

# DOS CONCEPTOS ENCONTRADOS EN LA HISTORIA DE LA JURISPRUDENCIA: EL IUSNATURALISMO TOMISTA Y EL IUSPOSITIVISMO KELSENIANO

José Alberto Saíd

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La jurisprudencia en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino*. 1. *Generalidades*. 2. *La justicia como máxima virtud*. 3. *El derecho como objeto de la justicia y su distinción de la ley*. 4. *Derecho natural y derecho positivo: el iusnaturalismo escolástico del Aquinate*. III. *La jurisprudencia kelseniana y su contraste con la del Aquinate*. 1. *Generalidades*. 2. *¿Qué es la justicia?* 3. *Una jurisprudencia sin “contaminantes” éticos o sociológicos*. 4. *Iuspositivismo vs. iusnaturalismo*. IV. *Conclusiones*.

*La justicia se destruye de dos maneras: con la falsa prudencia del sabio y con la violencia del poderoso.*

Santo Tomás de Aquino

*Tolerancia significa libertad de pensamiento.*

Hans Kelsen

## I. Introducción

En la evolución del concepto de la jurisprudencia acaso las posturas más encontradas sean las de Tomás de Aquino y Hans Kelsen, pues cada uno representa la expresión superior de sus escuelas: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

Por cuestión de método, primero se analiza y da cuenta de los afanes jurisprudenciales del Doctor de la Iglesia, para posteriormente aludir al pensamiento del profesor de Berkeley y contrastarlo.

El capítulo primero procura desentrañar cuatro conceptos fundamentales —e íntimamente relacionados—: justicia, derecho, prudencia y ley, en el iusnaturalismo escolástico de Santo Tomás.

Además se hace hincapié en que la visión del hombre y su actuación social para el de Aquino, es amplísima: ontológica, antropológica, ética, jurídica y teológica. Esto da como resultado una completa y

compleja concepción de lo humano y su valoración. No se piense que el Angélico confunde los diversos planos de lo humano, todo lo contrario, el mérito de su sistemática es enorme.

La justicia es virtud cardinal y su objeto es el derecho que se traduce en lo justo concreto en esta jurisprudencia. Y la prudencia es estrella polar en la concreción del derecho en diversos niveles, en esta teoría no normativista del derecho; pero el *ius* tiene otra acepción para el de Aquino, que se traduce en el conjunto de esos débitos concretos y por ello, habla de derecho natural y derecho positivo. Por su parte, la ley es un dictamen de la razón que se expresa en diversos tipos de leyes. Todos estos temas conforman la primera parte del trabajo que finaliza con una brevísima alusión al iusnaturalismo.

El capítulo segundo se refiere al pensamiento de Hans Kelsen y en el mismo se contrastan sus acusadas diferencias con el realismo jurídico del Doctor de la Iglesia. En él se verá su renuncia a formular un concepto no relativista de la justicia y su afán de liberar de aspectos éticos y sociológicos a lo jurídico en su teoría pura e inmaculada del derecho, al que termina por identificar con el Estado, así como su insistente crítica al derecho natural.

Quien escribe estas líneas, desde ahora, se manifiesta partidario del iusnaturalismo y se adhiere a la declaración de Mauricio Beuchot (1995, pp. 5-6):

¿Qué sentido tiene, además, tratar de llamar la atención hacia el iusnaturalismo? Si algo parece caduco y periclitado es él, inclusive en sus formas más avanzadas. Pues bien, de todas maneras el iusnaturalismo retorna. Vuelve a estudiarse con más ahínco la naturaleza humana. Todo ello parece obedecer a aquellos versos del poeta latino (...) “Expulsarás a la naturaleza con el biello, pero ella regresará por sus fueros”.

## II. La jurisprudencia en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino

### 1. GENERALIDADES

La vida del Aquinate<sup>1</sup> es relativamente breve según el criterio de nuestros días. No alcanzó a completar cinco décadas pues falleció a los

---

<sup>1</sup> Cfr. Weisheipl, James A., *Tomás de Aquino, vida, obra y doctrina*, trad. Frank Hevia, Pamplona, EUNSA, 1994, *passim*.

49 años de edad. Hombre del siglo XIII, de buena salud, noble y religioso dominico, consagró —con gran éxito— sus afanes al estudio y a la enseñanza universitaria. Su buen estado físico y diversos auxilios —como contar con traducciones y secretarios a quien dictar— coadyuvaron a sus fines. De su vasta obra impresa se conservan algunos manuscritos; como persona culta de su época, escribió —o dictó— en latín, y su letra revela trazos firmes en un tipo de escritura (conocida como ilegible), que es en nuestros días un misterio para los legos; asombran, a excepción de paleógrafos especialistas en esa época, sus caracteres que parecen ser arábigos o taquigráficos (*infra*, p. 23).

Su obra cumbre es conocida como la *Suma Teológica* o *Suma de Teología*, la que a pesar de su nombre también estudia y abarca aspectos morales y aun jurídicos.

