

La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*

HANS KELSEN**

El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la Filosofía del Derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico. Este último, en oposición consciente a aquélla, limita el objeto del conocimiento a lo dado en la experiencia externa e interna, y en este sentido, a lo real o idealmente existente, como lo único cognoscible. Porque la doctrina del derecho natural es una “metafísica del derecho”, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho “positivo”, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre.

La doctrina del derecho natural es una “metafísica” del derecho en cuanto está caracterizada –como la metafísica idealista de Platón– por un dualismo fundamental: así como en la doctrina platónica de las ideas el mundo empírico se contrapone y se subordina al mundo trascendente, cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél, en la doctrina del derecho natural, el derecho positivo, creado por los hombres, se contrapone y se subordina a un derecho que no es creado por los hombres, sino que proviene de una instancia suprahumana y cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél.

La doctrina del derecho natural es –en contraposición al positivismo jurídico como doctrina “realista”– una doctrina jurídica idealista. Porque

* Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nro. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 9-45. Traducción realizada por Eugenio Bulygin.

** (1881-1973). Jurista, filósofo y político austriaco.

el derecho natural aceptado al lado del derecho real, el positivo, creado por el arbitrio humano y por lo tanto variable, es un derecho ideal, invariable, identificable con la "justicia". Pero la doctrina del derecho natural no es "la" doctrina idealista del derecho. Se distingue de otras doctrinas jurídicas idealistas –como lo indica su nombre– en que considera a la "naturaleza" como fuente de las normas del derecho ideal y justo. Esta naturaleza es la naturaleza en general, la totalidad de la realidad, o la naturaleza del hombre en especial. Ella funciona como la autoridad normativa, es decir, autoridad creadora de normas. Aquel que obedece sus mandamientos actúa correcta o justamente. Estos mandamientos, esto es, las normas de la conducta justa, son "inmanentes a la naturaleza", pero trascendentes al derecho positivo. Mediante un análisis cuidadoso ellas pueden ser halladas, o, por así decir, descubiertas en la naturaleza, y por lo tanto deducidas de la misma. Si esta naturaleza fuera la realidad "empírica" y la naturaleza humana la condición "fáctica" del hombre, no sería admisible calificar a la doctrina jusnaturalista de metafísica del derecho, en tanto que la metafísica implica justamente trascender esa realidad. Pero es fácil mostrar que ni la realidad empírica en general, ni la naturaleza fáctica del hombre en particular, pueden ser aquella naturaleza de la cual se deducen las normas del derecho natural. Es una "naturaleza trascendente" la que funciona como fuente del derecho natural.

Si la doctrina del derecho natural pretende deducir las normas del derecho justo (es decir, las normas que prescriben cómo "deben" conducirse los hombres) de la realidad empírica en general o de la condición fáctica del hombre en particular, es decir, de un ser, entonces ella trata de contestar a la pregunta: "¿qué debe suceder?", mostrando que algo "sucede de hecho". En otras palabras: ella pretende inferir un deber ser de un ser, una norma de un hecho. Esto es "lógicamente imposible". De que algo es no se puede inferir que algo debe o no debe ser, como tampoco se sigue que algo debe ser que este algo es o no es.

Deber ser y ser son dos categorías que no se dejan reducir mutuamente.

Al dualismo lógicamente irreductible de ser y deber ser le corresponde el dualismo metodológico de las "leyes causales", "descriptivas" del ser y las normas "prescriptivas" de conductas que instauran un deber ser. El

