

UNA NOTA QUE NOS DEJA *DERECHO* Y “*NATURALEZA DE LAS COSAS*” DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

René G. DE LA VEGA

Resumen:

Basado en la exposición de Ernesto Garzón sobre los autores de la llamada “*naturaleza de las cosas*”, este artículo pretende hacernos ver que las tesis de esta corriente fuera de criticar o de refutar las bases del positivismo jurídico de la época, tal y como pretendían hacer, en realidad, lo soportan y hasta lo complementan. Las similitudes que hay entre las posturas de algunos autores pertenecientes a ambas corrientes, llevan a que el autor niegue que haya existido una disputa “real” entre ambas tesis.

Abstract:

Based on Ernesto Garzon’s rendering of the “nature of things” accounts, this article claims that the theses supported by these authors far from criticizing or rejecting the foundations of legal positivism of the era, in fact support and complement legal positivist accounts. The similarities between some of the proponents of both approaches, leads us to the conclusions that no real disagreement exists between them.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La "naturaleza de las cosas" como fuente del derecho*.

I. INTRODUCCIÓN

En 1970 Ernesto Garzón Valdés publicó un sugestivo libro llamado: *Derecho y "naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*.¹ En él se ocupa de analizar detalladamente la obra de siete autores que, hoy por hoy, se consideran los representantes más significativos del llamado "renacimiento del derecho natural". El renacimiento de esta corriente teórica del derecho que, como sabemos, se creía casi muerta a inicios del siglo XX, reanimó la flama de un viejo debate, de una cuenta pendiente, con el positivismo jurídico.

Estoy consciente del hartazgo que puede llegar a generar, a estas alturas, la constante recurrencia de este debate en el ámbito de la teoría del derecho. Sin embargo, no creo que el hartazgo constituya una razón suficiente para que deba echarse por la borda el análisis de distintas facetas de un debate que ha sido tan importante para el derecho. Al contrario, incluso creo que es necesario que en nuestros debates contemporáneos nos detengamos de vez en cuando a pensar si en realidad hemos asimilado las lecciones que otros debates nos han dejado. O, al menos, para preguntarnos si los mismos fantasmas que antes nos perseguían siguen estando entre nosotros.

Ciertamente, tengo la sospecha de que no hacemos nada de esto; que en realidad hemos asimilado muchas de estas lecciones a medias y que en ocasiones seguimos enfrascados en cuestiones que, de una u otra forma, ya habían encontrado una salida. Que, en ocasiones, no reparamos en qué ciertos debates han sido simplemente el producto de

¹ Garzón Valdés, E., *Derecho y "naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, 2 ts.

un pseudoproblema y que la cuestión de fondo sigue estando presente en nuestras teorías (¡y nosotros sin darnos cuenta!).

Esta situación me invita a repasar o, al menos, a recordar uno de los argumentos centrales por los que a mediados del siglo XX se trató de desechar el uso de un término como el de la "naturaleza de las cosas".

Por ejemplo, comencemos por preguntarnos si en realidad lo que entrañaba el uso de este término, tal y como fue desarrollado en los años de posguerra por algunos de sus representantes, ha sido, o fue, completamente desterrado de las discusiones teórico-jurídicas de nuestro tiempo. O si, en realidad, la idea que estaba detrás sigue estando viva pero ahora con otro nombre. Es decir, si es uno de esos fantasmas a los que me he referido antes. Fantasma que generalmente le es atribuido a las corrientes iusnaturalistas pero que, en mi opinión, el mismo trasfondo también se encontraba en las obras de renombrados positivistas como Hart y Ernesto Garzón Valdés. De hecho, tras la lectura de su libro es algo que, invariablemente, terminamos por darnos cuenta.

Ahora bien, con este libro, Ernesto Garzón trata de presentarle al lector una exposición crítica de tan sólo algunas de las distintas teorías que invocan la expresión "naturaleza de las cosas". Esto es, no podemos decir que la obra de Ernesto Garzón pretenda ser exhaustiva en el sentido de haber incluido a todos los juristas que utilizan esta expresión. Sin embargo, lo que sí podemos decir es que aspira a ser completa en el sentido de haber incluido las obras más importantes de esta corriente.²

Lo anterior se puede afirmar gracias a la estructura de su estudio. El libro se compone de tres etapas dedicadas a las obras de los autores más sobresalientes de esta corriente. Éstas son: 1) "[E]l punto de arranque de la discusión en la segunda posguerra (con la obra de Gustav Radbruch)"; 2) "La vinculación que existe entre la «naturaleza

² *Ibidem*, t. II, p. 81.

de las cosas» y las llamadas «estructuras lógico objetivas», ésta como expresión sinónima o muy similar de aquélla (Hans Welzel, Günter Stratenwerth y Ottmar Ballweg), y 3) “tres intentos de fundamentación ontológica del derecho basada en la «naturaleza de las cosas»; dos de tipo existencialista (Erich Fechner y Werner Maihofer) y un tomista (Herbert Schambeck)”.³

Más allá del análisis particular de cada uno de los autores mencionados, Ernesto Garzón ofrece una crítica de carácter general sobre la corriente de la “naturaleza de las cosas”. Para ello, Garzón Valdés responde cuatro preguntas que podríamos considerar como la columna vertebral de toda su reflexión: (1) ¿es científicamente aceptable la invocación de la naturaleza de las cosas como fuente del derecho?; (2) ¿significa la doctrina de la naturaleza de las cosas una superación de la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo?; (3) ¿tiene algún sentido utilizar la expresión “naturaleza de las cosas” como término técnico de la ciencia del derecho?; (4) ¿cómo puede explicarse la importancia que esta doctrina tuvo?

