

LA CIENCIA DEL DERECHO NATURAL EN HANS Kelsen

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño

«(...) es de primordial importancia el que el mundo exterior sea independiente del hombre, algo absoluto, y, para mí, la búsqueda de las leyes aplicables a este absoluto representa la más sublime de las tareas científicas».

Max Planck

Sumario: Advertencia Metodológica I. Introducción: La Teoría del Derecho, otra Óptica de la Ciencia Jurídica. II. Aproximación Dialéctica. III. El Hito de una Teoría Pura. IV. El Derecho Amoral. V. Naturalizando la Teoría Pura. VI. Gnoseología, Neokantianos y Contradicciones. VII. El Derecho Natural Real. VIII. La Ciencia del Derecho Natural en Hans Kelsen. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN.

LA TEORÍA DEL DERECHO, OTRA ÓPTICA DE LA CIENCIA JURÍDICA

Dentro de la historia del pensamiento jurídico, el surgimiento de las teorías del derecho han significado una transformación que no puede pasarse por alto, una transformación que pudiera especificarse en la aparente superación del estudio filosófico del derecho por un enfoque más científico monista, más práctico y menos especulativo. Las teorías jurídicas, en términos generales se pueden definir como: «(...) aquellas explicaciones que unifican otras explicaciones parciales, bajo cuya luz se construyen sistemáticamente todo un orden jurídico o grandes parcelas

de él (...)»¹. El autor de la anterior definición (Javier Hervada), señala que este nuevo enfoque «teórico» resulta incompatible con la Filosofía del Derecho: «Tanto las hipótesis como las teorías de la ciencia jurídica son instrumentales y relativas. No expresan ni explican la realidad última del derecho, sino que explican sólo el fenómeno jurídico. Por eso no son trasladables ni aplicables directamente a la explicación ontológica (Filosofía, nivel fundamental). Y por esta razón carece de sentido criticarlas desde esas perspectivas por el hecho de no servir adecuadamente a esas ciencias»². Rafael Márquez Piñeiro no considera que ambas disciplinas sean discordantes: «La Filosofía del derecho (dentro de la teoría general del derecho) se constituye en una teoría de la ciencia jurídica; su objeto es descubrir y reducir a sistemas aquellos conceptos que la ciencia jurídica no explica, pero que siempre presupone. Para ello utiliza el método empírico, reduce la fenomenología jurídica a constantes generales mediante un proceso eliminatorio de lo accidental y variable y unificador y descriptivo de lo uniforme. De esta manera, la teoría general es parte de la ciencia jurídica, considerando a ésta como sistema universal de conocimientos sobre el derecho, pero está fuera de ella, como sistema que es de sus supuestos; por ser teoría de la ciencia jurídica, no es ciencia sino Filosofía del derecho»³. La relación entre Filosofía Jurídica y la teoría es explicada por Verdross, quien señala, aunque de manera muy general, que la principal diferencia entre la Filosofía del Derecho y la teoría del Derecho, consiste en que la segunda «ya no valora al derecho positivo a la luz de la idea del derecho o del derecho natural, sino que lo contempla como un hecho (*factum*) independiente, de ahí que se propusiera como tema el conocimiento de aquellos elementos que sirven de base al derecho positivo»⁴ o lo que en otras palabras implicaría una exclusión de la Ciencia del Derecho Natural en el quehacer científico jurídico en general. Aproximarnos a tal exclusión, al menos dentro de la teoría elaborada por el jurista austriaco, Hans Kelsen, es el propósito de esta reflexión.

¹ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, 624.

² *Idem*.

³ Márquez, Rafael, *Filosofía del Derecho*, Ed. Trillas S.A. de C.V., México, 1990, 19.

⁴ Verdross, A., *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, U.N.A.M., México 1986, 283.

Como punto de arranque hay que considerar la definición kelseniana de la Teoría del Derecho. Con una intención divulgativa Kelsen dice que la teoría es una disciplina «que no se limita a un determinado orden jurídico o determinadas normas jurídicas. Esta teoría tiene que precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho; de esta manera, proporciona fundamentación teórica de toda consideración que tenga por objeto un derecho o institución jurídica especial»⁵. Así las cosas, se podría decir, hasta el momento, que la denominada «Teoría del Derecho» constituye una nueva manera científica, una nueva actitud, de estudiar el derecho. En Inglaterra fue John Austin (1790-1859) quien desarrolló esta postura en su *Lectures of jurisprudence* y en Europa, el húngaro Félix Somló (1873-1920) con su «Teoría general jurídica» (circa 1917), sin embargo, es indudable que fue Hans Kelsen (1881-1973) el principal exponente de esta doctrina y de ahí que nos ocupemos de su pensamiento.