esquema de las leyes causales es: Si A es, entonces es (o será) B. En la relación entre la condición y la consecuencia se expresa la necesidad causal del “tener que” (*müssen*). También en las normas del derecho positivo se conecta una condición con una consecuencia, puesto que el Derecho prescribe una conducta determinada, de una manera tal que a la conducta opuesta –calificada de antijurídica– se enlaza una consecuencia jurídica llamada “sanción”. Cuando alguien hurta debe ser castigado; cuando alguien no devuelve a su acreedor el préstamo recibido, debe ser privado de sus bienes mediante una ejecución forzosa para pagar al acreedor con su producto. De esta manera el derecho positivo prohíbe el hurto y manda devolver los préstamos. Las proposiciones que enuncian que bajo determinadas condiciones –lo antijurídico– debe suceder una cierta sanción –como consecuencia jurídica– pueden ser llamadas “leyes jurídicas” –por analogía a las leyes naturales– enunciados de que bajo determinadas condiciones –como causa– ocurre una determinada consecuencia como efecto. Pero también las normas de una moral positiva son normas prescriptivas de sanciones. Porque cuando una moral positiva vigente en una comunidad, creada por costumbre o por el fundador de una religión como Moisés, Jesús o Mahoma, manda una conducta determinada, ella manda, a la vez, reaccionar en cierta forma frente a las conductas de los otros: con manifestaciones de “desaprobación” frente a la conducta contraria a la moral y con manifestaciones de “aprobación” frente a la conducta conforme a la misma.

Esas reacciones exigidas por la moral pueden expresarse de las maneras más diversas. La desaprobación, mediante la censura, el desprecio, etcétera; la aprobación, mediante el elogio, los honores, etcétera. Desaprobación y aprobación son las sanciones específicas de la moral y forman una parte esencial de todo ordenamiento moral positivo. Son como las sanciones jurídicas, garantías indispensables de aquel mínimo de eficacia que es condición de la “validez” tanto de la moral como del derecho.

La diferencia entre las sanciones jurídicas y las sanciones morales consiste en que éstas no tienen como aquéllas el carácter de actos coercitivos, esto es, que las sanciones morales no han de ejecutarse mediante la coerción física en caso de que su aplicación tropiece con resistencia; que las sanciones morales son reacciones no sólo frente a la conducta

contraria a la norma –como las sanciones jurídicas– sino también frente a la conducta conforme a la misma; que las sanciones jurídicas sólo consisten en inferir un “mal”, es decir, son solamente “castigos” (en el sentido más amplio de la palabra), mientras que las sanciones morales consisten también en conceder un “bien”, es decir, son también “recompensas”. Es el principio de la “retribución”, decisivo para la vida social, que se aplica en las normas prescriptivas de sanciones, tanto jurídicas como morales.

Así como las proposiciones que enuncian la validez de las normas prescriptivas de sanciones jurídicas pueden llamarse “leyes jurídicas”, se puede llamar “leyes morales” a las proposiciones que enuncian la validez de las normas prescriptivas de sanciones morales. Las leyes jurídicas y las leyes morales, como “leyes sociales”, son ciertamente análogas a las leyes naturales, pero también esencialmente distintas de éstas. El esquema de las leyes jurídicas y morales no es como el esquema de las leyes naturales: Si A es, entonces es (o será) B, sino: Si A es, entonces debe ser B. En la relación entre la condición y la consecuencia no se expresa –como en la ley natural– la necesidad causal del tener “que” (“mussen”), sino la necesidad normativa del deber. La ley normativa de la sociedad (esto es, la ley jurídica y moral) y la ley causal de la naturaleza representan dos modos diferentes de conectar los estados de cosas como condición y consecuencia. En el caso de la ley normativa social, la conexión se produce mediante un acto de voluntad, cuyo sentido es la norma. En el caso de la ley causal natural, la conexión es independiente de tal intervención. La cadena de causa y efecto es ilimitada en ambos sentidos. Toda causa tiene a su vez una causa, todo efecto tiene a su vez un efecto. El número de los eslabones de esta cadena es infinito. No puede haber una primera causa ni un efecto último. Pero en el caso de una conexión normativa sólo hay “dos miembros”: el acto antijurídico y la consecuencia jurídica, la conducta inmoral y la desaprobación, la conducta moral y la aprobación. He propuesto llamar “imputación” a la conexión normativa en contraposición a la causal, y he mostrado que el principio de causalidad se ha originado en el principio de retribución, esto es, el principio de acuerdo al cual se debe reaccionar con “recompensa” frente a una conducta “conforme” al ordenamiento social y con “castigo” frente a la conducta “contraria” al mismo. La conexión que el