Por razones de espacio, en este trabajo me centraré únicamente en la respuesta que Garzón da a la primera de estas preguntas. Empero, téngase en cuenta que de las respuestas de Garzón a ésta y a las otras tres preguntas se pueden sustraer tres conclusiones que son las que él considera de carácter general sobre el uso de la expresión “naturaleza de las cosas”.

La primera de estas conclusiones, que es de la que nos vamos a ocupar y que no trata de otra cosa más que de una parte de la teoría de las fuentes del derecho, es: (i) la imposibilidad lógica de razonar jurídicamente a partir de la “na-

³ *Idem.* El estudio de las teorías de los autores aquí mencionados se encuentran en el libro ya citado de E. Garzón Valdés, *op. cit.*, nota 1, t. 2. Un análisis detallado acerca del desarrollo histórico del concepto “naturaleza de las cosas” fue hecho *in extenso* por Ernesto Garzón Valdés en el primer capítulo de este libro. Se puede encontrar más sobre ello en un artículo suyo titulado “La naturaleza de la cosa” publicado por primera vez en 1970 en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

turalidad de las cosas”; Garzón aquí defiende, entre otras cosas, la división lógica que hay entre el “*ser*” y el “*deber ser*” ante el intento, de no pocos juristas de esta corriente, por derivar normas a partir de premisas fácticas. Asimismo, asegura que las connotaciones que esta expresión levanta en tanto término técnico de la teoría del derecho facilitan que en más de una ocasión se confundan los dos ámbitos. En consecuencia, él considera que es una expresión que, en tanto tal, no aporta nada para el desarrollo de la ciencia del derecho.

La segunda conclusión versa sobre, (ii) la relevancia de distinguir diferentes enfoques del positivismo jurídico y del derecho natural. Distinguir diferentes niveles conceptuales de estas expresiones permite ordenar los términos de la polémica y a refutar las acusaciones dirigidas al positivismo jurídico.

La tercera de ellas es acerca de (iii) la similitud que hay entre términos tales como “derecho natural” o “naturalidad de las cosas” con lo que Stevenson ha llamado “definiciones persuasivas”. En este punto, Garzón considera que una forma de explicar la popularidad que esta expresión tuvo durante los años de posguerra es a través del doble significado de los juicios morales; dichas expresiones llevan en su significado una especie de carga emotiva que hace que su significado cognitivo pierda importancia fomentando así su vaguedad conceptual.⁴

II. LA “NATURALEZA DE LAS COSAS” COMO FUENTE DEL DERECHO

Como referí antes, en este apartado me voy a ocupar de la cuestión del uso de la “naturalidad de las cosas” como medio de fundamentación normativa. Dividiré este apartado en dos secciones. Por un lado, abordaré brevemente las razones expuestas por Ernesto Garzón para desechar aquellas teorías que cometen un salto deductivo —punto 1—.

⁴ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1.

Por el otro, haré algunas reflexiones sobre su posición, y la de otros positivistas, frente a las teorías de la “naturaleza de las cosas” *que no cometen dicho salto* —punto 2—.

1. En cuanto al uso de la expresión “naturaleza de las cosas” como fuente del derecho, el interés de Ernesto Garzón es saber hasta qué grado está justificado su uso como base del razonamiento jurídico. Es decir, si es válido derivar de la “naturaleza” de las “cosas” normas jurídicas o morales.

Para dar respuesta a esta cuestión, Ernesto Garzón considera necesario primero saber qué se entiende por “naturaleza” y por “cosa” cuando se habla de la “naturaleza de las cosas” como fuente del derecho.

En cuanto al término “naturaleza”, Garzón dice que la definición que brinda el lenguaje ordinario puede evitar muchos malos entendidos. Dicha definición distingue entre las características naturales de las no-naturales. Entonces, Garzón entiende por “naturaleza” todas aquellas propiedades que normalmente, o por lo general, una cosa posee.⁵

En cuanto al vocablo “cosa” Garzón distingue diferentes significados (los que son habitualmente utilizados al hablar de la “naturaleza de la cosa” como fuente del derecho). Éstos son:

A) *El hombre en su realidad psico-somática*; buen ejemplo de esta clase de cosas son las “estructuras lógico-objetivas” de Hans Welzel.

B) *Los objetos físicos del mundo, aprehendibles empíricamente*; tales como las consecuencias que se infieren de la inmovilidad de los bienes raíces o el carácter no percedero de algunas cosas.

C) *Una entidad metafísica a priori*; como la fenomenología de las esencias jurídicas materiales de Adolf Reinach.

D) *Las relaciones de los hombres con sus semejantes y con los objetos mencionados en el inciso B*; un ejemplo de esta clase lo podemos encontrar en la “fuerza normativa de lo fáctico” de Georg Jellinek y Werner Maihofer.

⁵ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, t. II, p. 83.

E) *Instituciones y conceptos jurídicos*; tales como: el matrimonio, la propiedad, el contrato, entre otros.

Como Garzón lo expresa y es de imaginarse, el problema surge cuando adoptamos una de estas variantes del término "cosa" como fuente del derecho. Ya que esto supone atribuirle a una de estas variantes, que pertenecen al mundo del ser, carácter normativo. Esta confusión se aclara, en gran medida, si tomamos en cuenta algunas consideraciones de carácter lógico.

