociedad y derecho*, El copista, Córdoba, 1998, pp. 450 ss.

¹¹ Las premisas de "deber ser" a veces están expresas, y otras veces se hallan implícitas. Como ha observado Ulrich KLUG, en el discurso iusnaturalista a veces los razonamientos son entimemas (es decir argumentos que incluyen una proposición que no se expresa pero que está sobreentendida) en los cuales la premisa de deber ser está implícita, porque es obvia. En estos casos no puede hablarse de falsa

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

Dice Hans Kelsen:

"No es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas [las normas del derecho natural]" (T.P. p. 105).

Refutación del tercer argumento:

Aquí Kelsen exige que se pruebe el acto por el cual han sido producidas las normas del derecho natural, pero esta pretensión sólo tiene sentido cuando se trata del derecho positivo, el cual por definición es creado por una voluntad y sólo en virtud de ella goza de validez. El derecho natural, en cambio, por definición, no deriva su validez *ex voluntate*, sino *ex ipsa natura rei*¹². Por consiguiente, Kelsen incurrió aquí en la misma *petición de principio* que hemos señalado *supra* (en la consideración crítica del enunciado b, refutación) y que consiste en partir de la idea de que "todo derecho es creado por una voluntad".

Cuarto argumento:

(Con este comienza una serie de cinco argumentos que Hans Kelsen pone bajo el título *Las contradicciones del derecho natural*)

"Si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural mediante un análisis de la naturaleza, el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo

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

¹² "Algo puede ser derecho de dos maneras: 1) atendida la naturaleza misma de las cosas (*ex ipsa natura rei*) y esto es derecho natural; 2) por convención entre particulares o convención pública o cuando lo ordena el gobernante que tiene a su

sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol¹³. Esta es otra consecuencia de la doctrina del derecho natural. Pero ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo" (D.N. p. 259, T.P. p. 106).

Refutación del cuarto argumento:

No es verdad que si existe un derecho natural, el derecho positivo es superfluo.

a) Esto se prueba *primeramente* porque el derecho natural, por extensa que se conciba su esfera de regulación, no alcanza a todas las situaciones y conductas de la vida social. Los principios del derecho natural y las conclusiones que se derivan de ellos, regulan directamente cierta cantidad de situaciones y conductas, pero con respecto a muchas otras, nada puede concluirse con carácter universal y necesario. Para éstas, son posibles diversas soluciones jurídicas que ni pertenecen ni contrarían al derecho natural, es decir, que son indiferentes desde el punto de vista de las exigencias de la razón natural. Sin embargo, tales situaciones y conductas necesitan ser reguladas, o conviene que sean reguladas, y allí tenemos un cometido del derecho positivo. Por esto, como dijera el Aquinate, "muchas cosas han sido añadidas a la ley natural, muy útiles a la vida humana"¹⁴.

cargo la comunidad, y esto es derecho positivo" (*Summa theol.* II-II, 57, 2c).

¹³ Esta metáfora que usa Kelsen se encuentra en GREGORIO MAGNO, utilizada con otro sentido: "La justicia humana comparada con la divina es injusticia, así como la lámpara que brilla en las tinieblas, puesta debajo del rayo del sol, se vuelve oscura" (*Moralia*, L. V, cap. XXXVII, parágr. 67. Migne, P.L., tº LXXV p. 716). Después, la usaron muchos autores, por ejemplo Jeremy BENTHAM: "Si hubiese una ley de la naturaleza que dirigiese a todos los hombres hacia su bien común, las leyes serían inútiles; sería como usar una caña para sostener un roble; sería como encender una antorcha para agregar luz a la luz del sol" (en «Loi naturelle, droit naturel», en *Principes de législation civile et pénale*, París, 1830, tº I p. 144).

¹⁴ TOMAS de AQUINO, op. cit, I-II, 94, 5c. Véase también II- II, 57, 2c y ad 2; II-II, 10, 5 ad 1; I-II, 95, 2; 91, 3 y 95, 1; 99, 3, ad 2; 99, 5; 100, 11 c. Por lo dicho, es palmariamente falsa la siguiente aseveración de Kelsen en su *Teoría general del Estado*: "Los maestros del derecho natural afirman, en una versión que ha permanecido como estereotipo desde los padres de la Iglesia hasta Kant, que la ley positiva deriva su total validez de la ley natural, que ella es esencialmente una mera emanación de la ley natural, que la sanción de estatutos no es creada