¿Cuáles fueron las circunstancias que le permitieron al Doctor de la Iglesia semejante aportación a la historia de la cultura y escribir con tanta fortuna sobre temas que hoy llamaríamos de filosofía del derecho? La respuesta puntual nos la ofrece Francisco Carpintero:

Tomás de Aquino conocía bien el *Corpus Juris Civiles* y las obras de algunos juristas: seguramente, la *Glossa Ordinaria* de Acursio, que la conocía toda persona culta de esta época.

En su doble condición de aristotélico y de conocedor de los juristas romanos y bajo medievales, Tomás proporcionó una explicación de la estructura de la argumentación que nos explica muy realistamente, el modo de trabajar de estos juristas. Por este motivo, se puede decir sin esbozos que el de Aquino ha sido el mejor teorizador de la jurisprudencia romanística.<sup>2</sup>

La jurisprudencia de Aquino posee varias características que la hacen única para su momento. La *Suma Teológica* expone los diversos problemas a través de cuestiones, que se plantean en forma dubitativa y dialogal<sup>3</sup> y se resuelven en soluciones. El Aquinate hace gala de erudición al citar a los más selectos autores que hasta ese

---

<sup>2</sup> *Historia del derecho natural*, México, UNAM, 1999, p. 75.

<sup>3</sup> Cito de memoria: esta idea la escuché de la profesora Marycarmen Platas Pacheco, en la materia de Ética jurídica (enero de 2000), en el doctorado por investigación, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

momento habían tratado el tema a dilucidar. El diálogo es doble gracias al genio de Tomás: entre los mismos pensadores citados, y con el de Aquino. Las dudas que el propio Santo expone son, todas sin excepción, resueltas a través de las soluciones que él mismo ofrece.

La visión más entusiasta y optimista de la obra del Doctor de la Iglesia, la sostiene Mauricio Beuchot:

Santo Tomás opera la síntesis más completa y acabada de la filosofía medieval. Se nota su equilibrio mental, en la adecuada proporción de todas sus partes dentro de la totalidad que abarca. Es un todo analógico, dinámico y vivo. Es una noción de sistema vivo y actuante...<sup>4</sup>

Mas, no se piense que por ello, su Corpus, tratándose de temas con relevancia jurídica no ofrece dudas, tropiezos, escollos, y hasta laberintos: todo lo contrario. Los concienzudos estudiosos de su obra nos dan luces de alerta. Por ejemplo, Emilio G. Estébanez<sup>5</sup> sobre las dificultades que se presentan para conocer a cabalidad la doctrina de la justicia del Angélico, expresa que este tema: “es la cruz de sus intérpretes”. Carpintero,<sup>6</sup> por su parte, desconcierta con estas expresiones —al referirse a la diferencia entre la ley y el derecho—:

“En Santo Tomás esto es así y no es así, porque la cuestión es bastante más compleja”.

Así, el camino que nos ofrece Santo Tomás es seguro por firme, pero de ninguna forma es llano y libre de escollos. No es sabana, es un bosque de erudición.

Por cuanto a la jurisprudencia —arte de conocer, explicar y aplicar el derecho— de Santo Tomás de Aquino, entiendo que para comprenderla se deben relacionar estos conceptos: justicia, derecho, prudencia, y ley. Tal cuatrinomio no fue tratado en un mismo lugar de la *Suma Teológica*, ni exclusivamente en ella. Ahora, con base en las obras del Aquinate y en la de sus comentaristas, se estudian los cuatro conceptos señalados, en los incisos que siguen.

---

<sup>4</sup> *Historia de la filosofía griega y medieval*, México, Ed. Torres y Asociados, 1999, p. 131.

<sup>5</sup> “Introducción a las cuestiones 57 a 60, La virtud de la Justicia”, en Aquino, Santo Tomás de, *Suma de Teología* III, parte II-11 (a), Madrid, BAC, 1983, p. 457.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 333.

## 2. LA JUSTICIA COMO MÁXIMA VIRTUD

Algunos de los antecedentes que tomó en consideración el Aquinate en el desarrollo del tema de la justicia son:

- La definición que se plasma en las *Instituciones* de Justiniano<sup>7</sup> (Libro primero, Título I, 1), donde se asienta: “La justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo”. A ella, con ligeras variantes se adhiere el Doctor de la Iglesia.
- La idea de “dar a cada uno lo suyo”, que ya la encontramos en el diálogo de *La República* de Platón —quien tal vez se inspiró en el sofista Protágoras—. <sup>8</sup>
- Dentro del saber latino,<sup>9</sup> Cicerón considera como funciones de la justicia el *sum cuique tribuere*, la conservación de la sociedad humana y la lealtad contractual.

El primer texto que escribió sobre la justicia data de 1269;<sup>10</sup> se trata de sus *Comentarios al libro quinto de la Ética Nicomaquea de Aristóteles*. Roberto Grosseteste ya había realizado una traducción de esta obra del Estagirita en 1245, pero Santo Tomás se allegó una mejor versión efectuada por su amigo y hermano de la orden de nombre Guillermo Moerke, y fue tal traducción la que comentó. El segundo es el *Tratado de la justicia* que forma parte de la *Suma Teológica* y fue redactado entre 1271 y 1272.