Nuestro autor afirma que cuando se intenta derivar normas de deber ser partiendo de la naturaleza de la "cosa", en cualquiera de estos cinco sentidos, pueden darse tres situaciones: (I) que se produzca un salto deductivo del "ser" al "deber ser", en cuyo caso no existe posibilidad alguna que permita hablar de una verdadera deducción lógica; (II) que se razone entimemáticamente (intencional o no intencionalmente); (III) que se piense que estamos describiendo la naturaleza de una cosa y, así, derivando consecuencias de deber ser, cuando en realidad lo único que estamos haciendo es glosar normas de deber ser de un ordenamiento positivo o iusnaturalista.⁶

Es claro que estos tres casos están relacionados con cuestiones de carácter lógico y de vieja tradición filosófica. Por lo menos, en la filosofía occidental es común decir que desde Hume, pasando por Kant, y más tarde por Kelsen, se ha denunciado y aceptado la imposibilidad lógica de derivar conclusiones normativas o de deber ser a partir de premisas puramente fácticas o del ser. De tal manera que si admitimos esta conclusión y las definiciones antes dadas por Ernesto Garzón parecería correcto afirmar la imposibilidad de derivar normas a partir de la "naturaleza" de una "cosa" así entendida. Lo que hace que esta primera parte no cobre mayor importancia. Todos sabemos de la cantidad de tinta que ha corrido a costa de esta cuestión. Por ello propongo dejarla por el momento y pasar a la siguiente cuestión.

⁶ *Ibidem*, pp. 93 y 94.

2. Hasta aquí, el análisis de Garzón sólo ha tomado en cuenta aquellas posturas que incurren en un salto deductivo.⁷ Ahora es tiempo de preguntarnos sobre la postura de Ernesto Garzón (y de otros autores) frente a aquellas teorías que pertenecen a esta corriente y no pretenden derivar normas de “deber ser” a partir del “ser”. Como nuestro marco de referencia está limitado por la obra de Garzón aquí sólo tomaré como punto de partida las teorías de Gustav Radbruch y de Hans Welzel.

Ahora bien, ¿cuál es la postura de Ernesto Garzón, en tanto positivista, frente a esta clase de teorías que hacen uso de la expresión “naturaleza de las cosas” y que no derivan el “deber ser” a partir del “ser”? Para indagar sobre ello creo necesario, primero, saber cuáles son las funciones que estos dos autores —Radbruch y Welzel— le atribuyen a la “naturaleza de las cosas”. Después, y para irnos acercando a la postura de Ernesto Garzón, trataré de resaltar algunas semejanzas que estas dos posturas tienen con otras propuestas teóricas que parten de una base filosófica distinta que la de ellos, específicamente con las tesis de H. L. A. Hart y von Wright. Por último, analizaré la postura de Ernesto Garzón con relación a las tesis propuestas por estos dos autores de la “naturaleza de las cosas”.

⁷ Esto se debe a que de las teorías expuestas por Ernesto Garzón en su libro *Derecho y “naturaleza de las cosas”* que incurren en este error lógico, y que por lo tanto no pueden ser tomadas como puntos de partida en esta discusión, son: la teoría de Erich Fechner, quien confunde el carácter prescriptivo de las normas sociales con el orden de las leyes de la naturaleza. Según él ambas clases de leyes tienen el mismo rango descriptivo. Otra teoría es la de Werner Maihofer, quien en realidad pretendía “haber tendido el anhelado puente” entre los dos ámbitos, superando así la imposibilidad lógica de derivar del ser normas de deber ser. El caso de Günter Stratenwerth no es tan explícito al respecto. Aunque, Ernesto Garzón dice que sí hay indicios de querer avanzar “desde un ser pleno de contenidos de valor (ya dados por la naturaleza) a la realización de estos valores en el deber ser de la norma”. Dentro de una corriente similar a la anterior encontramos a Ottmar Ballweg, para este autor “todo ser es ya un orden”; para él la naturaleza de las cosas representa una realidad objetivamente verificable, la cual constituye al derecho en forma decisiva. Así, a partir de criterios de verificación empírica pretendía dar carácter universal al enunciado “todo ser es ya un orden”. Por último, tenemos a Herbert Schambeck, quien consideraba que en la naturaleza de las cosas hay una suerte de valoraciones insitas que no se consideran como límites a la labor del legislador, sino que deben ser consideradas como fuente del derecho.

Con este análisis pretendo mostrar tres cuestiones: (a) que la conclusión de Ernesto Garzón según la cual no hay ninguna necesidad teórica o práctica para recurrir a una expresión tan ambigua como la "naturaleza de las cosas" —o de similares características semánticas— en tanto fórmula o término técnico del razonamiento jurídico sigue siendo válida, incluso, frente a teorías que no incurren en un salto deductivo.⁸ (b) Que a pesar de lo anterior se puede concluir que de acuerdo con lo que sostiene Ernesto Garzón (y, repito, otros autores positivistas), él acepta varias de las tesis de fondo presentadas por estos dos autores de la "naturaleza de las cosas". (c) Y que dadas las similitudes que guardan estas dos teorías de la "naturaleza de las cosas" con las tesis de tres filósofos contemporáneos, tales como Hart, von Wright y el propio Ernesto Garzón, vale la pena subrayar la actualidad de la que, posiblemente, siguen gozando.