b) *Además*, muchas veces las normas del derecho natural regulan directamente ciertas relaciones entre los hombres, pero sin hacerlo de manera suficientemente determinada. Por ejemplo, es una verdad incuestionable que el ser humano, hasta cierta edad, en razón de su inmadurez, debe estar sujeto a la autoridad de sus padres para que éstos dirijan su vida y administren sus bienes; esto es un principio de derecho natural, pero a partir de ello no es posible concluir una edad puntualmente determinada (¿18 años?, ¿19?, ¿20?, ¿21?, ¿22?, ¿23 años?) para la duración de ese período de protección y sujeción. Algo análogo ocurre para la determinación del monto de un tributo: a partir del principio de derecho natural que manda que el ciudadano debe contribuir al bien común político, se concluye la norma que prescribe el deber de pagar impuestos según la capacidad contributiva, pero con el sólo método del derecho natural no se puede arribar al *quantum* de la obligación tributaria que debe obrar el contribuyente. Otro ejemplo: de derecho natural es que los delitos se castiguen, pero la determinación de la cantidad de castigo para cada clase de delito pertenece al derecho positivo: que en sí mismo el homicidio debe castigarse con mayor pena que el hurto, surge de la jerarquía de los bienes humanos que establece la doctrina del derecho natural, pero la pura indagación racional es impotente para concluir una pena de determinada intensidad para cada uno de esos delitos. Podrían brindarse cientos de ejemplos como estos que hemos expuesto, que nos permiten comprobar que el derecho natural deja una multitud de puntos con mayor o menor indeterminación. Sin embargo, en la vida social, para delimitar lo que corresponde a cada uno, se requiere una determinación, la cual por consiguiente ha de ser realizada por la legislación positiva, dentro del marco más o menos amplio que dejan las normas del derecho natural¹⁵.

De acuerdo con lo dicho en a) y b), la crítica de Hans Kelsen sólo

libremente, que meramente reproduce la verdadera ley que ya está de algún modo en existencia".

¹⁵ TOMAS de AQUINO, op cit, I-II, 95, 2c; 99,3, ad 2; 91, 3 ad 1. Muchas veces el mismo derecho positivo deja todavía una zona de indeterminación, y toca ya al juez la determinación del derecho para esa relación particular.

podría tener sentido respecto de aquellas concepciones extremadamente racionalistas del derecho natural, que se han propuesto la elaboración de un detalladísimo "código de derecho natural" obtenido por deducciones, con la pretensión de regular, hasta en sus menores circunstancias, todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, el *Derecho natural tratado con método científico-lus naturae methodo scientifica pertractatum*- de Christian Wolff).

c) En tercer lugar, si consideramos aquellas relaciones humanas que están suficientemente regidas por una norma de derecho natural precisa, que no requiere de ulterior determinación, es sin embargo muy conveniente que el legislador humano la formule y le dé la vestidura del derecho positivo. Hay por lo menos dos razones para esto, a saber:

c.1) Porque *no todos los hombres* poseen ni adquieren el conocimiento de *todas las normas* particulares del derecho natural; los primeros principios y las reglas más generales son naturalmente conocidos por todos los seres humanos, pero a medida que las conclusiones se van haciendo más particulares, es fácil que el hombre común las ignore o yerre acerca de ellas¹⁶;

c.2) porque, aun cuando las personas tengan la facultad de conocer la solución justa para muchas situaciones controvertidas, ocurre que en el caso concreto sus razonamientos éticos suelen interferirse con sus deseos e intereses individuales y entonces pierden la necesaria objetividad.

¹⁶ Según TOMAS de AQUINO, hay distinto grado de evidencia en la ley jurídica natural: "dos géneros de preceptos (...) los primeros y universales, que no necesitan promulgación, porque están escritos en la razón natural, como de suyo evidentes (...) y luego otros que por diligente investigación de los sabios se demuestre que están conformes con la razón. Estos preceptos llegan al pueblo mediante la enseñanza de los doctos" (I-II, 100, 3c). Véase también I-II, 94, 4c; 99, 2 ad 2; 100, 5 ad 1. "Cuanto más se va descendiendo de los principios universalísimos a las conclusiones concretas, tanto más oscuras e inseguras se hacen, y es tanto más posible una gran disparidad de opinión, particularmente entre la gran masa de los que no tienen tiempo ni ánimo, ni ocasión para investigaciones teóricas. Es, por lo mismo, necesario que alguien en la sociedad esté autorizado para declarar con fuerza obligatoria las conclusiones más remotas, de manera que todos los miembros de la sociedad estén obligados a obrar conforme a ellas" (Victor CATHREIN, *Filosofía del Derecho - El derecho natural y el positivo*, trad. de la 2ª ed. alemana por Alberto Jardón y Csar Barja, Madrid, Reus, 1945 pp. 199 ss.)

