

DE LA PIRÁMIDE DE KELSEN A LA PIRÁMIDE INVERTIDA

PYRAMID KELSEN THE INVERTED PYRAMID

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA

*Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Especialista en Derecho de las telecomunicaciones por la Universidad Andina Simón Bolívar. Licenciado en Derecho canónico y doctorando por la Pontificia Università della Santa Croce (Roma).
juancarlosr@uhemisferios.edu.ec*

RESUMEN

El presente trabajo replantea la pirámide jurídica y la pule dándole la vuelta. Comienza haciendo un análisis crítico de la doctrina de Kelsen y de sus seguidores, quienes partieron de postulados idealistas derivados de la metafísica neokantiana. La segunda parte del estudio reexamina la cuestión, acogiendo abiertamente las bases realistas de la metafísica aristotélico-tomista. Desde ella se elaborarán nuevos conceptos para el derecho (v. gr. ser jurídico, potencia jurídica, espacio jurídico) que estructurarán por sí solos la pirámide invertida. Al final se analiza cómo la doctrina de la pirámide invertida recoge los aciertos de Kelsen y Merkl, junto a los de Aristóteles y Tomás de Aquino, depurando los defectos generados por el idealismo neokantiano y proporcionando nuevos conocimientos.

Palavras-chave: Pirámide Jurídica. Kelsen. Pirámide Invertida.

ABSTRACT

This paper restates the legal pyramid and turning it polishes. Start doing a critical analysis of the doctrine of Kelsen and his followers, who departed idealistic postulates derived from neo-Kantian metaphysics. The second part of the study re-examines the issue openly embracing the realistic basis of the Aristotelian-Thomistic metaphysics. From her new concepts to the right (eg. Be legal, legal power, legal space) structured themselves draw the inverted pyramid. At the end discusses how the doctrine of the inverted pyramid reflects the successes of Kelsen and Merkl, alongside those of Aristotle and Aquinas them, debugging defects generated by idealism neokantian and providing new knowledge.

Keywords: Legal Pyramed. Kelsen. Pyramid Iverted.

EXTRACTO

INTRODUCCIÓN; 1 LA PIRÁMIDE DE KELSEN-MERKL; 1.1 Lo que se dice de Kelsen; 1.2 Los fundamentos kantianos de la Teoría Pura del Derecho; 1.3 El desarrollo de la Teoría Pura del Derecho; 1.4 Crítica a los fundamentos de la Teoría Pura del Derecho; 2 LA PIRÁMIDE INVERTIDA; 2.1 La metafísica aristotélico-tomista; 2.2 Noción de ordenamiento jurídico; 2.3 No hay unidad sin principio unificador; 2.4 No hay orden sin fin, ni orden jurídico sin fin humano; 2.5 El espacio jurídico del ordenamiento jurídico; 2.6 La pirámide invertida; 2.7 La pirámide invertida en la metafísica tomista; CONCLUSIÓN; REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

Los filósofos de la ciencia concuerdan en que toda teoría, doctrina o postulado científico que un autor formula, lo hace partiendo de una base filosófica determinada, de la que quizás el mismo autor no es consciente de haber asumido. Esto es más palpable en las ciencias humanistas como la historia, la economía y el derecho, que exigen la indagación de las causas más profundas que mueven al actuar humano, sin quedarse en la experimentación material.

Como varios de sus contemporáneos, Kelsen conocía con algún grado de profundidad la filosofía de origen kantiano, sobre la cual construyó su Teoría pura del derecho. Por tanto, es fácil deducir que su Teoría sufrirá buena parte de la crítica hecha a la filosofía kantiana o a la de sus seguidores. A la vez, podemos suponer que si cambiamos los fundamentos filosófico-idealistas de su Teoría del derecho, por otros más realistas, obtendremos interesantes resultados. Y esto es precisamente lo que nos proponemos hacer en las siguientes líneas, donde primero abordaremos a Kelsen y su doctrina, para luego adentrarnos en la metafísica realista y en sus consecuencias para la pirámide jurídica.

1 LA PIRÁMIDE DE KELSEN-MERKL

Dedicamos esta primera parte de la ponencia al análisis y crítica de la doctrina del maestro pragués. Comenzamos con lo que todo el mundo sabe:

1.1 Lo que se dice de Kelsen

La mayoría de estudiantes y profesionales del derecho de nuestros días conoce algo sobre Kelsen, aunque sea un par de datos. Cuando en diferentes foros he preguntado a mis alumnos o colegas qué saben sobre el autor, casi siempre escucho tres respuestas: en primer lugar se lo relaciona con su famosa pirámide jurídica -parece que los gráficos son más fáciles de memorizar que las ideas-, luego se suelen mencionar que es él quien habló de la supremacía constitucional y, por último, algunos pocos recuerdan que defendió el control de

constitucionalidad concentrado. Los estudiosos saben que estas tres vagas ideas no son del todo incorrectas, pero que conviene precisarlas.

En primer lugar, la famosa teoría que se ha difundido por doquier del *Stufenbautheorie* (de la “teoría de la construcción escalonada”, también llamada “teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento” o “de la pirámide jurídica”) en realidad procede originariamente de Adolf Merkl, a quien Kelsen calificó de «cofundador» de la Teoría pura del derecho y de «verdadero genio del pensamiento jurídico». No obstante, es cierto que el profesor pragués asumió plenamente los desarrollos de Merkl que encajaban espléndidamente dentro de los postulados de su Teoría pura del derecho¹.

En segundo lugar, es cierto que Kelsen habló -y mucho- de la supremacía de la norma básica (*Grundnorm*), la misma que se terminó asociando inmediatamente a su nombre. Pero propiamente no fue él quien inventó o descubrió la superioridad constitucional. Repárese que casi todos los países que lograron dictar su propia Constitución en el siglo XIX -un siglo antes de que naciera la Teoría pura del derecho- ya la ponían, al menos en abstracto, por encima del resto del ordenamiento jurídico. Kelsen no estableció la jerarquía constitucional: simplemente desarrolló una explicación plausible de cómo y por qué esto se daba en su tiempo, delineando además una propuesta acerca de cómo debía darse.

En tercer lugar, al autor se le atribuye el control constitucional concentrado que, por lo mismo, ha llegado a denominarse “sistema austríaco de control de constitucionalidad”. En realidad Kelsen no fue su creador, sino su principal promotor y defensor en Austria: él lo introdujo en la Constitución de 1920 que el Canciller Karl Renner le encargó diseñar y, después lo defendió en la vida académica, judicial y política cuando fue nombrado miembro vitalicio del Tribunal Constitucional. Pero en realidad ese tipo de control constitucional ya se había probado en la historia constitucional de algunos Estados norteamericanos (no a nivel federal, donde sólo había el control difuso de constitucionalidad).

1.2 Los fundamentos kantianos de la Teoría Pura del Derecho

¹ Por ejemplo, en “*Adolf Merkl Zu Seinem Siebzigsten Geburtstag*” (23-III-1960), en *ZÖR*, 1960, p. 314, Kelsen considera la aportación de su discípulo como «una parte esencial» de la Teoría pura del derecho.

Lo original en Kelsen fue la Teoría pura del Derecho, expuesta de forma sencilla, clara y compacta, que buscaba justificar el derecho por el derecho, partiendo de las bases de una filosofía kantiana que ya por entonces se encontraba muy difundida por esos lares. Kelsen sufre el influjo kantiano que separa tajantemente la realidad (el *noumeno*, “la cosa en sí”) del conocimiento.

