

Algo más sobre Ross, Kelsen y el Derecho Natural

POR JUAN ALFREDO CASAUBON

I. UNA POLEMICA RECIENTE

En la Revista "Notas de Filosofía del Derecho" (Año I, N° II), que se publica en esta ciudad bajo la dirección del Dr. Ambrosio L. Gioja, figura un trabajo, "*Algo más sobre el Derecho Natural*", del Dr. Federico A. Torres Lacroze,¹ al que en el mismo número replica el Dr. J. A. Baqué con su artículo "*Ross, Kelsen y el Derecho Natural*"².

Como el profesor Torres Lacroze fundaba algunas de sus aserciones en mi trabajo "*Hans Kelsen y la Teoría pura del Derecho*",³ y como la réplica del profesor Baqué toca, indirectamente, algunas de mis tesis, intervengo aquí en el debate a modo de "tercero interesado", para decirlo en términos procesales. Aunque, por supuesto, la responsabilidad por las aserciones del Dr. Torres Lacroze e incluso por su interpretación de mi trabajo es, como es lógico, sólo suya.

Sostenía Torres Lacroze que el mismo Alf Ross, pese a decir que "el Derecho Natural es una cortesana que está a disposición de cualquiera", admite que el derecho vigente está condicionado por estructuraciones consuetudinarias de moral social, de psicología colectiva, lo que —según Torres Lacroze—

¹ Revista y números citados, pp. 53/56.

² Ibid, pp. 57/59.

³ *Estudios teológicos y filosóficos*, PP. Domínicos argentinos, Año III, Tomo III, nos. 2 y 3, Bs. Aires, 1961.

equivale a recurrir a leyes naturales o por lo menos meta-jurídicas en sentido kelseniano.⁴

Y agrega que Kelsen, pese a sostener que “el Derecho Natural trastrueca la verdad al pretender ser apto para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarlo como una mentira útil”, tenía en último término que fundar toda su pirámide jurídica en una norma fundamental “supuesta”, no “puesta” (positiva), aunque niegue que tal norma sea de derecho natural.⁵ Por eso el profesor Torres Lacroze se dedica luego a mostrar que esa norma debería ser de derecho natural, y que una auténtica doctrina iusnaturalista, como la de Santo Tomás, de ninguna manera incurre en una “confusión lógica” entre el orden natural —en el sentido físico— y el social, pues allí “natural” alude al orden ético y no al directamente físico, trayendo a colación la distinción de cuatro tipos de orden (natural, racional, ético y de las artes mecánicas) que Santo Tomás distingue en su “*Comentario a la Etica Nicomaquea*” de Aristóteles, y algunas consideraciones nuestras en el trabajo arriba citado.⁶

Interviene entonces el profesor Baqué y sostiene que el razonamiento de Torres Lacroze respecto de Ross y Kelsen podría sintetizarse así:

“Con respecto a Ross:

“1. — Derecho vigente es aquél que sirve de fundamento psíquico al acto judicial.

2. — Tratándose de hechos psicológicos, deben hallarse sometidos a leyes de la psicología, es decir, a leyes naturales.

3. — Por consiguiente, el fundamento del derecho positivo es una “ley natural”.

Con respecto a Kelsen:

1. — El fundamento de una norma se encuentra en otra norma.

2. — La primera constitución no tiene fundamento en otra norma positiva.

⁴ Algo más sobre derecho natural, loc. cit., p. 53.

⁵ Art. cit., loc. cit., p. 53.

⁶ Art. cit., loc. cit., p. 54/55.

3. — Por consiguiente, la norma fundamental kelseniana es una “ley natural”.⁷

A ello replica el profesor Baqué que, en lo que se refiere a Kelsen, la norma básica no es ni se fundamenta en una ley natural, pues es una “herramienta epistemológica” que permite interpretar ciertos actos humanos como hechos creadores de normas jurídicas. Aunque admite enseguida que para Kelsen tal norma no es arbitraria, sino que su contenido se encuentra determinado “por los hechos a través de los cuales es creado y aplicado a un orden al que corresponde, en la generalidad de los casos, la conducta de los individuos regidos por ese mismo orden”, y en ese sentido —dice el profesor Baqué— “quizás podría el profesor Torres Lacroze interpretar la norma básica como una ley natural que enlace la condición de eficacia a la consecuencia de validez”.⁸

Pero —agrega el profesor Baqué— tanto en ello como en lo opinado respecto de Ross, el prof. Torres Lacroze introduce una concepción teleológica de las leyes naturales que podrían aceptar Aristóteles o Santo Tomás, pero no un positivista. La ley natural —dice— explicativa de ciertos fenómenos no es normativa, ni teleológica, ni infalible, sino sólo probable, aunque universal, predictiva y verdadera. Y cita como ejemplo de esa confusión los pasajes en que Torres Lacroze dice: “La norma... no es un juicio hipotético ni ficticio, sino la expresión *cognoscitiva imperativa* de lo naturalmente justo, atendida la naturaleza humana, etc...” y “al calificar estos derechos como naturales no nos referimos al mundo físico ni biológico, sino a las esencias en cuanto principios que exigen determinadas acciones u omisiones”.