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

Las razones que acabamos de exponer para fundar la necesidad de la institución de las leyes humanas y de restringir el margen de arbitrio de los jueces, fueron ya explicadas por Aristóteles¹⁷.

Puede denominarse "derecho positivo adicionado al derecho natural" o "derecho puramente positivo" al derecho positivo referido en a), "derecho positivo determinante del derecho natural" al derecho positivo mencionado en b), y "derecho natural positivizado", o "derecho positivo por accidente" al derecho positivo referido en c).

De lo expuesto, resulta que hay por lo menos cuatro importantes razones (a, b, c.1 y c.2) que justifican la existencia del derecho positivo, aun cuando exista el derecho natural.

Quinto argumento:

Luego expresó el autor:

"La mayoría de las doctrinas iusnaturalistas se estancan en una *contradicción característica*. Por un lado, sostienen que *la naturaleza humana es la fuente del derecho natural*, lo que implica que *la naturaleza humana es buena básicamente*. Por el

¹⁷ "Es muy conveniente que las leyes correctamente sancionadas, en cuanto se pueda, lo determinen todo, y dejen lo menos posible a los que juzgan; en primer lugar, porque es más fácil encontrar uno o pocos, que no muchos, que sean capaces de dar leyes y de juzgar; en segundo lugar, porque el establecimiento de las leyes se lleva a cabo por los que han deliberado durante mucho tiempo, mientras que los juicios se realizan rápidamente, de manera que no es fácil que los jueces se den cuenta exacta de lo justo y de lo útil. Y lo que es más, porque el juicio del legislador no se refiere a un caso particular, ni a lo presente, sino que se trata de lo futuro y universal, mientras que los que deliberan en la asamblea y los jueces juzgan inmediatamente acerca de lo presente y determinado, a lo cual van unidos con frecuencia el amor, el odio y la propia utilidad, de manera que ya no es posible ver adecuadamente lo verdadero sino que el propio placer o molestia oscurecen el juicio" (ARISTOTELES, *Política* I, 2).

otro lado, *pueden justificar la necesidad del derecho positivo, con su maquinaria de coerción, tan sólo basados en la maldad del hombre*" (D.N. p. 260).

"La mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una *contradicción* característica. *Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre*" (T.P. p. 106).

Refutación del quinto argumento:

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

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

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

Si se asume una concepción antropológica realista, hay que considerar la palmaria coexistencia de dos tendencias opuestas en los seres humanos. De una parte, la necesidad de coacción, o de la amenaza de la coacción, para mover a algunas personas a la observancia del derecho, supone, en efecto, cierta proclividad al mal en los hombres (inclinación mayor o menor, según sean el individuo de quien se trate y las circunstancias). De otra parte, el que la razón humana sea capaz de descubrir el derecho natural supone, en efecto, cierta perfección de la naturaleza humana. Pero *estos dos presupuestos*

no se hallan en contradicción, pues la inclinación del hombre a apartarse del bien por egoísmo y debilidad se explica por su estado actual de "naturaleza caída" y su capacidad de conocer lo justo se explica por el hecho de que, aun cuando su naturaleza ha quedado vulnerada, no se halla corrupta. Distinta es la doctrina sobre la naturaleza humana que sustenta el protestantismo ortodoxo: para Martín Lutero y para sus seguidores, la naturaleza actual del hombre se halla totalmente corrompida, es incapaz de obrar con rectitud, el ser humano es fundamentalmente malo, incapaz de hacer el bien y también incapaz de conocerlo.

De manera que el argumento de Kelsen, en el mejor de los casos sólo podría hacer impacto contra el iusnaturalismo de la Edad Moderna, derivado del luteranismo, "iusnaturalismo" ecléctico y por ende contradictorio, como se ha observado muchas veces. Los fundadores y principales expositores de la doctrina del derecho natural han rechazado tanto la concepción del hombre absolutamente bueno por naturaleza en su estado actual, como la concepción de la naturaleza humana corrupta. En este argumento del ex-profesor de Viena se verifica una vez más la verdad de la aserción de Eustaquio Galán y Gutiérrez de que "*Kelsen denota en muchas ocasiones la tendencia a derribar puertas que ya están abiertas*"¹⁸.

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

¹⁸ Eustaquio GALAN Y GUTIERREZ, *Ius naturae (Lecciones de cátedra)*, vol. I, Madrid, 1961, p. 304.

sequor" ("conozco lo que es mejor, y lo apruebo; pero sigo lo que es peor").

Sexto argumento:

Ha expresado Kelsen:

"*Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente.* Esta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural (...). Los teóricos del derecho natural intentan a menudo salir de apuros probando (...) que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible (Hobbes, *De Cive*, cap. XIV), o admiten la posibilidad de conflicto sólo en casos muy excepcionales" (D.N. pp. 262 s.; T.P. p. 107).