II. APROXIMACIÓN DIALÉCTICA

Hans Kelsen es bien conocido en el ámbito jurídico mexicano, por lo que no será necesario hacer una semblanza biográfica⁶. Errázuriz advertía que: «Cualquiera sea el juicio que merezca su doctrina, ella constituye un punto de referencia obligado, del que no es posible prescindir a la hora de plantear las grandes cuestiones jurídicas del presente»⁷. En cuanto a

⁵ Kelsen, H., *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Distribuciones Fontamara S.A., México 1995, 8.

⁶ De cualquier manera, vale la pena situar a nuestro autor, aunque de modo breve. Kelsen nació en Praga el 11 de noviembre de 1881. Profesor en Viena desde 1911 hasta 1930, ejerció una importante influencia, al grado de formar escuela, contando, entre sus seguidores, a un Alfred Verdross. Algo que no se puede negar, es la grandeza jurídica del pensamiento kelseniano, se le ha denominado «el jurista vienés», no sólo por su labor en la cátedra sino también como inspirador de la Constitución de la República de Austria, es en suma, el gran artífice del Tribunal Constitucional y para algunos «(...) El nombre más destacado de la teoría política y jurídica de Weimar (...)» (Merquior, J.G., *Liberalismo viejo y nuevo*, México, Fondo de Cultura Económica 1993, 149). La estabilidad en la vida de Kelsen fue interrumpida por hechos próximos a la Segunda Guerra Mundial. En 1930 se traslada a Colonia, en 1933 a Ginebra y para 1940 adoptará su residencia definitiva en los Estados Unidos de América.

⁷ Errázuriz, C., *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986, 11.

la influencia que ha ejercido el pensamiento kelseniano en el derecho mexicano, basta traer a colación el nombre de Eduardo García Maynez, que ha sido el filósofo del derecho más influyente en nuestro país. Precisamente, García Maynez dijo en 1960 que: «Es posible coincidir o no con sus doctrinas, mas no pasarlas por alto ni dejar de tomar posición ante ellas, sea para difundirlas, para profundizarlas o para oponerse a sus tesis capitales. La prueba está en que ninguna obra seria sobre cualquier gran tema de la teoría jurídica deja nunca, en nuestra época, de considerar el punto de vista del famoso maestro, y en que muchas de esas obras —a menudo las más conspicuas— son un diálogo con Kelsen o una polémica con él»⁸. Nuestra intención no consiste en hacer una polémica con el gran jurista vienés, sino un diálogo. Desde luego, pretendemos acercarnos a Kelsen como ius-naturalistas, con el deseo de aprovechar la teoría del Derecho y encontrar o conciliar los fundamentos filosóficos que le sean necesarios.

III. EL HITO DE UNA TEORÍA PURA

En 1931 se publicó el *Reine Rechtslehre Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, que en castellano se ha traducido como «La teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho»⁹. Esta obra ha marcado un hito el estudio del derecho, sencillamente se trata del texto fundamental del pensamiento kelseniano: «La Teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo (...) a secas»¹⁰. El jurista vienés quiere evitar todo tipo de confusión metodológica. Sólo se debe estudiar al derecho positivo, la verdadera ciencia jurídica no debe mezclarse ni con la Psicología, Biología, Ética o Teología. Por ejemplo, en cuanto a la emisión de un juicio ético respecto de una fuente de derecho, esto no será una función de la teoría del derecho:

⁸ García Maynez, E., *Importancia de la Teoría Jurídica Pura*, Distribuciones Fontamara S.A., México, 1994, 7; también del mismo autor: *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana, exposición y crítica*, Ed. Porrúa S.A., México, 1978.

⁹ Para efectos de citas, se manejará la segunda edición publicada por Editora Nacional, S.A. en México, 1981, y se abreviará con las letras T.P. No obstante contar con la extensa edición traducida por Roberto J. Vernengo, novena edición, Ed. Porrúa S.A., México 1997, hemos optado por la de Breu Editora Nacional debido a su amplísima difusión.

¹⁰ T.P. 25.

«La teoría pura del derecho no quiere ni puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta ¿qué es lo justo? En tanto ciencia del derecho positivo es (...) una teoría del derecho real, del derecho tal como es creado realmente por la costumbre, la legislación o la decisión judicial y tal como es efectivamente en la realidad social, sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde el punto de vista de algún valor, es decir, desde un punto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto»¹¹.

Por lo tanto, hay que precisar una metodología propia del derecho. Así las cosas, Kelsen distingue entre las ciencias del ser, es decir, disciplinas causales con respecto a las ciencias normativas, o del deber ser. El Derecho es una ciencia del Deber ser¹². Esto explica el que Kelsen observe a la sociología como una ciencia natural, ya que los fenómenos sociales se enlazan causalmente, en el polo opuesto, encontramos al Derecho, ya que sus fenómenos no se enlazan causalmente:

«(...) llega la teoría pura del derecho al conocimiento de que las proposiciones jurídicas de la ciencia del derecho tienen una función análoga a las llamadas leyes naturales de la ciencia natural: la vinculación de dos hechos como condición y consecuencia; pero el sentido de esta vinculación es diferente en ambos casos. Mientras en las llamadas leyes naturales condición y consecuencia están vinculadas entre sí según el principio de causalidad (...), en las proposiciones jurídicas, la vinculación de condición y consecuencia se realiza según un principio para el cual la ciencia no ha encontrado hasta ahora ningún nombre que sea universalmente reconocido y para el que la teoría del derecho ha propuesto el de imputación (...)»¹³.

