

TOMÁS DE AQUINO-HANS KELSEN: TEORÍA DE LA “NORMA JURÍDICA” Y DE LA “REGLA DE DERECHO”*

Carlos Alberto Cárdenas Sierra**

Recibido: junio 14 de 2006 • Revisado: julio 31 de 2006 • Aceptado: agosto 29 de 2006

Resumen

Después de que Hans Kelsen expone su teoría de la norma y de la regla de derecho interviene redivivo Tomás de Aquino utilizando como autoridad al jurista Paulo. Así pues, la “regula iuris”, es decir, la “regla normativa”, brota del conocimiento del sistema codificado, dentro del cual existen distintos niveles normativos a partir de las constituciones imperiales o las constituciones pontificias. Pero esa “regula iuris” no es todo el derecho, sino un paso racional (“aliqualis ratio iuris”) para ayudar a comprender el derecho, que desborda los límites normativos y los marcos de los códigos. Las distinciones entre “norma” y “regla” resultan, en los dos filósofos del derecho, análogas.

Palabras clave

Tomás de Aquino, Hans Kelsen, norma de derecho, regla de derecho, regula iuris, sentido objetivo y subjetivo del derecho.

Abstract

Thomas Aquinas uses the jurist Paulo as a model of authority after Hans Kelsen's exposition of his theory about the “legal norm” and the “ruler of law”. So, the “regula iuris” that is to say the “normative rule” arises from the knowledge of codified system from which there are different normative levels taken from the Imperial Constitutions or the Pontifical ones. But this “regula iuris” is not all the Law but a rational step (“aliqualis ratio iuris”) to help in the understanding of Law that goes beyond the normative limits and the frames of the codes.

Key words

Thomas Aquinas, Hans Kelsen, legal norm, ruler of Law, regula iuris, objective and subjective sense of Law.

* Artículo sobre uno de los resultados de la investigación denominada “*Jusfilosofía tomista en diálogo con la jusfilosofía contemporánea*” aprobado y respaldado por la Universidad Santo Tomás.

** Abogado, Magíster en Filosofía, miembro de SITA y Líder del grupo de investigación “Raimundo de Peñafort”, reconocido en categoría “A” por COLCIENCIAS.

1. Microbiografía de Hans Kelsen¹



El jurista y justiciero Hans Kelsen (HK) nació en Praga —perteneciente entonces al Imperio austrohúngaro—, en el seno de una familia judía de clase media, el 11 de octubre de 1881, y murió en Berkeley, California, el 19 de abril de 1973. Con el fin de evitar problemas políticos por su origen racial, se

convierte al catolicismo en 1905. Asiste, en 1908, al seminario permanente de derecho público de la Universidad de Heidelberg y, posteriormente, desde 1911, se destaca como profesor en esa área en la Universidad de Viena. Es considerado el “padre intelectual” de la Constitución Federal republicana y democrática que se dio Austria en 1920, tras su derrota en la Primera Guerra Mundial (1914-1918) con la consiguiente disgregación del Imperio Austro-Húngaro. En esa Constitución, se conformó el “Tribunal de Justicia Constitucional”, del que fue magistrado desde 1920 a 1930.

En 1930 acepta una cátedra en la Universidad de Colonia, a la que tiene que renunciar luego del ascenso al poder del partido nacionalsocialista. Asume cátedra en Praga, la que debe abandonar al poco tiempo debido a las amenazas por su origen judío. Se traslada a la Universidad de Ginebra, donde dicta conferencias de Derecho Internacional. Finalmente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) le impuso abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1949), invitado a la Universidad de Harvard por conducto del profesor Roscoe Pound; de allí pasó a enseñar Ciencia política en la Universidad de Berkeley, California (1942). Asumió el cargo de asesor jurídico (1945) en la “Comi-

sión de Naciones Unidas para los crímenes de la guerra” en Washington, con la tarea de preparar los aspectos legales y técnicos del Tribunal de Nüremberg (tribunal que no se orientó precisamente por principios positivistas). Entre 1945 y 1952 trabajó activamente con las Naciones Unidas en el “Consejo de Seguridad”, entregado al examen de estas cuestiones: calidad de miembro, estructura de la organización, personería jurídica, funciones de la organización, sanciones que se pueden imponer, etc.

En sus años de estudiante milita en la Escuela neokantiana de Marburgo, donde trabaja en profundidad, entre otras, las fuentes primarias del criticismo. Esta Escuela, dirigida en los aspectos jusfilosóficos y justicarios por Rudolf Stammler, tenía como una de sus finalidades identificar los “errores” sobre la idea de justicia de la escuela clásica del derecho natural. Para evitar tales “errores”, se propuso la Escuela distinguir entre el sentido absoluto y el sentido objetivo de lo justo. Lo absoluto, las nociones puras, se sitúan en un plano superior a la realidad concreta ejerciendo sobre ésta un control de dirección y fundamento. “*Estas formas puras —dice Stammler— se obtienen mediante la reflexión crítica sobre la posibilidad de reducir a unidad los pensamientos, pero no podemos lograrlas observando las materias concretas perceptibles por los sentidos*”². Explica el jusfilósofo de la Universidad de La Habana Emilio F. Camus: “*Lo recto en sentido absoluto es la idea pura, pero ella debe objetivarse mediante la ordenación de la materia, siempre fluctuante, lo cual produce un resultado objetivamente justo, pero estos productos no podían acuñarse nunca con un sello de inmutabilidad, pues la idea no puede alcanzarse plenamente*”³. Esta postura frente al derecho implica definir muy bien los campos de la filosofía y la ciencia y, como consecuencia de ello, la Escuela se propone distinguir entre Filosofía y Teoría del Derecho recurriendo, entre otras obras

¹ Se consultó principalmente a ALADAR METALL, Rudolf, “Hans Kelsen: vida y obra” (1969), (trad. de J. Esquivel), México: UNAM, 1976.

