

# TRES PARADIGMAS DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Víctor Manuel ROJAS AMANDI\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Concepto de Paradigma*. III. *El concepto de epistemología*. IV. *El paradigma metafísico-teológico de Santo Tomás de Aquino*. V. *El paradigma metafísico-racionalista de Kant y Kelsen*. A) *El paradigma de Immanuel Kant*. B) *El paradigma de Hans Kelsen*. C) *Consideraciones comparativas*. VI. *El paradigma de la fuerza*. VII. *Consideraciones críticas*. A) *El paradigma tomista*. B) *El paradigma kantiano*. C) *El paradigma de la fuerza*. D) *Consideraciones comparativas*.

## I. INTRODUCCIÓN

TRES TIPOS de teorías son las que regularmente se han utilizado para estudiar al Derecho: las metafísicas-ontológicas; las metafísicas-rationales y las empiristas. Las metafísicas-ontológicas, que sostiene que todo conocimiento está contenido en una naturaleza óptica exterior al hombre que es descubierta por la razón, se asocian a la Filosofía de Aristóteles, de Santo Tomás de Aquino y se han cultivado por autores tan importantes como Francois Géný, Jean Dabin, Jacques de Maritain y David Grafeld. Las teorías de tipo metafísicas-rationales, que localizan la esencia del conocimiento en el pensamiento, se vinculan a la Filosofía de la Ilustración y a la de Immanuel Kant,<sup>1</sup> contando entre sus principales autores a Hans Kelsen, Rudolf Stammler, e incluso a John Rawls. Las teorías empi-

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg en Alemania y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Iberoamericana.

<sup>1</sup> Kant opinó que, las percepciones deben ser organizadas dentro de las intuiciones *a priori* del pensamiento de espacio y tiempo en términos de principios racionales. Para este tipo de teorías el Derecho procede de algunos principios fundamentales descubiertos a través de una investigación interna del pensamiento humano. Véase la respecto: ROJAS AMANDI, Víctor, "La filosofía del Derecho de Immanuel Kant", en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, tomo LIV, número 242, pp. 165-198.

ristas, que sostienen que la fuente del conocimiento radica en la experiencia antes que en la razón, parten de la Filosofía Empirista de David Hume, mostrando una gran variedad de tendencias. Entre éstas cabe mencionar las teorías normativas de Austin y Hart, las históricas de Savigny y Karl Marx, las sociológicas de Rudolf von Ihering, Leon Duguit, Philip Heck, Roscoe Pound, Carl Schmitt, Hermann Heller, Theodor Geiger y Niklas Luhmann y; finalmente, las realistas en su versión americana de John Dewey, Oliver Wendell Holmes y Jerome Frank, o bien, las escandinavas Axel Hageström, Karl Olivecrona y Alf Ross.

En el presente artículo nos proponemos analizar con base en la celebre teoría de los paradigmas de Thomas Kuhn, tres perspectivas epistemológicas que para el conocimiento del Derecho resultan de gran actualidad: la de Tomás de Aquino; la de Immanuel Kant y la de la teoría de la fuerza.

Después de analizar en el capítulo II el concepto de paradigma, tal y como lo expusiera Thomas Kuhn, se estudia en el capítulo tercero el concepto de epistemología. En el capítulo IV se trata el paradigma metafísico-teológico de Santo Tomás de Aquino. El capítulo V tiene como propósito estudiar el paradigma metafísico-racional de Immanuel Kant y de Hans Kelsen. El paradigma de la fuerza será objeto de estudio en el capítulo VI. En el capítulo final se llevará a cabo una consideración de tipo crítico de los paradigmas analizados.

## II. EL CONCEPTO DE PARADIGMA

El concepto de paradigma como lo utilizaremos en el presente artículo proviene de una obra escrita en el año de 1962 por Thomas Kuhn que se tituló: *The Structure of Scientific Revolutions —La Estructura de las Revoluciones Científicas—*.<sup>2</sup> Un paradigma es para Kuhn “una sólida red de compromisos—conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos” que proporcionan una serie de modelos de los cuáles surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación. De esta forma, el término paradigma abarca una gama de factores del desarrollo científico que incluye o supone, de alguna manera, leyes y teorías, modelos, normas y métodos, vagas intuiciones y creencias o prejuicios, metafísicas explícitas o implícitas.