La relación de los fenómenos (hechos) se da desde un principio de imputación, o sea el enlace de un hecho con una consecuencia jurídica en virtud del vínculo «debe». Simplificando un poco se puede esto reducir en la fórmula «Si T es, debe ser Z», es decir, a una situación de hecho (T=*Tatbestand*) se le debe imponer una sanción (Z=*Zwangsfolge*). En razón de tal fórmula Kelsen dedujo una serie de conceptos estáticos:

¹¹ Kelsen, H., *Ob. cit.* 1995, 30, 31.

¹² T.P. 46.

¹³ Kelsen, H., *Ob. cit.* 1995, 10.

- a) **Deber Jurídico.** «(...) la función esencial de un orden, y aun de un orden coactivo como el del Derecho, no puede ser otra que la ligazón normativa de los individuos a él sometidos. Y esta ligazón normativa no puede ser designada sino por la palabra “deber”, puesto que aun el deber moral no expresa otra cosa que la ligazón que sufre el individuo por la validez del orden moral»¹⁴.
- b) **Facultad.** «Hay una facultad, cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o de querrela, del lesionado en sus intereses por la situación de hecho antijurídica. Sólo en relación a éste se individualiza la norma jurídica en facultad, se convierte en derecho subjetivo —en este sentido diverso del deber jurídico—, es decir, el derecho de un sujeto, puesto que ella se pone a la disposición del mismo para que haga valer sus intereses»¹⁵.
- c) **Sanción.** «(...) la consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es el acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, y solamente por eso la situación de hecho condicionante es calificada como lo antijurídico y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico»¹⁶.
- d) **Persona.** «La «persona» es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas. Esta consideración preserva de hipóstasis que desorientan y que reduplican el Derecho como objeto de conocimiento»¹⁷.
- e) **Estado de Derecho:** «(...) Si el Estado es por esencia un aparato de coacción, lo es precisamente por ser en esencia un orden

¹⁴ T.P. 76.

¹⁵ T.P. 78.

¹⁶ T.P. 52.

¹⁷ T.P. 83.

jurídico, y todas sus manifestaciones no pueden ser más que actos jurídicos»¹⁸.

«Un criterio positivista, que no trate de elevar el Derecho a la categoría absoluta de Derecho natural, tiene que considerar el Estado como una especie de rey Midas, que convierte en Derecho cuanto toca. Por esta razón, desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico. Del mismo modo que —por relación a los fines que han de lograrse mediante el orden jurídico— todo Estado es, al propio tiempo, Estado de poder y Estado de cultura»¹⁹. «(...) Este concepto formal del Estado de Derecho es un concepto primario frente al concepto material del mismo, ya señalado. Pero desde un punto de vista estrictamente positivista, incompatible con todo género de Derecho natural, todo Estado tiene que ser un Estado de Derecho en este sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método —autocrático o democrático— de su creación y cualquiera que sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales»²⁰.

Sin embargo la teoría del Derecho no es del todo estática, con la influencia de Merkel, Kelsen diseñó un orden jerárquico²¹ para la creación del derecho: «Teniendo como punto de apoyo a la constitución, desciende a través de la ley, del reglamento, de la sentencia judicial y de la decisión administrativa, hasta el acto de ejecución»²². El carácter dinámico del Derecho es explicado por Kelsen en virtud de que una norma válida genera a otra y de ahí su unidad como orden:

«Puesto que debido al carácter dinámico del Derecho una norma vale porque y en tanto fue producida en una forma determinada, esto es, en una forma determinada por otra norma, esta última representa para aquélla el fundamento de validez. La relación entre la norma determinante de la producción de otra

¹⁸ Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional S.A., México 1979, 56.

¹⁹ *Idem.* 57.

²⁰ *Idem.* 120.

²¹ Cfr. T.P. 108 y ss.

²² Verdross, A., *Ob. cit.* 288.

y la norma producida en la forma fijada, puede representarse con la imagen espacial del orden superior y del inferior. La norma que determina la producción es la más alta, y la producción en la forma fijada es la norma más baja. El orden jurídico no es, por tanto, un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de otras, por así decir, sino un orden gradado de diferentes capas de normas (...)»²³.