² STAMMLER, Rudolf, “Tratado de Filosofía del Derecho”, México: Ed. Nacional, 1974, p. 244.

³ En prólogo a “El Juez” de Rudolf Satammler, México: Ed. Nacional, 1974, p. XLI.

de Kant, a los "Principios metafísicos de la *teoría del derecho*" (1796) y a los postulados socio-económicos de Max Weber.

Una vez Kelsen se doctora en derecho en 1906, en la Universidad de Viena, inicia su empeño por cimentar una "verdadera" "Teoría General del Derecho", cuyo objeto es una "idea pura" del derecho que no tenga "contaminaciones" sociales, económicas o morales, lo que lo lleva a distanciarse de la corriente sociologista marburguiana. Kelsen articula filosofía kantiana, "jurisprudencia analítica" y teoría del Estado y del derecho, gracias a su trabajo central en el equipo de investigación denominado "Círculo Jurídico de Viena"⁴, al cual aporta mientras se destaca como profesor de Derecho Público. A su amplia formación y versación en temas que lo apasionaron desde muy joven (filosofía general, literatura, lógica, matemáticas y ciencia natural), se debe su competencia para *delimitar* y *separar* filosofía, ciencias sociales y ciencias naturales. Es seguro que el estudio constante de estas materias ejerció una influencia importante en toda su obra a través de su vida.

Hacia 1908 participa en los seminarios de derecho público de Heidelberg, orientados por el filósofo y jurista Georg Jellinek (1851-1911). En 1911 publica "Teoría del Estado y del Derecho", en donde expone por primera vez las reflexiones que van a madurar en la "Teoría Pura del Derecho" (1934). "Los problemas capitales de la teoría del Estado y del Derecho, desarrollados por la teoría de la proposición jurídica" era el título completo de esta primera obra, que va a servir de *marco teórico* del "Círculo

Jurídico de Viena". HK, aunque deslindó intereses políticos y razón jurídica, siempre vio una relación muy estrecha entre Política y Derecho.

Uno de los autores más queridos por HK fue el jurista inglés John Austin (1790-1859)⁵, quien le sirvió de inspiración y de fuente directa en muchos de los pasajes de su "Teoría Pura". El concepto de derecho de Austin hunde sus raíces en la tradición del nominalismo ético inglés. El jurista mejicano Felipe González Vicen⁶ nos sintetiza el pensamiento jurídico de este profesor inglés: "El derecho no es un orden objetivo que se predica de la naturaleza humana y que en el discurso especulativo puede, por eso, descubrir, sino un orden de conducta vinculado a una comunidad y sometido a variaciones según factores de hecho. Lo peculiar de la doctrina de Austin, y en general del benthamismo, es, empero, que este carácter esencial de la positividad del derecho no es fundamentado históricamente, como lo hace Savigny, sino racionalmente y de modo abstracto. Su idea central no es la de la conexión orgánica de las generaciones, 'entre las cuales sólo puede darse un desenvolvimiento, pero no un fin ni un principio absolutos', sino la del poder de la razón para obtener inductivamente de las circunstancias de cada momento la fórmula que asegure la felicidad de un grupo humano". Podríamos intentar una cadena de relevos así: del nominalismo inglés a Hume... de éste a Kant... de Kant a Stammler... de éste a Kelsen... / de Hume a Bentham... de Bentham a Austin... de éste a Kelsen. El autor de la "Teoría Pura" es heredero de una vertiente de la filosofía que hunde sus raíces en la Edad Media.

⁴ El "Círculo Jurídico de Viena" es un movimiento que tiene por finalidad echar las bases epistemológicas de una "Ciencia Positiva del Derecho" a partir de la construcción de una "Teoría General del Derecho". Para ello articularon el criticismo y el positivismo lógico del "Círculo de Viena". Se destacan entre sus integrantes: Rudolf Aladár Métall, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Feliz Kaufmann, Fritz Sander, Erich Voegelin, Alf Ross, Charles Eisenmann, Luis Legaz y Lacambra, Franz Weyr.

⁵ Austin pertenecía, desde su juventud, al círculo formado en torno a Jeremías Bentham y John S. Mill; su carrera comienza, en realidad, cuando, en 1827, el grupo benthamista, que impulsa la fundación de la Universidad de Londres, le invita a ocupar en ella la cátedra de *Jurisprudente* o Teoría del Derecho. No publicó en vida más que una sola obra de teoría del Derecho, "The Province of Jurisprudence determined" (1832), en la que en seis capítulos exponía el contenido de las diez primeras lecciones del curso profesado por él en la Universidad de Londres. Dos años después de la muerte del autor, en 1861, su esposa hizo imprimir, bajo el título común de "Lectures on Jurisprudence", los manuscritos de las restantes lecciones del curso y las notas y ensayos inéditos dejados por Austin. En la famosa lección inaugural de 1828 de la Universidad de Londres, denominada "On the Uses of the Study of Jurisprudence", que pronunció nuevamente en 1834, es el único lugar de toda su obra donde se expresa sistemáticamente sobre el problema de la ciencia del derecho.

⁶ En el prólogo de "Lecturas sobre Jurisprudencia" de John Austin. México Ed. Nacional, 1974.

HK fundamenta una “Teoría General del Estado y del Derecho”, tal como ya lo había intentado Austin en Inglaterra y los teóricos de Marburgo en Alemania. Pero se destaca, por encima de los intentos anteriores de fundamentación, porque realiza un análisis crítico de la ciencia jurídica, reflexionando sobre las *formas propias del pensamiento* de los *juristas*, de suerte que sus indagaciones no tienen un carácter meramente empírico sino lógico y metodológico: la construcción de una “regla de derecho” como forma lingüística de conocimiento de la norma va a ser la clave de sus primeras obras. Mientras Austin describe el derecho como “órdenes respaldados con amenazas” dirigidas a los ciudadanos, Kelsen lo presenta como “un conjunto de obligaciones cuyo incumplimiento impone sanciones”, especialmente dirigidas al accionar de los funcionarios encargados de aplicar la norma.