En la cuestión 58<sup>11</sup> del Tratado de la justicia, el Aquinate comienza por citar las objeciones que se habían formulado a la definición de justicia inserta en las *Instituciones de Justiniano* (entendida como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho), para después refutar los argumentos de Aristóteles (el Filósofo, como gusta llamarle), San Anselmo y San Agustín, y calificar de correcta la concepción justiniana “si se la entiende bien”.

---

<sup>7</sup> *Instituciones de Justiniano*, edición bilingüe, Buenos Aires, Ed. Heliastra, 1976, p. 27.

<sup>8</sup> D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 9a. ed., revisada, 1997, p. 12.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Estébanez, *op. cit.*, en la nota 5, p. 457.

La justicia es una virtud moral, pues la virtud<sup>12</sup> “es lo que hace bueno al acto humano y bueno al hombre mismo, lo cual, ciertamente es propio de la justicia”, nos dice el Aquinate. Dentro de las virtudes ocupa un lugar muy importante la justicia, pues su práctica siempre es en función de otro, lo que nos da una idea de alteridad.<sup>13</sup> Para David Granfield:

La virtud que mira directamente al fin o meta es la justicia concreta que une, el principio básico “hacer el bien”, con la directriz general, “dar a cada quien lo suyo”. Este precepto requiere a su vez una determinación de lo que pertenece a cada persona, o sea el *suum* de la definición de justicia: *reddere suum cuique*.<sup>14</sup>

Ahora bien, para Santo Tomás el objeto de la justicia es el derecho, así, el *ius* es la cosa que por justicia hay que dar a cada uno, pues “en efecto, la cosa debida (no la facultad de exigir, ni la ley) es lo que constituye el derecho (*ius*) de cada cual. Tal es la llamada concepción realista del derecho”.<sup>15</sup>

En esta línea, para calificar un acto o ley como justa interviene la voluntad en forma relativa y la razón en forma absoluta, pues si “algo denota por sí mismo oposición al derecho natural (que se conoce por la razón), no puede hacerse justo por la voluntad humana”.<sup>16</sup> Así, si por consenso de voluntades se dice que es lícito robar o matar, no por ello se convierte a tales actos en justos.

Dicha forma de valorar, a través de la recta razón, los actos del hombre, adquiere en nuestros “voluntaristas” y “voluntariosos” días, grande importancia; pues la moda de someter todo acto —de cierta importancia— de autoridad a referéndum, sólo conduce a la anar-

---

<sup>11</sup> *Suma de Teología* III, parte II. II a, Madrid, BAC, 1998, pp. 475-476.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 478.

<sup>13</sup> Cito de memoria esta idea que escuché del Dr. Rigoberto Ortiz, en la materia Historia del derecho natural, U. P., marzo de 2000.

<sup>14</sup> “La controversia escolástica sobre la justicia. Santo Tomás de Aquino vs. Ockham”, en *Lecturas de filosofía del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992, p. 374.

<sup>15</sup> Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho del natural*, Pamplona, EUNSA, 3a. ed., 1996, pp. 173-174.

<sup>16</sup> Aquino, Santo Tomás de, *op. cit.*, en la nota 5, p. 472.

quía o a un gobierno de mayorías, no necesariamente justo. El que un jefe de Estado y de gobierno solicite a los gobernados que le expresen su voluntad, y le digan qué hacer frente a un problema, me asombra; que las televisoras quieran presentar algo como justo con base en un número de llamadas telefónicas, me repugna. A esto nos ha conducido el idealismo político y jurídico. La voluntad es cosa importante para la formación de hábitos y para actuar junto a la recta razón al realizar y valorar un acto voluntario; esto ya nos fue enseñado por el Aquinate hace setecientos años...

Por cuanto a la clasificación de la justicia según el de Aquino, me adhiero a esta envidiable interpretación de David Granfield:

La justicia privada se dirige al individuo, que es a la comunidad lo que la parte es al todo. Ahora bien, debe considerarse un orden doble en relación con la parte. En primer lugar, hay el orden de una parte a otra, al que corresponde el orden de un individuo a otro. Este orden es regulado por la justicia conmutativa, que se refiere a los tratos entre las personas. En segundo lugar, está el orden del todo hacia las partes, al que corresponde el orden de lo que pertenece a la comunidad en relación con cada persona individual. Este orden está regulado por la justicia distributiva, la cual distribuye proporcionalmente los bienes comunes. Así pues, hay dos especies de justicia: distributiva y conmutativa.<sup>17</sup>

### 3. EL DERECHO COMO OBJETO DE LA JUSTICIA Y SU DISTINCIÓN DE LA LEY

Para Santo Tomás el objeto de la justicia es el derecho. Él no sigue una teoría normativista<sup>18</sup> que identifique al derecho como norma o conjunto de normas, aunque en ocasiones llame *ius* a las leyes. En su concepción no normativista, el derecho tiene un significado concreto, como concretos son los actos de hacer justicia. Sobre este punto, nos ilustra Carlos Ignacio Massini:

Esto significa, ni más ni menos, que no puede hablarse propiamente de “derecho” sino refiriéndose a conductas concretas, a actos determinados del

---

<sup>17</sup> *Op. cit.*, en la nota 14, p. 378.