Para Kant el “caos” imperante fuera del sujeto no puede ser alcanzado o comprendido por la razón; lo único que ella hace es categorizar ese inalcanzable caos. Esta dicotomía entre realidad y conocimiento terminará incidiendo en la ética —tradicionalmente la ciencia del bien humano—, porque ella no podrá ya fundamentarse en el bien real, en la “cosa en sí”, en lo que está fuera de los sentidos. Una vez que el bien real se ha vuelto inalcanzable para la razón teórica, Kant encuentra una salida para justificar los deberes éticos en el “imperativo categórico” interior al individuo y en los postulados de la razón práctica. Se intenta recuperar algo de las conclusiones de la vieja moral basada en la filosofía realista, cosa que sus seguidores criticarán de inconsecuente; de hecho, las ideas que recogerá en sus obras “Fundamentos de la metafísica de las costumbres” y “Crítica de la razón práctica” serán abandonadas por los neokantianos, que sólo conservarán la Crítica de la razón pura². Algo semejante sucederá con el derecho³. Desde entonces se insistirá en la rigurosa incomunicación entre el *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*)⁴ que se ve como un *a priori* del sujeto. Entonces se discutirá la justificación del “deber ser”: unos la podrán en la lógica, otros en la teoría del valor, pero nadie volverá a atarla con “la cosa en sí”⁵. La moral —y en buena medida el derecho— quedará recluida, sin posibilidad de escapatoria, en el mundo intramental.

Kelsen se enmarcará en esta línea de pensamiento y pondrá a todos los “sistemas sociales” o “sistemas normativos” (la moral y el derecho) en el campo del “deber ser”. En un primer momento Kelsen entendía que “norma” «es el sentido de un acto con el cual se ordena o

² Sobre el neokantismo y su influencia en el derecho *cfr.* Errázuriz Mackenna, Carlos José, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 39 y ss.

³ Repárese que la obra de Emmanuel Kant, *Principios metafísicos primeros de la teoría del Derecho* (1796) parte el estudio analizando justamente la metafísica de las costumbres.

⁴ Suele preferirse la traducción del *Sollen* kelseniano como “deber ser”, y no como simple “deber” (giro admitido en varias expresiones alemanas), por las razones aducidas por Vernengo (*cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., trad. Vernengo, Roberto J., nota del traductor, México, UNAM, 1982 p. 357) que están enderezadas a evitar convertir el *al Sollen* en una misteriosa entidad, revestida de un aura especial en virtud de la traslación al castellano de la mayúscula alemana, propia en esa lengua de los términos sustantivados.

⁵ Para ahondar en estas consideraciones, *cfr.* Errázuriz Mackenna, Carlos José, *op. cit.*, nota 2, p. 39.

permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento»⁶. Añadía que con tal afirmación debía tenerse en cuenta que «la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser»⁷. Pero más tarde modificó su noción de la norma, conectándola con un acto del querer, aunque ficticio. En 1965 escribiría: «ningún *Sollen* sin un *Wollen*, aunque sea sólo ficticio»⁸. En síntesis:

«Mientras en un principio la voluntad jurídica se ponía en el plano del deber ser, como una construcción lógica del pensamiento, al final de la evolución de la Teoría Pura se traslada al ámbito del ser, como algo que forma parte de la naturaleza. Por esto mismo, la voluntad correspondiente a la norma fundamental -que no es posible hallar en la naturaleza- se interpreta al fin como una ficción en cuanto se finge un querer, llamado a existir en el ser, pero realmente inexistente»⁹.

Kelsen distinguió dos clases de sistemas normativos: uno dotado de coacción, que otorgaba premios e imponía sanciones, y otro que carecían de esta prerrogativa: el primero correspondía al derecho y el segundo a la moral¹⁰. En las posteriores ediciones de la Teoría Pura del Derecho el autor irá ampliando cada vez más el tema de los sistemas normativos: las normas no existen aisladas, sino que forman un orden normativo¹¹. Luego Merkl desarrollará la “teoría de la construcción escalonada” de las normas del orden jurídico, que terminará de imprimir un gran dinamismo en el inicial sistema ideado por Kelsen que resultaba bastante estático¹².

1.3 El desarrollo de la Teoría Pura del Derecho

⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 4, p. 19.

⁷ *Ibid.*

⁸ «*Kein Sollen ohne ein -wen auch nur fingiertes- Wollen*» (Kelsen, Hans, “*Zum Begriff der Norm*”, en *Festschrift für Nipperdey*, Múnch, C.H. Beck, 1965, p. 207). Lo dice bajo el entendido de que *Wollen* (querer) es parte del *Sein* (ser), en concordancia con otros escritos donde, por ejemplo, manifiesta que «la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser» (Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 4, p. 19). Sobre el tema *cfr.* Van Eikema Hommes, Hendrik, “La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica”, en *Persona y Derecho*, núm. 10, Universidad de Navarra, 1983, pp. 11-31.

⁹ Errázuriz Mackenna, Carlos José, *op. cit.*, nota 2, p. 73.

¹⁰ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, nota 4, pp. 71-82.

¹¹ *Cfr. Ibid.*

¹² En *Problemas capitales* (1923) Kelsen deja constancia de la dinámica que se ha abierto en la Teoría Pura del derecho, aludiendo a una serie de artículos de Merkl publicados entre 1917 y 1923.

La novedad de la Teoría kelseniana no radica en el descubrimiento de la jerarquía normativa -idea bastante difundida por aquel entonces-, sino en la función que atribuye a esa jerarquía. Bajo un enfoque marcadamente formalista, hace que la jerarquía normativa dote al sistema jurídico de un claro fundamento de validez y de una gran unidad (obviamente, bajo el entendido de que sólo hay una norma fundamental). Las normas inferiores serán válidas en cuanto sean formalmente conformes con las normas superiores; hallarán su fundamento -siempre dentro del campo del “deber ser”- cuando hayan sido tramitadas y promulgadas de acuerdo a los procesos formales previstos por las leyes superiores. Si su sanción es formalmente correcta, terminará llenando los vacíos o espacios indeterminados por las normas superiores. En cambio, si las normas resultan contrarias a la Constitución, deberán declararse nulas y caer. Se llega así a una “teoría pura” donde el derecho, entendido siempre en términos formales, se justifica por el mismo derecho.

Según la doctrina mayoritaria, Kelsen no logró cumplir su ideal de justificar el derecho por el derecho: al tratar de la validez de la norma superior tuvo que recurrir a elementos que él consideraba “metajurídicos” (fundamentación que varió de tiempo en tiempo, hasta su misma muerte). El autor pragués llegó a afirmar que este era el único punto en que su Teoría Pura coincidía con las doctrinas iusnaturalistas, que recurrían a normas no positivas como fundamento de validez último.

El “deber ser”, una vez más, buscaba anclarse en la realidad -aunque esta realidad fuera “ficticia”-, aunque nunca encontró aquella dura piedra donde poder anclar. Algo se lo impedía.

1.4 Crítica a los fundamentos de la Teoría Pura del Derecho

Como vimos, los postulados kantianos de los que parte Kelsen escinden absolutamente “la cosa en sí” (noumeno) de la “cosa para mí” (fenómeno), el “caos” exterior de la interioridad humana, el *Sein* (ser, naturaleza) del *Sollen* (deber ser, norma, valor), el derecho de la realidad. Desde el punto de vista metafísico, los desarrollos y aciertos que le dieron fama llegaron por la vía de la causa formal: creó un perfecto mundo jurídico *intramental* donde todo cuadraba formalmente, sin contradicciones lógicas, ni agujas que deformaran la perfecta figura piramidal. Lo contradictorio debía caer.

De alguna manera aparece la causa eficiente en su sistema de pensamiento. La concepción de derecho de Kelsen es monolítica: une sin distinción el derecho público y el privado, el derecho objetivo y el subjetivo... todo es lo mismo, aunque visto desde diferente óptica. Se le ha acusado de reducir la causalidad final a la eficiente, cuando identifica la relación conducta-fin (o valor) con la relación conducta-norma (norma que establece un fin objetivo) o conducta-deseo (deseo que pone un fin subjetivo). Errázuriz afirmará que «la relación de medio a fin es concebida por Kelsen como una relación causal: que algo sea un medio para un fin implica que como causa puede producir el efecto consistente en ese fin. Se reduce así la causalidad final a la eficiente, aunque parece, al mismo tiempo, que se atribuye un sentido específico a la finalidad, en cuanto adecuación a un deseo o una norma»¹³.

Kelsen es «decididamente antifinalista»¹⁴. Ya vimos cómo ha reducido el fin de la conducta a la causa eficiente. Las cosas no se mueven por un fin, sino por unas causas eficientes inmediatas. No aparece en ninguna parte de la Teoría pura del derecho una teleología metafísica, un fin distinto al deseo subjetivo o al contenido en la norma positiva. Entre otras cosas, resulta por completo ajena a Kelsen la distinción de Stammler entre teleología y causalidad. Y esto, desde el punto de vista metafísico, es un craso error, pues es imposible que exista ningún orden sin un fin. La unidad del orden jurídico kelseniano es una unidad terrosa, meramente formal, incapaz de aguantar un golpe firme.