El esquema jerárquico es coronado por la «norma fundamental», que es una de las aportaciones más interesantes del vienés. La intención de nuestro autor era evitar un positivismo radical, a la manera de Karl Bergbohm, quien nunca determinó cuál era el origen o fuente del autor del derecho. Kelsen no buscó fundamentos ius-naturalistas. Para él la teoría del Derecho Natural no daba un fundamento realista al origen del derecho positivo:

«A la teoría del derecho natural no le interesa tanto el conocimiento del derecho válido, como la justificación del mismo, no tanto su explicación como su glorificación mediante la comprobación de que el derecho positivo de que se trata concuerda con un orden natural y divino o racional, es decir, absolutamente recto y justo»²⁴.

Sobre todo, Kelsen desacredita la validez de los fundamentos metafísicos del Derecho Natural:

«Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la naturaleza normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana. 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 razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la naturaleza»²⁵.

Empero, Kelsen mantiene un interés por el aspecto metajurídico, el aspecto suprapositivo, el cual «debe obedecerse» por la autoridad de quien lo origina. Asimismo:

²³ T.P. 108.

²⁴ Kelsen, H., *Ob. cit.* 1995, 33.

²⁵ Kelsen, H., *¿Qué es la Justicia?*, Distribuciones Fontamara S.A., México. 1995, 71, 72.

«Uno de los problemas lógicos de la teoría pura del derecho es la cuestión de saber qué es lo que constituye la unidad en una pluralidad de normas jurídicas, es decir, esa unidad que se designa como sistema jurídico u orden jurídico. Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del derecho utiliza la idea de norma fundamental como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo-orden jurídico. De ella se puede deducir la validez de las normas jurídicas pero no —como se ha sostenido erróneo— el contenido de las mismas. Sólo cuando se presupone la norma fundamental se pueden interpretar determinados actos humanos como actos jurídicos, es decir, como actos productores de normas jurídicas, y considerar a las normas jurídicas como el sentido de estos actos»²⁶.

Es en suma «una hipótesis del pensamiento que llevamos al material jurídico positivo a fin de poder interpretarlo como contenido de las normas»²⁷. A diferencia de Kant, quien intentó conjuntar al derecho positivo con el natural, el planteamiento kelseniano se concibe como un orden autárquico cerrado, «infraqueablemente separado de otros órdenes. Kelsen hace además notar que únicamente podemos suponer la existencia de la norma básica, a condición de que concibamos a un orden coactivo efectivo como un sistema de normas obligatorias»²⁸.

IV. EL DERECHO AMORAL

Al inicio de este artículo señalábamos que las Teorías del Derecho y más concretamente la aportación kelseniana, tienen por objeto el Derecho como realidad particular, unitaria, susceptible de ser estudiado por sí mismo. De ahí que el jurista vienés se ha haya hecho el propósito de deslindar al Derecho de otras disciplinas del «deber ser», enfatizando que por tanto hay que distinguir entre el Derecho y la Moral:

«(...) plantéase la misión de distinguir el Derecho, tanto de la Naturaleza como de otros fenómenos espirituales, pero en particular, de las normas de otro género. Importa aquí, ante todo, desligar el Derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la Moral»²⁹.

²⁶ Kelsen, H., *Ob. cit.* 1995, 20.

²⁷ Verdross, A., *Ob. cit.* 288.

²⁸ *Idem.*

²⁹ T.P. 37, 38.

Un punto importante a comentar, es que Kelsen no se propone desmoralizar al Derecho: «Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir bueno»³⁰. Sin embargo, niega que el Derecho sea parte integrante de la Moral, eso acarrearía consecuencias metodológicas:

«Al presentarse al Derecho como dominio parcial de la Moral sin elucidar si esto sólo significa la muy comprensible exigencia de que el Derecho deba ser moralmente configurado, o si con ello quiere decirse que el Derecho tiene, como parte integrante de la Moral, carácter positivamente moral, procurarse conferir al Derecho aquel valor absoluto que reclama la Moral»³¹.

Así las cosas, el jurista vienés se limita a considerar al Derecho como categoría moral, lo cual equivale a la Justicia. Por Justicia, Kelsen se refiere a la «felicidad social»³². Empero, el jurista vienés se va todavía más lejos. Considera que el problema de decir si el Derecho, o más concretamente la norma jurídica es justa o injusta, no compete a la teoría pura del Derecho:

«En su auténtico sentido, diverso del de Derecho, “Justicia” significa un valor absoluto. Su contenido no puede ser determinado por la teoría pura del Derecho. Es más, en ningún caso es asequible al conocimiento racional, como lo prueba la historia del espíritu humano, que desde hace siglos se afana en vano por la solución de este problema. Pues la Justicia, que ha de representarse como un orden superior, diverso y frente al Derecho positivo, está en su validez absoluta más allá de toda experiencia, así como la idea platónica más allá de la realidad, o como la cosa en sí trascendente más allá de los fenómenos»³³.

De esta manera, Kelsen termina concluyendo que: «es imposible responder por igual [Nota: se refería a la determinación de la esencia de la Idea] camino a la pregunta sobre aquello en que la Justicia consista»³⁴. Es por ello que las formulas de *sindéresis* resultan, según él, completamente vacías. Lo único realmente racional es el Derecho Positivo:

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ T.P. 39.