<sup>18</sup> Hervada, *op. cit.*, p. 173.

hombre, a operaciones singulares; es a través de ellas que se “cumple” o “incumple” el orden que caracteriza al derecho, orden que es de conductas, no de normas abstractas o generales.<sup>19</sup>

Dentro de esta concepción, que entiende al derecho como la “acción, dación u omisión debida a otro en justicia”,<sup>20</sup> la prudencia tiene un importante papel que cumplir pues delimita y acota el contenido concreto de tal débito, y así se conoce en concreto, en qué consiste la conducta debida.

Según el autor en comentario,<sup>21</sup> tal precisión racional —y prudencial— es cuádruple, para: el legislador, quien fija las conductas concretas encaminadas al bien común, los propios sujetos jurídicos destinatarios de la norma; los abogados, jurisperitos que auxilian con sus opiniones al juzgador para establecer el derecho en un litigio; y para los propios jueces. Se insiste, esta es la visión no normativista del derecho de Santo Tomás, quien además empleó en su obra el término *ius* en otra acepción: como el conjunto de esos débitos concretos; y así, escribió sobre el derecho natural como se verá más adelante.

En la concepción del Aquinate también hay que distinguir la ley del derecho:

Me parece que es preciso partir de la distinción entre derecho y ley, tema que él mismo trata separadamente. A la ley dedica parte de la I-II de la *Summa Theologiae*, y el derecho o *ius* lo trata en la II-II de esta obra, al explicar las virtudes de la prudencia y la justicia. Podríamos pensar, de acuerdo con la tradición medieval, que la ley natural viene sostenida por los primeros principios de la conciencia o razón práctica; el derecho, en cambio, se compone de aquello *quod iustum es...*<sup>22</sup>

El tema es complejo, mas para Santo Tomás la ley —como medio de expresión de los primeros principios— es “una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar”

---

<sup>19</sup> *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/d, p. 26.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> Carpintero, *op. cit.*, en la nota 2, p. 33.

(cuestión 90, artículo 1),<sup>23</sup> es un “dictamen de la razón en orden al bien común, promulgado por quien tiene al cuidado la comunidad” (cuestión 90, artículo 4).<sup>24</sup>

Esta última conceptualización de la ley le pareció a Domingo de Soto<sup>25</sup> una buena forma de entenderla, pues ella comprende cuatro elementos fundamentales: el género de la ley, su fin, causa y manera de establecerla. Elementos que inmediatamente se estudian.

La primera cuestión, el género, se ocupa en dilucidar si la ley es obra de la voluntad o de la razón. No hay duda: para el Angélico la ley es obra del entendimiento o la razón. Es oportuno recordar, con Granfield,<sup>26</sup> que menos de un siglo después de escrita la producción literaria tomista, hubo un sector que olvidó el papel de la razón; y en todo el pensamiento ético —incluido el jurídico— influyó la ética voluntarista de Guillermo de Ockham.

El fin de la ley para el de Aquino es claro: el bien común, que proporciona felicidad al individuo y la paz social. La tercera cuestión es establecer quién puede producir legítimamente las leyes. Aquí hay que señalar que el autor de la ley eterna, la ley natural y la ley positiva divina es Dios, en cuanto Ser Absoluto y que en la ley positiva humana es “la autoridad facultada”. La última cuestión alude a la publicación de la ley humana, tema que ha ofrecido múltiples dudas, en cuanto a su interpretación, a los estudiosos de Santo Tomás de Aquino.

En la jurisprudencia del Doctor de la Iglesia<sup>27</sup> existen diversos tipos de leyes: la ley eterna que es fuente y origen de todas las otras leyes, la ley natural que se define “como la participación de la ley eterna en la creatura racional”, pues si los cuerpos se mueven orde-

<sup>23</sup> *Suma de Teología*, II, parte I-II, Madrid, BAC, 1997, p. 704.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 708.

<sup>25</sup> Johnson, Eduardo, “La justicia y el derecho en el pensamiento de Domingo de Soto”, en *Lecturas de filosofía del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992, p. 998.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, en la nota 14, p. 377.

<sup>27</sup> González, Carlos Ignacio, “Estudio Introductivo”, en Aquino, Santo Tomás de, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, México, Porrúa, Colección “Sepan cuantos...”, núm. 301, 1975, p. XXXVII.

nadamente merced al equilibrio de fuerzas, y los animales gracias a su instinto, el ser humano puede hacerlo por libre elección, ya que el hombre es capaz de conocer el fin al que tiende y por lo mismo recorre los caminos que lo llevan a dicho bien; la ley humana, que es la establecida por los hombres, de carácter secundario debe estar subordinada a la ley natural; dicho en los términos del Aquinate: “Toda ley humana tendrá ese carácter en la medida que se derive de la ley de la naturaleza y si se aparta en punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley”;<sup>28</sup> y la ley divina que se encuentra en las revelaciones del Antiguo y Nuevo Testamento.