Ha de añadirse que Kelsen también es decididamente “antimaterialista”. De intento busca hacer una teoría “pura” del derecho, sin aquellos elementos psicológicos, institucionalistas o sociológicos que ya habían adquirido un cierto desarrollo en su época. Tras el declive del movimiento codificador, intensamente formalista, del siglo XIX se levantó una multitud de doctrinas antiformalistas. Rudolf von Ihering (+1883), por ejemplo, después de superar su primera etapa defensora del formalismo dogmático, abrió su sensibilidad hacia los fines en el derecho; Kantorowicz y Geny se rebelaron contra el formalismo mediante una especial interpretación y aplicación del derecho. Delos, Gurvitch, Hauriou, Renard, entre otros, consideraron que el derecho se entendía mejor como una *institución*, que como un conjunto de normas. Por otro lado, con Max Weber (+1920) la sociología jurídica ya había marcado una línea que Carbonnier, De Sousa Santos, Losano y Treves continuarán. También se hallaba en boga el realismo jurídico norteamericano; O.W. Holmes (+1935) sentenciará: «*The life of the law has*

¹³ Errázuriz Mackenna, Carlos José, *op. cit.*, nota 2, p. 97.

¹⁴ *Ibid.*

*not been logic: it has been experience»*¹⁵. Kelsen reaccionará contra estas justificaciones “metapositivas” del derecho, porque sus bases filosóficas así lo exigían: la causa material del derecho (que en buena medida es el *Sein*, el ser, la realidad) estaba de raíz desvinculada del derecho (que bajo la matriz kantiana pertenece sólo al mundo del *Sollen*, al deber ser).

Consideramos que el más profundo problema de Kelsen consistió en olvidar la unidad de la realidad, que parte justamente de la unidad de causas, y sobre todo de la causa final. Pero no se da causa final sin causa eficiente, ni causa material sin causa formal. Todas dependen de alguna manera de la otra. Así, la dicotomía *Sein-Sollen* kantiana y el antifinalismo kelseniano terminarán minando los aciertos de la pirámide jurídica.

Pasarán los años y la Teoría Pura del Derecho entrará en crisis. Pocos autores en la historia del Derecho recibirán tantos estudios críticos como Kelsen. Las dos grandes guerras del siglo XX al menos harán que los juristas se cuestionen si la formalidad basta para definir qué es derecho. Lo cierto es que la teoría jurídica de postguerra acentuará mucho el retorno a algún punto de referencia más sólido y humano: un sector verá en el iusnaturalismo la tabla de salvación (v. gr. Messner, Finnis, Hervada), otros en la axiología jurídica (v. gr. Alexy, Caiani, Esser, Ollero, Prieto Sánchis, Saavedra, Zippelius), Dworkin hablará de tomar “los derechos en serio”, en línea con Rawls quien bogará por una mejor justicia distributiva conseguida mediante el diálogo tolerante... Un buen cóctel de estas teorías desembocará en el movimiento neo-constitucionalista, que quizá se considera “nuevo” por desear superar la visión kelseniana del constitucionalismo. La forma, el texto escrito de la norma (aunque sea de la Constitución) pasarán a considerarse meros “instrumentos” para realizar los verdaderos derechos, valores o fines de las personas. Este movimiento quitará los acentos de la causa formal del derecho -que suelen quedar muy olvidados- y los pondrá en la causa final, que para sus defensores tiene primacía. Kelsen ha pasado de moda.

2 LA PIRÁMIDE INVERTIDA

Viene bien hacer un borrón y cuenta nueva del asunto. Al elaborar de nuevo la teoría del derecho intentaremos reencausar los aciertos kelsenianos dentro de una filosofía más consistente y realista que la kantiana, como la metafísica aristotélico-tomista.

¹⁵ Cfr. Pérez Luño, Antonio, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Sevilla, Ed. Lagares, 2003, pp. 21-31.

2.1 La metafísica aristotélico-tomista

La filosofía aristotélica ha merecido el nombre de “realismo moderado”, porque parte de que la realidad existe y de que moderadamente se la puede conocer. Esta filosofía, por serlo, no atiende a las causas inmediatas de la realidad como las empíricas, sino a sus últimas causas, al sentido más hondo de las cosas, a las razones más profundas. Los griegos encontraron cuatro razones cardinales que explicaban toda la realidad moviente: la causa formal, la causa material, la causa eficiente y la causa final. Alrededor de estos elementos girará el estudio de lo que “está más allá de la física”, la metafísica¹⁶.

Siglos más tarde Tomás de Aquino profundizará en los temas de la causalidad clásica, del ser y de sus potencias, dándole una mayor hondura al pensamiento del estagirita cuando descubra un elemento último y más profundo que explica mejor el universo entero de seres: el acto de ser.

Bajo esta perspectiva se entiende que si el derecho existe, si no es pura y barata ficción, entonces deberá tener un ser determinado influido por las causas generales que se dan en la realidad¹⁷. Nosotros damos por supuesto que el derecho existe. No intentaremos justificarlo. Pasaremos directamente a analizar la realidad jurídica y cómo esta se encuentra influida por las diferentes causas. Pero para ello conviene definir primero -aunque sea someramente, pues el asunto amerita varios libros- algunas nociones básicas de la ciencia metafísica, modulándolas para el derecho¹⁸. Sin los conceptos de ser jurídico, potencia jurídica, espacio jurídico y causa jurídica, resulta imposible adentrarnos más en este estudio. Pasemos, pues, a definirlos, aunque sea someramente¹⁹.

¹⁶ Fue Andrónico de Rodas quien por primera vez utilizó el término al catalogar las obras de Aristóteles (hacia el año 70 a.C.): a los libros que Aristóteles llamó “filosofía primera”, Andrónico denominó “metafísica” por encontrarse después de los de la “física”.

¹⁷ Existen varias escuelas de pensamiento jurídico llamadas “realistas”, como la sueca, escandinava o norteamericana. Cuando aquí hablamos de realismo lo hacemos en sentido metafísico: queremos referirnos a que partimos de la *metafísica del ser*, opuesta al idealismo y al nihilismo.

¹⁸ Como bien dice Hervada, «sin metafísica resulta imposible comprender la íntima naturaleza del derecho, de la ley y del poder. Es decir, la renuncia a la metafísica deja sin explicación última a los conceptos fundamentales de la teoría del derecho» (Hervada Xiberta, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 2000, p. 584).

¹⁹ Algunos de estos conceptos constan ampliados en Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, “Noción de derecho en la metafísica tomista”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26 (2012), pp. 373-407.

2.1.1. El ser jurídico

A lo largo de los siglos la noción de derecho ha tenido varios quiebres. 1) Aristóteles y sus contemporáneos lo entendían como *dikáion*, como “lo justo”, “lo igual”. Esta es a su vez la primera noción que se dio al término y dista mucho de lo que hoy entendemos por derecho subjetivo (facultad) o por derecho objetivo (norma). En Roma el derecho seguirá siendo *lo justo* y tal uso continuará hasta Tomás de Aquino en el siglo XIII, quien expresamente afirmará que esa es la primera noción de *ius*²⁰; y al igual que para el estagirita, *lo justo* para el Aquinate implicará siempre una cierta igualdad entre lo dado y lo debido: el derecho no exigía más, no exigía menos²¹. El Aquinate observará además que la *res iusta* ocupa un puesto destacado dentro de la definición ulpineana de justicia: si la justicia es “la perpetua y constante voluntad de dar a cada cual *lo suyo*”, el derecho será justamente *lo suyo*. 2) Ya en la escolástica franciscana del siglo XIV se detecta un giro subjetivista del término “ius”. El derecho se identificará entonces, ya no con *lo justo*, sino con la *facultad de exigir lo justo*. Las siguientes generaciones muchas veces olvidarán la última parte de la frase y simplemente mirarán al derecho como *la facultad de exigir algo*. 3) También en la modernidad se marcará un segundo giro del lenguaje, también desligado de la noción de justo que ya ha quedado atrás. En medio de los absolutismos el ciudadano palpará que sus facultades están limitadas por la omnipotente ley; así la noción de derecho tenderá a confundirse cada vez más con lo que permite la ley, y con la ley misma²². Por eso, a mediados del siglo XX Bender creía factible resumir todas estas nociones de derecho en tres: derecho-ley, derecho-facultad y derecho-cosa (*res iusta*)²³.