principio de retribución establece entre la conducta y su recompensa o castigo no es casualidad, sino imputación, un principio específicamente social. Éste fue originariamente el principio de acuerdo con el cual se interpretaba todo acontecer en tanto que resultaba de interés para el hombre primitivo. Los acontecimientos deseables para él, los interpretaba como recompensas; los indeseables, como castigos. Lo que para el hombre moderno es la "naturaleza", interpretada según el principio de causalidad, para el primitivo es una parte de su "sociedad", interpretada según el principio de retribución, es decir, el principio de imputación. El primitivo interpreta el orden de la naturaleza como un orden jurídico y moral. Recién en la filosofía natural de los antiguos griegos la interpretación científica según el principio de causalidad se desprende paulatinamente de la interpretación de la naturaleza según el principio de imputación de retribución, y se origina la distinción entre la "sociedad" y la "naturaleza". Este dualismo entre naturaleza y sociedad, ley causal de la naturaleza y ley social primitiva (esto es, ley moral y jurídica, que descansa sobre el principio de imputación) como dualismo lógico entre ser y deber ser, realidad y valor, es una barrera insuperable para el positivismo jurídico en su carácter de doctrina "científica" del derecho, sujeta a los principios de la lógica. Por eso está "en contra" de la doctrina del derecho natural. Puesto que ésta ignora el dualismo fundamental entre naturaleza y sociedad al aceptar que las normas de su derecho natural son inmanentes a la naturaleza, e interpreta a la naturaleza -la naturaleza de su derecho natural- al igual que los primitivos como sociedad.

Pero no hay normas que puedan ser inmanentes a la naturaleza como suma de hechos conectados entre sí según el principio de causalidad. Sólo si se "agrega" a los hechos normas de alguna manera presupuestas como válidas, se puede juzgar a aquéllos como conformes a las normas, esto es, buenos, justos, o contrarios a las mismas, esto es, malos, injustos. Sólo entonces se puede "valorar la realidad", es decir, calificarla de valiosa o "disvaliosa". Los valores se constituyen mediante normas. Quien cree poder encontrar normas en los hechos, o valores en la realidad, se engaña a sí mismo. Porque tiene que "proyectar" -aun cuando tal vez inconscientemente- en la realidad de los hechos las normas presupuestas de alguna manera, o los valores constituidos mediante estas normas, para poder

deducirlas de aquélla. De la misma manera como un ilusionista extrae de su galera las palomas y los conejos que él mismo ha puesto antes allí.

Ya que las normas tienen que ser creadas por una voluntad, la naturaleza, de la cual se deducen normas, tiene –como autoridad creadora de normas– que tener una voluntad. Una naturaleza provista de una voluntad es o una “superstición animista” o, si no, una naturaleza creada por Dios y en la cual se manifiesta, por lo tanto, la buena voluntad de Dios. La voluntad de la naturaleza es la voluntad de Dios en la naturaleza.

Esta concepción teológico-religiosa se encuentra en el fundamento de la doctrina del derecho natural, en tanto que ella sostiene la inmanencia del valor en la realidad, de las normas en la naturaleza.

No cabe la menor duda del origen religioso y metafísico de la doctrina jusnaturalista que ha dominado en los siglos XVII y XVIII, que después de un retroceso en el siglo XIX, ha pasado junto con la especulación religiosa y metafísica, al primer plano de la filosofía jurídica y social en el siglo XX, como consecuencia de dos guerras mundiales y como reacción contra el nacionalismo, el fascismo y, en particular, el comunismo. Dice el estoico Chrysippo: “Qué otra cosa es la naturaleza, sino Dios y la razón divina ínsita en toda la naturaleza y sus partes”. “Zeus es llamado la naturaleza común (*Physis*) de todas las cosas, destino y necesidad”. “No puede encontrarse para la justicia otro principio y otro origen que Zeus o la naturaleza general” (H. von Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*, II, 1024, 1076, III, 326).