Agrega el Prof. Baqué que aquéllos que creen en la posibilidad de conocer “lo naturalmente justo” lo hacen derivar de un orden teleológico universal en el que incluyen los órdenes natural y social, por lo que —pese a la distinción tomista de los cuatro órdenes— no escapan a la confusión a que se refiere Kelsen. Y, por otra parte —dice—, se introducen premisas no aceptadas, pues ni Ross ni Kelsen admiten la posibilidad de conocer “lo naturalmente justo”.

Por último, dice el crítico que en el trabajo comentado se olvida que Kelsen y Ross se limitan a hacer ciencia del Derecho, o, mejor, epistemología jurídica, mientras que el contenido

⁷ Ross, *Kelsen y el derecho natural*, loc. cit., p. 58.

⁸ *Art. cit.*, loc. cit., p. 58.

de un derecho dado puede adaptarse o no a las pautas sociales o psíquicas de un determinado grupo. Tampoco entra a discutir si dichas pautas tienen algo de común en todo el género humano o “si existe algo que concretamente pueda ser llamado «naturaleza humana»”. Porque —agrega— “nada tiene que ver esto con la labor de Ross y Kelsen, empeñados en la clasificación y sistematización de esos especiales hechos creadores del derecho”.⁹

II. — NUESTRA “TERCERIA” EN ELLA

a) *Una errónea interpretación del pensamiento del Prof. Torres Lacroze sobre Kelsen:*

Como hemos visto, según Baqué, para Torres Lacroze “...la norma fundamental kelseniana es una «ley natural»” (el subrayado es nuestro). Ahora bien: nos parece que no ha sido esa la tesis de Torres Lacroze (ni mucho menos la nuestra en nuestro artículo “*Hans Kelsen y la Teoría Pura del Derecho*”). Verdad es que el párrafo respectivo del Prof. Torres Lacroze —a fines de la página 53 del número de la Revista mencionada al principio— no es del todo claro y podría prestarse a esa mala interpretación. Pero una lectura atenta del contexto muestra su verdadero sentido: en efecto, poco antes dice Torres Lacroze: “...una norma fundamental «supuesta», la cual sería de escaso rigor científico, según el mismo Kelsen indica, con respecto a lo que entiende por derecho natural, puesto que las de este último serían normas supuestas subjetivamente” (el subrayado es nuestro).¹⁰ Por eso añade Torres Lacroze: “¿En qué se basaría dicha norma fundamental?”, y entra a basarla él —no Kelsen— en el Derecho Natural, oponiéndose, sin duda, a Kelsen. Y vuelve a decir: “también critica Kelsen esta doctrina, porque dice que incurre en una confusión lógica entre el orden natural por un lado y el social por otro” (El subrayado es nuestro).¹¹ Y pasa a contrarreplicar a Kelsen mediante la distinción tomista entre cuatro tipos esencialmente distintos de orden.¹²

⁹ Art. cit., loc. cit., pp. 58/59.

¹⁰ Algo más sobre el derecho natural, loc. cit., p. 53.

¹¹ Art. cit., loc. cit., pp. 53 “in fine”/54.

¹² Art. cit., loc. cit., p. 54.

Por tanto, queda manifiesto que no es exacto que Torres Lacroze haya atribuido a Kelsen la teoría de que la norma básica es o supone una ley natural, sino que su intención ha sido demostrar que, suponiendo la pirámide jurídica una norma suprema que no puede ser positiva, tal norma no puede reducirse al "instrumento epistemológico" a que pretende limitarla Kelsen, sino que tiene que ser —para fundar verdadera e intrínsecamente el carácter jurídico de todo el sistema— una norma de *derecho natural*, no según Kelsen, sino en realidad de verdad. Y eso es lo que ante todo interesa, si tiene razón Santo Tomás al decir: "Studium philosophiae non est ad id quod sciatur quid homines senserint, sed qualis se habeat veritas rerum": "El estudio de la filosofía no tiene por fin averiguar qué opinaron los hombres (tales o cuales), sino cuál sea la verdad de las cosas",¹³ en lo que viene a coincidir, siete siglos antes, con el adagio "a las cosas mismas" de los fenomenólogos.¹⁴

b) *Por qué la norma fundamental debe ser de derecho natural:*

Dada la pirámide jurídica —sin la cual el derecho queda reducido a hecho—, de ella resulta que la sentencia judicial recibe su juridicidad de la ley, ésta de otra superior y más general, y así sucesivamente hasta llegar a la suprema ley positiva de un Estado, la constitución, escrita o no. Si ésta ha sido creada de acuerdo con los requisitos exigidos por otra anterior, nos vemos remitidos a ésta y así sucesivamente hasta la constitución originaria. Pero esta misma, sin nada anterior ni superior ¿de qué recibe su juridicidad para ser más que mero hecho triunfante por la fuerza física o psíquica?