Si hoy se le pregunta a una persona de la calle qué es derecho, probablemente responderá que derecho es la ley, o una facultad, o algo parecido. Más fácil de responder es otra pregunta: ¿qué hay en este mundo con fuerte sabor jurídico?: la ley, un contrato de compraventa, los derechos de las personas. Pues bien, a partir de estas nociones históricas y de

²⁰ El Aquinate recogerá la tradición al puntualizar que la palabra *ius* «se asignó primero para significar la misma cosa justa» (Suma Teológica II-II, q. 57, a. 1, ad 1). También observó que por extensión, analogía o derivación el término se utilizaba para designar *el arte* con el que se discierne qué es justo, *el lugar* en el que se otorga el derecho y *la sentencia* que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, «incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo» (Suma Teológica II-II, q. 57, a. 1, ad 1).

²¹ «El derecho o lo justo natural es lo que por su naturaleza es adecuado o de medida igual a otro» (Suma Teológica II-II, q. 57, a. 3, sol.).

²² Sobre la noción histórica de “derecho”, *cf.* mi artículo “La noción de derecho en la metafísica tomista”, *op. cit.*, nota 19, pp. 376-378, donde remito a otras fuentes.

²³ Bender, Ludovicus, *Philosophia iuris*, Roma, Officium Libri Catholici, 1947, p. 62 y ss.

sentido común podemos deducir cuáles son los elementos que conforman el ser jurídico. Repárese en un interesante dato: ninguno de los elementos mencionados se da fuera de la relación jurídica (es decir, de aquella relación de complementariedad que se da entre dos sujetos sobre una cosa donde uno es el titular y otro el deudor). Sin relación jurídica, ni la ley es más que un postulado, ni el contrato más que letra muerta, ni existe derecho alguno, ni acreedor, ni deudor, pues el derecho sólo existe en sociedad.

El concepto de derecho exige la relación. En realidad el derecho mismo es un tipo de relación, una forma de relacionarse con otro sobre una cosa debida en justicia. En términos metafísicos, el derecho no es una sustancia (algo con ser o vida propia separado de lo demás) sino un accidente (algo que inhiere en la sustancia, algo que se da en otro). El derecho se da en un sujeto acreedor que exige *lo suyo* a otro sujeto deudor. La filosofía griega ha enumerado cuáles son las clases de accidentes posibles²⁴; dentro de todos ellos, la *quiddidad* o materialidad del derecho no puede ser otra que el ser un “accidente relación”²⁵. Ese es materialmente el *ser del derecho*.

“Lo jurídico” y “el derecho” no son exactamente lo mismo, aunque ambos conceptos se implican mutuamente²⁶. Todo lo jurídico tiene que ver con el derecho; es como el gran ambiente donde vive. De donde tenemos que el “ser jurídico” es todo aquello que tiene que ver con el derecho-ley, con el derecho-facultad, con el derecho-cosa justa o con la relación de justicia. Todo aquello tiene *ser jurídico*.

Al igual que el derecho, lo jurídico sólo subsiste dentro de la relación jurídica o en referencia a ella. Tiene, pues, “ser jurídico” (“es”, se da en la realidad, existe): el titular de lo suyo, el deudor del derecho, la cosa debida y la misma relación de complementariedad. Y por el contrario, carece de “ser jurídico” lo que está fuera de la relación jurídica: los muertos, los pensamientos íntimos o Robinson Crusoe están fuera del derecho, de lo jurídico, porque se encuentran desvinculados de toda relación.

2.1.2 La potencia jurídica

²⁴ Recordamos que los accidentes son “modos de ser” de la sustancia, que inhieren en ella. Según Aristóteles, son: cantidad, cualidad, acción - pasión, *ubi* (donde), *situs* (estructura espacial interna), *quando* (o situación temporal), *habitus* (la posesión física de las cosas) y relación.

²⁵ Cfr. Hervada Xiberta, Javier, *op. cit.*, nota 18, p. 230.

²⁶ El vocablo latino *iuridicus*, proviene de *ius* o *iuris*, que significa derecho. Sin embargo, el uso ha ampliado el ámbito de aplicación de “lo jurídico”, que hoy se predica de muchas más cosas que del vocablo “derecho”.

En filosofía “potencia” es algo que está en capacidad de ser otra cosa. Un niño está en potencia de ser un gran arquitecto, la vista es una potencia porque está en capacidad de ver, la inteligencia y la voluntad son a su vez potencias supremas porque están en capacidad de entender la verdad y de amar el bien. Si algo no estuviera en potencia, nunca podría llegar a ser otra cosa. El ser humano no espera ser un sapo, ni un dios, porque ello no corresponde a su naturaleza. Todo el mundo espera “ser feliz”, “entender”, “querer”... realizarse (realizar sus potencias corporales y espirituales), llegar hasta donde sus capacidades se lo permitan. Las capacidades del ser humano está limitada por sus potencias físicas y espirituales: en último término son ellas las que le marcan los únicos fines que nos podemos proponer (esos son los únicos fines jurídicos que pueden existir, que vienen delimitados *a priori* por naturaleza; luego la Constitución, las leyes, la voluntad de cada persona los concretará más).

Modulado el término para el derecho tenemos que “potencia jurídica” es algo que está en capacidad de entrar en una relación jurídica. Diríamos que *es el conjunto de posibilidades justas que se abren en una determinada realidad*. Si algo o alguien puede formar parte de una relación jurídica, entonces tendrá una potencialidad jurídica. Un transeúnte está en “potencia jurídica” de ser consumidor hasta el momento en que compre la pizza que le ofrecen; entonces dejará de estar en mera potencia de ser consumidor y obtendrá un “ser jurídico” específico. Igual sucede con las cosas. Una piedra tirada en el camino está en “potencia jurídica” de pertenecer a alguien hasta cuando efectivamente sea poseída o dominada por un hombre y exista un tercero deba respetarlo. Además, el término “potencia jurídica” puede aludir a un determinado efecto potencial (v. gr. el dueño de una casa puede venderla) o de todos los efectos posibles (v. gr. la casa puede ser vendida, alquilada, destruida, remodelada, etc.).

El *ser* y la *potencia* son dos presupuestos y dos coprincipios de la relación jurídica, del dinamismo jurídico y del “espacio jurídico”. Por ejemplo, no puede haber una relación jurídica sin que exista un deudor (ser subjetivo jurídico) que pueda pagar (potencialidad jurídica). La dinámica jurídica (v. gr. el cambio de leyes, derechos o relaciones jurídicas dado en el tráfico cotidiano) presupone que lo que era deje de existir (v. gr. las leyes derogadas) y lo que no era comience a existir (v. gr. las nuevas leyes); es decir, resulta necesario que algunas cosas tengan ser jurídico y otras estén en potencia de serlo. Sin ser y potencia, no hay cambio.

De la sumatoria del ser jurídico y de su potencialidad resulta el concepto de “espacio jurídico”, que a continuación abordamos.

2.1.3 El espacio jurídico

Ulpiano definió la jurisprudencia como *iusti atque iniusti scientia*²⁷. Sin embargo, lo que más le interesa al jurista es conocer cuál es el campo de *lo justo*; el conocimiento de lo injusto también le servirá, pero sólo para delimitar cuál es el campo de lo justo y para deducir cuál es la salida justa ante la conducta antijurídica. Ese conjunto de posibilidades justas, que pueden estar dándose de hecho o sólo en potencia, conforman el espacio jurídico. Por eso lo hemos definido como el resultado de sumar el *ser jurídico* más la *potencia jurídica*.