Como sabemos, uno de los tantos problemas que han originado la polémica entre positivismo y iusnaturalismo, trata, justamente, de la división "ser-deber ser". Pero los argumentos iusnaturalistas que versan sobre esta controversia han sido de muy diversas clases. Uno de ellos, el que ha sido sostenido por una amplia mayoría de autores dentro del renacimiento iusnaturalista en Alemania, argumenta que el dualismo metodológico defendido por el positivismo jurídico aleja al derecho de la realidad "natural" de las cosas y de los intereses de los individuos. De tal suerte, y de

⁸ Hay que recordar que Garzón, junto con Ralf Dreier, considera que "la utilización de un término tan ambiguo puede servir más para confundir que para aclarar las ideas". Es una expresión que fácilmente adquiere distintas connotaciones. Como dice Ernst Bekker "como no obliga a pensar en serio a menudo es utilizada como sustituto del pensamiento". Este mismo problema lo pueden presentar otras expresiones de naturaleza semántica similar —como pueden ser "derecho natural" o "verdades eternas"— que continuamente han sido utilizadas dentro de la ciencia jurídica. Todas ellas hacen pensar que conceptos como "derecho", "obligación", "deber", los podemos extraer de la realidad natural cuando en realidad no es así. Estos conceptos son extraídos a través de juicios de valor que sólo cobran sentido dentro de un contexto normativo. Esta ambigüedad hace que la expresión "naturaleza de las cosas" sea, en realidad, de poco valor dentro del lenguaje técnico jurídico. Ha servido para hablar de muchas cosas distintas de la realidad jurídica y, sin embargo, ha servido poco para explicar muchas de ellas o justificar su existencia.

acuerdo con los que sostienen esta clase de argumento, esta situación propicia la creación de un derecho “artificial” alejado de la realidad social.⁹

Este argumento, sin duda, provocó que varios juristas invocaran una fórmula como la de la “naturaleza de las cosas” dentro de sus razonamientos jurídicos, pensando que con ella tendían el anhelado puente entre el “ser” y el “deber ser” y con ello daban solución al problema y escapaban de toda clase de acusaciones. Puesto que con esta fórmula lograrían introducir criterios “objetivos” para la fundamentación de normas jurídicas.

De algún modo, ha quedado clara la imposibilidad lógica de disolver el dualismo “ser-deber ser” y, *a fortiori*, que un razonamiento jurídico que parte de la “naturaleza” de las “cosas” ha de ser considerado, desde un punto de vista lógico, como un error. Por lo tanto, desde este punto de vista no aporta ninguna solución.

No obstante, como he sostenido antes, éste es sólo uno de los argumentos con los que nos encontramos, otro se enfrenta a la cuestión “ser-deber ser” de manera muy diferente. Desde esta otra perspectiva no se intenta superar la división, sino respetando la frontera que divide ambos ámbitos intenta mostrar los límites que el “ser” puede llegar a imponer a la funcionalidad de las normas jurídicas y/o morales.

Es decir, el propósito o el sentido principal de quienes han hecho uso de la “naturaleza de las cosas” en este sentido es objetar una de las tesis adoptada por una de las distintas clases de positivismo jurídico. Según esta clase de positivismo jurídico la competencia de la autoridad normativa es “ilimitada”; en otras palabras, objetan la tesis del legislador omnipotente.¹⁰

⁹ Tal sería el caso de las declaraciones de Hans Helmut Dietze en su libro *El derecho natural en la actualidad*.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, p. 29, o, por ejemplo, Radbruch, G., “Arbitrariedad legal y derecho su-

Pues bien, este problema se puede considerar como el punto principal al que tratan de dar respuesta la teoría de la “naturaleza de las cosas” de Radbruch y las “estructuras lógico-objetivas” de Welzel. Veamos esto más de cerca.

Por un lado, Radbruch considera que sólo es posible usar la naturaleza de las cosas cuando una fuente del derecho válida la admite tácita o expresamente. Es decir, que no considera que la naturaleza de las cosas sea una fuente del derecho.¹¹ En tal caso, sólo sirve como medio de interpretación y como vía para subsanar las lagunas del derecho. Radbruch la considera como la *última ratio* de la interpretación jurídica. La naturaleza de las cosas sirve como medio de interpretación siempre y cuando no contradiga el espíritu de la ley.

Siguiendo con la misma idea, Radbruch entiende que tanto el legislador como el juez deben prestar atención a ciertos datos encontrados en la realidad. Se trata aquí de una realidad dada por el hombre a la consideración jurídica. Esta realidad hay que tenerla en cuenta —diría Radbruch— si no se quiere que la normatividad del derecho fracase.¹² En este caso, Radbruch arguye el principio kantiano según el cual “nadie puede obligar a algo que sea de imposible cumplimiento”. Pero para Radbruch esto es incluso “no sólo porque sea imposible desde el punto de vista puramente fáctico... sino también desde el punto de vista histórico o cultural”.¹³

Los datos que confiere la “naturaleza de las cosas” son distintos en cada época y en cada lugar (esto la hace diferente del sentido abstracto y universal del derecho natural). Ya que de lo que se trata es de tener en cuenta ciertos da-

pralegal”, *Relativismo y derecho*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1999, pp. 25 y ss. (1946 fecha de primera publicación).

¹¹ Radbruch, Gustav, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, pp. 78 y 79.

¹² Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1971, p. 245.

¹³ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 41.

tos de la realidad que ayuden al derecho en su tarea de influir en el ser. Es decir, influir en la materia a la que trata de regular.