Kuhn opina que los miembros de una comunidad científica que postulan el mismo paradigma comparten una serie de valores comunes y de elemen-

<sup>2</sup> Traducción de Agustín Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

tos compartidos adquiridos en su educación y aprendizaje, los que permiten dar cuenta del carácter relativamente poco problemático de la comunicación profesional en el seno de dicha comunidad. Dichos valores y elementos incluyen entre sus componentes, generalizaciones simbólicas, compromisos compartidos de creencias en modelos concretos, valores compartidos y ejemplares compartidos. Esto que constituye lo que Kuhn llama una matriz disciplinar se adquiere en forma implícita a través de un proceso educacional mediante el estudio de ejemplares en donde el estudiante aprende el tipo de cuestiones que hay que plantear y la clase de respuestas que en la ciencia le aparecen aceptables. Los ejemplares ofrecen soluciones concretas para problemas aceptados por el grupo como paradigmáticos en un sentido bastante general. Los ejemplares no sólo ilustran como conectar las generalizaciones simbólicas con la naturaleza, sino que indican también que formas de leyes o generalizaciones simbólicas son aplicables bajo diversas circunstancias.<sup>3</sup>

Llama Kuhn a su matriz disciplinar, debido a que es la profesión común de los que practican una disciplina profesional concreta. La denominación de matriz es debido a que está compuesta por elementos ordenados de varias clases.<sup>4</sup> Los miembros de una comunidad científica interpretan sus generalizaciones simbólicas de la misma forma y con fiereza por ello el mismo significado a los términos teóricos por ellos empleados. Incluso, el lenguaje y la interpretación de los datos depende de la matriz disciplinar extraída del estudio de ejemplares, por lo que no es posible un lenguaje observacional neutral.

A la ciencia que practica una comunidad científica que posee en común una matriz disciplinar basada en un conjunto de ejemplares compartidos, Kuhn le llama ciencia normal. Cuando una ciencia normal no puede dar cuenta de cierto tipo de problemas se hace necesaria una investigación de tipo extraordinaria, que puede llevar a la elaboración de una nueva teoría, la que implica cambios conceptuales a los términos que forman parte de una nueva matriz disciplinar, a través de la cuál se ve a partir de ese momento el mundo. Aunque un cambio de matriz disciplinar no supone un cambio del mundo, si supone un cambio de lo que de él se ve y de cómo se ve. De esta forma, el significado de los términos de las teorías está determinado en parte por los principios de la teoría en la que aparecen. De aquí se deduce que si

---

<sup>3</sup> SUPPE, Frederick, "Ejemplares, teorías y matrices disciplinares", en *La estructura de las teorías científicas*, trad. Pilar Carrillo y Eloy Rada, Madrid España, Editora Nacional, 1979, p. 534.

<sup>4</sup> KUHN, Thomas, *Segundas reflexiones acerca de los paradigmas*, en *ibidem*, p. 513.

el mismo término es incorporado a dos teorías diferentes, el término tendrá distinto significado en las dos. Así, los hechos son lo que los enunciados que pertenecen a una teoría establecen que ellos son. En la medida en que en el lenguaje se reflejan diferencias conceptuales, el aparato conceptual determina los hechos que uno puede percibir, pues los conocimientos y creencias de uno pueden influir en los hechos que uno es capaz de determinar observacionalmente. La teoría finalmente determina los hechos que uno puede o debe percibir. Entonces, las teorías tienen como objeto de estudio un cierto ámbito de fenómenos y se desarrollan con el propósito de dar respuesta a una multiplicidad de cuestiones acerca de los fenómenos de dicho ámbito. Por lo mismo, es claro que, los defensores de teorías diferentes pueden no estar de acuerdo acerca del tipo de cuestiones que debe responder la teoría. Por último, es perfectamente posible que, distintas personas ocupadas en un determinado campo de fenómenos estén interesadas en él por razones diferentes y que en consecuencia consideren importantes cuestiones diversas y por ende, adecuadas teorías rivales.

Dentro de la historia de la ciencia parece claro que a medida que una disciplina se desarrolla se va produciendo un cambio de las cuestiones que la ciencia desea responder. Esta deja abierta la posibilidad que una teoría que en un momento se ha considerado fecunda y adecuada deje de serlo debido al hecho que las cuestiones planteadas cambien y, aunque la teoría hubiera respondido a las cuestiones consideradas importantes en un principio, la valoración que uno hace de qué cuestiones son importantes va cambiando y la teoría se va haciendo inadecuada al no ser capaz de responder a las cuestiones que posteriormente se van imponiendo.