El espacio jurídico de cada individuo no es infinito, pues el ser humano no lo es: sus posibilidades físicas, jurídicas, económicas, etc. son limitadas. Sus posibilidades están limitadas por su propia naturaleza (v. gr. no puede volar, le cuesta llegar a la verdad, etc.), por sus circunstancias, por sus concepciones y también por sus decisiones. En otras palabras, la realidad, la razón y el ejercicio de la voluntad marcan el límite que hay entre lo jurídico y lo antijurídico.

Un hombre soltero tiene un gran espacio jurídico potencial: tiene millones de mujeres potenciales a su alcance, pero ninguna real. Cuando se case cambiará esa multitud de mujeres potenciales por una real, reduciendo su espacio jurídico potencial y agrandando la realidad. En definitiva, el espacio jurídico de la persona es un espacio de libertad; es la suma de opciones legítimas (no injustas) que una persona puede tener, o que se le pueden dar a una cosa, en unas circunstancias dadas.

El espacio jurídico también puede predicarse de las cosas, que pueden estar sujetas a una o varias relaciones jurídicas: una mesa de metal que antes pertenecía a Juan, mañana puede pertenecer a Pedro, o puede entrar a un fideicomiso mercantil, o ser vendida como chatarra. La mesa tiene un conjunto de posibilidades jurídicas muy diversas. También los cargos, funciones o poderes públicos tienen su espacio jurídico propio (un conjunto de competencias y facultades lícitas), que será delimitado por las leyes del lugar. El poder constituyente tendrá un espacio más amplio que el legislativo, y éste en principio será mayor que el espacio jurídico del ejecutivo.

²⁷ Ulpiano, *Digesto* 1.1.10.

Las normas jurídicas suelen dejar entre sus letras amplios espacios jurídicos potenciales cuando utilizan conceptos jurídicos indeterminados, cuando no mencionan todos los presupuestos debidos (vacíos legales), o cuando son normas abiertas, permisivas o programáticas. Esos espacios jurídicos potenciales serán llenados o concretados por la doctrina, por la práctica y por la jurisprudencia.

2.1.4 Las causas jurídicas

Comenzamos preguntándonos por las causas de la relación jurídica²⁸. Nos consta que existen relaciones jurídicas, luego tendrán alguna causa. Por tanto, conviene indagar cuál es su causa, pasando revista de las cuatro causas clásicas (material, formal, eficiente y final). La materialidad de la relación jurídica exige la presencia de dos sujetos que se encuentren en una relación de complementariedad: Robinson Crusoe sin Viernes permanecería ajeno al derecho. La causa eficiente es la acción volitiva o intelectual que crea aquel título de derecho por el que una persona resulta ser acreedor; esta causa implica siempre una acción (contratar, sancionar una ley, concebir lo justo, etc.). La causa formal será, justamente, la forma específica de la relación jurídica específica: un acto o contrato. Por último, la causa final jurídica será la que mueve al deudor a pagar: paga para dar a otro *lo suyo*.

Hemos analizado a vuela pluma las cuatro causas de la relación jurídica. También cabría revisar las causas de cada uno de sus elementos (sujetos, hechos, circunstancias... de los contratos, de la ley²⁹, etc.), cosa que esperamos hacer con más pausa en un futuro, pero que ahora rebasa las posibilidades y pretensiones del presente estudio. Baste aquí apuntar que cualquier cambio en los extremos de la relación jurídica trastocará toda la relación jurídica, e incluso al mismo derecho: así, si el titular muere la obligación desaparecerá con quien ya no existe, y aparecerá otra nueva con sus sucesores; de igual manera, si una cosecha se estropea ya no se podrá pagar la fruta contratada, aunque quizá se deba pagar una indemnización.

²⁸ El tema de las causas metafísicas del derecho ha sido examinado ampliamente en Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, "Las causas metafísicas como fuentes del derecho", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15 (2012), pp. 259-308. Aquí únicamente ofrecemos unas breves consideraciones sobre la causalidad, las mínimas necesarias para luego poder abordar el tema del ordenamiento jurídico.

²⁹ Varios autores han estudiado las cuatro causas de la ley. Cfr. Galkowski, Tomasz, *Il "quid ius" nella realtà umana e nella Chiesa*, Roma, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1996, pp. 229 y ss. En mi artículo "Las causas metafísicas como fuentes del derecho", *ibid.*, ofrezco un mayor desarrollo del tema.

Definidos estos términos, ya estamos en condiciones de entrar de nuevo al gran tema del sistema jurídico.

2.2 Noción de ordenamiento jurídico

Desde luego, la noción de ordenamiento jurídico pende del concepto que se tenga de derecho. Quienes identifican al derecho con la ley suelen concebir el ordenamiento jurídico como el “conjunto de normas jurídicas” que rigen en un lugar determinado, en una época concreta, o como la forma en que tales normas se encuentran jerarquizadas. Quienes identifican al derecho con el derecho subjetivo verán el ordenamiento como la sumatoria final de los derechos de las personas. Si se identifica al derecho con lo justo, el ordenamiento jurídico será el “orden social justo”.

Una visión integradora de las anteriores perspectivas es la que parte de la relación jurídica, donde aparece la ley como una causa, el derecho subjetivo en el titular, los sujetos del derecho, lo justo, entre cosas. Desde esta visión holística el ordenamiento jurídico viene a ser el conjunto de relaciones jurídicas de una sociedad, causadas por unas causas o fuentes comunes de derecho.

2.3 No hay unidad sin principio unificador

Tomás de Aquino escribió que «una cosa existe en tanto y cuanto es una»³⁰. La afirmación es más profunda de lo que parece a simple vista, pues la unidad de la que nos habla es “un trascendental” del ser (una propiedad común a todo). Como trascendental pertenece a toda cosa real, y también al ordenamiento jurídico, cuya existencia presuponemos. Cada ordenamiento jurídico posee un cierto grado de unidad: si no, no sería “un ordenamiento jurídico”, ni existiría.

La metafísica tomista observa que la unidad sólo es posible si en algún extremo de aparece un principio de *conversio ad unum* que unifique los demás extremos. Desde la perspectiva de la relación jurídica los extremos donde se puede dar la unión son: las cosas, los

³⁰ Suma Teológica I, q. 103, a. 3, sol.

sujetos, las circunstancias y la actuación humana (que produce contratos, delitos, leyes, etc.). Las circunstancias por su naturaleza cambiante, difícilmente pueden dar unidad al orden jurídico. Las cosas y los actos varían menos, y podrían unificar una rama del derecho (v. gr. el derecho de bienes raíces, el derecho informático, el derecho penal, etc.), mas carecen de fuerza para dar unidad a todo el universo jurídico. El único extremo con fuerza y cohesión suficiente para dar unidad a todo el ordenamiento es el ser humano, porque es en él donde finalizan todas las relaciones jurídicas y sociales.

A la vez, cada causa del derecho representa un principio unificador del ordenamiento jurídico: (i) Por la vía de la causa material la unidad se da por poseer todos los extremos la misma materia (“materia” entendida en términos metafísicos). Esa materia varía según los extremos de la relación jurídica: la materia de la ley es ser un precepto “de razón”³¹, la de lo justo es una “relación de sudad”³², la del derecho subjetivo es ser una “facultad”. Pero la materia no da sino un bajísimo grado de unidad real. Se trata de la unidad más débil, una unidad de simple agregación o de montón, que resulta de la mera acumulación o yuxtaposición de sustancias en un conjunto desordenado; es la unidad de los granos de arena de una gran playa.

(ii) Una cierta unidad la proporciona la vía de la formalidad, donde todo se hace a ejemplo -con la forma- de un patrón³³. Un sistema jurídico puede generarse a partir de un modelo, de una norma ejemplar (v. gr. la constitucional) a la que todo el ordenamiento debe adecuarse. Esa es la unidad planteada por positivismo jurídico formalista de Kelsen y Merkl. Aplicado al derecho, esta unidad del orden jurídico viene a ser más una aspiración, que una realidad: una meta a conseguir por los jueces constitucionales y por los operadores del derecho. Ciertamente es una unidad mayor que la meramente material, pero aún se asimila a la mera agregación.