Refutación del sexto argumento:

El razonamiento es inválido. A partir de la tesis que dice que la validez del derecho positivo se halla en su correspondencia con el derecho natural, no se concluye que el derecho positivo que contraría el derecho natural sea nulo o inexistente. Por ello los fundadores y los sistematizadores de la doctrina del derecho natural nunca han sostenido tal cosa; ellos no han propugnado la desobediencia de toda ley injusta, sino que, al contrario, una de las normas del derecho natural prescribe: "Existe obligación de obedecer ciertas leyes injustas, o que uno crea injustas, cuando su injusticia no es grave y cuando de su desobediencia surgiese algún perjuicio al bien común". De modo que las normas jurídicas contrarias al derecho natural no son válidas, aunque algunas veces su obediencia es obligatoria por razones de bien común. El hecho de que una ley sea injusta *no siempre* es suficiente para justificar su desobediencia (pues la desobediencia de un mandato inicuo puede

producir una injusticia mayor que la injusticia que significa su acatamiento, v.gr. el desorden público, el desprestigio de las autoridades, un incentivo para desobedecer cualquier ley en los demás ciudadanos, etc.). Pero tampoco hay obligación de obedecer todas las leyes. Existe en el sistema iusnaturalista toda una doctrina acerca de la obediencia de las leyes y mandatos humanos¹⁹.

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

La cita que Hans Kelsen hace de Hobbes no es pertinente, pues en este filósofo inglés (que sustentó el positivismo jurídico) la expresión "derecho natural" significa el poder que cada uno tiene de hacer lo que desee en el "estado de naturaleza": "*Derecho natural es la libertad que cada uno tiene de usar su propio poder como quiera*"²⁰. Obviamente, nada tiene que ver esta definición particular del término "derecho natural" con el derecho natural del cual estamos tratando en este artículo. Hobbes dice expresamente: "No hay cosas que pueden conocerse o hallarse *in rerum natura* (...) *Son las leyes civiles las que determinan qué es justo o injusto, y qué es conveniente o inconveniente, virtuoso o vicioso*"²¹.

Séptimo argumento:

Otro razonamiento del mismo autor expresa:

"La mayor parte de los partidarios del derecho natural definen la justicia diciendo que la misma consiste en dar a cada

¹⁹ Véase por ejemplo la cuestión "Si las leyes humanas obligan en el foro de la conciencia" tratada por TOMAS de AQUINO, en op. cit, I-II, 96, 4c.

²⁰ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Parte I, cap. XIV, in princ. V. también *De cive*, cap. I, parágr. 10.

²¹ Thomas HOBBS, *The elements of law, natural and politic*. Si se quisiera considerar la doctrina de Hobbes como un iusnaturalismo, se trataría de un derecho natural constituido por una sola norma: "debe obedecerse todo lo que ordena el soberano". Lo justo, con respecto a las diversas reglas jurídicas, no tiene aquí ningún contenido que esté determinado previamente a la voluntad del gobernante.

uno lo debido. *Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable.* En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo" (T.P. p. 108 s.).

No sólo en esta versión de la Teoría Pura, sino también en varias otras obras suyas (por ej. en "*¿Qué es la justicia?*"²² y en "*Justicia y derecho natural*"²³), Hans Kelsen presentó esta objeción -muy usual en el contexto del positivismo jurídico- de que las fórmulas de la justicia ("dar a cada uno lo suyo", "tratar igualmente lo igual", "no dañar a otro", etc.) son vagas, amplias, indeterminadas, fórmulas vacías que pueden llenarse con cualquier contenido.

Refutación del séptimo argumento:

No es cierto que la noción de la justicia en el iusnaturalismo sea un concepto vacío.

Primeramente, hay que decir que "dar a cada uno lo que es debido" o mejor aún, "dar a cada uno lo suyo" es una definición que delimita a la justicia con respecto a otras relaciones éticas, como son por ejemplo la gratitud, la veracidad, la caridad, etc. Dicha expresión cumple con el requisito de toda definición, que es "delimitar" una cosa respecto de las cosas anejas.

Es cierto que en la definición no se dice en qué consista lo debido o "suyo" para cada especie de relación jurídica. Pero no es verdad que para otorgarle contenido a la fórmula sea inevitable el dirigirse al derecho positivo, pues dentro del sistema de derecho natural hay principios y normas más o menos generales que expresan qué es lo debido, en las distintas especies de relaciones interhumanas. Así, por ejemplo, en materia de contratos una norma general de justicia es que "debe haber proporción entre las contraprestaciones". Otras normas de

²² Hans KELSEN, *Qué es la justicia*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Univ. Nac. de Cba., Córdoba, 1966.