Siguiendo la filosofía estoica, enseña Cicerón que el derecho de la naturaleza a diferencia del derecho positivo de Roma o Atenas es eterno e inmutable y tiene en Dios a su Autor, Profeta y Juez. Agustín considera al derecho natural como la “ley eterna que como la razón o voluntad de Dios manda obediencia al orden natural y prohíbe su infracción”. Él pregunta: “¿Quién si no Dios ha inscripto el Derecho natural en los corazones de los hombres?”. Isidoro de Sevilla enseña: “Todo Derecho es derecho divino o derecho humano. El Derecho divino está basado en la naturaleza, el Derecho humano en la costumbre”. En el *decretum Gratiani* se declara que el derecho natural inmutable ha venido a la existencia junto con la creación divina del hombre como ser racional. Tomás de Aquino enseña que el mundo es gobernado por la providencia divina,

esto es, por la razón divina, y que este gobierno divino es la ley eterna; que las criaturas de Dios provistas de razón participan de la razón divina y por tanto de la ley eterna, en tanto que reciben de ésta ciertas tendencias naturales hacia acciones y finalidades que corresponden a ella. “Esta participación de los seres racionales en la ley eterna se llama derecho natural”. El derecho deducible de las tendencias naturales implantadas en el hombre por Dios es el derecho natural. Es de origen divino. Sólo porque es de origen divino es absolutamente válido y por lo tanto invariable. Esta validez absoluta e invariable es un elemento esencial del natural; de la misma manera como su inmanencia en la naturaleza sólo es una consecuencia de su origen divino.

Dentro de la doctrina del derecho natural se ha emprendido, ciertamente, el intento de hacer independiente la validez del derecho natural de la voluntad de Dios. Grocio declara que el derecho natural presentado por él sería válido aun cuando se admitiera que no existe Dios; agrega, sin embargo, que esto no puede ser admitido sin caer en el pecado más grave. Porque Grocio era un cristiano creyente, como lo eran todos los representantes del derecho natural clásico, aun cuando él no se daba cuenta, según parece, que sin su creencia en una naturaleza creada por un Dios justo, no era posible consecuentemente la aceptación de un derecho justo, inmanente a esta naturaleza. Por lo demás, la creencia en una naturaleza creada por un Dios justo no implica necesariamente la aceptación de que el derecho inmanente a la naturaleza haya sido creado por la voluntad de Dios. Ya Tomás de Aquino enseña que también el derecho divino, esto es, el derecho proveniente de Dios es ya derecho natural, ya derecho creado (*gesetztes Recht*). Este derecho natural –como Dios mismo– no es creado (tampoco por Dios) sino no-creado. Estas normas son derecho natural, en tanto que son inmanentes a la naturaleza de Dios, quien justamente es según su esencia un Dios justo. Lo que importa aquí es que la naturaleza, fuente del derecho natural, no es la realidad empírica, sino la naturaleza de Dios, una naturaleza “trascendente”. Y como tal se revela también la naturaleza del “hombre” en su carácter de fuente del derecho natural.

La doctrina del derecho natural considera como “naturaleza” humana ya los “instintos” del hombre, ya su “razón”. De los instintos humanos se deducen normas de derecho natural, apelando a ciertos instintos, in-

dudablemente existentes, dirigidos a la conservación de la vida, no sólo de la propia, sino también de la vida ajena. Pero no se puede negar que al lado de estos instintos, hay también otros dirigidos a la destrucción, los así llamados instintos de agresividad, y que hasta se observa un instinto de autoconservación, como lo muestran los nada raros suicidios. Estos instintos pertenecen, a la par de los otros, a la naturaleza del hombre. Calificarlos de “antinaturales” significaría proclamar la autocontradicción de una naturaleza antinatural. Es claro que una doctrina que pretende deducir el derecho natural, esto es, el derecho justo de la naturaleza humana, no puede ver esa naturaleza en todos los instintos posibles del hombre, sino sólo en algunos determinados. Ella tiene que hacer, y en efecto hace, una distinción esencial entre los instintos existentes de hecho: la distinción entre los instintos en los cuales puede fundamentarse una norma que prescribe una conducta conforme a los mismos, y aquellos en los que no puede fundamentarse una norma tal, es decir, entre instintos a los que se debe y a los que no se debe corresponder, los instintos buenos y malos.

Esto significa, sin embargo, que el concepto de “naturaleza” experimenta un cambio de significado radical. En lugar de la naturaleza real, de la naturaleza que es, se coloca una naturaleza ideal, la naturaleza que debe ser conforme al derecho natural. De esta manera no son las normas de un derecho ideal, del llamado derecho natural, las que la doctrina jusnaturalista deduce de la naturaleza, sino que es la naturaleza ideal la que se deduce del derecho presupuesto como ideal, del llamado derecho natural, que esa doctrina tiene que presuponer para llegar a su concepto de la naturaleza, de la buena y divina naturaleza del hombre.