Otras obras de Kelsen son: “*Esencia y valor de la Democracia*” (1ª ed., 1920; y la 2ª ed., 1921); “*Ciencia del derecho y derecho*” (1922); “*Teoría política del Socialismo*” (1923); “*El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*” (1923); “*Forma del Estado y Filosofía*” (1933); “*La paz por medio del derecho*” (1944); “*¿Qué es justicia? Justicia, ley y política en el espejo de la ciencia*” (1953); “*El fundamento del Derecho Natural*” (1962). Muerto HK en 1973, su discípulo y amigo Rudolf A. Metall publicó la obra póstuma “*Teoría general de las normas*”, editada en español en 1994. Las obras kelsenianas más conocidas en Colombia y el resto de América Latina son las dos mencionadas: “Teoría General del Derecho y del Estado” y “Teoría Pura del Derecho».

La influencia de Kelsen (aparte de lo que debe considerarse estrictamente su escuela, denominada “*del Derecho político puro*”⁷) ha sido extraordinaria, ya que sus escritos han sido traducidos a los idiomas más importantes, con aplicaciones a las distintas formas de la realidad jurídica (derecho público, derecho penal, derecho privado, derecho internacional). Su obra ocupa un lugar central, por épocas privilegiada y excluyente, en el pen-

samiento y la práctica jurídicas contemporáneas. Su “Teoría Pura del Derecho”, al intentar establecer los conceptos fundamentales y la estructura esencial discernibles en cualquier ordenamiento jurídico, se convirtió en el modelo de toda justeoría futura.

2. Obra fuente

“Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Ciencia del Derecho”.

Este es el libro fundamental para nuestro intento de intercambio discursivo entre Tomás de Aquino (TdA) y el Justeórico de Viena. Por este libro HK es conocido en todos los ámbitos jurídicos. Fue una especie de manifiesto del positivismo y del formalismo maduros, con el fin de disciplinar una ciencia del derecho que se consideraba ecléctica e inestable, que mezclaba distintas razones y distintas lógicas, con lo cual se amenazaba la seguridad jurídica. La “Teoría Pura” entusiasmó a los innovadores juristas colombianos entre las décadas del 40 y del 50 y los ayudó a repensar sus prácticas y sus estilos doctrinales.

Aunque el breviario de nuestro encuentro con TdA es la “Teoría Pura” (en sus dos ediciones: 1934, 1960), también tendremos en cuenta, cuando haya que ampliar o precisar, la “Teoría General del Estado del Derecho” y la “Paz por medio del derecho”.

Los investigadores del Grupo Raimundo de Peñafort, formados dentro de la mentalidad kelseniana de nuestras universidades, de manera natural nos sentíamos kelsenianos sin necesidad de haber hecho la lectura suficiente de la obra. Descubrimos que era *preciso analizar a fondo el texto*, conocido en las aulas de segunda mano, indirectamente. Tuvimos, al comienzo, cierta perplejidad al establecer que en nuestro medio se utilizan ediciones no concordantes, dado que las ediciones originales fueron cambiando por la evolución del mismo autor.

⁷ “Datos biográficos” en: “*Esencia y Valor de la Democracia*” de Kelsen. Granada: COMARES, 2002, p. 2.

Resolvimos comparar las dos traducciones más conocidas y buscar aclarar o completar la una por la otra, cuando algún texto no nos parecía del todo transparente. No obstante, la edición preferida fue la de Eudeba (1979), décimosexta edición de la traducción del francés por Moisés Nilve del texto de H. Thévenaz de 1953, quien se había basado en la primera edición alemana de 1934. Kelsen personalmente reconoce la labor de este último al permitirle *"someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría Pura del Derecho"*. La segunda traducción utilizada fue la de Porrúa (1998), décima edición de la traducción de Roberto J. Vernengo sobre el original alemán de 1960, en la que el autor introduce revisiones a partir de su paso por la vida jurídica anglosajona. Esta edición tenía la ventaja de que venía con un apéndice con especial énfasis en la doctrina del Derecho natural; pero, por desgracia, tal apéndice fue suprimido de la edición de Porrúa, y se hizo imperioso buscarlo en edición separada⁸.

La edición de Eudeba está dividida en trece capítulos: I. "El derecho y la naturaleza". II. "El derecho y la moral". III. "Definición del derecho". IV. "La obligación jurídica". V. "El hecho ilícito". VI. "La responsabilidad jurídica". VII. "Ciencia del derecho y sociología jurídica". VIII. "El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación". IX. "La estructura jerárquica del orden jurídico". X. "La interpretación". XI. "Los modos de creación del derecho". XII. "El derecho y el Estado". XIII. "El derecho internacional".

La edición de Porrúa se reduce a ocho capítulos: I. "Derecho y naturaleza". II. "Derecho y moral". III. "Derecho y ciencia". IV. "Estática jurídica". V. "Dinámica jurídica". VI. "Derecho y Estado". VII. "Estado y derecho internacional". VIII. "La interpretación". En el prólogo, Kelsen afirma que su teoría no puede ser considerada definitiva, sino como una "empresa" que ha de seguir siendo adelantada *"mediante complementos y otras mejoras"*. Con esta segunda edición —aclara—, *"presenta una reelaboración completa de los temas tratados en*

la primera, y una significativa ampliación de su campo de estudio". Y explica a continuación en qué sentido avanza: *"Mientras que me contenté entonces en formular los resultados especialmente característicos de una doctrina jurídica pura, intento hoy dar solución a los problemas más importantes de una teoría general del derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, precisando al hacerlo el lugar de la ciencia jurídica en el sistema de las ciencias, más de lo que anteriormente se hiciera"*.