²³ Hans KELSEN, *Justicia y derecho natural*, en AA. VV., *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966, p. 54.

justicia, o sea normas de la ley jurídica natural son las siguientes: "es ilícito matar directamente a una persona inocente", "es lícito agredir al injusto agresor para defenderse", "debe repararse el daño culpablemente causado", "los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos mientras son menores", "nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro sin razón que lo justifique"... Todas estas son especificaciones de las normas más universales del derecho natural: la norma que manda "no dañar" y la norma que manda "dar a cada uno lo suyo". Las varias normas mencionadas como ejemplo son, todavía, normas bastante generales, pero son reglas que brindan un contenido concreto. Hay otras normas más particulares, que se obtienen por derivación de éstas, y para conocerlas está precisamente la investigación de la Filosofía del Derecho en sus varios capítulos.

Por tanto, no es necesario dirigirse al derecho positivo para dar sentido a los principios del derecho natural; hay que acotar, además, que Kelsen a partir de la amplitud de tales principios, pasa a concluir que el reenvío al derecho positivo es inevitable, pero -como ha señalado Óscar Viola- no demuestra tal conclusión²⁴.

Octavo argumento:

Asimismo escribió Hans Kelsen:

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

²⁴ Cfr., Óscar Luis VIOLA, op. cit., p. 62. Acota este autor que, como puede verse en la doctrina de Santo Tomás, el reenvío se hace del modo inverso: el intérprete se remite del derecho positivo al derecho natural, para determinar la validez de la norma de derecho positivo (*Summa theol.* I-II, 95, 2; *Contra Kelsen*, cit., p. 62).

resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada (...). La doctrina del derecho natural tiene, en su conjunto, un carácter conservador muy acentuado" (T.P. p. 108; también D.N. pp. 266 ss).

Refutación del octavo argumento:

Comienza Kelsen este párrafo con una afirmación absolutamente falsa: "Todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural...". La verdad es todo lo contrario: ya desde el célebre Orígenes en la Antigüedad, *los representantes notables de la doctrina del derecho natural han admitido que puede ser legítima la resistencia a la autoridad cuando se reúnen ciertos requisitos*. Así, por ejemplo, escribió Tomás de Aquino: "El hombre debe obedecer al poder político en tanto lo exija el orden de la justicia. Por consiguiente, a los súbditos les es permitido desobedecer cuando el gobierno es ilegítimo o usurpador, o si manda cosas injustas, salvo algunos casos para evitar el escándalo o peligro de mal mayor" (*Summa theol.*, II-II, 104, 6 ad 3). "El régimen tiránico no es justo, pues no se ordena al bien común (...). Por lo tanto, la perturbación de ese régimen es legítima, a no ser que se perturbe de tal manera desordenada (*inordinate*) que la multitud tiranizada sufra más daño con esa perturbación que con el régimen tiránico" (II-II, 42, 2 c). Una doctrina análoga leemos en Francisco de Vitoria (*De pot. civ.*). Francisco Suárez también sostuvo el derecho de resistencia y trató extensamente acerca de ello (*De la guerra*, VIII, 2; *Defensio fidei*, L. VI, caps. 3 y 4). Esta idea es asimismo uno de los elementos característicos y más conocidos de la doctrina de John Locke.

Además, la mayoría de los autores iusnaturalistas no se limitan a justificar la resistencia pasiva o desobediencia, sino también la rebelión y aun la insurrección para derrocar al gobernante cuando esta grave conducta se hace necesaria de acuerdo con el análisis prudencial de las circunstancias. De modo que es falso que en la doctrina del derecho natural no se admita el derecho de resistencia, o que se lo limite a una

resistencia individual pero nunca organizada; al contrario, la perturbación del régimen se justifica según Santo Tomás solamente si se hace "ordenadamente" (*ordinate*); éste es uno de los varios requisitos que exige.

Noveno argumento:

(Los resultados contradictorios del derecho natural)

Finalmente, Hans Kelsen argumentó de la siguiente manera:

"No hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias.

Para una, la democracia es la forma natural de gobierno (John Locke, *The 2nd. treatise on civil government*, cap. VII n° 99). Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, o más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado (op. cit. cap. XI); Hobbes ha extraído de allí el principio contrario: que el poder del gobierno establecido de acuerdo con el derecho natural es absoluto, o sea ilimitado" (*The elements of law, natural and politic*).

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas económicos y jurídicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, *de Grocio a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios (...)*. Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el

derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, y toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta (...).