Entratándose de las leyes humanas, no obligan a su cumplimiento en conciencia si se apartan de la justicia. Santo Tomás no propone una obediencia ciega de la ley positiva, sobre el punto Etienne Gilson sostiene:

Las leyes humanas, al estar destinadas a prescribir los actos particulares que la ley natural impone a los individuos con miras al bien común, no obligan más que en la medida en que son justas (...) En cambio si el Estado, o el Príncipe, establecen leyes que no tienen otra finalidad que satisfacer su propia codicia o sed de gloria; si promulgan estas leyes sin tener autoridad para hacerlo o si reparten inicuaamente las cargas (...) entonces se dice de tales leyes que son injustas, y nadie está obligado en conciencia a obedecerlas.<sup>29</sup>

Así, al aludir a la justicia legal hay que ser muy cuidadosos para calificar una ley como justa; tal valoración se puede realizar sólo si tiende al cumplimiento de las virtudes morales; de otra suerte, nos dice el Aquinate:

Se llama ley *aposchediasmenos*, palabra que deriva de *a*, que es *sin*, *poschedias*, que quiere decir ciencia, y *menos*, que vale tanto como averiguación de la ciencia. O también, *schedus*, que es el dictamen improvisado.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> *Op. cit.*, citada en la nota anterior, p. XLII.

<sup>29</sup> *El tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, trad. Fernando Munguía, Pamplona, EUNSA, 2a. ed., 1989, p. 474.

<sup>30</sup> Aquino, Santo Tomás de, *La justicia. Comentarios al libro quinto de la Ética a Nicómaco*, trad. y notas de Benito R. Raffo, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1946, p. 49.

#### 4. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO: EL IUSNATURALISMO ESCOLÁSTICO DEL AQUINATE

Ya se ha dicho que Santo Tomás empleó el término *ius* al menos en dos sentidos: como objeto de la justicia (lo justo concreto) y como el conjunto de débitos, desde luego, sin llegar al concepto de la teoría normativista.

Por ello, para Hervada: “Tomás de Aquino, además de tratar de la ley natural, estudia el derecho natural (...) ¿Qué se entiende por derecho natural? En ese contexto el *ius naturate* es el conjunto de cosas que deben ser dadas a quien tiene un título sobre ellas”.<sup>31</sup>

Respecto a la división del derecho nuestro autor, dentro de la *Suma Teológica* trata el tema, al menos en tres lugares: I-II, c.95, a.4; III, parte I-IIa, c.60, a.5 y en III, parte II-IIa, c.57.

En la cuestión 57 se refiere al *derecho natural* y al *derecho positivo* (artículos 1-2). Como se ha visto el de Aquino en lugar diverso de la *Suma* se refiere a la *ley natural*, y el distinguir esta última del *derecho natural*, es labor que “*tanta tinta ha hecho correr entre los tomistas*”, según la feliz expresión de Mauricio Beuchot.<sup>32</sup> Por la naturaleza de este trabajo no se aborda tan intrincado tema.

Por cuanto a la distinción entre derecho natural y positivo, sostiene Santo Tomás:

El derecho o lo justo es una acción adecuada a otra, según cierto criterio de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de las cosas, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural. En un segundo sentido, algo es adecuado o de igual medida a otro por convención o común acuerdo, es decir, cuando una se considera contenta si recibe tanto. Esto, ciertamente puede hacerse de dos maneras: una primera, por cierto convenio privado, como el que se establece por un acto entre personas privadas; y la segunda por convención pública, como cuando todo el pueblo consiente que algo se tenga como adecuado y ajustado por otro, o cuando esto lo ordena el

---

<sup>31</sup> *Op. cit.*, en la nota 15, p. 174.

<sup>32</sup> *Derechos humanos, iusnaturalismo y iuspositivismo*, México, UNAM, 1995, p. 109.

gobernante, que tiene el cuidado del pueblo y representa su persona y esto se llama derecho positivo.<sup>33</sup>

Este escueto concepto de derecho natural es menester relacionarlo con los tópicos que el Aquinate dedica a la ley natural. Para él se puede decir sólo en un sentido muy amplio que es un hábito, que tiene como primer principio, procurar el bien y evitar el mal, y en él, fundar los demás preceptos de la razón práctica. La ley natural<sup>34</sup> cuenta con primeros principios que son inmutables, mas los preceptos segundos, que son “como ciertas conclusiones propias cercanas a los primeros principios”, pueden cambiar “en pocas cosas” por motivo de las circunstancias. Nos encontramos frente a la posibilidad de cambio de la ley natural.

Este tema ha ofrecido muy diversas explicaciones e interpretaciones para los estudiosos de la obra de Santo Tomás, pero es claro que la variación se puede realizar sólo en los principios secundarios o derivados.

Por cuanto a la ley humana positiva<sup>35</sup> “no es fuente autónoma del derecho”, sino sólo la aplicación o síntesis práctica del derecho natural. Hay que subrayar bien esto, pues significa que el derecho positivo, el convenido, no puede ser otro que el mismo derecho natural.

Del derecho de gentes, Santo Tomás se pregunta si pertenece al derecho natural o al positivo. Sea cual fuere la respuesta, lo primero que se infiere es que nos encontramos ante un derecho derivado, y considero que para el de Aquino pertenece al derecho positivo.