A pesar de las ventajas de la traducción de Porrúa, no obstante, fue la edición de Eudeba la que más utilizamos, dado que estábamos familiarizados con ella desde la época de estudiantes y porque es la edición que se emplea en Analítica desde el nacimiento del "Sistema modular" de nuestra Facultad de Derecho. Así mismo, para la parte final del diálogo, utilizamos la obra de HK "La paz por medio del derecho" (1944), edición en español de Trotta, 2003.

Es importante tener en cuenta la nota que el traductor Roberto J. Vernengo pone al final de la edición de Porrúa, acerca de la tradición de los traductores del lenguaje kelseniano, especialmente en lo relacionado con la distinción entre "ser" y "deber ser", que resulta clave en la discusión de los positivistas con los iusnaturalistas: *"Baste señalar la innumerable literatura producida alrededor de la distinción entre el 'ser' y el 'deber ser', traducciones usuales de los verbos sein y sollen que Kelsen utiliza sistemáticamente. Parece evidente hoy que el giro, gramaticalmente dudoso, 'deber ser', no corresponde al simple verbo auxiliar sollen. En esta traducción se evita utilizar tal 'deber ser', recurriéndose, en lo posible, al verbo modal castellano 'deber'. Ha de entenderse, pues, que cuando Kelsen habla de das Sollen no está refiriéndose a una misteriosa entidad: 'el Deber Ser', de alguna suerte contrapuesta a otra entidad metafísicamente muy prestigiosa: 'el Ser', sino que está utilizando simplemente el infinitivo del verbo auxiliar*

⁸ KELSEN, Bobbio y otros. "Crítica del Derecho Natural". Madrid: Taurus, pp. 27-163

'deber' como un sustantivo verbal. Lo mismo es posible, sin mayúsculas ni hipóstasis, en castellano. Giros hay, por cierto, donde las dificultades de traducción se agravan, como cuando Kelsen habla de Soll-normen, como si las hubiera sin ese sentido modal. He recurrido libremente, para traducir tales términos, al adjetivo 'deóntico' que desde los escritos de G. von Wright se ha hecho común. En la versión en francés de 1953 —muy valorada por Kelsen—, Henri Thévenaz también usó el verbo modal *"devoir"* cuando tradujo *"das Sollen"*⁹.

3. Teoría kelseniana de la "norma jurídica" y de la "regla de derecho"

La "Teoría pura del derecho" se presenta como teoría del derecho positivo a partir del conocimiento de la *norma*. Esta es su *objeto* central. El método consiste en eliminar todos los elementos extraños: "relaciones de poder", "comportamiento humano en función de los sentimientos", "emociones", "relaciones reguladas por las intenciones", "creencias religiosas" y "problemas de fe"...

De acuerdo con la "Teoría Pura", el lenguaje usado en las ciencias de la naturaleza, que es el lenguaje descriptivo o enunciativo, no puede servir para explicar el fenómeno social, pues la naturaleza no es más que un sistema de elementos que tienen una relación causal (*si A entonces B*); la sociedad, en cambio, es un orden que no puede ser "descrito" sino a través de una "regla de derecho" basada en el "principio de imputación". Esa "regla de derecho" consiste en las proposiciones formuladas por los juristas, mediante las cuales la ciencia del derecho *conoce y describe* las *normas jurídicas* (expresiones de voluntad).

Puesto que "norma" y "regla" no son equivalentes, Kelsen hace las necesarias distinciones¹⁰: 1) la *norma* impone obligaciones y confiere derechos subjetivos (y "se la puede considerar justa o injusta"¹¹), mientras la *regla* de derecho no puede tener tal efecto y solo se la puede estimar desde un punto de vista lógico como "verdadera o falsa"; 2) la *regla* de derecho es un "acto de conocimiento" y la *norma* jurídica un "acto de voluntad"; 3) la *regla* de derecho "es un juicio hipotético" y la *norma* jurídica es un "imperativo"; 4) mientras la *norma primaria* establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción y la *norma secundaria* prescribe la conducta o el comportamiento que los sujetos deben realizar para evitar la sanción, entre las *reglas* de derecho *primarias* y *secundarias*, que sirven para describir aquellas, hay identidad, porque el derecho es definido como un orden coercitivo ("una regla secundaria supone una regla primaria")¹².

Para Kelsen es preciso distinguir el *acto* de su *significación*, es decir, lo que se percibe y el sentido de lo percibido, que es descubierto por proceso interpretativo a la luz de un sistema de referencia. Los actos de los legisladores producen las leyes, pero el sentido jurídico de éstas no lo establecen tales actos, la razón hermenéutica de la ciencia del derecho, la cual pone en relación esos actos de voluntad con las previsiones normativas del sistema jurídico, basado radicalmente en la "norma fundamental". Ese sentido es expresado a través de "las reglas de derecho". Existen dos tipos de significado: el subjetivo de los sujetos de las relaciones jurídicas y el objetivo descubierto por la ciencia del derecho. HK habla del falso capitán del pueblo de Köpenick que se presentó ante el alcalde a exigirle, como autoridad militar, fondos para el ejército. El sentido subjetivo desde el punto de vista del alcalde era que se trataba de un acto administrativo; el sentido

⁹ Ver nota del traductor en la versión de Eudeba, pp. 66 y 67.

¹⁰ KELSEN, "Teoría Pura del Derecho", (trad. de Thévenaz autorizada al francés por el autor). Buenos Aires: Eudeba, 1979, p. 47.

¹¹ KELSEN, *id. ib.*

¹² KELSEN, *Op. cit.* "Teoría Pura del Derecho", pp. 77-78.

objetivo descubierto por el juez era que se había cometido un delito¹³. La mafia condena a muerte a un miembro de la sociedad secreta y un tribunal militar condena a muerte a un desertor: los actos son exteriormente idénticos, pero los sentidos diversos: subjetivamente los dos condenados pueden considerarse legalmente condenados; pero el primer acto es objetivamente un delito y el segundo acto es objetivamente la aplicación de una pena.