### III. EL CONCEPTO DE EPISTEMOLOGÍA

El término epistemología proviene del griego *ἐπιστήμη* (*episteme*) que significa conocimiento, y *λογία* (*logía*) estudio.<sup>5</sup> La epistemología surgió en Grecia en una controversia entre Filosofía y Poesía.<sup>6</sup> Dos son los problemas que han definido de manera más concreta el objeto de estudio de la epistemología. La primera la plantea Aristóteles en las primeras líneas de

<sup>5</sup> A la epistemología también ha sido denominada *Teoría del conocimiento* —término más comúnmente utilizado y difundido por los alemanes e italianos—, *gnoseología* —utilizado frecuentemente por los franceses— o, filosofía de la ciencia.

<sup>6</sup> FAYERABEND, Paul, “¿El fin de la epistemología?”, en *Provocaciones filosóficas*, trad. Ana P. Esteve Fernández, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, p. 85.

su *Metafísica* al asegurar que “Todos los hombres, por naturaleza, desean conocer” y que el conocimiento “proporciona la sabiduría”.<sup>7</sup> La segunda la plantea Hegel en el prólogo de su obra *Fenomenología del Espíritu* cuando precisa que “No cabe duda de que se puede saber algo de una manera falsa”<sup>8</sup>.

En estos términos, si el conocimiento es una facultad connatural del ser humano y existe la posibilidad de saber erróneamente algo, el problema central de la epistemología, son la naturaleza y las condiciones previas de las relaciones entre sujeto —ser cognoscente— y objeto —proceso o fenómeno sobre el cual el sujeto desarrolla su actividad cognitiva— por medio de las cuáles es posible obtener conocimientos válidos o verdaderos.<sup>9</sup> Este planteamiento no fue posible sino hasta cuando se llegó a la convicción que cada saber real debe de tener un carácter universal, persistente y objetivo y que, en consecuencia, no puede depender de las particularidades individuales y personales del sujeto cognoscente, lo que expuso por vez primera Platón.

En la Filosofía se han planteado básicamente tres paradigmas en el sentido planteado por Kuhn y que anteriormente se ha expuesto. En la Filosofía Clásica —Antigüedad y Edad Media— prevaleció el paradigma ontológico que se pregunta por el ser bajo la tesis de la unidad entre el saber y el objeto. En la Filosofía Moderna se trató de comprender al sujeto como un elemento que en la actividad cognoscitiva aparece claramente diferenciado del objeto. En el siglo XX el problema del conocimiento se trató de aclarar con base en el uso del lenguaje y de los elementos simbólicos.

En el paradigma ontológico el saber se aparece como una imagen específica del objeto. Los procesos cognoscitivos son entendidos como “fujos” que salen, tanto del sujeto como del objeto, cuya unión externa y mecánica forma la imagen. En este sentido es propio de la Filosofía Clásica que todas sus reflexiones sobre el conocimiento parten de la condición, en cierto modo completamente natural, de que el saber guardar una relación estrecha con aquello que el saber representa. En la concepción metafísica-ontológica existe una armonía preestablecida entre teoría y hecho. Platón y Aristóteles fueron los más destacados representantes de la tesis de la unidad entre el saber y el objeto, entre sujeto y objeto. Platón formuló la teoría causal de la percepción, para el efecto, comparó el sujeto cognoscente con un pedazo de

<sup>7</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, Argentina, Editorial Sudamericana, 2000, pp. 100 y 102.

<sup>8</sup> HEGEL, George, *Fenomenología del Espíritu*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 27.

<sup>9</sup> PIAGET, Jean, *Psicología y Epistemología*, trad. Francisco J. Fernández, México, Planeta, Agostini, 1986, pp. 7 y 15.

cera y al objeto de la percepción con un sello que penetra la cera. Aristóteles, por su lado, expresó la idea de que el sujeto es potencialmente lo que el objeto cognoscible es en el momento.