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título *Code de la nature ou le véritable esprit de ses lois* (...)

La doctrina del derecho natural, al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés para quien busca la verdad desde un punto de vista científico" (T.P. pp. 109-112; también D.N. pp. 269 ss.).

Refutación del noveno argumento:

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

Además, en estos párrafos de Kelsen se contienen datos erróneos usados como premisas, los cuales revelan un desconocimiento de la historia elemental de la filosofía del derecho. Ello puede explicarse, al menos en parte, por el reducido tramo de la historia de las ideas que

tuvo en cuenta el ex-profesor de Viena. Para el estudio filosófico de la institución de la propiedad privada Hans Kelsen ha consultado -según él mismo declara- "de Grocio a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural"; pero entonces ha omitido las investigaciones de la alta escolástica, cuatro siglos antes de Grocio, las de la segunda escolástica que floreció en España con una pléyade de tratadistas muy eminentes, y también las exposiciones de los filósofos iusnaturalistas que han escrito a lo largo del siglo XX hasta nuestros días, que son muchos. Si hubiera tenido en cuenta tales fuentes, habría advertido que la concepción de que "la propiedad privada es un derecho sagrado" no está en ninguno de los autores de la Antigüedad, ni del Medioevo, ni en el centenar de destacados maestros de la segunda escolástica ni en la mayoría de los autores iusnaturalistas de nuestro tiempo. En los tratadistas de los siglos XII al XVI la apropiación individual de los bienes no es un derecho adquirido sagrado e inviolable, sino que está subordinado al derecho más fundamental de todos los hombres de participar del uso de los frutos de la tierra para satisfacer sus necesidades²⁵. Pero ocurre que Kelsen se limitó a los publicistas del siglo XVII al XIX, y dentro de éstos, tan sólo a los del mundo cultural protestante, y entonces se comprende que, abrevando en John Locke, y en el clérigo anglicano Richard Cumberland, Kelsen vincule el iusnaturalismo a la propiedad privada sagrada e intangible. La observación que luego hace de que la protección de la "propiedad privada" se tiene como uno de los principales fines del Estado, y que se le ha reconocido más valor al derecho de propiedad que a la vida humana, es un reproche que sólo corresponde hacer al iusnaturalismo liberal individualista. Es en este contexto ideológico (s. XVIII y XIX) donde aparecen las constituciones políticas que, como la Constitución de la República Argentina de 1853, omiten toda referencia al bien de la vida humana y a otros bienes jurídicos valiosos, y al mismo tiempo consagran la propiedad privada de los bienes materiales como absolutamente inviolable. Esta notable inversión de los valores jurídicos

²⁵ TOMAS de AQUINO, *Summa theol.*, II-II, 66, 2c y ad 1; 7c.

que apunta Kelsen, este absurdo que es la preocupación mayor en proteger la propiedad de los bienes económicos que la preocupación en proteger la vida humana, de ninguna manera puede atribuirse al iusnaturalismo escolástico, en el cual la propiedad privada nunca se concibió como un derecho absoluto, corolario de lo cual fue la doctrina -tan ampliamente aceptada entre los medievales- de la justificación ética y jurídica del "hurto famélico", y sobre la licitud del uso de la propiedad privada ajena en general, en caso de gravísima y urgente necesidad, doctrina que en general fue rechazada por la teoría penal del s. XIX.

La cuestión de los límites del poder del gobierno es otro ejemplo que Kelsen aduce para argüir que a partir de los principios iusnaturalistas se obtienen conclusiones contradictorias entre sí. También yerra en los ejemplos concretos que ofrece, pues compara las conclusiones de Hobbes con las de Locke. Pero ocurre que este último puede clasificarse como iusnaturalista, y en cambio de Hobbes ha de decirse rotundamente que no lo es. Thomas Hobbes empleó el término "derecho natural", pero con un sentido totalmente diverso, según recordamos *supra* (*Refutación del sexto argumento, in fine*). En el pensamiento de Hobbes -relativismo moral- el hombre no puede tener un conocimiento objetivo de lo justo; Locke, en cambio, sostuvo la concepción de una moral objetiva, que incluye normas de justicia universalmente válidas, y cognoscibles con certidumbre por la razón humana²⁶. Se comprende que las conclusiones de los dos pensadores británicos sean opuestas entre sí, si ya lo son sus puntos de partida.