Entre las “cosas” que Radbruch considera como la sustancia o la materia a la que el derecho tiene que dar forma se encuentran:

a) *Los hechos naturales*; para Radbruch los hechos naturales, a su vez, se pueden dividir en cuatro distintas clases: 1) *los hechos propios de la naturaleza*, tales como la propia rotación de la tierra, según la cual determinamos los plazos y los términos judiciales, e incluso la misma caída de una manzana, que tiene relevancia para las regulaciones vecinales; 2) *las creaciones del hombre por el desarrollo tecnológico*, las que crean nuevas materias y nuevas cuestiones jurídicas, como la realización de un contrato telefónico; 3) *la relación sensible de las cosas con los hombres*, las que son el fundamento de los conceptos tales como la detención, la posesión, la propiedad y su respectiva valoración jurídica; y 4) *los hechos y situaciones originarias del hombre*, es decir, las formas naturales de la vida del hombre, tales como las relaciones entre los distintos sexos, la procreación, el nacimiento, la muerte, etcétera.

b) *Las pre-formas jurídicas*; estas pre-formas están constituidas por las relaciones de conducta y las estructuras del actuar colectivo, como la costumbre, los hábitos, los usos sociales.

c) *Las relaciones vitales jurídicamente regladas*; para Radbruch el derecho procesal, el derecho internacional, el derecho de gentes, son derechos de “segundo grado”, con esto quiere decir que tienen como objeto de su regulación otros derechos. En este caso, “estos últimos son una «cosa» con relación a aquéllos”.¹⁴

¹⁴ Sobre estos tipos de “cosas”, *cfr.* Radbruch, Gustav, *op. cit.*, nota 11, 1963, pp. 73-75, y Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, pp. 34 y 35.

Para Radbruch, si no son tomadas en cuenta todas las diferentes variantes del término "cosa" durante la labor legislativa, ésta estará destinada al fracaso.

El caso de Hans Welzel es especial. Ernesto Garzón no sabe "hasta qué punto Welzel admitiría ser considerado, sin más, como un teórico de la «naturaleza de las cosas»".¹⁵ Sin embargo, recoge una idea muy similar a la de Radbruch. También considera que hay ciertos elementos en el ámbito del "ser" que no pueden ser obviados por el legislador. Para Welzel existen, fundamentalmente, tres elementos que el legislador debe considerar: la precariedad física del ser humano, la diferencia entre los sexos y el carácter social del hombre.

Una de las explicaciones que Welzel nos da sobre cómo reconocer esta clase de elementos se basa, en primera instancia, en la observación de las diferencias que hay entre el ser humano y el resto de animales. Estos últimos —según Welzel— se mueven en un círculo cerrado de posibilidades, mientras que el ser humano tiene la capacidad de elegir entre diferentes opciones que el mundo le ofrece. Como esta clase de libertad trae aparejada la inseguridad de haber elegido correctamente, para Welzel esta característica del hombre es la que exige la positividad del derecho y la necesidad de resolver autoritariamente los conflictos dentro de una sociedad.

Ernesto Garzón explica que este autor no pretende fundamentar la estructura del ser humano de manera metafísica, sino por el contrario, su fundamentación se basa en teorías biológicas, psicológicas y zoológicas.

Algunos de los datos que esta clase de elementos de la realidad ofrece pueden ser de trivial importancia, como los que muestran que las mujeres dan a luz a los nueve meses de embarazo. Sin embargo, hay otros datos que no lo son, tal es el caso de la estructura de la acción humana.

En este sentido, Welzel afirma que quien quiera regular la acción de los hombres primero tiene que conocer su es-

¹⁵ Cfr. Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 50.

estructura. La concepción sobre la estructura de la acción que sostiene es la que denomina como el “finalismo” de la acción humana. Para Welzel, la acción humana no sólo está sometida a la relación causa-efecto. El hombre puede dirigir y regular sus actos porque puede prever los resultados causales de su acción. Dicha anticipación mental a las causas de nuestros actos comprenden tres elementos: 1) el fin que persigue el actor, 2) los medios que utiliza para la consecución de dichos fines y, 3) las consecuencias secundarias. Ernesto Garzón explica claramente esta relación:

Una vez fijado el fin, elegidos los medios y calculadas las consecuencias secundarias, el actor utiliza los medios y pone en movimiento la serie causal. Esta última parte de la acción se realiza en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad determinado por la relación medio fin [...] si la serie causal no llega a realizarse [...] la acción finalista respectiva es solo tentativa o intento.¹⁶

Por lo tanto, la acción del ser humano está guiada por su finalidad. Para Welzel, este concepto, al igual que el de la causalidad, es de carácter ontológico. No es ninguna teoría sino es una ley objetiva de la estructura del ser. Es decir, Welzel considera a esta estructura como un “verdad eterna”.¹⁷ Esto se debe a que la distinción entre fin de la acción y causa no deja de existir, incluso, aunque no sea tomada en cuenta por la autoridad jurídica. Siendo así cómo las estructuras lógico-objetivas, según Welzel, limitan rela-

¹⁶ *Ibidem*, p. 55.

¹⁷ Hay algunos puntos de la teoría de Hans Welzel que Garzón no acepta, como por ejemplo la idea de que las estructuras lógico-objetivas constituyen “verdades eternas”. Para Ernesto Garzón el uso de esta expresión es una infeliz elección. A pesar de ser un problema puramente terminológico, se debe principalmente a las connotaciones iusnaturalistas que el término “eternas” sugiere en la discusión teórico-jurídica. En este caso, nos dice Garzón, quizás hubiera sido más atinado usar términos como los utilizados por Hart: “verdades elementales”, o estructuras “fundamentales”, o “naturalmente necesarias”. *Cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 1994, pp. 193-200. Sin embargo, Garzón también está en desacuerdo con la elección terminológica de Hart. Sobre todo en cuanto al término “contenido mínimo de derecho natural”, más no los sinónimos que Hart también introduce como los mencionados arriba. Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, pp. 69 y 70.

tivamente al legislador. No obstante esta relatividad, una vez que el legislador (o la autoridad jurídica) las recoge y las incorpora en el derecho no puede dejarlas de lado so pena de una legislación incompleta, llena de lagunas y contradicciones.