³⁴ T.P. 40.

«La Justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea al querer y obrar del hombre, no es accesible al conocimiento. A éste sólo se le da el Derecho positivo, o más concretamente: sólo el Derecho positivo se le plantea como problema. Cuando menos se esfuerza por separar claramente a éste de aquélla, cuanto más completamente se es con el empeño proveniente del poder que establece el Derecho, en aceptarlo a todo trance justo (...)»³⁵.

Finalmente, el jurista vienés no resuelve la cuestión de la relación entre Derecho y Moral. Divaga en despreciar las ideologías y las escuelas del Derecho Natural, ya clásicas o revolucionarias. Sostiene que la teoría del Derecho deberá estar al margen de cualquier planteamiento ideológico, lo cual tiene mucho de cierto, aunque como ya se dijo no concluye esto el problema entre Moral y Derecho. Solamente se limita a señalar que tanto Derecho como Moral son disciplinas con métodos propios. Esto último resulta cierto, la Moral tiene su objeto formal particular, como también lo tiene la ciencia jurídica, pero los planteamientos morales no son ideales sino reales y desde luego, cognoscibles. Asimismo, el concepto de Justicia tampoco es acertado, aunque sobre estos puntos hablaremos en líneas posteriores.

V. NATURALIZANDO LA TEORÍA PURA

Verdross es optimista con el planteamiento metajurídico de su maestro: «Nos parece, no obstante que Kelsen ha logrado aclarar toda una serie de problemas estructurales del derecho, lo que a su vez le permitió construir una teoría jurídica-formal, que puede coexistir CON UNA METAFÍSICA»³⁶.

Efectivamente, la norma fundamental, partiendo de otra base gnosológica, concluye en lo que la doctrina clásica denomina como «derecho natural», es decir, un orden metapositivo, pero existente. La diferencia estaría en no encontrarlo como una mera lógica o como una serie de planteamientos racionales o ideales, sino como un orden vigente, no obstante que la autoridad formalmente no lo haya declarado

³⁵ T.P. 42.

³⁶ Verdross, A., *Ob. cit.*, 288.

así. Como bien lo señaló Errázuriz: «la crítica kelseniana del derecho natural sólo alcanza al derecho natural del iusnaturalismo racionalista. Esa crítica ayuda a darse cuenta que es menester superar los rasgos del derecho natural concebidos por los racionalistas. Kelsen pretende haber sepultado al derecho natural, pero lo que ha enterrado es sólo la versión racionalista del derecho natural, que presenta indudablemente una serie de deformaciones importantes respecto a la genuina noción del derecho natural»³⁷.

Nos adherimos a ambas opiniones. La crítica al pensamiento kelseniano en todo caso debe orientarse a su planteamiento gnoseológico —neo kantiano— como a su erróneo concepto de derecho natural (racionalista). Debe reconocerse su acierto estructuralista del derecho positivo e incluso, no debe descartarse la puerta abierta por Verdross en la búsqueda del planteamiento metajurídico con bases en una correcta gnoseología y por lo mismo de una correcta fundamentación ontológica del derecho natural. Esto último, permitiría comprobar la real vigencia del derecho natural y su perfecta compatibilidad en cuanto vigencia y validez con el derecho positivo, en suma, volver al aforismo de Graciano: *Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus*.

VI. GNOSEALOGÍA, NEOKANTIANOS Y CONTRADICCIONES

Explicando el aspecto gnoseológico de Kelsen, habrá que precisar algunas notas sobre su neokantianismo: «El movimiento neokantiano se plasmó en dos escuelas que, aunque partiendo de los mismos postulados generales, siguieron caminos distintos: la Escuela de Baden, principalmente inclinada hacia las ciencias de la cultura, y la escuela de Marburgo o sudoccidental alemana, que dedicó preferente atención a las ciencias de la naturaleza, esto es, las que responden al esquema

³⁷ Errázuriz, C., *Ob. cit.*, 175.