El ejemplo de la mejor forma de gobierno también es desafortunado para ilustrar la variabilidad de las conclusiones del derecho natural, porque la mayoría de los pensadores iusnaturalistas han sido contestes en que no hay una forma de gobierno que sea absolutamente y siempre la mejor para todas las comunidades, sino que la legitimidad de un tipo de régimen político proviene de su aptitud en concreto para lograr en mayor o menor grado el bien común político del pueblo del

²⁶ John LOCKE, *First treatise on government*, IV, III. 18.

cual se trate. En la doctrina iusnaturalista tradicional el principio de legitimidad del gobierno es el bien común, y por ende una monarquía, una aristocracia o una democracia, en sus varias especies, modalidades históricas y combinaciones, pueden ser legítimas o ilegítimas, según que contribuyan al bien común, o se opongan a él. Esta es la doctrina que hallamos en Aristóteles²⁷, Agustín²⁸, Tomás de Aquino²⁹, Grocio y otros muchos pensadores. Con respecto al pensamiento de Locke, también hay que señalar un error en la cita de Kelsen, pues el filósofo inglés no dice que la democracia sea la única forma natural de gobierno, sino que en el párrafo citado sólo se rechaza la monarquía absoluta³⁰ y en esa misma obra reconoce expresamente la aristocracia, la monarquía electiva y la monarquía hereditaria, como formas legítimas de gobierno³¹.

Si dejamos ahora de lado los errores que aparecen en los ejemplos que ofrece Kelsen, y nos dirigimos al meollo de su argumento, encontramos allí la afirmación gratuita de que "la doctrina del derecho natural permite justificar juicios contradictorios". Es fácil advertir que la variabilidad de respuestas a las cuestiones sobre la justicia no prueba la contradicción de ninguna teoría iusnaturalista; solamente prueba que los autores iusnaturalistas que han desarrollado sistemas diversos (muchas veces a partir de premisas diversas) han llegado a conclusiones diversas y opuestas respecto de muchos temas. Existen varios sistemas iusnaturalistas diversos en su contenido³². Como ya hemos observado antes, *de la mera variación de opiniones sobre una cosa no se puede concluir que todas ellas sean falsas, y aun menos lícito es concluir que la cosa no exista.*

²⁷ ARISTOTELES, *Política*, L. III, 1279 a.

²⁸ AGUSTIN, *De libero arbitrio*, cap. VI.

²⁹ TOMAS de AQUINO, *De regno*, I, 1.

³⁰ John LOCKE, *The second treatise on civil government*, VII n° 90 ss, y *passim*.

³¹ John LOCKE, *op cit*, L. X n° 132.

³² Al respecto puede verse Werner GOLDSCHMIDT, *Clasificación sistemática de las corrientes iusnaturalistas*, en en Werner GOLDSCHMIDT, *Justicia y verdad*, La ley, Buenos Aires 1978, pp. 366-80. Para un desarrollo más prolijo y más completo sobre el asunto, véase la comunicación de Guido SOAJE RAMOS al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Helsinki, 1983, «Diferentes concepciones de derecho natural», publicado en *Ethos*, Instituto de Filosofía Práctica, n° 10-11,

Hay en el texto de Hans Kelsen que hemos considerado un "*sofisma de falsa generalización*" por "*enumeración incompleta*", porque tanto en el asunto de las formas de gobierno, como en el tema de la propiedad privada, ha omitido a la Antigüedad, a la escolástica medieval, a la escolástica moderna y al iusnaturalismo contemporáneo, o sea que ha omitido en lo cuantitativo, la mayor parte de los autores iusnaturalistas, y en lo cualitativo, a los expositores más eminentes de la doctrina del derecho natural.

Hay un paralogismo "*de falsa premisa*" en tanto se pone a Hobbes como representante de la posición iusnaturalista.

Hay "*sofisma de cambio del asunto*" porque en las premisas el sujeto es "algunos iusnaturalistas" y en la conclusión se dice "la doctrina del derecho natural".

IV. RECAPITULACIÓN: ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS ARGUMENTOS ANALIZADOS E INDICACIÓN DE LOS VICIOS LÓGICOS QUE ENCIERRAN

Estructura lógica del argumento primero

Si hay derecho natural, éste es algo creado por la voluntad divina. →premisas falsas

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

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

Estructura lógica del argumento segundo

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

La doctrina del derecho natural pretende extraer proposiciones de deber ser a partir de proposiciones descriptivas sobre la realidad. →premisas falsas

La doctrina del derecho natural carece de validez. →conclusión inválida

Estructura lógica del argumento tercero

Para demostrar la existencia de un derecho es necesario probar la existencia del acto por el cual ha sido creado -por ej., tal norma jurídica del país se prueba por el acto de sanción de la ley que la contiene. Es imposible probar el acto por el cual fue creado el derecho natural. →petición de principio

No es posible demostrar la existencia del derecho natural. →conclusión inválida

Estructura lógica del argumento cuarto

Si el hombre pudiera conocer un derecho natural, el derecho positivo sería superfluo. →premisa falsa
El derecho positivo no es superfluo -como lo reconocen los iusnaturalistas.