Cierro el presente apartado —y así el primer capítulo— adhiriéndome a Hervada:

“Con Tomás de Aquino, la teoría del derecho natural adquirió forma acabada. Los materiales dispersos en épocas anteriores fueron perfilados y completados en una armónica construcción que destaca en muchos aspectos de cualquier otro autor precedente”.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> *Suma de Teología*, III, parte II-IIa; cuestión 57, artículo 2.

<sup>34</sup> Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos...*, p. 82 y siguientes.

<sup>35</sup> Estébanez, *op. cit.*, en la nota 15, p. 460.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, nota 6, p. 153.

### III. La jurisprudencia kelseniana y su contraste con la del Aquinate

#### 1. GENERALIDADES

A diferencia de Santo Tomás de Aquino, Hans Kelsen<sup>37</sup> tiene una larga vida. Nace el 11 de octubre de 1881 en Praga y fallece el 11 de abril de 1973 en Berkeley, California, E.U.A. Ello nos indica que Kelsen vivió más de 91 años.

Fue judío —converso por conveniencia— aunque no fue practicante, pues él se declaró agnóstico; no obstante sufrió por esta circunstancia —ser judío— diversos actos discriminatorios por las autoridades nazis y sus seguidores, con riesgo casi mortal.

Si el Aquinate se relacionó con importantes personalidades de su tiempo (como Alberto el Magno), Kelsen conoció —con mayor o menor trato— a Sigmund Freud, Alfred Verdross, al emperador Carlos de Habsburgo, L. Von Mises, Max Weber y Alf Ross. A lo largo del tiempo formó una amplia red de relaciones internacionales, sobre todo en el mundo académico.

Hombre de controversias, acostumbrado a discutir y debatir en seminarios a los que acudió desde su juventud, ha generado muchas, incluso después de su muerte. En su momento llegó a ser acusado de plagio por su discípulo Fritz Sander. La acusación la hizo pública, en su libelo “La teoría del derecho de Kelsen, escrito polémico contra la jurisprudencia normativa”, que dio lugar a la formación —por petición de Kelsen— de un juicio disciplinario en la Universidad de Viena, que concluyó con la exculpación del padre de la teoría pura del derecho.

Nuestro autor ha generado actitudes muy encontradas, en las que la pasión a veces se ha desbordado, muy acusadamente entre los hispanos. Doy tres ejemplos de mi aserto.

El jurista catalán, Faustino Balivé,<sup>38</sup> no dudó en calificarlo como “la vedette de la jurisprudencia germánica”. El también profesor re-

---

<sup>37</sup> Metall, Rudolf A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, UNAM, 1976, *passim*.

<sup>38</sup> *Esquema de metodología jurídica*, México, Ed. Botas, 1956, p. 120.

fugiado en México, Manuel Pedroso,<sup>39</sup> en sus cátedras en la UNAM, decía estas o parecidas palabras: “Kelsen tenía que acabar en California... cerca de Hollywood... era un farsante”; y por su parte, el doctor Francisco Carpintero<sup>40</sup> expresó que la forma de responder (atacar) de Hans Kelsen era femenina, pues no atacaba de frente a su blanco, sino en forma oblicua.

## 2. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?

Esta pregunta se la formula Kelsen en un opúsculo publicado en 1953,<sup>41</sup> que comienza con una crítica a los conceptos de los idealistas y racionalistas.

Para él la justicia no puede ser felicidad, si esta última se califica en forma subjetiva,<sup>42</sup> como lo hizo, entre otros Platón. Curiosamente, encontramos en esta parte del texto aludido, un elemento que comparte con Santo Tomás en cuanto a la valoración del acto voluntario, pues para ambos pensadores el fin no justifica los medios. Kelsen explica:

(...) los medios no justifican el fin. Y es precisamente la justificación del fin, de ese fin que no es medio para otro fin superior, que es precisamente el fin último y supremo, lo que constituye la justificación de nuestra conducta.<sup>43</sup>

Al abordar la tendencia racionalista del pensamiento que trata el tema de la justicia, Hans Kelsen sostiene:

Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la conocida frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula ha sido adoptada por notables pensadores y especialmente por filósofos del derecho. Es fácil demostrar que es una fórmula completamente vacía. La pregunta fundamental: ¿qué es lo que cada uno puede considerar realmente como “lo

---

<sup>39</sup> Según lo escuché del Dr. Cipriano Gomez Lara (abril de 2000), quien desde luego no comparte semejante criterio.

<sup>40</sup> Lo escuché de él en la cátedra de Historia del derecho natural, en la U. P. (abril de 2000).

<sup>41</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontanamara, 2a. ed., 1992, *passim*.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 13.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 33.

suyo”?, queda sin respuesta. De aquí que el principio “a cada uno lo suyo” sea aplicable únicamente cuando se supone que esta cuestión ya está resuelta de antemano, y sólo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico.<sup>44</sup>

En su concepto la fórmula vacía de “dar a cada quien lo suyo” puede servir para justificar cualquier régimen ya sea capitalista o socialista, demócrata o autoritario. Por ello, es totalmente insuficiente, ya que no fija un valor absoluto, sino relativo, con base en una moral positiva o determinado orden jurídico.