(iii) Una unidad más fuerte viene por la vía de la causa eficiente, por los agentes productores del derecho. Para quienes identifican el derecho con la ley, la unidad del sistema jurídico sólo podrá venir por una única autoridad principal: varias autoridades con igual poder supremo matarían la unidad jurídica. En cambio, quienes ponen el derecho en el individuo,

³¹ Cfr. mi artículo “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *op. cit.*, nota 28. Como contrapunto, *cfr.* Galkowski, Tomasz, *op. cit.*, nota 29, p. 231, donde se identifica la causa material de la ley con su promulgación.

³² Cfr. Hervada Xiberta, Javier, *op. cit.*, nota 18, pp. 230-231.

³³ Recuérdese que la causa ejemplar es una especie de causa formal (en concreto, es una causa formal extrínseca). *Cfr.* García López, Jesús, *Lecciones de metafísica tomista*, Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 105 y ss.

tendrán que acudir a imágenes como la del Leviathan, el pacto social, etc. para justificar la unidad del ordenamiento. Una vía media es la de quienes consideran a la persona humana como principio último de unidad y a la sociedad que instituye a las autoridades como principio instrumental o medio de unidad. El Aquinate aludió a esta causa cuando, para fines teológicos, observó que «necesariamente debemos afirmar que el mundo está gobernado por uno solo» y que «la multitud es mejor gobernada por uno que por muchos»³⁴.

(iv) La máxima unidad de hecho y de derecho que cabe dar al ordenamiento jurídico viene por la vía de la causa final, de la que en seguida tratamos.

2.4 No hay orden sin fin, ni orden jurídico sin fin humano

Sea cual fuere la definición más conveniente, parece indudable que el “ordenamiento jurídico” debe tener algún “orden”³⁵. Metafísicamente es claro que no hay orden sin un principio³⁶ y que todo orden tiene una causa final: es simplemente impensable un orden sin principio ni fin. Entendidas bien estas máximas metafísicas -¡tan ajena a Kelsen!- concluirá que el sistema jurídico tiene unos fines que lo ordenan. Sin un fin no habría *unidad ordenada*, sino una *agregación* como la de las arenas de la playa o la de los sacos apilados de cemento: estaríamos ante una multiplicidad de normas, facultades o relaciones jurídicas, que por quién sabe por qué suerte les ha tocado estar una al lado de la otra.

Hoy el constitucionalismo ha ahondado en los fines del derecho, cuya existencia es ampliamente aceptada por la gran mayoría. Se discute, sin embargo, cuáles son y qué naturaleza poseen esos fines. Los positivistas a ultranza dirán que los únicos fines jurídicos son los objetivos

³⁴ Suma Teológica I, q. 103, a. 3, sol. Lo dicho va en línea con Aristóteles, para quien «los seres se resisten a ser mal gobernados; y el mando de muchos no es bueno, debiendo, por tanto, ser uno solo el gobernante» (Aristóteles, *Metaphys*, XII).

³⁵ Parte de la doctrina distingue el ordenamiento jurídico del orden jurídico; éste último sería el conjunto de normas que rigen una determinada área del ordenamiento jurídico. Bajo esa concepción, la relación en conceptos es de género a especie. Bajo una visión metafísica del derecho, consideramos que el “orden jurídico” es el sustrato básico del “ordenamiento jurídico”, sin el cual no puede existir.

³⁶ Cfr. García López, Jesús, *op. cit.*, nota 33, pp. 95-96. Ramírez dirá que «el orden consiste esencialmente en una relación entre varias cosas, distintas y desiguales, pero con alguna conveniencia entre ellas, que se relacionan, ante todo, a algo único y primero, o sea, a un principio, según un antes y un después, o según más o menos; de suerte que la correlación o coordinación entre sí de los distintos miembros de cada orden es secundaria, y depende de la relación primordial de todos ellos respecto del principio primero o máximo, dentro de ese orden» (Ramírez, Santiago, *De ordine placita quaedam thomistica*, Salamanca, San Esteban, 1963, p. 16).

marcados por la ley (ley fundamental, si se quiere); otros menos extremos lo pondrán en el fin del legislador, en los valores sociales, en la “voluntad general”, o en otros raros elementos “metajurídicos” que no darán más que una forzada unidad al sistema jurídico. Más problemas tendrán los que entienden el derecho en términos subjetivos, quienes eventualmente pueden caer en el anarquismo al no aceptar ninguna ley o autoridad superior que dé unidad al sistema. Por su parte, los iusnaturalistas tenderán a dar una unidad fuerte al ordenamiento cimentándolo en la única naturaleza humana (en sus fines naturales, inclinaciones, potencias, etc. dependiendo del autor).

Aquí la metafísica vuelve a arrojar luz: si el derecho es eminentemente humano, y como vimos *ut supra* el ser humano no puede tener más fines que los que permiten sus potencias espirituales y corporales, luego los fines últimos del derecho no pueden ser otros que los mismos fines de la naturaleza humana. Los alimentos no son un derecho subjetivo porque así lo dice la ley, la constitución, la sociedad o la voluntad general: lo es porque así lo fija la naturaleza. Habrá que añadir, por lo demás, que no todas las potencias son igualmente importantes: no se valora igual la pérdida de la vista, que la del olfato, que la serenidad para pensar o la capacidad para amar. Un ser viviente que carece de inteligencia es un animal o una planta, no un ser humano. La jerarquía de las potencias determina la jerarquía de los fines humanos: más vale ver, que oler; pensar, que tocar.

A la indisoluble relación metafísica potencias-fines humanos, cabe conectar la relación de valores-principios. Los fines humanos determinan lo que el hombre estima, lo que vale, sus “valores” personales, sociales y jurídicos. A su vez, tales fines y valores marcan los *principios* de su actuación. Y como el ser humano es sólo uno, esos fines humanos, esos valores y principios serán los fines del ordenamiento jurídico, los valores jurídicos y los primeros principios del derecho.

En síntesis, la unidad de orden del ordenamiento jurídico viene dada, al menos por: (i) la fuerte unidad de la persona humana; (ii) por la relación potencias-fines-valores-principios humanos; y, (iii) la jerarquía de las potencias, que redundará en la jerarquía de los fines, valores y principios del derecho.

2.5 El espacio jurídico del ordenamiento jurídico

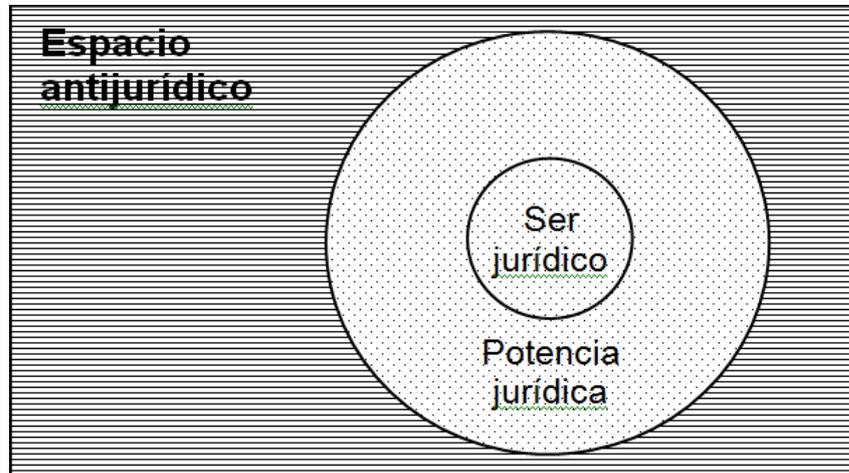
Decíamos que el espacio jurídico era el resultado de sumar el *ser jurídico* y la *potencia jurídica*, en cuanto comprende el conjunto de posibilidades justas actuales y potenciales. Aplicado al ordenamiento jurídico tendríamos que su espacio jurídico es la sumatoria de lo que está vigente actualmente, de lo que es jurídico hoy, y de lo que eventualmente podría serlo.

