

1360

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVING, Helen. *Derecho positivo y Derecho natural*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1966, 119 pp.

A través de los dos ensayos que integran el libro que reseñamos, la autora pretende indicar el significado e importancia teórica y práctica entre Derecho positivo y Derecho natural; su idea no es la de encontrar una distinción fundamental entre ambos conceptos, sino la de “sustancializar y relativizar” la dualidad Derecho positivo-Derecho natural.

El primer capítulo del libro es denominado *La zona gris entre el Derecho positivo y el Derecho natural*. La pugna entre los dos conceptos se ha desarrollado en tres planos: teórico, ético-ideológico y práctico-político, teniendo como premisas fundamentales las ideas de “derechos innatos”, “razonabilidad” e “igualdad ante la ley”.

El Derecho natural puede ser estudiado de dos maneras: en cuanto a la sustancia y en cuanto al método o posibilidad de conocerlo.

En el primer caso su existencia es evidente, con independencia de que sea o no reconocida y posee validez absoluta. Este tipo de Derecho natural puede analizarse científicamente en dos formas: a través de la influencia que ha tenido en el desarrollo de ideas e instituciones jurídicas, y en las normas de Derecho natural que están contenidas en la legislación.

La segunda idea surge cuando se afirma que ningún sistema jurídico es absoluto, porque esto indica infalibilidad y método infalible para conocerlo; tal concepción surge “de un enfoque crítico de los fenómenos jurídicos”.

Se define el Derecho natural en forma negativa, en contraposición al Derecho positivo, cuyo carácter especial consiste en que prescribe las fuentes del mismo, de tal modo que lo que no esté comprendido en esas fuentes no es Derecho positivo y sí Derecho natural. Este último varía de acuerdo con el Derecho positivo de que se trate. Cuando se descubre un Derecho natural en contra del Derecho positivo se le llama revolucionario; cuando no se encuentra prohibido, Derecho natural tolerado. “En tal caso, este último constituye una reserva actual de reglas potenciales que pueden ser absorbidas por el Derecho positivo de algún tiempo futuro.”

Como en muchas ocasiones no es posible determinar el grado de incorporación, en este sentido también, entre el Derecho positivo y el Derecho natural no existe una distinción absoluta sino relativa.

En la relativización de los dos conceptos surgen algunas técnicas en el Derecho positivo que constituyen Derecho natural, por ejemplo, el Derecho delegado que se refiere a cuando una norma jurídica autoriza a un órgano del Estado para determinar el Derecho en ciertos casos, sin señalar cuáles son las fuentes de las que puede derivarse. Y, aunque sólo facultan al juez a “descubrir el Derecho”, el juez lo crea, puesto que no existía Derecho alguno por descubrir.

Existen otras ideas del Derecho natural en relación con ciertas reglas que forman parte del Derecho positivo, por ejemplo, los derechos naturales del hombre, denominado Derecho natural aparente, el cual no puede ser comprobado ni refutado científicamente; sin embargo, tienen importancia en la aplicación jurídica. “La regla jurídica implícita en los derechos naturales indica al juez que debe dar a estos derechos el mayor ámbito posible de aplicación.” Continuando con la idea central del libro en estudio, se menciona “un Derecho natural positivo”, que puede

desarrollarse por la jurisdicción independientemente del texto constitucional positivo. Este fenómeno se observa en épocas críticas constitucionales, como sucedió en Alemania al fracaso del régimen nacional-socialista y al surgimiento del llamado Derecho supra-legal o supra-constitucional. A éste se alude, por ejemplo, en una resolución de la corte federal de la República de Bonn al considerar que "la discrepancia entre una ley positiva y la justicia llega a un grado intolerable..., la ley, por ser Derecho injusto, debe ceder ante la justicia". Se afirma, inclusive, en esa decisión, que el mismo Derecho constitucional podía ser inconstitucional, aun cuando no se expresó cuál sería la fuente de ese Derecho supra-legal.