Y aquí viene la transgresión de géneros kelseniana: como no puede recurrir al derecho natural —al que repudia por relativismo ético—, ni siquiera para justificar la obediencia a la primera constitución por razones de un mínimo de paz, orden y prudencia,¹⁵ debe recurrir a una *norma postulada o proyectada* ("supuesta") por el científico del derecho, no por los que efectivamente hacen el derecho, ni menos fundada en la naturaleza humana y en las exigencias sociales *ut sic*, a las que aquéllos

¹³ Sto. Tomás de Aquino, *In De Caelo et Mundo*, I, 107, 2 c.

¹⁴ "Zu den Sachen Selbst", lema de la escuela fenomenológica.

¹⁵ Es decir, que antes que caer en la anarquía es forzoso, a menudo tolerar regímenes ilegítimos originariamente, y a veces también injustos por una parte del contenido de sus ordenamientos. Tal principio es de derecho natural, pero *prudencial y no universal-necesario* en el modo de su aplicación.

—*velis nolis*— resultan sometidos incluso para un “mínimo de justicia”.

Es decir, que mientras que desde la sentencia hasta la constitución positiva originaria la juridicidad era dada por una *norma intrínseca* al efectivo orden jurídico, al llegarse a la fundamentación suma, de que todo depende en su juridicidad, se produce un desvío y ahora la norma donante de juridicidad es algo excogitado en su privada mente y gabinete por el *científico del Derecho*, no por el político ni por el juez. Del campo de las *normas* pasamos al de los *enunciados* o “reglas de derecho” (*rechtsatze*), y hacemos depender lo *jurídico* ínsito en las primeras, de estas últimas.

Parecería, pues, que si hay *derecho* en el mundo, se lo debemos a que algunos *científicos* se ponen a pensarlo como tal, y que sin los Kelsens, Cossios —o por lo menos sin los Salvats, Lafailles, etc., *no existiría derecho*, sino *hecho puro*; jurídicamente amorfo y neutro. Y no se alude aquí al papel de los juristas antiguos, cuyas “respuestas” eran adoptadas como ley por los gobernantes —influyendo así *realmente* en los contenidos jurídicos —sino al meramente contemplativo de unos señores que, con sólo pensar algo dado, *le otorgarían* la categoría de “jurídico”, *desde afuera*, y aunque fueren el juez o el ciudadano los que piensan la “norma fundamental” —y no sólo los científicos del derecho—, siempre sería una norma ficticia y extrínseca.

Eso se debe al neo-kantismo en rápido tránsito al neopositivismo, propio de Hans Kelsen.¹⁶ Porque si Kant introdujo un desastre especulativo al fundar juicios necesarios y universales —los por él llamados “*sintéticos a priori*”—, no en la evidencia del ente y del ser (*esse*) del ente, sino en una actividad sintetizante ciega,¹⁷ por lo menos él en el *Opus Postumum* y sus sucesores Fichte, Schelling y Hegel radicaban esa actividad sintetizante “*a priori*” en las profundidades del Sujeto Trascendental impersonal que proyectaba y ordenaba el cosmos;¹⁸ mien-

¹⁶ Cfr. V. Giorgianni, *Neopositivismo e Scienza del Diritto*, Fratelli Bocca, Roma, 1956; J. Joergensen, *The development of logical empiricism*, International Encyclopedia of Unified Science, vol. II, n° 9, The University of Chicago Press, 2nd. impression, 1954, p. 2.

¹⁷ Cfr. X. Zubiri, *Cinco lecciones de Filosofía*, Soc. de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963, p. 90.

¹⁸ Cfr. N. Hartmann, *La filosofía del idealismo alemán*, 2 t., ed. Sudamericana, Bs. As., 1960.

tras que los neokantianos reducen tal trascendental actividad a una tarea de epistemólogos o de científicos¹⁹ —aunque al parecer, obedeciendo aún a normas categoriales evolucionantes en un desarrollo histórico *necesario*—, y los neopositivistas (en evidente autodestrucción del racionalismo) a mera convención o elección libre de los axiomas iniciales, reducidos así a la condición de postulados, y la ciencia a arte (técnica) o juego.²⁰

Así, el Derecho queda reducido a una *ficción* por participación de una *norma fundamental también y originariamente ficticia*, excogitada como "*als ob*" ("como si")²¹ por el "científico del Derecho" para dar un "sentido jurídico" a un encadenamiento de hechos que no poseería tal calidad *intrínsecamente* ("manto jurídico" que cubre pudorosamente un sistema de fuerza o rutina puras).