físico-matemático»³⁸. *Grosso modo*, Verdross señala que: «esta escuela (...) tiene sus raíces en la doble convicción de que no existe ninguna cosa en sí y de que el objeto del conocimiento es creado por el método que se aplica a la consideración del fenómeno»³⁹. Por lo cual, puede decirse que Kelsen se había inspirado en una teoría del conocimiento de tipo inmanentista y empirista. Inmanencia significa «permanecer en sí mismo»: «el principio de inmanencia consiste en la negación de la trascendencia del ser respecto de la conciencia (...) El ser se constituirá desde la inmanencia del sujeto pensante»⁴⁰, es decir, el pensar del sujeto genera la realidad. Desde luego, tal planteamiento es contrario al sentido común, nadie crea la realidad por el hecho de pensar acerca de ella. La experiencia demuestra lo contrario, nuestros conceptos son posteriores a los objetos que conocemos. Si yo no he estado físicamente en Brasil, no por ello este país ha dejado de existir. El idealismo encuentra su base gnoseológica en el principio de inmanencia y el jurista vienés se había preocupado por una teoría Pura de carácter idealista. Las conclusiones idealistas no suelen ser felices, el derecho es una realidad y como tal debe conocerse realísimamente. Respecto del empirismo, éste se refiere a que lo único que puede conocerse con certeza es lo que es captado por los sentidos. Por eso Kelsen llega a concluir que el derecho natural es inválido, no vigente, ya que el único derecho que puede ser cognoscible sensiblemente es el positivo, o sea, el efectivamente formalizado por quien ejerce la *potestas*. Como puede verse, hay una interesante contradicción, el sujeto cognoscedor es el creador de la realidad, empero, no podría crear un orden metapositivo, éste es producto de la voluntad del órgano legislativo. El jurista no crea la realidad jurídica mediante un método puro para su estudio, en todo caso, tendrá que constreñirse a la realidad jurídica vigente, efectivamente producida por la autoridad respectiva, es decir, a lo que el propio Kelsen ha definido como Derecho Válido. Dejémoslo claro, la realidad, el objeto cognoscible trasciende al sujeto cognoscedor. Aceptar lo anterior, nos conlleva a conocer «el deber ser» en su real

³⁸ Fernández-Galiano A., Castro Benito de, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Ediciones Madrid, Madrid 1994, 408.

³⁹ Verdross, A., *Ob. cit.* 287.

⁴⁰ Llano, A., *Gnoseología*, EUNSA, Pamplona, 1991, 96.

contexto. En suma, el derecho debe conocerse mediante una gnoseología realista que no deformaría su objeto sino que lo conocería en toda su realidad, en su contexto completo, es decir, ontológicamente.

El problema reside en determinar qué es lo que se entiende por realidad jurídica. «Para nuestro autor, esa realidad —y conste de paso que el concepto de realidad manejado por él está imbuido de neokantianismo— se limita a lo que aparece»⁴¹. Para el vienés neokantiano que niega todo saber metafísico, el único derecho que pudiera ser conocido es el que aparece en el mundo jurídico, o sea el derecho positivo, «La impugnación del derecho natural es una clara consecuencia de estos presupuestos»⁴². Por supuesto, la metafísica que Kelsen desprecia es la negada por Kant. El autor de la *Crítica de la Razón Pura*, se oponía a una metafísica racionalista, que *conocía a priori*, al margen de la experiencia:

«La metafísica que Kant conoció no es la aristotélica sino la de Wolff, que es la que él llama metafísica dogmática. La llama dogmática porque se desarrolla con plena confianza en la razón sin haberla estudiado críticamente; y porque intenta conocer al ser en sí, mediante la sola razón, es decir, *a priori*, con independencia de toda experiencia (...) Kant, si bien abandonó la metafísica wolffiana, mantuvo de ella la idea de que la metafísica tiene que ser *a priori*, pues metafísico significa más allá de la experiencia»⁴³.

Así las cosas, la solución se encontraría en demostrar la cognoscibilidad del Derecho tanto positivo como el denominado por Kelsen como «metajurídico». Primeramente, hay que definir qué debemos entender correctamente por Metafísica. Aristóteles se refirió a ella como la Filosofía primera ya que se ocupa de las primeras causas y principios de la realidad, las demás ciencias entonces orientan su objeto de estudio a las causas segundas. Andrónico de Rodas quien fuera el sistematizador de las obras aristotélicas situó a la «Filosofía Primera» luego de los libros de la Física y de ahí la denominación de «Metafísica». Un término más acertado ha sido el empleado a partir del siglo

⁴¹ Errázuriz, C., *Ob. cit.* 175.

⁴² *Idem.*

⁴³ Hervada, J., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1991, 298.

XVII, éste consiste en referirse a la Metafísica como Ontología, ya que se puede definir como la ciencia que estudia al ente en cuanto sus primeros principios y sus causas últimas. Por tanto, esta ciencia tiene por objeto material toda la realidad, todo lo que es.

Aristóteles expresó como principio, el que toda realidad se conoce a través de los sentidos, todo conocimiento inicia por la experiencia sensible, por ello puede afirmarse que la realidad es conocida en primera instancia por sus efectos, por su manifestación sensible. Al sostener que la realidad trasciende al sujeto cognoscedor, no podemos negar que éste último sólo podrá conocer lo que efectivamente existe. Por ello se define a la verdad, desde la perspectiva gnoseológica como «la adecuación de la cosa y el entendimiento»⁴⁴. Así las cosas, es el entendimiento el que se conforma a la realidad y no viceversa, pues se parte de la base de que lo real es independiente del conocedor, es decir, este último no produce la realidad por el sólo hecho de conocerla.