Calificar al realismo tomista sólo por la fórmula “dar a cada uno lo suyo” es peligroso, pues nos puede llevar a interpretaciones equivocadas. La concepción tomista de la justicia abarca un todo: ontológico, antropológico, ético y jurídico que debe valorarse en su conjunto para llegar a un puerto feliz. No se puede de un plumazo cancelar al principio de “dar a cada uno lo suyo”.

Amén de que en concreto la jurisprudencia tomista (derecho —en sus dos acepciones—, prudencia y ley), como se ha visto no califica, a cualquier ley como justa, y que incluso presenta los gérmenes de la desobediencia civil. Kelsen también apunta:

Quando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la naturaleza, normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana. Normas que prescriben la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica.<sup>45</sup>

El profesor de Berkeley renuncia a la formación de un concepto de justicia absoluta, a “ese hermoso sueño de la humanidad”. Se conforma con hacer una declaración algo ambigua, fiel a su relativismo axiológico:

Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 71.

importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.<sup>46</sup>

Para Renato Treves,<sup>47</sup> bajo la conclusión kelseniana, la sociología de la idea de la justicia no debe atribuir un valor objetivo y absoluto a ninguna doctrina; por ello, tenemos que conformarnos con una axiología relativista. Junto con Kelsen sostiene que las ideas absolutas de la justicia deben ser transferidas de este mundo al “más allá”, pues sobre la Tierra sólo puede haber una justicia relativa, que existe en todo orden jurídico en mayor o menor medida.

### 3. UNA JURISPRUDENCIA SIN “CONTAMINANTES” ÉTICOS O SOCIOLÓGICOS

Inmaculada, sin manchas, así concibió Kelsen su jurisprudencia. Pugnó —con éxito insospechado— por una teoría pura del derecho, acaso siguiendo los pasos del jurista Cohen. Tal teoría presenta diversas peculiaridades, la primera es su rechazo por la jurisprudencia de conceptos; cedo la palabra al profesor de Berkeley:

Ninguna otra teoría se ha opuesto con tanta energía como la teoría pura del derecho a la jurisprudencia de conceptos, al señalar enérgicamente que la ciencia del derecho no puede ser fuente del derecho, que la deducción de normas jurídicas es mero derecho natural y que de un conocimiento del derecho positivo que se mantenga dentro de sus límites, no se puede obtener ni un ápice en derecho de la teoría pura del derecho. Ella quiere ser sólo ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia permanente, inalcanzable para la ciencia racional.<sup>48</sup>

Otro elemento de esta jurisprudencia es que busca<sup>49</sup> “liberarse de todos los elementos extraños” a los propiamente jurídicos: sean éti-

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>47</sup> “Kelsen y la sociología”, en *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 208.

<sup>48</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontanamara, 1991, pp. 52-53.

<sup>49</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vemengo, México, Porrúa, 10a. ed., 1998, p. 15.

cos, políticos, religiosos o sociológicos. En este punto difiere radicalmente del realismo jurídico de Santo Tomás, quien, sin confundir ética y derecho, sí los enlaza y relaciona profundamente.<sup>50</sup> Para el de Aquino —como se ha dicho— el derecho positivo tiene como fundamento la ley natural y una ley injusta no es una verdadera ley; ella puede obedecerse sólo por evitar un mal mayor; las leyes deben estar encaminadas a lograr el bien común, y la justicia es el ámbito donde pueden desarrollarse las demás virtudes morales.

Beuchot sostiene que de un análisis de la concepción realista del Aquinate, se puede inferir que además de un necesario Estado de derecho es necesario un “ideal Estado de justicia, que conjunte en su seno la ética y el derecho, es decir, que nos dé en verdad un derecho auténticamente moral”.

Un elemento importante en la jurisprudencia kelseniana es la identificación del derecho y el Estado.<sup>51</sup>

Interpreta Ulises Schmill Ordóñez<sup>52</sup> que el Estado “se disuelve en el derecho”, como orden coactivo, pues contiene la normación de dicho orden; en forma consustancial a tal concepto se encuentra el del sujeto facultado para imponer la sanción, pues las normas jurídicas no se realizan por sí mismas, como ocurre con la ley natural. La ejecución de la sanción queda a cargo de órganos estatales. Para el último autor citado, de esta suerte:

La teoría de Kelsen interioriza, semantiza, en el derecho su positividad. Introduce en el derecho lo que parece extraño a él: el acto productor de la norma, el acto del órgano jurídico y convierte al derecho en un conjunto de normas coactivas que regulan su propia creación. Las humanas a través del establecimiento de sanciones, también lo hacen estableciendo aquellas conductas que crean o producen normas jurídicas.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Al respecto puede verse: Beuchot, Mauricio, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, México, UNAM, 1997.

<sup>51</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1969.

<sup>52</sup> “El concepto del derecho en las teorías de Weber y de Kelsen”, en *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 187.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 188.

La identidad Estado-coacción-derecho, no es compartida por Santo Tomás, pues el derecho se traduce en conductas concretas prudentiales, que hacen justicia, que dan a cada uno lo suyo según títulos debidos, que se reciben en forma natural y cultural. Este quehacer del derecho atañe no sólo a los órganos legislativos, administrativos, y jurídicos del Estado, pues también interesa a los gobernados (quienes espontáneamente dan a “cada quien lo suyo” en muchos casos) y a los jurisprudentes.