Por eso, en quiebra de su racionalismo e idealismo,²² el kelsenismo, después de *disociar absolutamente* lo natural y lo normativo, viene a *reducir lo normativo a una especie de "ley natural"* predictivo-probable, semejante a las de la físico-matemática (cfr. el último párrafo del Prof. Baqué en la página 58 del número y revista citados). No cabe duda de que tal con-

¹⁹ Cfr. E. Cassirer, *El problema del conocimiento*, t. I, Introducción, F. de Cult. Ec., México-Bs. Aires, 1953, pp. 11/62.

²⁰ Cfr. R. Blanché, *Introduction a la logique contemporaine*, París, Colin, 1957, pp. 83/4; R. Carnap, *The logical Syntax of Language*, London, Routledge and Kegan, 5th. impression, 1959.

²¹ Cfr. H. Vahinger, *Die Philosophie des als-ob*.

²² El proceso de esa quiebra es: Descartes niega que la "compositio intellectus" en el juicio se funde en la aprehensión del ente mismo; el juicio queda luego reducido a análisis de ideas o a síntesis de sensaciones; Kant introduce la "actividad o facultad ciega" (blinder Vermögen) como fundamento de los juicios sintéticos "a priori"; el idealismo metafísico trata de radicar esta actividad en un Sujeto panteístico; la quiebra de su intento trae los materialismos dialécticos, positivismo, irracionalismos e historicismos. Los juicios "universal-necesarios" y no tautológicos son puestos como ficción sintáctico-epistemológica (Kelsen, neopositivismo) o resultado ciego de influencias de clase (Marx) o de raza (Rosenberg) o del devenir histórico (historicismo) o del ambiente social (sociologismo), etc. Pero entonces los resultados del racionalismo (negación del sometimiento del intelecto al ser) son el más absoluto irracionalismo: la razón misma se pone como función de algo arracional (historia, clase, raza, economía, opinión social, etc.).

cepción ficticia de lo jurídico es signo de una quiebra del "juridicismo" positivista e incluso de toda una cultura.²³

Por eso es necesario —contra Kelsen, y esto es lo que quería decir el Prof. Torres Lacroze— poner una *auténtica norma fundamental* que funde la *juridicidad intrínseca del sistema*, por sus contenidos, en un mínimo necesario de justicia; y tal norma, no siendo positiva, ni pudiendo ser ficticia, *debe ser de derecho natural*. Más allá de lo "puesto" por el hombre y de lo "supuesto" por él —alternativa en que se encierra Kelsen— está lo "dado" al hombre por el orden mismo del ente y del ser en que se inscribe por su realidad misma, en tanto que su naturaleza y las estructuras esenciales y mínimas de lo social requieren *siempre* un mínimo de "derecho natural", sin perjuicio de exigir un *más* de tal derecho, no ya para el simple ser del hombre y de la sociedad, sino para el *buen ser* de uno y otra.²⁴

Por tanto, a ese derecho natural debe fundárselo, como decíamos en "*Hans Kelsen y la teoría pura del derecho*", en: a) las tendencias naturales del hombre a la *conservación y reproducción* de su existencia, al *conocimiento de la verdad* y a la *vida social*;²⁵ b) las *exigencias universales y necesarias*

²³ Hecho proclamado con razón por el marxismo (cfr. C. Astrada, *Diálectica y positivismo lógico*, Cuadernos de Humanitas, Tucumán, 1961); pero sin advertir que el marxismo es otro aspecto de esa misma quiebra y crisis: la autodestrucción del racionalismo.

²⁴ J. A. Casaubon, *Hans Kelsen y la teoría pura del derecho*, Estud. Teol. y Filosóf., PP. Dominicos Argentinos, Año III, T. III, n° 3, Bs. As. 1961.

²⁵ Santo Tomás de Aquino, S. Teol., I-II, 94, 2: "Dado que el bien tiene razón de fin, y el mal razón de lo contrario, por eso es que la razón aprehende como bueno sólo aquello respecto de lo cual tiene el hombre una inclinación natural; y lo tiene por tanto como debiendo ser conseguido por la acción, y lo contrario en cambio como malo y vitando. Por tanto, el orden de la ley natural se funda en el orden de las inclinaciones naturales. Existe primeramente en el hombre una inclinación al bien conveniente a su naturaleza en lo que ella tiene de común con todas las sustancias: en cuanto que, a saber, toda sustancia tiende a conservar su ser según su naturaleza. Y, de acuerdo con esta inclinación, pertenece a la ley natural aquello por lo cual se conserva la vida del hombre, y se impide lo contrario. Existe, en segundo lugar, en el hombre una inclinación a algo más especial, según aquello en que su naturaleza tiene de común con los demás animales. Y de acuerdo con esto dicese ser de ley natural "lo que la naturaleza enseñó a todos los animales", como es la unión de macho y hembra, la educación de los hijos y cosas semejantes. En tercer lugar, existe en el hombre