La doctrina del derecho natural cree poder contestar esta objeción considerando a la razón como el factor decisivo en la naturaleza del hombre y le atribuye a ésta, es decir, a la naturaleza humana misma, la función de distinguir entre instintos buenos y malos y de tal manera prescribir al hombre la obediencia a unos y no a otros. Es el concepto de la “razón práctica”, en oposición a la “teórica”, la razón como autoridad creadora de normas, como legislador que prescribe al hombre la conducta correcta, la razón que ya aparece en la ética de Aristóteles como *nous practicós*, en la ética de Tomás de Aquino como *ratio practica*, desempeña un papel decisivo en la ética de Kant y se encuentra en el

fundamento de la doctrina jusnaturalista como doctrina del derecho racional. Lo justo es lo "natural", porque es lo racional. Este concepto de razón práctica es lógicamente imposible. Está encerrado en una autocontradicción y en su naturaleza metalógica es de origen religioso-teológico.

Desde el punto de vista de la psicología empírica, la fundación específica de la razón es el conocimiento de los objetos dados a ella. Llamamos razón a la función del conocimiento del hombre. La creación de normas, la creación de leyes no es una función del conocimiento. Con la creación de una norma no se conoce cómo es un objeto ya dado, sino que se exige algo que debe ser. En este sentido es la creación de normas una función de la "voluntad" no del "conocimiento". Una creación normativa de la razón es una razón cognoscitiva y volitiva a la vez, es conocimiento y voluntad al mismo tiempo. Esto no puede darse en la esfera de la realidad empírica, en tanto que ésta puede ser descrita sin contradicción lógica. Sin embargo, en la opinión de aquellos que creen en la existencia de una esfera trascendente suprahumana, que está más allá de toda realidad empírica, el principio de no contradicción como un principio de la "lógica meramente humana" no tiene aplicación a tal esfera. De la razón divina se puede predicar contradictoriamente que es, a la vez, una función del conocimiento y función de voluntad; de Dios se puede decir que el conocimiento y voluntad son todo uno. Como ya lo dice la *Génesis* (II, 17, III, 5): "Y mandó Dios al hombre no comer del árbol de la ciencia del bien y del mal, pero la serpiente dijo a la mujer: si coméis de eso seréis como Dios y conoceréis el bien y el mal".

En tanto que Dios conoce lo bueno y lo malo quiere que se haga lo bueno y se omita lo malo. Su querer está comprendido en su saber. La contradicción de que Dios quiere conociendo, es igualmente insignificante desde el punto de vista religioso-teológico, como la contradicción de que Dios en su bondad quiere solamente lo bueno y en su omnipotencia crea también lo malo.

La razón práctica del hombre, cognoscitiva y volitiva a la vez, es la razón divina en el hombre, a quien Dios ha creado según su imagen y semejanza; es la participación de lo humano en la razón divina. Ya Cicerón lo dice expresamente y con acento especial Tomás de Aquino; también Kant lo admite al final, cuando en su *Crítica del juicio* (*Akade-*

mieausgabe, t. V, p. 444 y ss.) reconoce en Dios al legislador moral supremo y por cierto “no sólo como inteligencia y legislador para la naturaleza (es decir, con todo como razón práctica), sino también como supremo legislador en un reino moral de los fines”, en el cual tiene su lugar el hombre como “ser moral”. De tal manera no es de la razón práctica del hombre, sino de la razón práctica de Dios de donde proviene la ley moral. Porque, dice Kant en *Religión dentro de los límites de la mera razón* (VI, p. 6), “la moral lleva indefectiblemente a la religión, transformándose en la idea más amplia de un legislador moral, investido del poder, fuera del hombre”, y “la religión es (considerada subjetivamente) el reconocimiento de todos nuestros deberes como mandamientos divinos”. En el *Opus Posthumum* de Kant (*Kant Studien*, nro. 50, 1920, p. 802), se encuentra la proposición: “En la razón práctico-moral se encuentra el imperativo categórico de considerar todos los deberes humanos como mandamientos divinos”. Kant no mantuvo su doctrina de la autonomía de la moral, esto es, la doctrina según la cual el imperativo categórico proviene en última instancia de la razón práctica del hombre mismo. La razón práctica de Kant es la razón de Dios.

El positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana, esto es, la existencia de una voluntad divina cuyo sentido son las normas prescriptivas de conducta humana. Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales. Pero el principio de la justicia que se refiere a la formación del derecho positivo, en tanto que exige un derecho con un contenido determinado, es una norma de la moral positiva, que al igual que el derecho positivo puede ser diferente en tiempos y lugares diferentes. Así como el positivismo jurídico tiene que distinguir entre derecho y moral, como dos órdenes sociales diferentes, tiene que distinguir también entre dere-

cho y justicia, y por ello sostener la posibilidad de un derecho positivo justo, esto es, conforme a una moral determinada, como también la de un derecho positivo injusto, esto es, contrario a una moral positiva determinada. Por lo tanto, no puede hacer dependiente la validez del derecho positivo de su relación con la justicia, porque tal dependencia sólo puede existir si la justicia es un valor absoluto, si se presupone la validez de una norma de justicia que excluye la de toda otra norma contraria. Si se admite la posibilidad de muchas normas de justicia distintas y posiblemente contradictorias entre sí, el valor de justicia sólo puede ser relativo. Entonces todo orden jurídico positivo tiene que entrar en contradicción con alguna de estas numerosas normas de justicia y no podría haber un orden jurídico positivo que no pudiera ser considerado como inválido, esto es, contrario a alguna de esas normas de justicia. Por otro lado, todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia que constituyen valores meramente relativos, sin que tal conformidad pueda ser considerada como fundamento de su validez. Una doctrina jurídica positivista, es decir, realista, no sostiene, como debe ser subrayado, que no existe justicia, sino que de hecho se presuponen muchas normas de justicia diferente y posiblemente contradictorias entre sí. No niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está, determinada por la representación de alguna de las muchas posibles normas de justicia y en especial, no niega que todo orden jurídico positivo, es decir, los actos mediante los cuales son creadas sus normas pueden ser valorados según una de esas normas de justicia y juzgados como justos o injustos. Pero insiste en que esas escalas de valor sólo tienen carácter relativo y que, por lo tanto, los actos mediante los cuales ha sido creado un mismo orden jurídico positivo son justificados como justos si se miden con una escala, pero condenados como injustos si se miden con otra; que, sin embargo, un orden jurídico positivo es independiente en su validez de las normas de justicia según las cuales se valoran los actos creadores de sus normas. Porque una doctrina positiva del derecho reconoce el fundamento de validez de un orden jurídico positivo no en las múltiples normas de justicia, puesto que no puede dar preferencia a ninguna de ellas, sino en la "norma fundamental" hipotética, esto es: presupuesta en el pensamiento jurídico. De acuerdo con ella debemos conducirnos

y tratar a los hombres como corresponde a la primera constitución histórica, eficacia en general, sin tener en cuenta si el orden erigido con arreglo a esa constitución corresponde o no a alguna norma de justicia. En tanto que la cuestión versa sobre la validez del derecho positivo, no entra en consideración ninguna otra norma que esa norma fundamental, en particular, ninguna norma de justicia.