En otro apartado se expresa que el conflicto entre el Derecho positivo y el Derecho natural está motivado por el deseo de conquistar la palabra Derecho. Los filósofos aprecian en esa palabra un símbolo de autoridad. Unos, los positivistas, afirman que sólo es Derecho "el que es de hecho obedecido y aplicado"; otros, los jusnaturalistas, el que se adecúa a su "idea de justicia natural".

Ninguna de las dos orientaciones tiene razón de afirmar que sólo es Derecho el que sus filosofías sostiene; lo correcto es que las dos posean y procuren la "pureza del sistema elegido".

En la pugna por el predominio de la palabra Derecho, en diversas ocasiones hay invasión de un Derecho en el ámbito del otro. Se olvidan las teorías positivistas, que de acuerdo con su sistema, únicamente están facultadas para afirmar que una sentencia es científicamente correcta o incorrecta, y por su parte, los jusnaturalistas, que es o no ética. Lo grave es que ningún positivista se conforma con esa calificación y así, la primera recomendación que hace al juez es que no considere el Derecho natural al decidir, lo cual lleva implícito una idea ética, como es generalmente la lógica, lo razonable o lo científico.

Se insiste en la "zona gris" entre Derecho positivo y Derecho natural al expresarse que:

no debe escapar a la observación positivista que es difícil saber si una norma de Derecho natural pertenece o no al positivo, y que algunos aspectos del Derecho natural revolucionario de ayer integran el Derecho positivo de hoy.

Esto sucede cuando en un sistema jurídico existen normas contradictorias, pues automáticamente se autoriza una "revolución parcial" ante la impotencia de cumplir con las normas en pugna, así, incluso han existido órdenes jurídicos que de manera expresa otorgan el derecho a la revolución, como en la Constitución Francesa de 1795 en su artículo 35 de la Declaración de Derechos que disponía:

Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada sector de éste el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.

Con el propósito fundamental de relativizar el dualismo Derecho positivo-Derecho natural, se sostienen que la "lógica misma es un tipo de Derecho natural", porque de suyo no es lógica, razonable o científica, sino que perfectamente puede carecer de cualquiera de esos requisitos; de allí la afirmación de que Kelsen es jusnaturalista.

Todo Derecho positivo tiene ciertos atributos necesarios que se podrían denominar "Derecho natural teórico-jurídico", que son la "lógica transformada en el postulado ético de razonabilidad, los de procedimiento expandidos en el postulado de funcionabilidad y los de sustancia que trae aparejado el de justicia", independientemente de cuál sea la naturaleza de estos aspectos, lo que sí nadie discute es que el Derecho debe ser lógico, practicable y justo.

La historia demuestraba que el Derecho natural constantemente se incorpora al Derecho positivo y de ese modo "se desnaturaliza", y que el Derecho positivo tiende a transformarse en una parte de la ideología social, de modo que eventualmente parece "evidente o natural". Las influencias del Derecho natural en relación con el Derecho positivo son: la tendencia del Derecho positivo a realizar la ilusión de seguridad, y la idea de transferir la responsabilidad moral hacia Dios, la razón o la naturaleza.

El Derecho natural como ley de Dios, de la razón o de la naturaleza, es válido, inmutable e infalible; en la forma de Derecho absoluto es un Derecho que "siempre ha estado allí"; como Derecho relativo, como Derecho de "contenido variable", también ha estado previamente allí y se incorpora al Derecho positivo constantemente; de acuerdo con sus principios lo modifica y lo hace evolucionar:

Los jueces no acuden a este Derecho natural incorporado por temor y por el deseo de no tener mayores responsabilidades; la responsabilidad del juez casi será nula si se apoya en la voluntad divina, y máxima si acude a los principios de la civilización, a la opinión pública o a la razón; el juez estima o cree que ha descubierto Derecho cuando efectivamente lo ha creado; esta creencia se funda en la idea de que elude responsabilidades si piensa que no crea Derecho y que sólo lo descubre.