El hombre no puede conocer un derecho natural. Los iusnaturalistas se contradicen. →conclusión inválida

Estructura lógica del argumento quinto

La doctrina del derecho natural sostiene que la naturaleza humana es fuente del derecho natural. Si la naturaleza humana es fuente del derecho natural, entonces la naturaleza humana es fundamentalmente buena. →premisa falsa

La doctrina del derecho natural sostiene que la naturaleza humana es fundamentalmente buena. →conclusión inválida

La doctrina del derecho natural sostiene que la naturaleza humana es fundamentalmente buena. La doctrina del derecho natural sostiene que la naturaleza del hombre es perversa –con lo cual justifica la existencia de un orden coactivo. →premisa falsa

Pero bueno y perverso son términos contradictorios. La doctrina del derecho natural se contradice. →conclusión inválida

Estructura lógica del argumento sexto

La doctrina del derecho natural sostiene que el derecho positivo deriva su validez de conformidad con el derecho natural.

Si el derecho positivo deriva su validez de conformidad con el derecho natural, toda norma del derecho positivo contraria al derecho natural es nula y debe ser desobedecida. →conclusión falsa

La doctrina del derecho natural concluye que toda norma contraria al derecho natural es nula y no debe ser obedecida. → premisa falsa

La doctrina del derecho natural enseña que el derecho positivo siempre es válido y debe ser obedecido. → premisa falsa

La doctrina del derecho natural se contradice. → conclusión inválida

Estructura lógica del argumento séptimo

La doctrina del derecho natural dice que lo justo es dar a cada uno lo que es debido.

Lo que es debido a cada uno sólo puede conocerse si se acude al derecho positivo. → premisa falsa

La doctrina del derecho natural dice que justo es lo que prescribe el derecho positivo. → conclusión inválida

La doctrina del derecho natural dice que justo es lo que prescribe el derecho positivo.

La doctrina del derecho natural sostiene que el derecho natural está por encima del derecho positivo.

La doctrina del derecho natural se contradice. → conclusión inválida

Estructura lógica del argumento octavo

La doctrina del derecho natural considera que el derecho natural está por encima del derecho positivo y de las conductas de los gobernantes.

Los representantes notables de la doctrina del derecho natural sostienen que el derecho natural no reconoce el derecho de resistir a las autoridades. → premisa falsa

Los representantes notables de la doctrina del derecho natural se contradicen. → conclusión inválida

Estructura lógica del argumento noveno (razonamiento inductivo)

a) Sobre las formas de gobierno

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

Para algunos iusnaturalistas, la monarquía es la mejor forma de gobierno (por ejemplo, Filmer) → sofisma de enumeración incompleta

b) *Sobre la extensión del poder.*

Para algunos iusnaturalistas, el poder del gobierno debe ser limitado (por ejemplo, Locke).	→sofisma de enumeración incompleta
Para algunos iusnaturalistas, el poder del gobierno debe ser absolutamente ilimitado (por ejemplo, Hobbes).	→premisa falsa

c) *Sobre la propiedad privada.*

Para algunos iusnaturalistas, la propiedad privada es un derecho absoluto y sagrado (por ejemplo, filósofos desde Grocio hasta Kant),	→sofisma de enumeración incompleta
Para algunos iusnaturalistas la propiedad privada es contraria al derecho natural.	→sofisma de cambio del asunto

 El iusnaturalismo llega a resultados contradictorios. →conclusión inválida

V. CONSIDERACIÓN FINAL

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

De los conceptos y de las citas de sus obras se deduce que Hans Kelsen emprendió la crítica de la doctrina del derecho natural sin

haberla consultado en sus fundadores ni en sus grandes sistematizadores, ni en sus expositores más autorizados.

Paul Valéry decía que "lo primero que tiene que hacer el que quiere refutar una tesis es comprenderla un poco mejor que el que mejor la defiende". En nuestro parecer, y según resulta de los argumentos analizados *supra*, los escritos del ex-profesor de Viena no demuestran que comprendiera la doctrina del derecho natural. Más aún, de acuerdo con las citas que hizo en este artículo con la declarada presuntuosa pretensión de "hacer comparecer" a la doctrina del derecho natural "ante el tribunal de la ciencia", es evidente que se lanzó a la polémica sin haber cumplido el primer requisito que demandan la actitud científica y el rigor metódico en cualquier estudio acerca de la historia del pensamiento, que es la consulta de las fuentes.