—pero no por ello meramente “formales” ni vacías, ni, por tanto, “epistemológicas”— *de toda sociedad humana* para ser, por esencia, tal (por ej.: obedecer a la autoridad, leyes, o costumbres; no matar a cualquiera y como se quiera ni por regla general; disciplinar las relaciones sexuales y familiares; aceptar cierta jerarquía; organizar el trabajo y el uso de los bienes; no quitar sus bienes a cualquiera y como se quiera, etc.).

c) *El sentido de la palabra “natural” en las expresiones “ley natural” y “derecho natural”:*

En cuanto al sentido del término “natural” en las expresiones “ley natural” y “derecho natural”, el Prof. Baqué cae en el error de admitir como legítimo sólo el sentido que “natural” tiene en las leyes físico-matemáticas, predictivo-probables de acontecimientos futuros; y sólo en ese sentido admitiría una *ley natural* en Kelsen y Ross, por lo que sostiene que es un error introducir allí una significación de teleología.

Puede ser —sin duda es— que para Kelsen y Ross no haya otro sentido legítimo que ese de la expresión “ley natural”; pero lo que nos interesa es la “*veritas rerum*”, no el “*quid homines senserint*”.

Identifica así el Prof. Baqué “ley natural” con el “*objeto específico o formal de la interpretación físico-matemática de los procesos mundanos en la física contemporánea*”,²⁶ sin advertir

una inclinación al bien según la naturaleza racional que le es propia: y así es como el hombre tiene una inclinación natural a conocer la verdad acerca de Dios, y a vivir en sociedad. Y de acuerdo con esto, pertenece a la ley natural todo aquello que pertenece a tal inclinación: a saber, que el hombre evite la ignorancia, que no ofenda a otros con quienes debe convivir y cosas semejantes pertencientes a lo mismo”. Pero esto se refiere a la ley natural en general; para la ley natural jurídica, se requiere tener en cuenta, además: a) la coordinación del individuo con los otros hombres, desde un punto de vista suprapersonal y objetivo; b) las relaciones de los individuos con el bien común social; c) las relaciones del bien común social con los individuos. Hay una contradicción en los negadores del derecho natural: tienen que admitir que el derecho existe en todos los pueblos; por tanto, *su existencia es algo natural, connatural al hombre (zoonpolitikon)*; y sin embargo, niegan la existencia de un derecho natural. Nosotros decimos, en cambio, que, precisamente porque el derecho es *connatural al hombre*, su contenido no puede ser *pura convención o arbitrio, pura variabilidad*: debe haber *contenidos connaturales al hombre*, en sociedad.

²⁶ Cfr. E. Simard. *La nature et la portée de la méthode scientifique*, París (Vrin) y Québec (Laval), 1958, caps. IV, V y VI. Hay traducción castellana por la Editorial Gredos, Madrid, con el título “*Naturaleza y*

que la expresión "natural" posee por lo menos veinte sentidos legítimos, no puramente equívocos entre sí empero, sino analógicos (cfr. R. Paniker, *"El concepto de Naturaleza"*, Cons. Sup. de Inv. Científicas, Madrid 951, págs. 41-78; en cuanto a la necesidad de términos analógicos en filosofía, cfr. Ch. de Koninck, *"Sobre el carácter deliberadamente ambiguo del lenguaje filosófico"* en la Rev. "Estudios Teológicos y Filosóficos", PP Dominicos Argentinos, Año II, Tomo II, N° 1, Bs. As., 1960 pp. 9 ss.).

No es lícito identificar el sentido legítimo de "natural" con el de objeto formal de las ciencias empírico-matemáticas, como si la conceptualización propia de éstas, a) agotara el todo del cosmos y aún del ser, y fuera su único tipo de interpretación posible (cfr. M. Heidegger' *"La pregunta por la cosa"*, Edit. Sur, Bs. As., 1964, pp 68 ss.; M. Ambacher, *"Méthode de la Philosophie de la Nature"*, París, P.U.F., 1961; Ch. de Koninck, *"Random reflections on Science and calculation"*, Laval Théol. et Phil., Québec, Canadá, 1956, N° 1; el mismo, *"The Hollow Universe"*, Oxford University Press, 1960; J. de Tonquédec, *"La Philosophie de la nature"* (varios tomos), París, Lethellieux, 1956 ss.; E. May, *"Filosofía natural"*, F. de Cult. Econ., México-Buenos Aires, 1953, etc.); b) agotara por lo mismo el todo del hombre, si éste poseyera naturaleza, al punto de que, para evitarlo habría que poner en duda la existencia de una naturaleza humana.²⁷

Pero, en verdad, entre las muchas acepciones no equívocas sino analógicas de los términos "naturaleza" y "natural" están las de "nacimiento", "principio engendrante", "esencia" (*in re*)

alcance del método científico". Cabe hacer notar que la física-matemática contemporánea, al revés de la moderna de Galileo-Newton, ha tenido que venir a reconocer en el seno mismo del átomo, una "realidad sólo potencial" por el hecho del engendramiento, allí, de partículas que antes no existían, a partir de otras (cfr. W. Heisenberg. *La abstracción en la ciencia natural moderna*", Revista de Occidente, Madrid, Agosto 1963).