Una relación afortunada es la siguiente: si es más necesario el Derecho natural en las sociedades democráticas que en las totalitarias. En las segundas toda la responsabilidad descansa en el monarca o dictador; en cambio, en una sociedad democrática sí existe responsabilidad, y los empleados o funcionarios apelan a la "justicia natural" o "las palabras de la ley" que no son simples fórmulas vacías.

El Derecho natural satisface algunas necesidades humanas; el Derecho positivo también. El Derecho natural brinda la ilusión de un criterio sustantivo estable; el Derecho positivo satisface el afán de un criterio procesalmente fijo; ofrece la seguridad de que los cambios se verificarán por métodos prácticos, es decir, satisface el "deseo de orden y regularidad". En los sistemas jurídicos se puede presentar una combinación entre los postulados jusnaturalistas y reglas positivas. También encuentra expresión en determinadas instituciones jurídicas, como son los usos, las costumbres, el Derecho consuetudinario y el sentido popular de justicia.

Una tarea fundamental del positivismo consiste en descumascar al Derecho natural y despojarlo de ese cariz mágico, animista o simplemente incorrecto.

Y acude a los órganos de aplicación del Derecho que tienen voluntad libre, en donde el punto de vista jurídico acepta un postulado ético: "el consejo al juez de que no considere reglas que no forman parte del Derecho positivo en la resolución que dicta"; en cambio el positivismo político postula una exigencia que consiste en el gobierno de leyes que se expresa. "Todo acto de la autoridad debe estar fundado en normas jurídicas."

Esta idea del gobierno de leyes trata de solucionar un problema eminentemente práctico: "la organización política del poder"; surge por eso la división de poderes,

al lado del ejecutivo y judicial está el legislativo. La idea del gobierno de leyes encontró expresión en el principio de que "solamente el Derecho positivo es Derecho" y también en el principio de seguridad jurídica.

Este postulado reclama que el Derecho se halle establecido de antemano de manera uniforme para todos los casos semejantes, de modo que los miembros de la comunidad pueden conocer las normas que servirán para juzgar sus acciones.

Así, la división de poderes y la seguridad jurídica presuponen la existencia del Derecho positivo.

La idea de gobierno de leyes ha evolucionado, y antes de absoluta es relativa; originalmente se fundaba en la distinción entre creación y aplicación jurídicas, ahora comprende que se trata de una distinción relativa y que no "es intrínseca al Derecho". La característica de "general", atribuida a la norma jurídica "no es una cualidad intrínseca", sino que depende de su colocación en el orden jurídico.

El positivismo no sólo es un concepto formal, sino funcional y político; su evolución no concluye así, sino que surgen nuevos problemas para la teoría positivista, como son: ¿es el Derecho consistente en decisiones un Derecho suficientemente "positivo" para satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica?, y ¿es "el Derecho consistente en decisiones... compatible con la separación de los poderes"?

Las respuestas dependen del sistema de que se trate. Es compatible en el *common law*, porque se cree que los jueces no crean Derecho, sino que lo descubren y lo declaran. La seguridad estriba en el "alcance del principio *stare decisis*".

En Europa continental la división de poderes y la seguridad jurídica surgen de que el juez y el ejecutivo no crean Derecho, lo que a su vez indica supremacía del legislativo.

El principio del gobierno de leyes, como lo expresó Montesquieu, no admite que se acuda a fuentes no formales, y pretende que se elimine la discreción del juez. Esto es ilusorio, pues todos los Derechos positivos, en alguna medida, recurren a principios no formulados expresamente; así, a la costumbre, a la analogía, a la creación de normas jurídicas para colmar lagunas, el establecimiento de la obligación de solucionar cualquier asunto que se le presente al juez, lo que hace a los códigos ser flexibles y no encerrados en la letra.