El problema de la distinción entre acto y sentido lo encontramos planteado en germen en la obra de Austin¹⁴ y resulta dimensionado y asumido como tema resorte de la "Teoría Pura". Por tanto, el objeto de la ciencia del derecho no son los hechos sociales que la norma disciplina, sino el significado que ésta tiene dentro del sistema jurídico. A HK le sirve esta distinción para mostrarnos cómo lo que "es" (el acto) no puede ser el objeto de una ciencia del derecho. Lo único objetivo, y, por tanto, científico es lo que "debe ser" (su significación objetiva).

¿De qué tipo es el nexo que ata el acto humano con la consecuencia?, ¿cómo hacemos para considerar a una persona responsable cuando una sanción puede ser dirigida contra él? El nexo entre la condición y la consecuencia sería su significación objetiva, es decir, el significado dado por una norma del sistema jurídico que, a la vez es referencia del acto humano. Lo anterior, le permite al teórico de Viena, privar al ejercicio hermenéutico de todo contenido voluntarista o psicológico¹⁵. El *significante* es el enunciado lingüístico (lo que el legislador quiere regular en la norma primaria a partir de la norma secundaria); el *significado* es el deber que deriva de la prescripción de obediencia a mandatos superiores: la norma supuesta; y el *referente* es la

consecuencia consagrada en forma de sanción en la norma primaria a partir del acto de conocimiento que se concreta en la regla primaria. Como consecuencia de lo anterior, Kelsen precisa que solo a la ciencia del Derecho le corresponde, mediante una regla de derecho, establecer tal relación entre la condición y la consecuencia. Para que exista un nexo de imputación es necesario un acto humano para pasar de la premisa a la consecuencia: si la condición A se realiza —el acto ilícito—, entonces *debe ser* B la consecuencia, que es una sanción.

Formulado el principio de imputación en esos términos, se debe afirmar que el destinatario de la obligación (deber ser) no es el autor del ilícito prescrito por la norma, sino el juez que "debe" imponer la sanción. Con esto pretende solucionar Kelsen el problema que dejó Austin al definir el derecho como *órdenes respaldadas con amenazas*, que dejaba amplios sectores jurídicos reducidos a la "concepción del soberano". Como en HK el derecho es una obligación de imponer sanciones, entonces el concepto de derecho se desdobra: órdenes respaldadas con amenazas para los ciudadanos ordinarios, subordinadas a las normas primarias como "cláusula condicionante"¹⁶ para los funcionarios. Al respecto, explica H. Hart: "*una regla secundaria, dice Kelsen, —prescribe la conducta del autor del comportamiento calificado como ilícito por la norma— es un hecho superfluo, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria —la que se refiere a la sanción— contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa... la regla de derecho, según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción*"¹⁷.

¹³ Cf. KELSEN, *Op. cit.* "Teoría Pura del Derecho", pp. 37-38.

¹⁴ Cf. AUSTIN, Lección I, en: "El Objeto de la Jurisprudencia" ("The Province of Jurisprudence Determined" (Oxford, 1954)), traducción de Juan Ramón de Páramo A., e introducción de H. L. A. Hart, Madrid: CEPC, 2002.

¹⁵ Cf. KELSEN, "Teoría Pura", *Op. cit.*, pp. 38-47; Hart, "El Concepto de Derecho". Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 117-118.

¹⁶ Cf. HART, "El Concepto de Derecho". *Op. cit.*, p. 47.

¹⁷ KELSEN, *Op. cit.* "Teoría Pura del Derecho", p. 78.

Precisa HK acerca de la función de la norma: “*No hay norma jurídica que prohíba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometan homicidio*”¹⁸. La definición como juicio hipotético de la regla de derecho que describe la norma jurídica deja ver que se prescinde abiertamente del concepto de derecho como imperativo dirigido a un sujeto particular proveniente de una autoridad. “*Todas las normas genuinas —vuelve a aclarar Hart—, según este modo de ver, son órdenes condicionales a los funcionarios para que apliquen sanciones. Todas tienen esta forma: “Si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y”*”¹⁹. Por lo cual, se puede afirmar que el protagonista, en el mundo del derecho del teórico de Viena no es otro que el aplicador de sanciones. El juez será para la “Teoría Pura” “creador del derecho” cuando hablamos en términos de la dinamicidad del derecho y de la eficacia del sistema jurídico. El legislador no tendrá otra función que establecer las condiciones en que se aplica cualquier sanción.

Por lo general, la norma superior no determina completamente el contenido de la norma inferior: “*siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como un marco que hay que llenar*”²⁰. La no determinación puede recaer sobre el hecho ilícito o en la sanción, y puede deberse a que se busca el máximo de generalización o a la oscuridad del texto de la ley. En estos casos, el legislativo, órgano que produce la norma general, delega en un órgano administrativo o en el juez la función de determinar la solución normativa para cada caso en concreto.

Planteado así el problema, Kelsen²¹ propone las siguientes reglas al intérprete, especialmente cuando son po-

sibles varias significaciones del texto normativo: 1) en caso de lagunas lógicas, tener presente la regla general kantiana que dice que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”; 2) considerar que la “norma es un marco abierto a varias posibilidades”; 3) se trata de “determinar” el “marco constituido por la norma”; 4) no conduce la interpretación a una solución única “que sería la exclusivamente justa”; 5) las soluciones son de igual valor; el órgano puede atribuir valores diferentes a las soluciones desde el punto de vista político y moral; 6) el intérprete tendrá que esclarecer o comprender el sentido del derecho con la ayuda de su razón y no de su voluntad; 7) el intérprete tendrá que elegir de entre varias una solución justa con respecto al derecho positivo; 8) la analogía y el argumento a contrario están desprovistas de valor hermenéutico; 9) la regla interpretativa que establece tener en cuenta los intereses en juego no aporta solución alguna; 10) siempre es necesario un acto creador de derecho como el fallo de un tribunal; 11) el juez goza de cierta libertad para crear normas jurídicas; 12) recurrir a los comentarios científicos puede confundir más porque ellos sólo deben limitarse a indicar interpretaciones posibles; 13) cuando una norma inferior es creada, el órgano creador no solo tiene en cuenta la *norma superior*, sino también *otras normas jurídicas* relativas a la moral, a la justicia, bien público, interés del Estado.