La confianza en el Hombre, la Ciencia y la Razón darán el punto de partida de la epistemología moderna. A partir de Descartes se replanteó el paradigma de la epistemología. En su sistema, al que bien se le puede denominar racionalista, al objeto de conocimiento —materia— se le atribuye una propiedad cuantitativa, mientras que al sujeto —espíritu— se le asigna una propiedad cualitativa. El empirismo inglés reconoció el hecho de la existencia del “yo” como un fenómeno de la vida psíquica, que es experimentado inmediatamente por el sujeto cognoscente. David Hume reconociendo la diferencia entre sujeto y objeto, sostuvo que los procesos mentales no están con contacto directo con los sucesos del mundo. Hume entendió el problema del conocimiento como sigue: tenemos algo que ocurre en el mundo; luego, ese *algo* impacta nuestra retina; posteriormente, tenemos un resultado mental que ocurre y que denominamos observación y, finalmente, otro resultado mental como inferencias —que puede tomar la forma de la deducción, la inducción o la abducción— de las observaciones.

Otra manera de exponer esta idea es que en las inferencias, las teorías o, en cualquier proceso mental, el mundo no forma parte de ello, sino que más bien, está afuera. Del mismo modo el sujeto en el mundo no forma parte de las ondas luminosas o sonoras. Esto, sin embargo, no niega la interacción entre el sujeto y el mundo, antes bien establece una diferencia entre cosas que ocurren en el mundo y cosas que ocurren en el sujeto, donde el punto de contacto es la observación. Dos consecuencias importantes a retener en la memoria son, por una parte, que de esta manera el mundo modela nuestros pensamientos a su forma y; por la otra que, al hablar de observación estamos hablando de la experiencia. John Locke se refiere a la experiencia externa (sensorial) y la experiencia interna (la reflexión) como dos fuentes casi independientes del conocimiento, cuya relación no está claramente determinada, pero cuya independencia es señalada categóricamente por él.

Sin embargo, una separación radical entre sujeto y objeto fue realizada por la Filosofía Clásica Alemana. La Filosofía Crítica de Kant pretendió llevar a cabo una investigación del conocimiento del sujeto, de sus facultades cognoscitivas.<sup>10</sup> El método con el que esta investigación se va a llevar a cabo fue denominado por Kant como método trascendental, en oposición

<sup>10</sup> DE VLEESCHAUWER, Herman Jean, *Historia de la Filosofía*, vol. 7, La Filosofía Alemana de Leibniz a Hegel, Ed. Yvon Belaval, trad. José María Artola Barrenechea México, Editorial Siglo XXI, 1987, p. 183.

al método empírico. Este método tiene como propósito buscar las condiciones racionales *a priori* —esto es que existen con anterioridad, antes de comprobarse por la experiencia— que hacen posible un objeto de conocimiento y que le confieren por el mismo hecho un carácter de necesidad<sup>11</sup> y de universalidad. Debido al hecho de que dichas condiciones racionales *a priori* trascienden la experiencia y son universales y necesarias, ya no cabrá distinguir entre el contenido y el origen del conocimiento y de esta forma, el verdadero problema no será ya el problema del contenido sino el de la forma racional, consistente en las funciones *a priori* unificadoras y objetivantes de la razón.<sup>12</sup> Dichas formas racionales son unidades lógicas o formas universales de actividad del sujeto que contienen las condiciones de posibilidad de la experiencia o los esquemas de actividad del sujeto por medio de las cuales es posible relacionar la experiencia, esto es, fijar las percepciones sueltas en unidades o formas de conocimiento. Son formales debido a que son absolutamente independientes de los fines del pensamiento, de sus relaciones con otras capacidades del hombre y en general del mundo exterior. Las categorías son, de esta manera, los esquemas con ayuda de los cuales el sujeto puede pensar las cosas o las formas universales de la actividad cognoscitiva del sujeto. Ellos representan el objeto pensado, es decir, el mundo exterior tal y como es pensado de manera necesaria, tal y como aparece a la conciencia después de su asimilación en los órganos de los sentidos y de las formas *a priori* del pensamiento. Así, la Filosofía Crítica se caracteriza por privar con audaz radicalismo a la metafísica<sup>13</sup> de todos los problemas de la realidad u ontológicos y por retener exclusivamente el problema del conocimiento. La metafísica ya no será el conocimiento del en sí —expresión contradictoria en sí misma porque no hay conocimiento sino para—nosotros— sino de las formas del pensamiento, con la que la metafísica se transforma de ontología en teoría del conocimiento. El dualismo del para nosotros y del en sí, del entendimiento —conocimiento de los objetos de la posible experiencia— y de la razón —conocimiento de las condiciones trascendentales o *a priori* del conocimiento—, tiene consecuencias metodológicas: el para nosotros científico es necesariamente cierto porque puede ser legitimado por definiciones constructivas, ya sean *a priori* o inmutables, como en matemáticas, ya sean *a posteriori* y progresivas como en física.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Loc. cit.*