¿Cómo se conoce entonces la realidad jurídica? Y, por otro lado, ¿cuál es esa realidad jurídica? La realidad jurídica, es un orden objetivo, cognoscible. Pensemos en el Derecho Positivo, una característica es su heteronomía, es decir, que es generado por un sujeto externo al súbdito. En virtud de la promulgación todo hombre puede conocer al orden jurídico al cual está subordinado. Hasta aquí no habría ningún problema con el jurista vienés, el único derecho cognoscible es el vigente, efectivamente generado por la autoridad pública. Entonces habrá que plantearse si el llamado Derecho Natural es cognoscible, partiendo de la base de si es real.

VII. EL DERECHO NATURAL REAL

Uno de los primeros estudios de Kelsen (1927) fue el *Die Idee des Naturrechts (La Idea del Derecho Natural)*. En este ensayo, el jurista vienés se había propuesto abordar la problemática resultante de

⁴⁴ Llano, A., *Ob. cit.*, 25.

contrastar al Derecho Natural con el Positivo. Partía de la consideración que tal encuentro implicaba un menosprecio al Derecho generado por el hombre, ya que muchos de los defensores del Derecho Natural actuaban apasionadamente y se dejaban arrastrar por criterios subjetivos:

«(...) nos encontramos de nuevo ante aquella desviación subjetiva con la consecuencia antes expresada: que todo el contraste de donde se obtiene su sentido específico la idea del Derecho Natural, el contraste de lo natural (independiente del hombre) objetivo, como lo artificial (creado arbitrariamente por el hombre) subjetivo, queda suprimido o debilitado»⁴⁵.

El contraste entre un derecho y otro implica el punto referencial para valorar la bondad o maldad, justicia o injusticia. Esto para Kelsen no va a ser del todo aceptable, en todo caso habría que revalorar el papel del Derecho Positivo. Este último tiene sentido y mucho más que el natural en virtud de haber sido generado por la voluntad de a autoridad, cosa que no sucede con el natural. El no reconocer tal aspecto es «un notorio prejuicio de carácter jus-naturalista»⁴⁶.

Aunque Kelsen pretende analizar todas las escuelas de Derecho Natural, sobre todo se va a ceñir al racionalismo ius-naturalista. En 1953, al cuestionarse sobre la justicia, el jurista vienés concreta un interesante ejemplo sobre este aspecto:

«(...) otro teórico del derecho natural (...), Juan Locke, demuestra con el mismo método, que la monarquía absoluta no puede ser considerada en ningún caso como forma de gobierno y que solamente la democracia puede valer como tal, pues sólo ella está de acuerdo con la naturaleza, y por tanto, sólo ella es justa (...) Con un método fundado en un sofisma, como lo es el de la teoría del derecho natural, se puede demostrar todo, o lo que es lo mismo, no es posible demostrar nada»⁴⁷.

En cierta forma, Kelsen está en lo cierto, la concepción del derecho natural racionalista tiene mucho de sofisma. Pero en términos generales las críticas del vienés tuvieron poco alcance:

⁴⁵ Kelsen, H., *La Idea del Derecho Natural*, Ed. Nacional S.A., México 1979, 18, 19.

⁴⁶ *Idem.*, 20.

⁴⁷ Kelsen, H., *¿Qué es la Justicia?*, México, 1995, 72, 73.

«No cabe duda de que con gran frecuencia acude [Kelsen] a otros autores —desde los filósofos griegos hasta tomistas contemporáneos— y que reserva, en sus citas un puesto muy relevante a Santo Tomás de Aquino. Pero da la impresión de que interpreta estas otras doctrinas con esquemas procedentes de la Escuela racionalista, que inhabilitan, por ejemplo, para una cabal comprensión de la noción clásica del derecho natural. De este modo, considera los principios morales y jurídicos en Santo Tomás como si fueran premisas *a priori* con las cuales, por simples razonamientos, se podría levantar un sistema completo de derecho; se demuestra incapaz de captar el sentido de las elaboraciones sobre el tema de las relaciones entre derecho natural e historicidad del hombre, que los autores tomistas han llevado a cabo; interpreta el derecho natural en la Iglesia según esquemas dualistas ()»⁴⁸.

VIII. LA CIENCIA DEL DERECHO NATURAL EN HANS KELSEN

A modo de aproximarnos al ambiente científico contemporáneo de Kelsen, consideremos la siguiente definición de Radbruch: «La ciencia jurídica en sentido estricto, o sea la ciencia dogmática del Derecho, la ciencia sistemática del Derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo»⁴⁹. Ya habíamos señalado que la teoría del Derecho no persigue como objeto científico al derecho natural, sea cual sea su escuela o explicación. En principio, para Kelsen, la ciencia jurídica debe ser de carácter experimental o empírico, por lo que ésta es «(...) sólo descriptiva de las normas que de hecho (es decir, según los datos de la experiencia sensible) resultan vigentes en una comunidad determinada»⁵⁰. Lo que conduce a un doble reduccionismo, ya sea del objeto, ya sea del método:

«Si el derecho, en su unidad, es en parte positivo y en parte natural, entonces la ciencia del derecho ha de estar abierta no sólo al derecho positivo, sino

⁴⁸ Errázuriz, C., *Ob. cit.*, 175.