¿Qué podría decir el *gran medieval* acerca de la distinción entre “norma jurídica” y “regla de derecho”? ¿tendría para él importancia la distinción entre “acto” y “significación”? ¿qué nos dice acerca del papel del juez?

Si TdA, en su aula parisina, hubiese hecho la siguiente “quaestio”: *si el conocimiento del derecho consiste en la comprensión de la ley escrita*, y si el profeor HK hubiese podido regresar al pasado e intervenir en la “disputatio” con la disertación anterior, el Maestro do-

¹⁸ Cf. con la conclusión de Hart en “El concepto de derecho”, Buenos Aires: Abeledo – Perrot, reimp. 2004, p. 45.

¹⁹ HART, “El Concepto de Derecho”, *Op. cit.*, p. 45.

²⁰ KELSEN, *Op. cit.* “Teoría Pura del Derecho”, p. 167.

²¹ KELSEN, *Op. cit.* “Teoría Pura del Derecho”, pp. 166, 168.

minico, muy respetuoso, hubiese adelantado un “sed contra” para pasar a su personal “respondeo dicendum”.

“*Sed contra*”: el conocimiento del derecho no consiste solamente en la comprensión de la ley escrita, pues el derecho no consiste fundamentalmente en la ley, que es apenas su “mensura” auxiliar. “Lex non est ipsum ius”. Dice el jurisprudente Paulo: “Una regla jurídica es aquella que brevemente describe la cosa que es. No para que se tome el derecho de la regla, sino que del derecho (cosa justa), que es, se haga la regla. Así pues, el papel de la regla es dar cuenta abreviada de las cosas” (“Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur...”)22.

“*Respondeo dicendum*”: en nuestra época manejamos dos codificaciones: el “Corpus Iuris Civilis”, que se empezó a estudiar en Bolonia, y el “Corpus Iuris Canonici”, que está terminando de sistematizar mi Maestro y cohermano fray Raimundo de Peñafort. Dentro de esos “cuerpos” o códigos, es preciso contextualizar cada norma o institución con el fin de alcanzar su mejor comprensión. La “regula iuris”, es decir, la “regla normativa” brota del conocimiento del sistema codificado, dentro del cual existen distintos niveles normativos a partir de las constituciones imperiales o las constituciones pontificias. Pero esa “regula iuris” no es todo el derecho, sino un paso racional (“*aliqualis ratio iuris*”) para ayudar a comprender el derecho, que desborda los límites normativos y los marcos de los códigos. Como decía el jurisconsulto Paulo, la “regla de derecho” decisiva es aquella que se toma de las cosas o de la “naturaleza de la cosa”, *objeto debido* u ocasión de una relación intersubjetiva. Estas *cosas debidas* o “*iura*”, que se perciben en el seno de la coexistencia o de la convivencia, son las que primordialmente deben ser conocidas y “narradas brevemente”.

Existen, pues, dos clases de “regula iuris”: la que describe cosas y la que explica normas. Ambas son necesarias para quien hace justicia: atenerse prudentemente a los datos de la realidad y auxiliarse por la razón acumulada de quienes han mantenido la tradición jurídica. Los actos prudentiales requieren partir de la “inteligencia” de los hechos presentes, pero para ir sobre seguro es preciso hacer “memoria” de los saberes acumulados (“Corpus Iuris”) y consultar a los expertos (los jurisprudentes).

En cuanto a la distinción entre “acto” y “sentido”, es preciso estar de acuerdo con el Dr. Kelsen, pues vivimos rodeados de lenguajes cuyos significantes, con frecuencia, son equívocos, a no ser que indagemos su significado profundo, que depende de las relaciones entre los signos y las intenciones de quienes los usan. “La significación del nombre no se refiere inmediatamente a la realidad o cosas sino mediante el entendimiento”23. La significación o el “sentido” de los “actos” no se alcanza con sólo percibirlos, como si se tratara de señales de tráfico o de gestos como apuntar con el dedo. Es preciso que el entendimiento indague en el contexto dentro del cual se produce el “acto”. No obstante, el sentido de éste, desde el punto de vista jurídico, resulta incompleto si solamente nos atenemos a los contextos de uno u otro “Corpus Iuris”, pues es preciso que el “acto” se plenifique con cuanto proporciona el contexto de la realidad, dentro del cual es necesario tener en cuenta “las consecuencias”.

En cuanto al papel del juez, puesto que no es un simple operador jurídico, un mero técnico de normas, sino ante todo un *prudente* experto en situaciones y *casos* de la *vida real*, le corresponde producir “regulas iuris” que no sólo lo guíen en la comprensión del marco normativo, que debe respetar, sino ante todo construir las “regulas iuris” que le permitan resolver el caso y “dar del derecho”. Porque la complejidad del caso puede desbordar las posibilidades normativas (dada la genera-

22 Digesto, L, XVII.

23 De Potentia, q. 7, a. 6.

lidad de éstas), la “natura rei” —junto con el “espíritu de la ley” y las “exigencias del bien común”—, deben guiarlo y convertirlo en legislador particular.

El Dr. *Michel Villey*, mi discípulo del siglo XX, que vino al pasado en la misma nave del Dr. Kelsen, opina acerca de la ley, el derecho y la actividad del juez: “El derecho es una tarea de atribución, o de “distribución” de los bienes, deudas, honores y responsabilidades públicas, o esferas de actividad, que se disputan en cualquier tribunal. Es, por excelencia, el lugar en donde se ejerce esa actividad de la “justicia distributiva”, de la cual la “justicia conmutativa” sólo es una dependencia”²⁴.

“Las leyes que forman el armazón de la justicia general [sean, por lo demás, escritas o no, naturales o positivas] no son el derecho”²⁵.