De las dos posturas que acabamos de ver podemos resaltar, por lo menos, las siguientes dos ideas: (i) según Welzel, el único y verdadero pecado del positivismo jurídico es su teoría sobre la omnipotencia jurídica del legislador y,¹⁸ (ii) de acuerdo con Radbruch, el positivismo jurídico —durante el nacionalsocialismo— hizo de los jueces marionetas al servicio de las leyes del Estado. Esto gracias a la tesis según la cual el legislador es el *único* autorizado para dictar lo que es derecho.¹⁹

Sin duda es fácil observar que ambas tesis comparten el mismo núcleo ideológico que dice que el legislador no es absolutamente "libre" a la hora de crear derecho. Como sabemos, uno de los orígenes de esta pretensión es el argumento, bastante usual, de origen kantiano según el cual "todo debe implica puede". Este principio nos sugiere la posibilidad de relacionar ambos mundos: el normativo (deber ser) y la realidad natural (ser). Garzón, como hasta ahora hemos visto, sigue los pasos de Kant y argumenta que la separación metodológica de los dos ámbitos no significa que exista entre ellos una contradicción o una oposición. Distinguirlos, continúa Garzón, no implica que no exista relación alguna entre *ser* y *deber ser*. Por el contrario, toda prescripción legal aspira a modificar o influir en la conducta de sus destinatarios, es decir, a actuar en el ámbito del ser.

De este pasaje de la obra de Garzón se pueden obtener dos lecturas distintas: la primera de ellas está dirigida más bien a una cuestión de estructura normativa, y nos dice que una de las características más importantes de las normas (jurídicas o morales) es su capacidad de conformar la realidad social. La segunda lectura va dirigida a quien crea

¹⁸ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 10, p. 29.

¹⁹ *Cfr.* Radbruch, G., *op. cit.*, nota 10, 1946, pp. 35-41.

las normas, y nos dice que todo aquel que emita una norma tiene la pretensión de que las personas cumplan con lo prescripto.²⁰

Algunas teorías positivistas del derecho han tratado de dar respuesta a esta doble cuestión, estipulado que las normas jurídicas —que en estos casos es lo mismo que decir normas de mandato—, cumplen con esta función al estar respaldadas por amenazas.²¹ No creo que nadie esté dispuesto a negar que una de las características más importantes del derecho sea la coacción, es decir, aplicar una sanción a quien viole la ley. Sin embargo, si prestamos atención a las dos lecturas del pasaje de Ernesto Garzón nos daremos cuenta de que esta característica de las normas no es suficiente para que cumplan con su fin —dirigir el comportamiento de las personas en sociedad—, sino además tienen que necesariamente contemplar otra clase de requisitos.²² La respuesta a la pregunta ¿qué clase de requisitos? es precisamente la que los dos autores de la “naturaleza de las cosas” trataron de ofrecer. Pero, como ahora veremos, no sólo ellos.

Siguiendo con lo anterior, si se acepta que quien crea una norma desea o quiere que las cosas sean como él las

²⁰ Welzel, por ejemplo, siguiendo la teoría hobbesiana afirma que un orden social depende de su poder conformador de la realidad. De acuerdo con él un orden que carezca de este poder conformador no es derecho alguno. *Cfr.* Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 10, p. 29.

²¹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, pp. 35 y ss. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Law Series, 1997 (versión castellana de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, pp. 26 y ss.).

²² *Cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, nota 21, pp. 229-231; y “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, publicado por primera vez en 1967. Hart es quien se ha ocupado, fundamentalmente, de criticar las teorías de Kelsen y Austin, quienes equiparan el concepto de regla jurídica con la noción de mandato. Como parte de su crítica, Hart introdujo la distinción entre reglas primarias y secundarias, sólo las primeras pertenecen al tipo de normas de mandato. En cuanto a la efectividad de dichas normas, Hart también considera necesario tomar en cuenta lo que él llamo “contenido mínimo de derecho natural”, noción que como veremos más adelante es de muy similares características de las nociones de “naturaleza de las cosas” en Radbruch y “estructuras lógico objetivas” en Welzel.

ha prescrito,²³ y que la sanción como elemento de la norma no es suficiente para asegurar este fin, es porque advertimos, al menos, de manera intuitiva, la existencia de ciertos elementos de la realidad que tienen que ser tomados en cuenta a la hora de crear normas. Elementos que en cierto sentido actúan como límites frente a la labor legislativa y jurisdiccional y que en caso de no ser tomados en cuenta el derecho se enfrentaría a una ley absurda o carente de sentido.

Por esta razón filósofos, como G. H. von Wright, que sin duda está considerablemente alejado de la doctrina iusnaturalista, aseguran que:

[S]i un legislador otorga una permisión de la cual —por razones lógicas— nadie puede hacer uso es perfectamente correcto calificar a esta "permisión" de irracional, de tonta, de no ser ninguna permisión en absoluto.²⁴

Hablando en términos generales: puede decirse que un orden jurídico y, similarmente, todo código o sistema de normas coherente tiene en mira lo que propongo llamar un estado de cosas *ideal*, donde ninguna obligación jamás es dejada de lado y todo lo permitido es alguna vez el caso. Si este estado ideal no es lógicamente posible, es decir, *no puede* ser real, la totalidad de las normas y la actividad legislativa que las ha generado no satisface los estándares del querer racional.²⁵

Más adelante continúa diciendo:

Todo lo que es posible es lógicamente posible pero no todo lo que es lógicamente posible es también físicamente posible, es decir, posible de acuerdo con las leyes de la naturaleza. Y no todo lo que es físicamente posible es también humanamente posible, es decir, alcanzable a través de la acción hu-

²³ Wright, G. H. von, "Is and Ought", 1985, p. 373.