⁴⁹ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, 9.

⁵⁰ Massini, C.I., *La Prudencia Jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., Buenos Aires 1983, 94.

también al natural. Limitada sólo al derecho positivo, dejaría de plegarse integralmente a la misma realidad de su objeto. Por esto, el realismo gnoseológico conduce a rechazar el prejuicio de quienes recortan la tarea del jurista que hace ciencia al ámbito del solo derecho positivo»⁵¹.

Desde luego que será imposible descifrar las intenciones científicas de Kelsen. A modo de especulación, quizás él jamás se propuso limitar su objeto de estudio. Empero, como ya se ha visto, su aproximación al Derecho Natural resultó reducida a ciertos autores y escuelas. La solución más probable consiste en tener presente que Kelsen era hijo de su tiempo. La ciencia jurídica se cuestionaba y la única manera de ser aceptada como tal era adaptándola a los métodos empíricos de las ciencias físicas. Este método llevó a tomar como objeto material de su estudio al derecho positivado, lo cual era «(...) sólo descriptivo, no explicativo, y recae sobre un objeto individual y contingente (...)»⁵². Esto llevó a la consecuencia de un error mayor al que se intentó subsanar. Porque lo menos científico sería tal objeto individual y contingente. Basta tomar en cuenta la advertencia de Bravo Lira:

«(...) este legalismo judicial se ha mostrado más peligroso aun que la arbitrariedad de los jueces que con él se quiso remediar. La omnipotencia de la ley se presta para los mayores atropellos. Incluso para aniquilar el derecho. De hecho ella ha sido instrumento de los totalitarismos, soviético y nazi, para imponer el peor sin derecho: el abuso legalizado. Pero este abuso no es desconocido tampoco en los demás países donde también impera la legalidad por la legalidad, aunque en menor grado»⁵³.

Por otro lado, «El derecho natural, en cuanto saber, es ciencia de un hecho objetivo: lo justo natural»⁵⁴. Lo que nos lleva a considerar que «La ciencia del derecho natural es una especialización dentro de la ciencia jurídica, que coadyuva a perfeccionar a toda la ciencia jurídica en su conjunto (...)»⁵⁵.

⁵¹ Errázuriz, C., *Ob. cit.* 183.

⁵² Massini, C.I., *Ob. cit.*, 119.

⁵³ Bravo Lira, B., «Las dos caras de la codificación en Europa Continental e Iberoamérica: Legal y judicial», en A.A.V.V., *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, EUNSA, Pamplona, 1992, 179.

⁵⁴ Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, Editora de Revistas S.A. de C.V., México, 1985, 190.

⁵⁵ *Idem*, 188.

Debemos admitir que una verdadera actitud científica no podía omitirla. Massini concluye que «es posible hablar de una “ciencia jurídica” que tenga por objeto material al derecho positivo, en la medida en que ese derecho sea estudiado desde la perspectiva de los principios jurídicos universales o, en otros términos, desde el ángulo de la naturalidad de las instituciones jurídicas o de las normas»⁵⁶. O para ser más precisos: «A la hora de determinar cuál es el derecho vigente, la ciencia jurídica necesariamente debe tener en cuenta los elementos naturales presentes en el orden jurídico. Sólo así será fiel a la realidad de su objeto»⁵⁷.

CONCLUSIÓN

Con todo lo dicho, el camino a una conclusión de esta reflexión no parece difícil. Kelsen aportó a la Ciencia Jurídica una sistemática loable sobre el Derecho Positivo. Empero, se trató de una ciencia reduccionista, omitiendo de su objeto al Derecho Natural. Desde luego, que además de imposible, resultaría pueril intentar comprender la actitud científica del jurista de Viena. Sin embargo, de todo lo aquí recorrido, sí que se puede compartir una reflexión: La indispensable apertura de un científico ante el objeto material de su estudio. Y eso implica escuchar a las dos partes (o las que sean) en su planteamiento. Para algunos la postura ius-naturalista realista, basada en la filosofía aristotélica-tomista, resulta demasiado tradicionalista, si no anacrónica. Por ello hay que mirar al presente. Para ellos, incluso Kelsen resultaría un autor trasnochado. Pero la ciencia es un quehacer comunitario y desplegado en el tiempo, siempre se puede echar la vista atrás y aprender algo. La ciencia busca a la verdad, y tal apertura debe ser la actitud coherente con quien pretende ser científico. Quizás ésta pudiera ser una de las lecciones más atractivas de la presente reflexión.

⁵⁶ Massini, C.I., *Ob. cit.* 119.

⁵⁷ Errázuriz, C., *Ob. cit.* 184.