“La palabra derecho hoy evoca no el objeto, la proporción (conmutaciones) equitativa en un grupo de bienes o penas repartidos (distribuciones), sino la rectitud de la conducta el individuo, el hecho de que un individuo siga derechamente una regla, sin apartarse de ella, desviación que constituye el entuerto... El jurista emigra a la moral. Esto es, al menos, lo que indica la etimología”²⁶.

“La ley moral dictada por Yaveh, será sustituida en la concepción de Rousseau por el culto de la “conciencia” subjetiva, y en la de Kant por el “imperativo” de la “Razón a priori”, moral exclusivamente humana... Esta cuasi-religión del Hombre, en el idealismo, ha ocupado el lugar de la teología... De nuestra cultura sacral provienen la absorción del derecho en la ley, largo tiempo concebida según el modelo de la Torah divina, guía de

las acciones humanas, y la costumbre de definir el Derecho como un “conjunto de normas de conducta...”²⁷.

“La palabra *jus*—continúa Villey— en el lenguaje correcto y adecuado, no significa un conjunto de leyes [aunque ciertas leyes puedan constituir una fuente de derecho, *aliquis ratio juris*, Tomás de Aquino, *ST*, II-II 57, 1]. El *jus* “objeto de la justicia” es una “cosa”, una realidad, realidad justa (*res justa*), esa realidad inherente al cuerpo político que es en él la justa relación de los bienes y cosas repartidas entre los ciudadanos...”²⁸. Las leyes son las “reglas de las acciones humanas: gobiernan la conducta humana, el conjunto de la moralidad; no hay que confundirlas con el derecho considerado en su acepción propia...”²⁹.

“El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales...”³⁰.

En la tradición del “positivismo legalista, salido de la doctrina hobbesiana del contrato social, en donde impera la tesis de la absoluta soberanía de las leyes del Estado sobre el derecho... la sentencia es deducida del texto de la ley, con exclusión de cualquier otro motivo... Lo cual se ha convertido en un lugar común del positivismo jurídico, tan repetido por los filósofos (como Kant en su “Doctrina del derecho”), como por los juristas (la Escuela francesa de la Exégesis)... La sentencia sale de un silogismo, cuya premisa mayor será suministrada por una norma general, quedando el caso específico “subsumido” bajo el término inscrito en la ley...”³¹.

²⁴ VILLEY, Michel, “Compendio de Filosofía del Derecho”, T. II “Los medios del derecho”, Pamplona (Navarra): Eunsa 1981, p. 25.

²⁵ VILLEY, *Op. cit.*, “Compendio de Filosofía del Derecho”, Tomo I “Los fines del derecho”, p. 77.

²⁶ *Ibid.*, pp. 133-136.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, pp. 138-140.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ KELSEN, “Teoría Pura del Derecho”, p. 177.

³¹ VILLEY, *Op. cit.*, “Compendio de Filosofía del Derecho”, T. II, pp. 51-56.

“El arte jurídico —precisa Villey— saldrá del conocimiento (ars qua cognoscitur justum, II-II, 57, 1). Por lo mismo, el juicio —judicium— es obra de la facultad cognoscitiva, que persigue captar una realidad objetiva: vis cognoscitiva quae apprehendit rem aliquam secundum quod in se est (II-II, 60, 1)...”³².

¿Cómo sería esa “invención” del derecho sin leyes? —pregunta Kelsen—. Villey responde así: *“Nos ocuparemos ahora de los medios: de los caminos que se han de seguir para hallar el justo reparto, para inventar la solución del derecho: lo que en las obras alemanas de metodología se llama “Rechtsfindung”, o “Rechtsgewinnung”...”³³. “Así, —continúa Villey—: De formas de discurrir imperfectas, aproximativas —razonamientos “por analogía”—, uso de entimema, palabra que en retórica designa unos silogismos abreviados en los que falta algún eslabón de la deducción. Los términos del derecho son maleables... El proceso según Perelman, es sobre todo una lid de opiniones... aunque unas sentencias... revistan la apariencia de silogismos, la premisa mayor no se nos da. Tenemos que buscarla, inventarla, escoger entre la pluralidad de las formas posibles anticipadas por los diferentes abogados... No se invocarán allí más que leyes... principios generales del derecho... precedentes jurisprudenciales, la equidad, la oportunidad, todo lo cual los jueces toman efectivamente en cuenta. Se sirve uno allí de un arte de la argumentación, arte de refutar, demoler la argumentación del adversario, demostrar su irrelevancia para el caso litigioso, desacreditarla para hacer prevalecer la propia tesis...”³⁴. “Por tanto —concluye Villey—, el instrumento intelectual que necesitan los juristas no es en absoluto la demostración científica, que se ayuda de la lógica formal. El instrumento específico del derecho es la retórica. Nueva retórica... o restauración de la vieja retórica...”³⁵.*

Después de dar la palabra a uno de sus discípulos más radicales, el Maestro de Aquino precisa la importancia de la creación judicial, lo que parece reforzar las convicciones de Villey: *“Por ser los actos humanos, sobre los que recaen las leyes, singulares y contingentes, que pueden ofrecer ilimitadas formas, no fue posible establecer una ley que no fallase en un caso concreto. Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va contra la equidad y contra el bien común, que es el que persigue la ley. Así por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar la patria. Por tanto, en estas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla”. Sentencia: “Ser esclavo de la ley cuando no conviene, es vicioso”.*

El Maestro de Aquino, siguiendo a Aristóteles, recuerda la importancia de la “epiqueya” o “aequitas” de los romanos. Ésta es propiamente la justicia propia del juez (que niega el “fiat justitia pereat mundus” de la justicia abstracta). Le “aequitas” impone al juez un ejercicio hermenéutico en el que *“no descuida la justicia sin más, sino lo justo establecido por una ley particular”.* Quien sentencia *“no juzga de la ley, sino de un caso bien concreto que se presenta...”.*

Parece preciso afirmar que, en perspectiva tomista, no existen propiamente “lagunas lógicas” ni “técnicas”, porque el juez es libre de ir más allá de la letra de la ley para buscar la solución, recurriendo al Derecho natural, al espíritu del legislador (el bien común buscado), a lo más justo (consecuencialismo), a la costumbre, a la moral, a los principios generales, a las “autoridades”, etc. Kelsen

³² VILLEY, *Op. cit.*, “Compendio de Filosofía del Derecho”, T. I, p. 140.