²⁴ *Ibidem*, p. 374.

²⁵ *Idem*, las cursivas son de von Wright.

mana. Dado el hecho de que (casi todas) las normas son reglas de acción, parece razonable exigir que el mundo ideal que tiene en mira un sistema de normas deba ser no sólo lógica sino humanamente realizable.²⁶

Otro ejemplo lo podemos encontrar en la obra de H. L. A. Hart, uno de los precursores más destacados del positivismo jurídico contemporáneo. Su tesis no difiere mucho de todo lo anterior. Él la denominó como “contenido mínimo de derecho natural”, que se puede también interpretar como un conjunto de normas técnicas del tipo “si deseas X entonces Y” que van dirigidas al legislador. Estos mismos términos se pueden traducir en la idea: “Si deseas hacer derecho eficiente, debes respetar estas normas técnicas sin las que el sistema jurídico perdería su funcionalidad”.²⁷

Veámoslo con sus palabras:

las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo; las nociones de necesidad humana, de daño, y de la *función* de los órganos o de los cambios corporales, descansan en el mismo hecho simple. Por cierto que si nos detenemos aquí, únicamente tendremos una versión muy atenuada del derecho natural.²⁸

Hart siguiendo con esta misma idea toma en cuenta ciertas características de la realidad humana, las que le ayudan para asegurar que el derecho, en más de una ocasión, requiere de un contenido concreto:

[a] considerar las simples verdades obvias [se refiere específicamente a: (i) vulnerabilidad humana, (ii) igualdad aproximada, (iii) altruismo limitado, (iv) recursos limitados, (v) com-

²⁶ *Idem.* Los paréntesis son de von Wright.

²⁷ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., nota 21, pp. 193-199. Siltala, Raimo, “Derecho, moral y leyes inmorales”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 8, 1990, p. 150. Recordemos que Garzón también rechaza la terminología hartiana, véase nota 32.

²⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., nota 21, p. 236.

prensión y fuerza de voluntad limitadas], y su conexión con el derecho y la moral, es importante observar que en cada caso los hechos mencionados suministran una *razón* para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deban incluir un contenido específico.

En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente.²⁹

Estas dos posturas presentan características muy similares a las tesis defendidas por los dos autores de la “naturaleza de la cosa” arriba expuestas. A propósito de esta comparación, me parece correcto afirmar —y, creo que aquí Garzón coincidiría conmigo— que la crítica de los autores de la “naturaleza de las cosas” hecha a la tesis del positivismo jurídico según la cual el legislador es omnipotente, carece de todo fundamento. Primero, no es necesario recurrir a conceptos tan vagos como el de la “naturaleza de las cosas” para sostener una crítica como esa. Segundo, dicha crítica se puede sostener, y de hecho se ha sostenido, utilizando el mismo marco conceptual utilizado por el positivismo jurídico. Con todo esto quiero decir que no se necesita ser ni un iusnaturalista ni un iuspositivista para poder sostener algo como esto.

Saldado esto por el momento, ahora veamos qué nos dice Garzón sobre la misma cuestión. Hay que empezar diciendo que él acepta la propuesta de que la autoridad normativa está “negativamente” limitada en su ejercicio por algunos elementos de la naturaleza. Considerar estas limitaciones dentro del ejercicio legislativo sólo tiene como finalidad lograr que las normas estén en mejores condiciones de ser cumplidas y aceptadas por los sujetos normativos. Sin em-

²⁹ *Ibidem*, p. 239, los corchetes son míos.

bargo, de esta idea no se desprende la aceptación de la expresión “naturaleza de las cosas” como término técnico. La aceptación de estas dos tesis por parte de Ernesto Garzón, es decir, la aceptación de los límites “negativos” y la negación del uso de la expresión en la ciencia del derecho, tienen una razón de ser.

En primer término “[e]l rechazo del uso de la expresión «naturaleza de la cosa» no quiere decir tampoco que el estudio de las cosas del mundo, del hombre y de la sociedad sea irrelevante para el derecho”.³⁰ Tanto la sociología como la antropología o la psicología proporcionan una notable ayuda para la creación y la interpretación del derecho. Pero de ahí no se infiere que el derecho deba utilizar a estas ciencias como premisas normativas para derivar normas de deber ser. Ni tampoco que debemos intentar hacer del derecho una ciencia empírica como la biología o la física. Esto es, porque “la tarea del jurista no reside en determinar lo que es sino lo que debe ser. Este deber ser presupone un juicio de valor. Y este juicio de valor es una proposición que no puede ser extraída de la realidad de las cosas”.³¹

Esto tampoco significa que no exista ningún tipo de relación entre el ser y el deber ser. Garzón ilustra esta relación diciendo que el derecho tiene la pretensión de que sus normas tengan cierto impacto en las conductas de la gente, es decir, que las modifique o las influya.