La norma fundamental es la respuesta de una doctrina positivista del derecho a la pregunta por el fundamento de validez de un orden coercitivo positivo, esto es, creado por vía de legislación y costumbre, que es eficaz en general. No es una respuesta categórica incondicional, sino una respuesta hipotética, condicional. Ella dice: si un derecho positivo es considerado válido, esto es, si se acepta que "debe ser" la conducta prescripta por las normas de ese derecho, entonces se presupone la norma que debe ser la conducta prescripta por la primera constitución histórica de acuerdo a la cual es creado el orden jurídico positivo. Esta norma, la norma fundamental, no es una norma positiva, "puesta" (*gesetzt*) por un acto de voluntad de una autoridad jurídica, sino una norma "presupuesta" en el pensamiento jurídico. Su presuposición es condición –en el sentido de Kant: condición lógico-trascendental– bajo la cual un orden jurídico positivo es considerado válido. La norma fundamental determina solamente el "fundamento", no así el "contenido" de validez del derecho positivo. Este fundamento de validez es completamente independiente del contenido de validez. La norma fundamental deja la determinación del contenido del derecho positivo al proceso de creación del derecho, determinado por la constitución: la legislación y la costumbre. Por tanto, el derecho positivo no puede jamás estar en contradicción con su norma fundamental, mientras que la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es esencial para la doctrina jusnaturalista. Esto significa, empero, que la norma fundamental no representa ninguna escala de valor o de "disvalor", de justicia o de injusticia del derecho positivo. Justamente por eso se considera insuficiente al positivismo y se le contrapone la doctrina del derecho natural que aparenta proporcionar esa escala como un criterio seguro de justicia o injusticia del derecho positivo y dar una respuesta incondicional a la pregunta por el fundamento de validez de un derecho positivo.

Que la doctrina del derecho natural “no” ofrece un criterio seguro para la justicia o injusticia de un orden jurídico positivo lo muestra su historia. Tan pronto como la doctrina jusnaturalista procede a determinar el contenido de las normas inmanentes en la naturaleza y deducidas de la misma, cae en los contrastes más agudos. Sus representantes no han proclamado “un” derecho natural, sino varios derechos naturales, muy distintos y contradictorios entre sí. Esto vale en especial para las cuestiones fundamentales de la propiedad y de la forma del Estado. Según una doctrina jusnaturalista solamente la propiedad individual es “natural”, esto es, justa, según otra, sólo la propiedad colectiva; según una, sólo la democracia, según otra, sólo la autocracia. Todo derecho positivo que corresponde al derecho natural de una doctrina y que por lo tanto es juzgado como justo, contradice al derecho natural de otra doctrina y es juzgado por lo tanto como injusto. La doctrina del derecho natural tal como ella ha sido desarrollada de hecho –y no pudo haber sido desarrollada de otra manera– está muy lejos de ofrecer el criterio fijo que se espera de ella.

Pero también la suposición de que una doctrina jusnaturalista puede dar una respuesta incondicional a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo descansa en una ilusión. Una doctrina tal ve el fundamento de validez del derecho positivo en el derecho natural, es decir, en un orden creado por la naturaleza como autoridad suprema, que está por encima del legislador humano. En este sentido también el derecho natural es un derecho creado, esto es, positivo, pero no por una voluntad humana, sino por una voluntad suprahumana. Una doctrina jusnaturalista puede por cierto sostener como un hecho –aun cuando ella no lo pueda probar– que la naturaleza ordena a los hombres conducirse de determinada manera. Pero como un hecho no puede ser fundamento de validez de una norma, una doctrina jusnaturalista lógicamente correcta no puede negar que un derecho positivo conforme al derecho natural sólo puede ser interpretado como válido, si se presupone la norma: deben ser obedecidas las órdenes de la naturaleza. Ésta es la “norma fundamental del derecho natural”. También la doctrina jusnaturalista sólo puede dar una respuesta condicional a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo. Si ella sostiene la evidencia inmediata de la norma según la cual deben ser obedecidas las órdenes de la naturaleza,

ella se equivoca. Esta afirmación es inaceptable. No sólo en general, porque no puede haber normas de conducta humana inmediatamente evidentes, sino también en particular, porque esa norma es aún menos evidente que cualquier otra. Porque la naturaleza no tiene voluntad, y si la voluntad de la naturaleza es la voluntad de Dios "en" la naturaleza y por lo tanto la norma fundamental del derecho natural establece que deben ser obedecidas por las órdenes de Dios, debería ser inmediatamente evidente la existencia de Dios, lo cual apenas es compatible con el intento siempre renovado de probar esa existencia.