En Alemania, el gobierno de leyes implica esencialmente la idea de seguridad jurídica, mas no necesariamente la división de poderes; así, cuando en virtud de la división de poderes se pueda desatender la seguridad jurídica, ésta debe prevalecer. "La seguridad jurídica es inconcebible salvo sobre la base de leyes, que deben ser la fuente última de toda acción jurídica." Otro tema que se presentó en Alemania se refiere a si la legislación judicial es obligatoria sólo en lo que decide, o también se le atribuye esa fuerza a los razonamientos de la resolución.

En el libro que reseñamos está la siguiente pregunta: ¿En qué medida el desarrollo de la idea "gobierno de leyes", en el sentido de separación de poderes y de seguridad jurídica, se ha visto afectado recientemente en los distintos países por la doctrina positivista o por la jusnaturalista? En Alemania, por ejemplo, se cree en el Derecho natural posiblemente por la historia; la creencia en el Derecho supra-legal de Alemania surge contra el régimen nazi. En Estados Unidos se abandona la idea de que el *common law* es una derivación jusnaturalista.

Se concluye que el gobierno de leyes debe entenderse como conjunto de normas generales que establecen pautas de conducta, pero asimismo como sentencias que indican el sentido concreto de las leyes, percibiendo la línea, "por vaga que sea, que separa el Derecho positivo del Derecho natural".

El propósito fundamental del segundo ensayo es determinar el significado del conflicto entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo. Las dos ideas se refieren a diferentes objetos jurídicos, pues el jusnaturalismo pretende encontrar la esencia del Derecho metafísicamente, y el positivismo científicamente.

También se alude a un nuevo tipo de Derecho natural: el positivismo jurídico, en el cual se incluye a la teoría kelseniana, porque al postular una interpretación científica del Derecho, satisface "un requerimiento de tipo jusnaturalista, que prescribe que el Derecho ha de ser científico o positivista".

Resalta la afirmación de que la gran mayoría de las doctrinas positivistas han olvidado estudiar el tema más importante de la ciencia jurídica: "el Derecho mismo". Analizan los fenómenos jurídicos con métodos similares a los de las ciencias matemáticas y físicas, así como de la sociología y de la antropología. Estas dos últimas se asemejan más que las primeras al Derecho, porque estudian al hombre. "Sin embargo, el objeto de la ciencia jurídica debe distinguirse del de la sociología y antropología", porque el Derecho comprende, además del hombre en cuanto ser pensante, el producto de su pensamiento, así por ejemplo, una ley la cual crea derechos, deberes, personas jurídicas, Derecho objetivo, que "no se limita a reflejar una realidad sino a producirla".

El Derecho ya en forma de ley, de reglamento o de sentencia, siempre refleja "una visión immanente de lo que es el Derecho". Este mismo puede ser positivista o jusnaturalista, mas no en el sentido metafísico, sino en los términos de una "teoría interna al Derecho". Esta teoría interna tendrá el contenido de la filosofía predominante en el lugar y tiempo en que se analice un sistema jurídico. El mismo Kelsen acepta lo anterior, cuando afirma que ningún contenido está excluido anticipadamente de estar regulado por el Derecho.

Se puede inquirir por el significado puramente jurídico-analítico de un concepto de Derecho y posteriormente, con esa base, realizar una explicación (glosa adicional). Tal glosa o agregado, un tribunal la puede hacer considerando la filosofía general predominante en el sistema de que se trate, y será distinta en Estados Unidos y en Inglaterra; de esta idea se deriva "que la interpretación del Derecho tiene que partir de la realidad de la filosofía jurídica dominante", que puede ser positivista y jusnaturalista.

Cuando se presenta un caso sin precedente y varias filosofías sugieren soluciones contrarias, es "tentador" acudir a la "naturaleza del Derecho", o sea, a un concepto metajurídico, porque el enfoque positivista "es necesariamente limitado".