#### 4. IUSPOSITIVISMO VS. IUSNATURALISMO

El tema del derecho natural lo abordó Kelsen en diversas ocasiones y opúsculos. Al menos —monográficamente— lo trató ocho veces: *La idea del derecho natural*, 1927-1928; *Derecho natural positivo, una investigación de sus relaciones mutuas*, 1927-1928; *Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico*, 1928; *La doctrina del derecho natural ante los tribunales de la ciencia*, 1945; *Una teoría dinámica del derecho natural*, 1956; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, 1961; *El fundamento de la doctrina del derecho natural*, 1962; y *El fundamento de la doctrina del derecho natural. El derecho natural en la teoría política*, 1963.<sup>54</sup>

El profesor de Viena considera que la validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia y “que esta afirmación constituye la diferencia esencial entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico”.<sup>55</sup> Ahora bien, en el pensamiento de Santo Tomás, en realidad, calificar a una ley o norma como justa, no les resta validez formal en el sentido de que no puedan aplicarse, “no hay en la tierra poder que ha tanto se haya extendido”, para decirlo con el verso de Cervantes; en este caso la ley injusta está dañada moralmente y puede ser el germen de un eventual incumplimiento de la ley en conciencia, siempre y cuando este último no sea

<sup>54</sup> Los datos completos en alemán o inglés de estas obras pueden consultarse en el libro *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, pp. 217-218.

<sup>55</sup> Kelsen, Hans, “Justicia y derecho natural”, en *Crítica al derecho natural*, trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966, p. 33.

motivo de mayor escándalo; esto es, que el incumplimiento de la ley injusta cause un daño mayor que el que hubiera provocado su cumplimiento. La jurisprudencia de Santo Tomás no busca la creación de leyes de perfecta ortografía (cumplimiento de todos los aspectos formales de creación y aplicación de las normas) pero que estén plagadas de iniquidades.

Otro punto que critica Kelsen de la jurisprudencia del derecho natural es su validez y permanencia absoluta e invariable.<sup>56</sup> A ello hay que decir que para el de Aquino los primeros principios del derecho natural son inmutables, no así los derivados, y que incluso escribió sobre la adición del derecho natural a través del derecho positivo. Estas líneas generales —que nos legó el Doctor de la Iglesia— son a veces de difícil aplicación práctica, pero ello es un reto, en este sistema abierto y por ello vivo, para los juristas de todo tiempo y lugar, quienes están llamados a obrar prudencialmente en un mundo en el que se presentan unidos los aspectos ontológicos, antropológicos, éticos, jurídicos y políticos del actuar humano en sociedad; elementos que se separan con fines de estudio y para determinar el alcance de una valoración.

#### IV. Conclusiones

*Primera.* El concepto de lo humano y su valoración en el pensamiento tomista es un todo integral: ontológico, antropológico, ético, jurídico y teológico.

No debe pensarse que están confundidos estos niveles, al contrario, están sistemáticamente separados, mas no aislados por sus naturales vinculaciones.

En contraste, la jurisprudencia kelseniana se propuso construir una teoría pura e inmaculada del derecho, “liberada” de elementos intrusos y extraños como los aspectos éticos y sociológicos.

*Segunda.* Para el Aquinate la justicia es una virtud cardinal, pues da una idea de alteridad y tiene por objeto el derecho, que se traduce en actos prudenciales y concretos. Por su parte, Kelsen renuncia a

---

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 107.

dar un concepto no relativista de justicia, y lo que más se acerca a ella es el principio de legalidad, lo que genera el riesgo de crear leyes de perfecta ortografía (que cumplan con todos los aspectos formales de creación, interpretación, aplicación y ejecución), pero plagadas de iniquidades.

*Tercera.* Santo Tomás no emplea el término *ius* bajo la concepción normativista, a lo sumo es el conjunto de débitos naturales o culturales. Kelsen no sólo presenta una teoría normativista, sino que la lleva a su último extremo al identificar al derecho con el Estado.

*Cuarta.* La ley injusta o desproporcionada, para el Aquinate, puede ser desobediencia en conciencia, si se cumplen ciertos extremos, pero ello no la invalida formalmente como la teoría kelseniana ha interpretado. Incluso para Santo Tomás, si la ley fue promulgada por quien estaba facultado para ello, tiene algo de bien, desde el punto de vista ontológico; otra cosa es la valoración integral de este acto voluntario que comprende el análisis del objeto, circunstancias y el fin.

*Quinta.* Kelsen critica que en la teoría iusnaturalista el derecho natural es inmutable, mas el aserto debe ser matizado, pues para el Angélico existe la posibilidad del cambio del derecho natural en sus aspectos secundarios.

*Sexta.* Uno de los grandes retos del jurista contemporáneo es estudiar los aspectos de la legalidad sin renunciar a la valoración ética del quehacer jurídico. El derecho es mucho más que aspectos formales, de “coreografía”: es dar prudencialmente a cada uno lo suyo.