En este sentido, las normas jurídicas tienen un lugar en el ámbito del ser, es decir, que

[...], todo sistema jurídico o toda norma pueden ser interpretados desde el punto de vista del legislador o del juez como una regla técnica, es decir, como una proposición condicional en cuyo antecedente hay una mención de un fin deseado y cuyo consecuente menciona algo que debe, no debe, puede, no puede hacerse.³²

³⁰ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, t. II, p. 102.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

Garzón explica esto de la siguiente manera: "Si quieres X debes hacer Y". "Esta fórmula representa una regla técnica donde «Y» es una condición necesaria para lograr «X»".³³ Aquí "Y" representa una proposición que describe una necesidad de carácter práctico. A esta clase de proposiciones von Wright las ha llamado proposiciones *anankásticas*. Este autor dice que sería un error identificar las proposiciones *anankásticas* con las reglas técnicas.³⁴ Las segundas pertenecen al mundo de las normas, las primeras son enunciados descriptivos que afirman la existencia de ciertas condiciones necesarias para la consecución de un fin determinado. Entre ambas, nos dice el mismo autor, solamente existe una conexión esencial (lógica), la que hace que en ocasiones sea difícil distinguir unas de otras, pero aun así no deben ser confundidas.³⁵ Es decir, entre las proposiciones *anankásticas* y las reglas técnicas (directrices) hay una relación de presuposición, dado que al enunciar una regla técnica se presupone la verdad de una proposición *anankástica*. De esta presuposición de verdad depende la efectividad de la regla técnica que la presupone.³⁶

De tal modo, jueces y legisladores deben conocer ciertas características de la realidad para la consecución de fines jurídicamente deseados. Esta clase de conocimiento, por ejemplo, puede ser proporcionado por las ciencias naturales, por la sociología, la psicología, etcétera.

El conocimiento de necesidades prácticas o de deberes técnicos puede ser interpretado como límite negativo tanto para los legisladores como para los jueces. Sin embargo,

³³ *Ibidem*, t. II, p. 102 y 103.

³⁴ Wright, G. H. von, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 9. Sobre las diferencias entre las proposiciones *anankásticas* y las necesidades prácticas también véase, González Lagier, D., "Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 473-496.

³⁵ Wright, *op. cit.*, nota 34, pp. 9 y ss.

³⁶ Cfr. Perot, Pablo, "Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 19, octubre de 2003, pp. 197-219, especialmente p. 201.

Ernesto Garzón dice que nada tienen que ver los límites negativos con el razonar jurídicamente a partir de la “naturaleza de la cosa”. “La elección de los fines y valores que el legislador quiera realizar no ésta impuesta por algo así como la «fuerza normativa de lo fáctico»”.³⁷ Tanto el juez como el legislador tienen la labor de determinar lo que se debe o no se debe hacer y no lo que en realidad es. Esto presupone un juicio de valor que no puede ser extraído de la realidad de las cosas.

Ernesto Garzón, en relación con todo lo anterior, parece ser muy claro al respecto:

[d]e estos datos [de la realidad] no se obtiene ninguna proposición de deber ser ni ningún contenido valorativo. Pero una legislación que no los tuviera en cuenta se convertiría en una serie de “tabús sin sentido” o sería incapaz de establecer una relación normativa entre soberano y súbdito.³⁸

Hasta aquí, según la exposición que hace Ernesto Garzón del papel de la “naturaleza de las cosas” como fuente del derecho, podemos notar las claras coincidencias que hay entre las teorías de Radbruch y Welzel con las de autores positivistas, como H. L. A. Hart, G. H. von Wright y el mismo Ernesto Garzón.

En resumen: Ernesto Garzón rechaza la posibilidad de razonar jurídicamente a partir de la “naturaleza de las cosas”, si ésta se entiende como una fórmula de fundamentación ontológica de las normas de deber ser, y descarta la posibilidad de usar esta expresión dentro del discurso teórico-jurídico. Sin embargo, en cuanto a la primera objeción ya vimos que ni la teoría de Radbruch ni la de Welzel caen en dicho supuesto. Por lo tanto, me parece que ambas teorías no pueden ser objeto de ninguna crítica al respecto que no sea, al mismo tiempo, extensible al positivismo jurídico. En otras palabras, y ya para terminar, según el positivismo

³⁷ Garzón Valdés, E., “La naturaleza de la cosa”, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 66.

³⁸ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 63. Los corchetes son míos.

jurídico sostenido por Ernesto Garzón y su exposición de estas dos teorías de la "naturaleza de las cosas", de lo único que son culpables ambos autores es de elegir términos conceptualmente ambiguos.

Una crítica de la que no estoy muy seguro sirva para desarmar el andamio sustantivo de sus teorías. Si esto fuera un elemento suficiente para derrumbar una estructura teórica, cuántas otras teorías no habrían sido desechadas por las mismas razones.

No se necesita ser un emotivista, como por ejemplo lo era Charles Stevenson, para pensar que términos como "derecho", "democracia", "legitimidad", "validez", "naturalismo", "positivismo", etcétera, tarde que temprano adquieren una cierta emotividad.³⁹ Pero, precisamente, es tarea del teórico del derecho depurar estos términos y evitar que se usen persuasivamente. Ciertamente, también está en sus manos el saber distinguir entre lo que "realmente" se quiere decir con un concepto y las "sugerencias emotivas" que éste pueda llegar a levantar.

³⁹ Stevenson, Charles L., *Ethics and Language*, Yale University Press, 1969, p. 133 (también existe la versión en castellano a cargo de Rabossi, Eduardo A., *Ética y lenguaje*, Buenos Aires, Argentina, Paidós, 1971).