³³ VILLEY, *Op. cit.*, “Compendio de Filosofía del Derecho”, T. II, p. 25 (N de A: negrillas y mayúsculas tienen la función de resaltar los énfasis del emisor para darle la teatralidad que requiere el diálogo).

³⁴ *Ibid.*, pp. 62-63.

³⁵ *Ibid.*, p. 63.

admite la “no determinación voluntaria o involuntaria” de la ley, las lagunas técnicas (porque las lagunas lógicas tienen la solución kantiana de lo “*jurídicamente permitido*”) y las “lagunas admitidas legislativamente”. Pero que no nos equivoquemos, el juez del teórico de Viena no es libre: debe estar pendiente de la norma superior; “si recurre a la moral, a la justicia, al bien público o al interés del Estado” es porque el legislador lo ha previsto así. La facultad otorgada al juez por el legislador es un “peligro” y, por ello, debe entenderse como una ficción de la laguna técnica que consiste en inducir al juez a pensar que no tiene tal potestad. Además este juez, incapaz de sopesar los intereses y de usar los instrumentos de la lógica (analogía, argumento a contrario, etc.) no tiene más herramienta que su “uso privado de la razón”³⁶, porque no puede recurrir a su voluntad, sometida a su deber de funcionario. La idea de que el derecho es un texto “abierto a varias posibilidades” sólo indica que está “abierto” a las posibilidades que da el mismo sistema: “todo lo que no está prohibido está permitido”³⁷.

Bibliografía

AUSTIN, John (2002). *El objeto de la jurisprudencia* (The Province of Jurisprudence Determined [única obra publicada en vida]). Madrid: CEPC.

_____ (1974) Sobre el estudio de la jurisprudencia actual, (ensayo tomado de los apuntes de clase de J. S. Mill), México: E. Nacional-U. de la Laguna.

AQUINO, Tomás de

Suma Teológica:

Collegii Provinciae Tolosanae, Ordinis Praedicatorum, Parisiis, Editoris anno 1820, 1932 (5 Tomos).

Cura Fratrum eiusdem Ordinis. Madrid: BAC 1952 (5 Tomos).

Texto latino de la edición crítica leonina con traducción al español presidida por Francisco Barbado Viejo, O.P. y dirigida por Santiago Ramírez, O.P., Madrid: BAC 1954 (16 Tomos)

Dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas de España. Madrid: BAC 1994 (IV y V Tomos), 1990 (III Tomo), 1989 (II Tomo), 1988 (I Tomo)

Traducción de los Tratados de la ley y de justicia por Carlos Ignacio González, S.J. México: Porrúa 1996, Núm. 301 (1. Volumen)

Suma Contra Gentiles:

Texto latino al cuidado de la Orden de Predicadores con traducción y notas introductorias de Laureano Robles Carcedo, O.P., Adolfo Robles Sierra, O.P., y José M. De Garganta, O.P., BAC, 1967, 2da edición (2 Tomos).

Traducción y estudio introductorio de Carlos Ignacio González, S.J. Porrúa, México, 1998, Núm 317 (ed. íntegra en un Tomo)

Opúsculos:

La Monarquía. Al Rey de Chipre (Régimen de los Príncipes) y Carta a la Duquesa de Brabante. Opúsculos y cuestiones selectas, Coordinación Antonio Ossuna Fernández-Largo, Madrid: BAC Maior, 2003.

Según la edición crítica del P. Mandonnet, O.P., Introducción y notas por el Pbro. Antonio Tomás y Ballús, Bs As: Poblet, 1947.

Comentarios:

Tomás de Aquino y Pedro de Alvernia, Comentario a la Política de Aristóteles, EUNSA, Navarra (Pamplona),

³⁶ KANT, “¿Qué es la Ilustración?” (1784). México: FCE, 1998, pp. 28-31.

³⁷ KANT, “Principios metafísicos del derecho”. Buenos Aires: Américalée, 1974, p. 31.

- 2001 (Traducción y prólogo de Ana Mallea, notas de Mallea y Celia A. Lértora.)
- Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles. Navarra, (Pamplona): Eunsa, 2001 (2a ed.) Traducción de Ana Mallea, estudio preliminar y notas de Celia A. Lértora Mendoza.
- Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo. Navarra (Pamplona), Eunsa, 2004, Núm. 36 (Vol. I/2), edición preparada por Juan Cruz Cruz
- Comentario al libro VI de la Metafísica de Aristóteles. Pamplona (Navarra): Eunsa, Lecciones I, II, III y IV (pp. 9-43 de la traducción).
- Hart, H. L. A., El Concepto del Derecho, traducción de Genaro R. Carrió para Abeledo-Perrot, 1998 (reimp).
- KANT, Crítica de la razón pura. México: Porrúa 1977.
- Principios metafísicos del derecho, BsAs: Américallee 1974.
- La paz perpetua (1795). Madrid: Austral Espasa-Calpe, 1972.
- Tratado de Lógica: introducción al estudio de la filosofía (1800). México: Nacional 1975.
- ¿Qué es la Ilustración? (1784), México: FCE, 1998.
- KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho (1934), EUDEBA, sobre la traducción francesa de 1953, Bs As, 1979.
- Teoría Pura del Derecho, (1960, Berkeley, California), traducción directa del alemán por Roberto J. Vernengo para Porrúa, México, 1998
- VILLEY, Michel, Compendio de Filosofía del Derecho, (2 Tomos), Navarra (Pamplona): EUNSA, 1979.