Por ejemplo, cuando un pueblo instituye una asamblea constituyente para dictarse una nueva ley fundamental, lo que está haciendo es dotarla de un espacio jurídico amplísimo, pero siempre limitado: sus límites serán las potencias humanas, los fines últimos, los valores principales y los principios generales del derecho, a más de los circunstanciales (v. gr. la ignorancia o prejuicios de los asambleístas, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por el pueblo). No sería justo que el constituyente mande volar a un hombre con los vientos del sur porque no es ave, ni en justicia podría prohibirle pensar porque ese es un muy excelso fin suyo -también jurídico-, ni debería consagrar como un valor fundamental la tortura, ni establecer el principio *in dubio contra reo*. Todas estas acciones se encuentran fuera del espacio jurídico.

Por otro lado, a nadie escapa que los constituyentes son una especie de idealistas que escriben en el papel cantidad de cosas bellas que nunca se realizarán, o que sólo se concretarán de manera modesta después de muchos años: el derecho al pleno empleo, al acceso universal a los medios de comunicación, a la paz, a la tranquilidad psicológica... Sucede algo similar con las leyes que están abajo. Por ejemplo, un concepto jurídico indeterminado transcrito en el Código Civil de don Andrés Bello puede interpretarse de diversas maneras en Chile, Colombia o Ecuador, aunque la norma sea textualmente la misma. Muchas veces corresponderá a los jueces, y a veces a la administración pública, concretar el amplio espacio jurídico dejado por la norma escrita indeterminada.

En definitiva, sucede que las normas superiores del ordenamiento jurídico cuentan con un gran espacio jurídico potencial, y -proporcionalmente hablando- con un menor ser jurídico porque se llegan a cumplir menos en la realidad; las normas inferiores, en cambio, suelen cumplirse más en lo cotidiano.

Estos tres espacios (lo antijurídico, lo jurídico actual y lo jurídico potencial) pueden ser graficados de un modo bastante sencillo:



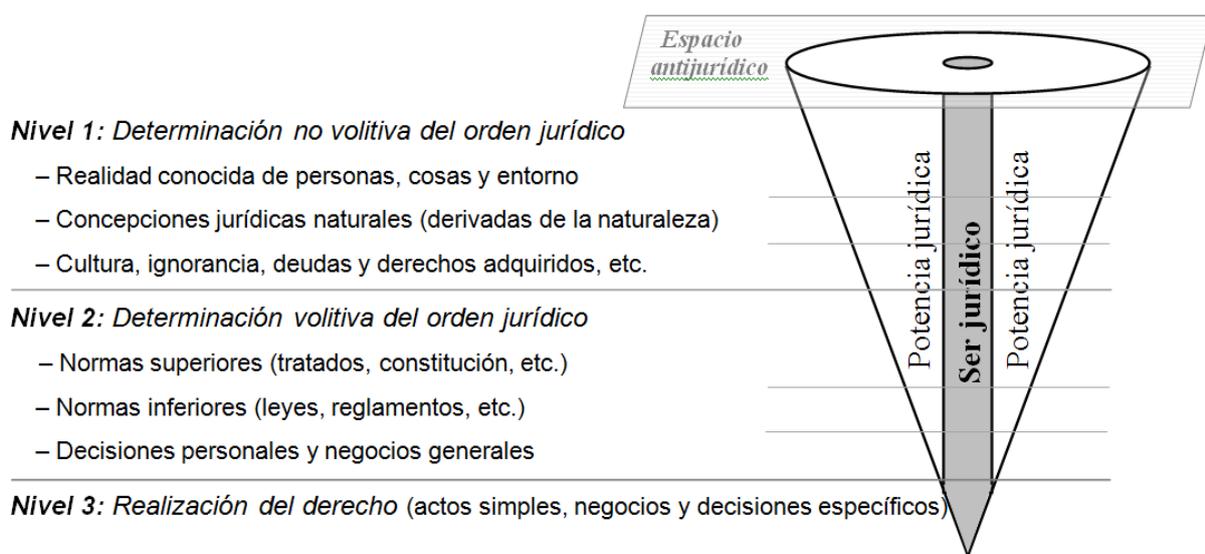
2.6 La pirámide invertida

Sigamos con el ejemplo del poder constituyente originario. Una asamblea con semejante poder podría optar por un régimen monárquico o por uno democrático; cuando haga su elección, entonces el espacio jurídico potencial se reducirá (v. gr. si escoge el democrático, ya no estará en potencia de ser monárquico). Al optar por la democracia, a continuación deberá dilucidar si convienen las elecciones directas o las indirectas; cuando opte por las primeras, las posibilidades seguirán reduciéndose... Más tarde el legislador dictará una ley electoral, y luego un órgano administrativo reglamentará cuándo y dónde debemos votar, y con qué requisitos (v. gr. presentar el carnet de identidad, votar en secreto detrás del ánfora, etc.)... entonces el espacio jurídico será reducidísimo. El alto y fundamental valor a la democracia quedará reducido al derecho-deber de presentarse un determinado día, a una hora específica, en la mesa núm. 576 con el carnet de identidad para dentro de una gran papeleta marcar una línea que no se salga de un pequeño cuadrado.

Las opciones jurídicas que causan el cambio jurídico tienden a reducir el espacio jurídico. Aunque a algunos parezca lo contrario, tales opciones no recortan la libertad, sino que la realizan. Un ejemplo lo evidencia. Coloquialmente se dice que el matrimonio ata a una mujer y que el soltero es "más libre". La verdad es que el soltero tiene derecho a millones de mujeres potenciales, que sólo son suyas en potencia, pero en sus manos no tiene nada. Cuando se casa intercambia esos millones de mujeres potenciales por una única real. De igual modo, cuando el

constituyente escoge el Estado democrático, no por eso es menos “libre”, aunque es cierto que su opción ha concretado la realidad jurídica y reducido sus posteriores posibles opciones.

Kelsen y Merkl, intentando reflejar cómo las normas superiores prevalecen y fundamentan las normas inferiores, y cómo dan unidad al sistema jurídico, graficaban el ordenamiento como una pirámide donde las normas que prevalecen estaban arriba, y las jerárquicamente inferiores abajo. Nos parece que si la pirámide se dibuja al revés, ella evidenciaría varias cosas adicionales: el espacio jurídico, el ser y la potencia. La pirámide quedaría así:



La pirámide invertida es más elocuente que la de Kelsen-Merkl. A más de recoger los aciertos de la Teoría Pura del Derecho, muestra mejor cómo las normas superiores del ordenamiento jurídico son más abstractas, tienen un mayor *espacio jurídico*, y por consiguiente admiten mayores posibilidades de determinación jurídica. En cambio, las normas inferiores, que se supeditan a las superiores, se mueven siempre en un espacio jurídico más reducido. Y aún menos espacio jurídico tendrán los actos y relaciones jurídicas que ya se han concretado en la realidad jurídica.

También se evidencia que sólo en la última grada el espacio está lleno de *ser jurídico*. El resto de normas generales dejarán muchos aspectos suyos sin concretar, que permanecerán sólo en potencia de llegar a ser realidad. Sólo en el vértice inferior (donde se encuentran las relaciones y actos jurídicos está lleno de ser jurídico) y en su proyección hacia arriba se habrá realizado el derecho, porque sólo en esa parte las normas superiores (v. gr. la constitución, tratados, etc.) han causado eficazmente el derecho. El resto de espacios quedarán en potencia porque ahí las normas no han sido causa eficiente del *ser jurídico*.

Además, la pirámide invertida hace más patente que lo inferior no puede salirse del espacio jurídico dejado por la norma superior, que es la que delimita *in genere* el espacio jurídico de la norma inferior. Y en adición la gráfica muestra cómo se integran otras fuentes del derecho descuidadas por Kelsen, como la naturaleza humana y los hechos jurídicos. Contra su teoría pura del derecho, se evidencia que la ley no es la única, ni la primera, ni la más fundamental causa del derecho.

Con todo, ha de admitirse que el dibujo de ambas pirámides (la de Kelsen y la invertida) no es sino una explicación gráfica, con sus ventajas y defectos, de la unidad del sistema jurídico. Por ejemplo, ninguna de las dos refleja bien los vacíos legales, que no impiden que se den actos jurídicos no regulados. De hecho las leyes no regulan sino una pequeña parte de la conducta jurídica humana. En realidad, la única parte del ordenamiento jurídico que regula todo su escalón es el más alto de la pirámide invertida, aquel que es determinado directamente por la naturaleza humana, de las cosas, de los hechos y de las circunstancias: ahí no hay vacíos jurídicos. El resto de escalones, como el del derecho internacional, el del derecho constitucional, el de las leyes, reglamentos, etc., no se llenan sino de forma parcial. Si estuvieran totalmente llenos, no podrían emitirse nuevas normas positivas: lo único que cabría sería reformar el derecho vigente.