²⁷ Dice el Prof. Baqué: "No creo que sea el caso discutir... si existe algo que concretamente pueda ser llamado "naturaleza humana" (art. cit., loc. cit., p. 59). Pero ¿puede alguien negar en serio que el hombre tiende por regla general a su *autoconservación*, posee *instinto de reproducción*, tiende a *conocer la verdad* y a llevar una *vida social*? Pues bien: llamamos naturaleza humana a aquello que origina en cada hombre esas tendencias. Sin ellas ¿habría hombre, en general?

y sobre todo "principio intrínseco de actividad", "fuerza impen-
lente del aparecer".²⁸

Este principio, en el hombre, no lo es sólo de actividades físico-químicas, vegetativas y sensitivas, sino también de las intelectuales y volitivas, intencionales, que forman el plano de la ek-sistencia en sentido heideggeriano y fundan el ser histórico del hombre y sus "posibilidades" (Zubiri).²⁹ Por eso, cuando un aristotélico o tomista habla de "ley natural" o de "derecho natural" no alude por cierto a una "ley natural" *predictivo-probable* de acontecimientos físicos, sino a una ley y a un derecho que fundados en las tendencias radicales del hombre y en las exigencias de la vida social, pro-yectan (a veces sin mencionarlos) determinados fines tenidos por *valiosos*³⁰ y *ordenan imperativamente* (asegurándolo con sanciones) la realización efectiva de los *actos o abstenciones necesarias o convenientes* para que esos fines pro-yectados sean alcanzados. Y es evidente que *tales fines* (aunque no siempre respetados *en su debida jerarquía* en el derecho positivo) no pueden ser otros que los pro-yectados por el dinamismo radical del ser humano: *conservación de la vida, reproducción, conocimiento de la verdad, vida social*.

Por eso en toda norma jurídica —interpretétesela con los esquemas "Si es A, debe ser B", o "Dado A, debe ser B", o "Dado

²⁸ Cfr. R. Paniker, *El concepto de naturaleza*, ed. cit., pp. 43, 46/7, 60/1, 52/3; W. J. Richardson, *Heidegger and the origin of Language*. International Philosophical Quarterly, vol. II, n° 3, sept. 1962, Fordham (N. York) Herverlee (Louvain) pp. 404 ss.; M. Heidegger, *Introducción a la Metafísica*, ed. cit., pp. 53, 170, 207, etc.

²⁹ X. Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios, El acontecer humano, II*, Ed. Poblet, Bs. As., 1948, p. 346; el mismo: *El hombre, realidad personal*. Rev. de Occidente, Año I, 2da. ed. época, n° 1, Madrid, abril de 1963, pp. 20/21.

³⁰ S. Tomás S. *Theol.*, I. 59, 1, c: "Algunos entes se inclinan hacia el bien por sola habitud natural, sin conocimiento, como las plantas y los cuerpos inanimados (...). Algunos otros, empero, se inclinan hacia el bien con algún conocimiento, no de tal modo que conozcan la misma razón de bien, sino en cuanto conocen algún bien particular, como el sentido, que conoce lo dulce y lo blanco y semejantes (...). Algunos por fin, se inclinan al bien con un conocimiento por el cual aprehenden la razón misma de bien, lo que es propio del intelecto. Y éstos se inclinan perfectísimamente hacia el bien, no como dirigidos por otros hacia él (...) ni sólo hacia un bien particular (...) sino hacia el bien universal. Y a esta inclinación se la llama *voluntad*".

"...el fin, aunque es lo último en la ejecución, es empero lo primero en la intención del agente. Y de esa manera tiene razón de causa" S. *Theol.*, I-II, 1, 1, ad 1).

A debe ser B, o no dado B debe ser C"— se sobreentiende implícitamente: "...para que F (un fin) pueda ser, o ser alcanzado si ya existe". Y tal "F" no puede ser extraño al dinamismo de raíz natural —aunque después intelectualmente guiado— del ser humano .

Se habla, pues, de "ley natural" en el sentido de fundada en una "physis" o "natura" como principio intrínseco de brotamiento (cfr. M. Heidegger, *Introducción a la Metafísica*. Ed. Nova, Bs. As., 2da. Ed., 1959, p. 53) que en el hombre llega a serlo también de las *actividades cognoscitivo-tendenciales y por lo tanto de su conducta libre y autodirigida*. Porque el hombre puede razonar sobre las circunstancias y conveniencias o inconveniencias particulares de su acción, y querer o no querer tal o cual acto en tal o cual circunstancia, pero *no puede* no querer, no tender al *bien o valor*, y tal "ratio boni" se le da encarnada en objetos existentes o posibles hacia los cuales *tiende naturalmente* —con necesidad moral, no física ni metafísica, "ut in pluribus"— el ser humano. Por eso no es necesario apelar *directamente* a un "orden teleológico universal" para fundar el derecho natural; bastaría con que *el hombre* fuera teleológico, aunque es claro que si el hombre es teleológico ¿cómo podría no serlo un cosmos en el cual se implanta, del cual de algún modo "surge" al menos en cuanto a su cuerpo, y en el cual y sobre el cual obra con éxito?