La objeción irrefutable de que la doctrina del derecho natural no ha sido capaz hasta ahora de formular normas generales válidas siempre y en todas partes y en todas las circunstancias, esto es, establecer un derecho natural invariable, ha conducido a la teoría del "Derecho natural variable". Un derecho natural variable es un derecho natural que puede ser diferente en tiempos y lugares diferentes, según las circunstancias. En este sentido no hay pues una diferencia entre este derecho natural y el derecho positivo. ¿Cuál es pues la "naturaleza" de este derecho variable? Tiene que ser una naturaleza variable, y por ello sólo podemos entender las circunstancias sociales variables o una naturaleza variable del hombre, cuya conducta regulan las normas en cuestión. Y estas normas son derecho natural no porque sean inmanentes a esta naturaleza, sino porque corresponden a ella tal como un vestido corresponde a un cuerpo humano cuando le queda bien. Ahora bien, ¿cómo se reconoce si un orden jurídico positivo corresponde o no a esta naturaleza, si está conforme o contrario a ella? Pues seguramente sólo en que este orden es eficaz o ineficaz. Puesto que la eficacia es condición de validez de un orden jurídico positivo, todo derecho positivo es un derecho conforme a la naturaleza de cada caso, esto es, a las circunstancias sociales o a la naturaleza del hombre. Un derecho natural variable no puede distinguirse de un derecho positivo, sino que coincide con él. Si el derecho natural es variable no hay un derecho natural, sino muchos derechos naturales distintos entre sí; y el valor de la justicia que ellos constituyen no es absoluto sino relativo. Como relativamente justo puede ser válido y en el sentido de una teoría del derecho natural tiene que ser válido todo orden jurídico positivo. La doctrina del derecho natural renuncia a sí misma al renunciar a la invariabilidad y a la justicia absoluta.

En vista de estas objeciones de mucho peso teórico se ha tratado de defender a la doctrina del derecho natural desde un punto de vista práctico-político, mediante el argumento de que ella ha conducido, en todo caso, a la reforma y perfeccionamiento del derecho positivo. Este argumento no resiste a una crítica histórica. Ésta muestra que las doctrinas del derecho natural, tal como ellas han sido presentadas de hecho por sus representantes más competentes, han servido en lo fundamental para justificar como conformes al derecho natural los órdenes jurídicos existentes y sus instituciones esenciales políticas y económicas; que han tenido pues un carácter predominante “conservador”; que la representación de un derecho natural sólo ha desempeñado una función reformadora e incluso revolucionaria en casos excepcionales, y que cuando lo último ha sido el caso ocurrido hacia los fines del siglo XVIII en América y Francia, se produjo enseguida un movimiento espiritual dirigido en contra de esa doctrina jusnaturalista, que ha encontrado su expresión característica en la llamada escuela histórica del derecho. La doctrina de la escuela histórica del derecho es, sin embargo, ella misma una disfrazada doctrina jusnaturalista en tanto que declara al *Volksgeist* como la fuente del derecho del único derecho verdadero y eficaz, y hace provenir de éste el derecho de la misma manera que la doctrina jusnaturalista hacía provenir el derecho natural de la razón. La doctrina de la escuela histórica del derecho es una doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria.

El carácter predominante conservador de la doctrina del derecho natural es una consecuencia de la posición adoptada por la mayoría abrumadora y, en particular, por sus representantes clásicos en cuestiones decisivas para toda la doctrina de la relación entre el derecho natural y el derecho positivo. He dado pruebas para ello en mi escrito *Teoría Pura del Derecho*. Ellas muestran que la doctrina del derecho natural o niega del todo la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural o lo limita de tal manera que la falta de validez de un derecho positivo a causa de su contradicción con el derecho natural, prácticamente no entra en consideración.

Una doctrina positivista del derecho no pretende desempeñar ninguna función reformadora ni conservadora. Con tal pretensión ella se excedería de su competencia como ciencia del derecho y se convertiría

en un instrumento de la política. Como ciencia sólo puede describir su objeto sin estar influenciada por el interés político; no puede prescribir nada, no puede servir a otro interés que el de la verdad. La autoridad que crea el derecho y que, por lo tanto, busca mantenerlo, puede plantearse la pregunta si le es útil una ciencia tal, y también las fuerzas que quieren destruir un orden existente y reemplazarlo por otro tenido por mejor pueden no saber qué hacer con tal ciencia. Una ciencia del derecho no puede, sin embargo, preocuparse de ninguna de ellas. Tal "ciencia" del derecho es el "positivismo jurídico consecuente".