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>13</sup> ORTEGA Y GASSET, José, “Reflexiones de Centenario”, en *Kant, Hegel, Scheller*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 13.

<sup>14</sup> DE VLEESCHAUWER, Herman Jean, *op. cit.*, p. 168.

Hegel, consideró que el conocimiento es una actividad en donde el sujeto debe entregarse intelectualmente a la vida del objeto para expresar su racionalidad o su necesidad externa.<sup>15</sup> Sin embargo, para llevar a cabo esta función resulta indispensable analizar previamente las condiciones y presupuestos previos del conocimiento.<sup>16</sup> El concepto y el objeto, el ser para otro y el ser en sí mismo, sólo reconociéndose como diferentes y en sus interrelaciones mutuas son capaces de producir verdad.<sup>17</sup> La actividad del sujeto cognoscente en su pretensión por aprender al objeto de una manera racional, es lo que Hegel llama Método, éste, “no es en efecto, sino la estructura del todo, representada en su esencialidad pura”.<sup>18</sup>

Para principios del siglo XX nació un nuevo paradigma epistemológico que se caracterizó por centrar el objeto del conocimiento en el lenguaje, ya sea en su estructura lógica, o bien, en su uso y en sus condicionamientos sociales. Fue así como los autores del Círculo de Viena —Moritz Schlick, Ludwig Wittgenstein, Rudolf Carnap, etcétera— redujeron la función de las teorías científicas a una axiomatización en términos del lenguaje de la Lógica Matemática que evite la introducción de entidades metafísicas. Para dicha Escuela el método de verificación científica se reduce a dar sentido al significado de un término teórico —“teoría verificacionista del significado”—.

Frente a esta posición que vio a las teorías científicas como un producto lingüístico terminado, se opusieron posiciones epistemológicas que trataron de captar la evolución o desarrollo de la teorización científica y a los contextos sociales que condicionan el uso y significado del lenguaje. Fue así como Gadamer trabajó la Hermenéutica como una disciplina filosófica que trata del correcto entendimiento acerca de los factores implicados en la práctica de la lengua, precisando que, la misma trasciende la función lingüística y gramatical del lenguaje. En correspondencia en la Filosofía de la Ciencia se consideró que, la comprensión epistemológica de las teorías científicas sólo se podía alcanzar si se considera la dinámica del desarrollo teórico y los factores epistémicos que rigen el descubrimiento, desarrollo, aceptación o rechazo de las teorías. Un análisis de este tipo debe partir de la idea de que, la ciencia se hace desde una perspectiva conceptual que, determina en buena medida que cuestiones son dignas de investigación y que tipo de respuestas resultan aceptables. Autores como Stephen Toulmin; Thomas Kuhn; N. R.

<sup>15</sup> HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, p. 36.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 32.

Hanson: Paul Feyerabend; Karl Popper y David Bohm son dignos representantes de esta posición perspectivista o de análisis de la *Weltanschauung*.

Una tendencia generalizada en la Filosofía de la Ciencia moderna es la superación definitiva de todo planteamiento metafísico. Este fenómeno que, es descrito por Habermas como Etapa Postmetafísica de la Filosofía, se manifiesta en el hecho de que los autores nieguen todo valor a las ideas y presupuestos metafísicos del conocimiento. De esta forma, Feyerabend sostiene que, “las reglas universales del conocimiento científico son características contingentes de la práctica científica” y no super—reglas, de tipos apriorístico, convencional o empírico, universalmente válidas o, principios metafísicos de esencia transhistórica y necesarias.<sup>19</sup> Los presupuestos teóricos del conocimiento se encuentran condicionados por la práctica científica, la que se justifica por un propósito estrictamente pragmático: construir de la mejor forma teorías científicas en las condiciones que lo requiera la práctica científica actual y que sean capaces de refutar a las teorías rivales.<sup>20</sup>