No es posible negar que, por regla general, el hombre tiende a la *autoconservación*, posee *instinto de reproducción* (actualícelo en actos o no), *tiende a conocer* la verdad y a llevar una *vida social* (el hombre, *zoon politikon*). No es posible tampoco negar que una sociedad es imposible sin ciertos *requisitos mínimos de contenido* (y no meramente "formales"), como las que puntualizáramos "supra". Tampoco es posible negar que, junto a esos requisitos mínimos "ad esse hominis et societatis" pueden y deben darse otros (aunque no siempre se den de hecho), más determinados, para el *buen ser* del hombre y de la sociedad, como los de un mayor respeto y perfeccionamiento de la vida humana, una mejor organización de la reproducción y de la familia, un mejor conocimiento de la verdad, una mejor vida social.

Y aunque cabe discutir sobre la jerarquía de valores, y hay sobre ellos distintas preferencias en la doctrina y en la vida, no cabe duda de que el valor supremo debe ser el que más plenamente colme el dinamismo tendencial de la vida humana en lo específicamente humano: el en cierto modo infinito de la

inteligencia como viviente relación al ser y a la verdad, y el igualmente ilimitado de la voluntad como viviente tendencia al bien ontológico universal, convertible con el ser.³¹

d) *El hombre, punto concreto de unión del orden natural y del orden normativo:*

Kelsen y los suyos oscilan entre una disociación extrema de naturaleza y norma (Kant-Descartes-Platón) y una reducción de la norma a ley natural predictiva de hechos sociales producidos como meros hechos físicos (Hume, enciclopedistas, Mach, Avenarius, círculo de Viena "Unified Science", empirismo lógico, neopositivismo).³²

La verdad y la coherencia se halla en un justo medio —de eminencia, no de mediocridad— representado como casi siempre por Aristóteles y Santo Tomás entre los falsos extremos racionalismo-empirismo, idealismo-materialismo, apriorismo-conventionalismo, etc. El "trâit-d'union" entre naturaleza y norma jurídica está en el hombre, no en cuanto este "pensaría" normativamente ciertos hechos amorfos o, en otra interpretación, naturales en el sentido de la física, sino porque él es, a) una realidad natural, en cuanto existe de hecho, es corpóreo y tiene además tendencias psíquicas específicas; b) pero que, al mismo tiempo, dado que posee inteligencia y voluntad, está liberado del sometimiento omnímodo a su "circunstancia" física y social en virtud de esa apertura al ente en general (inteligencia) y al bien en general (voluntad). Por eso su conocimiento no se limita a registrar lo empíricamente dado, a recordar las experiencias pasadas y a prever las futuras probables, sino que, además de poder trascender especulativamente lo empíricamente dado mediante la metafísica, puede (en el campo del uso práctico de su razón) *pro-yectar* fines aun inexistentes o no poseídos, y *querer* los medios para alcanzarlos, *actuando* para ese fin con conciencia y libertad. (cfr. B. J. Lonergan, *Insight*, Longmans, Green and Co., London, edic. 1964.)

Ahora bien: el campo de ese *pro-yectar*, *querer* y *actuar* no es arbitrario en lo fundamental, sino expresión de una indi-

³¹ No nos referimos aquí a la "verdad lógica" como "adaequatio intellectus et rei", sino a la verdad ontológica, o sea, a la del ente mismo en sus efectivas esencia y presencia, y en su capacidad iluminante del conocer humano (*essentia, esse, aletheia*).

³² Cfr. *Wissenschaftliche Weltavffassung: Der Wiener Kreis*, Viena, 1929, manifiesto del movimiento.

gencia de plenificación en el ser del hombre, y por tanto marcado por los estratos ontológicos de éste: indigencias vegetativas, sensitivas e intelectual-volitivas. Y como el hombre no puede existir ni plenificarse sino conviviendo socialmente con otros (*zoon politikon*), el derecho consistirá en las acciones y omisiones debidas para lograr esa plenificación en convivencia con otros, sin dañarse en cuanto a los bienes propios, y cooperando en la consecución de los comunes. Por eso —y aquí tocamos un punto no profundizado por Ross— la moral y el derecho natural no pueden ser totalmente independientes de lo psicológico;³³ pero a su vez lo psicológico muestra la capacidad de autodirección del hombre, potencialmente moral.

Ello da las *bases naturales* para un *derecho natural* en dos etapas: 1º) un mínimo necesario para el ser del hombre y de la sociedad; 2º) un más —y en último término un máximo— para el *buen ser* del hombre y de la sociedad.