2.7 La pirámide invertida en la metafísica tomista

Esperamos haber mostrado cómo un cambio de bases filosóficas, de las idealistas kantianas a las realistas del tomismo, nos ha aportado nuevos conceptos (v. gr. potencia, ser, cambio y espacio jurídico) y nos ha permitido pulir más la doctrina de la pirámide jurídica.

Tomás de Aquino nunca habló de la pirámide invertida, pero parece haberla sugerido en un célebre pasaje suyo, del que sin duda es deudora la teoría aquí expuesta. En su obra magna escribió que «una norma [inferior] puede derivarse de la ley natural [norma superior] de dos maneras: bien como una *conclusión* de sus principios, bien como una *determinación* de algo indeterminado o común»³⁷. Esta distinción, que Finnis considera un aporte de primera magnitud al mundo jurídico³⁸, resulta clave para diseñar un ordenamiento jurídico escalonado. Un ejemplo de *conclusio* se da en el matrimonio: quien entiende la naturaleza sexuada humana, rápidamente concluye que por principio matrimonio necesariamente debe ser heterosexual. Un ejemplo de *determinatio* se da en el tránsito: la autoridad puede elegir circular por el carril derecho o por el izquierdo, pero no por ambos a la vez. El papel de la autoridad es diferente en cada caso: por un lado debe respetar las *conclusiones* del derecho y, por otro lado, tiene potestad para *determinar* los espacios jurídicos potenciales dejados por la norma superior.

El Aquinate hizo además varias consideraciones sobre las causas metafísicas de la ley natural³⁹. *Mutatis mutandis* estos razonamientos podrían aplicar a las normas superiores del ordenamiento jurídico. Pero esta interesante tarea ya rebasa por completo los objetivos del presente trabajo, que ya debemos concluir.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto hasta ahora sacamos las siguientes conclusiones:

1. Kelsen construyó su Teoría Pura del Derecho basado en una metafísica poco realista, que desvinculaba la realidad con lo conocido. Aunque al final de su vida retrocedió algún paso, esta filosofía le llevó a disociar la “forma mental” del Derecho (deber ser) de la naturaleza de las personas y de las cosas (ser), y, consecuentemente, del derecho natural, al que siempre atacó.

³⁷ *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 2 sol.

³⁸ Cfr. Finnis, John, “Natural law - Positive law”, en *Simposio Internazionale Evangelium Vitae e Diritto*, Roma, 25-V-1996. Precisamos que la distinción ya se había esbozado con anterioridad. Por ejemplo, en la *Summa de Bono* (1242 aprox.) Alberto Magno había distinguido tres tipos de derecho natural: el derecho *essentialiter*, que son los primeros principios prácticos, el derecho *subpositive*, que son las conclusiones inmediatamente conexas a los primeros principios, y el derecho *particulariter*, que son determinaciones particulares debidas a la voluntad positiva del legislador (tract. V, q. 1, a. 3).

³⁹ A más de las que quedan escritas, cfr. por ejemplo, *Suma Teológica* I, q. 103, aa. 5-6; *Suma Teológica* I-II, q. 91, 2.

2. Los mayores aciertos de su Teoría vinieron por la vía de la causa formal del derecho. La pirámide jurídica es la expresión gráfica de un mundo jurídico donde todo cuadra formalmente dentro de tres vértices, dirigidos por uno superior que es la norma fundamental.

3. Kelsen restó importancia a las demás causas metafísicas. Algo hablo en términos jurídicos, no filosóficos, de la causa eficiente; en cambio, fue «decididamente antifinalista» e impugnó la base material del Derecho.

4. Hemos recurrido a la metafísica aristotélico-tomista, por ser más realista y porque nos aportaba conceptos de los que carecía Kelsen. Al tomar estos conceptos los hemos modulado para usarlos en la ciencia del derecho. De tal operación obtuvimos que:

a) “Ser jurídico” es aquel extremo de la relación jurídica (cosa, circunstancias, título del derecho, ley, sujeto, etc.) que existe en la realidad.

b) “Potencia jurídica” es algo que no existe aún jurídicamente, sino que está en capacidad de entrar en una relación jurídica. En otras palabras, es el conjunto de posibilidades justas que se abren a una determinada realidad.

c) “Espacio jurídico” es el resultado de sumar el ser jurídico y la potencia jurídica; es todo lo que es justo, actual o potencialmente. Lo contrario es lo injusto, antijurídico. Por eso, fuera del espacio jurídico está el espacio antijurídico.

5. En el trabajo hemos fijado las condiciones metafísicas necesarias para que exista el “ordenamiento jurídico”. No hay orden sin fin, no hay ordenamiento jurídico sin fin humano. No hay unidad sin un principio unificador. Los fines generales del Derecho no están determinados por la constitución, sino por la naturaleza humana, que es la que tiene las potencias humanas y a través de ella es la que fija los fines y valores del derecho. Hay una relación potencias-fines-valores-principios. El constituyente no puede “crear”, ni “transgredir”, sino sólo “concretar” esos fines, valores y principios preexistentes.

6. A partir de estos conceptos hemos observado que el espacio jurídico más amplio del ser humano es el que sólo está fijado por las potencias, fines, valores, principios, etc. humanos. El espacio jurídico será concretado por la realidad fáctica (ignorancia y prejuicios del constituyente, deberes y derechos adquiridos). Sólo después de este escalón gnoseológico y fáctico el espacio jurídico se concretará formalmente por la constitución, los tratados, las leyes, etc. y se realizará cuando lo que está mandado y escrito en el papel, se dé en la realidad (*v. gr.* en los actos jurídicos). Esta reducción escalonada del espacio jurídico es, pues, la pirámide jurídica invertida que postulamos.

7. Por último, hemos recapitulado estas teorías en la doctrina del Aquinate, entroncándola con el saber filosófico clásico.

REFERENCIAS

ALBERTO MAGNO, *Summa de Bono*, 1242 aprox.

ARISTÓTELES, *Metaphys*, XII.

BENDER O. P., Ludovicus, *Philosophia iuris*, Roma, Officium Libri Catholici, 1947.

ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos José, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Pamplona, EUNSA, 1986.

FINNIS, John, "Natural law - Positive law", en *Simposio Internazionale Evangelium Vitae e Diritto*, Roma, PUSC, 25-V-1996.

GALKOWSKI, Tomasz, *Il "quid ius" nella realtà umana e nella Chiesa*, Roma, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1996.

GARCÍA LÓPEZ, Jesús, *Lecciones de metafísica tomista*, Pamplona, EUNSA, 1995.

HERVADA XIBERTA, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 2000.

KANT, Emmanuel, *Principios metafísicos del Derecho* (1797), trad. de Gonzalo Lizárraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873.

KELSEN, Hans, "Adolf Merkl Zu Seinem Siebzigsten Geburtstag" (23-III-1960), en *ZÖR*, 1960.

_____ *La teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.

_____ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze*, Tübingen, 1911 y 1923. Versión en español, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado: Desarrollados con base en la teoría de la proposición jurídica*, trad. de Wenceslao Roces, México, UNAM, 1987.

_____ "Zum Begriff der Norm", en *Festschrift für Nipperdey*, Múnich, C. H. Beck, 1965.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Sevilla, Ed. Lagares, 2003.

RAMÍREZ, Santiago, *De ordine placita quaedam thomistica*, Salamanca, San Esteban, 1963.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, "Las causas metafísicas como fuentes del derecho", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15 (2012).

_____ “Noción de derecho en la metafísica tomista”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 26 (2012).

SUTHERLAND, Arthur, *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*, Buenos Aires, TEA, 1965.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 4ª ed., Madrid, BAC, 2001.

ULPIANO, *Digesto*.

VAN EIKEMA HOMMES, Hendrik, “La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica”, en *Persona y Derecho*, núm. 10, Universidad de Navarra, 1983.