Siempre existe concordancia entre diferentes doctrinas sobre lo que es Derecho. Por muy distintas que parezcan o que sean estas doctrinas, existe una idea común del objeto de estudio; por ejemplo, distintas teorías estarán de acuerdo en que la ley posee un significado objetivo que se constituye por la significación que la autoridad le otorgue. Este significado es expresado a través de la cópula "debe ser", que es una "interpretación distintiva".

Este "deber ser" es sólo una estructura para comprender el Derecho, y no se refiere al carácter obligatorio de las normas, sino sólo alude al objeto principal del Derecho, y atribuye importancia a las reglas del Derecho positivo y a la teoría jurí-

dica. Muy importante es aludir que a las normas jurídicas sean obligatorias, caso en el cual su "debe ser" es un concepto metafísico; también afirma que el "deber ser" de Kelsen es un concepto de Derecho natural, presupuesto para construir un sistema de Derecho positivo.

Un "deber ser" verdaderamente positivista es el que refleja el significado mínimo del derecho "acerca del cual existe acuerdo general". Entonces ese deber es compatible con el jusnaturalismo o positivismo, porque existe aceptación de la unidad del orden jurídico, ya sea que esa unidad se comprenda por la razón o por la jurisdicción.

Existen varios tipos de Derecho natural y en cada uno de ellos tienen distintas acepciones, contenido y significado, las palabras; uno de estos tipos de Derecho natural es la jurisprudencia sociológica que pregona por un contenido más flexible, que en la práctica amplía la discreción judicial; a mayor discrecionalidad judicial menor seguridad jurídica.

Por otra parte, ningún sistema jurídico es posible si no acude a algún Derecho natural, que se entiende "como reserva de reglas potenciales de donde el Derecho positivo puede derivar sus reglas futuras".

Por esta razón entre un jusnaturalista y otro que no lo es, sólo existe una diferencia cuantitativa y no cualitativa.

El Derecho natural depende del Derecho positivo, pero, al mismo tiempo, no está de acuerdo con el Derecho positivo en la forma en que lo realiza. Por ello en aras de él se deben modificar las formas por la justicia; se debe preferir la justicia sustantiva al principio de legalidad.

En defensa del Derecho natural se afirma que éste pierde algo de su esencia cuando acude al Derecho positivo para aplicarse o realizarse, "porque los ideales más elevados, más puros y más sublimes se derrotan a sí mismos cuando intentamos incorporarlos a las leyes humanas". Obsérvese que aunque sea más valiosa una moral, el Derecho debe considerar los "efectos de la acción", lo que no hacen algunas morales. La moral del Derecho es una moral de responsabilidad, y lo que exige es que el hombre "emplee su conciencia para hallar la decisión jurídicamente correcta en situaciones que encierra graves conflictos morales de valores".

Aquí se encuentra la relación necesaria entre Derecho positivo y Derecho natural, que no puede ser de exclusión, sino de más Derecho positivo, menos Derecho natural o viceversa. El Derecho positivo no puede mantenerse autosuficiente, su esencia está en los hechos y en las personas. Por otra parte el Derecho natural presupone el Derecho positivo, porque sin éste, aquél no puede existir.

No obstante esa convergencia en determinados sistemas jurídicos, coexisten ciertos ideales antagónicos jusnaturalistas y positivistas, lo cual no "obedece a una necesidad lógica; así, en un estado moral absolutista no se sanciona el privar de la vida a una persona en estado de necesidad, e incluso se permite la eutanasia; esto sucede en Alemania, y en países de ideología utilitarista, como Estados Unidos, no se observan estas disposiciones, sino lo contrario. La creencia errónea en la licitud de matar no sirve de excusa. En Alemania un acusado tiene derecho de mentir; en los países que siguen un sistema del *common law* no existe este derecho. En estos casos se observa un conflicto entre la filosofía dominante y las reglas jurídicas; sería útil conocer acerca del conflicto psicológico que se refleja en el conflicto jurídico. A este respecto el juez Learned Hand se pregunta, a propósito de apreciar la personalidad moral de un hombre, ¿debe el juez tomar