Por eso el hombre, *ente que existe de hecho*, pero que además *proyecta fines y medios*, es el vínculo real de unión de naturaleza y norma, que Kelsen no hallaba verdaderamente. Y por eso la real y verdadera *norma jurídica fundamental* es la que proyecta los fines del hombre en sociedad, en general, dejando al *derecho positivo* su concreción según las variables circunstancias (derecho positivo "*per se*"). Por eso al *derecho natural* se lo encuentra también en el derecho positivo (derecho positivo "*per accidens*") y no sólo fuera de él.

Aquello, pues, por lo cual la ley positiva es *ley jurídica*, es la *ley natural*, cumbre verdadera de la verdadera pirámide jurídica.

³³ Por eso no carece de razón Torres Lacroze cuando afirma que, al admitir Ross el condicionamiento de la sentencia por vigencias psíquico-sociales, viene a reconocer, *velis nolis*, algo en cierto modo jurídico-natural. Porque no debe disociarse demasiado la ética de la psicología (ni reducirla a ésta). La ética es *deber humano*; por tanto debe adecuarse a la estructura entitativa de éste y a sus tendencias, aunque la ética regule el acto humano en su *deber ser*, y la psicología lo conozca en su *simple ser*. Mas para saber cual es el *deber ser* de un ente hay primero que saber qué es este ente: es lo que se llama en el tomismo "la subalternación de la ética a la psicología". No quita esto objetividad a lo ético porque: a) las potencias cognoscitivas y tendencias humanas son "intencionales" y abiertas a un mundo de objetos; b) aún entitativamente consideradas esas potencias y tendencias tienen una estructura y jerarquía necesarias. Pero es claro que en las influencias psicosociales admitidas por Ross, junto con un núcleo jurídico-natural hay mucho de variable "*doxa*" u "*opinio*" histórico social.

e) *Ni Ross ni Kelsen evitan el problema del derecho natural, así sea para negarlo:*

Pese a que el Prof. Baqué pretende dejar el problema de la existencia de una naturaleza humana y de sus tendencias comunes fuera del quehacer científico de Ross y de Kelsen, ello no es así como surge de: 1º) El hecho de que Ross llame "cortesana" al derecho natural y Kelsen lo apellide "mentira útil". No se califica con tan apasionados epítetos a lo que queda limpiamente fuera del objeto formal de un quehacer científico cualquiera; 2º) El hecho de que no puedan fundar legítimamente la juridicidad del derecho como distinto del mero hecho, al negar el derecho natural.

Aquellos apasionados epítetos, y esta falencia especulativa, están delatando quizá un secreto "whisful thinking"³⁴ negativa, cuyo motor principal sería el *evitar las consecuencias éticas, metafísicas, teológicas y religiosas de la admisión de un derecho y ley naturales*.³⁵

He ahí lo que en el fondo se discute por o contra Kelsen y Ross, sin que por ello pretendamos que ese ha sido el motor existencial de la intervención del Prof. Baqué.

³⁴ "Pensamiento deseante", expresión usada precisamente por los empiristas-lógicos para descalificar la objetividad y valor científico de las actitudes metafísicas, éticas y teológicas, las que nacerían del "deseo" de hallar ciertas soluciones o justificaciones de raíz emocional, y no fundadas objetivamente. A ello cabe responder: 1º) la voluntad impulsa siempre a la inteligencia a aplicarse a tal o cual problema u objeto y a superar la ignorancia o la "aparía"; pero sólo obra ilegítimamente —en el campo especulativo— cuando no se limita a ello e influye en la "compositio intellectus" misma, esto es, en la síntesis de los sujetos y predicados de las afirmaciones especulativas, en vez de dejar que éstas se funden en la patencia de los entes; 2º) tal influencia ilegítima no sólo se ha dado a veces en actitudes pro-metafísicas, pro-éticas y pro-teológicas, sino también, y muy a menudo, en las antimetafísicas, antiéticas y antiteológicas. El relativismo gnoseológico y ético suele ser un medio para evitar *decisiones de consecuencias existenciales* en los campos metafísico, ético y teológico. Recordemos que Kelsen elogia la actitud de Pilato cuando éste dice a Cristo: "¿Qué es la verdad?" (H. Kelsen, "Absolutism and relativism in philosophy and politics", the American Science Review, oct. 1948, pp. 906/914. Cfr. nuestra reseña crítica de este artículo en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año IV, N° 15, Bs. Aires, julio-agosto 1949, pp. 875/903).

³⁵ Cfr. M. Picard, *La fuite devant Dieu*, París, P.U.F., 1956; hay traducción castellana (ed. Guadarrama, Madrid, con el título equívoco de "La fuga de Dios"). El original alemán llevaba el título *Die Flucht vor Gott*, (E. Rentsch Verlag, Erlench, 1934), esto es, "ante Dios", o "respecto de Dios".