como pauta el juicio moral de la comunidad, o las prácticas efectivas de sus miembros? Se contesta la interrogación afirmando que se puede partir del supuesto de que las personas en una sociedad sana se comporten aproximadamente de acuerdo con la moral, y se concluye el libro afirmando que puede surgir un nuevo tipo de Derecho natural basado en la psicología freudiana, en cuanto más se conozca al hombre.

La autora concede al Derecho natural un valor absoluto, y al Derecho positivo una importancia condicionante para la existencia de aquél. Si su pretensión es unificar los dos Derechos, no creemos que de esa manera logre su propósito. No se pueden conocer unitariamente dos objetos que son diferentes.

Varias ideas del libro que reseñamos demuestran que la autora es partidaria de la existencia de un Derecho natural de valor absoluto. Primero, la definición de Derecho natural "como reserva de reglas potenciales que donde el derecho positivo puede derivar sus reglas futuras", indica que el natural existe previamente al positivo y que esas reglas potenciales únicamente pueden ser válidas en sí o porque se apoyan en algo absoluto. Otra consideración es que el Derecho natural sólo puede ser conocido metafísicamente, mientras que el Derecho positivo científicamente, y que ningún sistema jurídico es posible si no se acude a algún Derecho natural; además, que en aras del Derecho natural se deben modificar las formas por la justicia y se debe preferir la justicia sustantiva al principio de legalidad. Asimismo, trata ideas relativas a un Derecho positivo natural que se desarrolla a través de la jurisdicción.

La observación fundamental es que la autora presenta sus pensamientos en relación al dualismo Derecho-positivo Derecho-natural. Consideramos que carece de rigor científico su exposición, básicamente porque supone la existencia del Derecho natural sin indicar cómo es posible conocerlo.

La unificación entre Derecho positivo y Derecho natural no puede ser a partir de la hipótesis de que ambos existen y son válidos; previamente se debe inquirir sobre si es posible la existencia de ambos y, una vez determinada, preguntar si es posible conocerlos científicamente, para posteriormente, en caso de que puedan ser conocidos, analizar la posibilidad de unificarlos.

No creemos en la afirmación que hace la autora de que Kelsen es jusnaturalista, mucho menos por fundar esta afirmación en el principio de la teoría pura del Derecho, concierne a que cualquier conducta puede ser contenida en normas jurídicas. Precisamente en esta idea está la imposibilidad científica de que se repite a Kelsen como jusnaturalista, al ser un postulado esencial de estas doctrinas que lo injusto no es Derecho, y en la teoría pura, cualquier mandato jurídico, por injusto que parezca, pertenece al Derecho.

El "deber ser" kelseniano, en su sistema, no constituye un principio de Derecho natural para construir un orden jurídico, como lo afirma Helen Silving.

El "deber ser" en la teoría pura es la categoría a través de la cual se puede describir normativamente el Derecho; el "deber ser" es lógica y la lógica no es Derecho natural, es epistemología, ley del entendimiento. La posición de Kelsen es relativa y responde a la pregunta cómo es posible conocer el Derecho, y en la posibilidad del conocimiento no existe ninguna idea de valor absoluto, todas ellas son relativas y limitadas por la cuestión que se plantea. Sólo con el "deber ser" es posible el conocimiento del Derecho; si no existe un pensamiento normativo no puede darse nada normativo.

En la descripción científica del Derecho no se acude a principios jusnaturalistas, y Kelsen es un científico que se interesa solamente en explicar y describir el objeto de conocimiento. Por lo tanto, la afirmación de que el "deber ser" kelseniano es un principio de Derecho natural, es un error.

Agustín PÉREZ CARRILLO