#### IV. EL PARADIGMA METAFÍSICO-TEOLÓGICO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

Si para Aristóteles la Filosofía fue la ciencia que estudia las primeras causas y los primeros principios, la Metafísica sería la rama de aquella que como ciencia primera estudia el fundamento trascendental o principios comunes a todas las ciencias.<sup>21</sup> La formulación de la Metafísica no ha sido unitaria a lo largo de la historia. Más bien, tres son las formas en que se ha presentado: teológica; ontológica y gnoseológica.<sup>22</sup> Cada una de ellas encuentra sus primeros principios universales y supraempíricos en los que fundamenta todo conocimiento en diferentes naturalezas: la teológica en Dios; la ontológica en el ser en cuanto ser y la gnoseológica en la razón.

El paradigma de la Metafísica teológica identifica al ser primero y perfecto, a Dios, con una ciencia igualmente primera y perfecta. El conocimiento de esta ciencia primera y la relación entre la materia y el ser primero, sólo es posible en esta concepción de la Metafísica debido a que la realidad se fragmenta en dos naturalezas: una suprasensible, perfecta y superior y la

<sup>19</sup> FEYERABEND, Paul, *op. cit.*, p. 87.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, X, 7, 1064<sup>a</sup> 10, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, p. 464.

<sup>22</sup> ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, trad. Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 793.

otra sensible, imperfecta y derivada.<sup>23</sup> Las teorías de Aristóteles, Spinoza y Hegel son, en mayor o menor medida, dignas representantes de este paradigma. Sin embargo, quizá el planteamiento más puro y desarrollado de esta postura es el que elaboró Santo Tomás de Aquino. Además, la teoría de este gran filósofo es la que sin duda ha funcionado como el paradigma por excelencia para los teóricos del Derecho que, buscan fundamentar dicha disciplina en una concepción cristiana de Dios.

En el Tomo VI de la Suma Teológica Santo Tomás trata los problemas relacionados con el Derecho. Para él la esencia perfecta y suprasensible es Dios “como supremo monarca del universo”. Al fungir Dios como monarca del universo, es la razón divina la que rige todas las cosas. La relación de la razón divina con las cosas es posible sólo debido a que aquella tiene carácter de una ley. De una ley se dice debido a que establece los términos y condiciones necesarios para ordenar las cosas de tal manera que cumplan un fin. Una ley, además, la que debido a que, es parte de una realidad suprasensible y rige fuera del tiempo, recibe el nombre de “ley eterna”.<sup>24</sup>

Desde un punto de vista epistemológico la “ley eterna” es para Tomás de Aquino la realidad suprema que constituye la realidad primaria del Derecho y establece los principios fundamentales de su orden necesario. La “ley eterna” como principio indemostrable y evidente, que regula y mide a todas las cosas del universo, imprime en la razón humana una inclinación natural a la acción debida y al fin —bien común—. <sup>25</sup> Esta aplicación de la “ley eterna” en el individuo es lo que se conoce como “ley natural”.

Ésta permite una participación intelectual y racional de la “ley eterna” en el ser humano.<sup>26</sup> De esta forma, la participación del ser humano en la “ley eterna” es con base en una ley —“ley natural”— que ordena las cosas a su fin y que debido a que sirve de medida de los actos humanos es parte de la razón. Debido a que es la razón el medio en que participa el ser humano en la razón divina y esto sólo es posible a través de la ley, es precisamente esta “ley natural” el primer principio universal separado e inmóvil de todo Derecho material e históricamente determinado. Por cuanto hace a su contenido, todos los preceptos de la “ley natural” se fundamentan en un único axioma: “hay que hacer y buscar el bien y evitar el mal”. A causa de que la “ley eterna” imprime una inclinación natural a la acción debida, esta es

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 794.

<sup>24</sup> DE AQUINO Tomás, *Suma Teológica*, tomo VI, trad. Francisco Barbado Viejo, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1961, 1-2- q.91 a.1, p. 52.

<sup>25</sup> *Ibidem*, 1-2 q.91 a.2, p. 54.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 1-2 q.91 a.3, p. 55.

comprendida por la razón como naturalmente buena. Así, el orden de los preceptos de la “ley natural” es correlativo al orden de las inclinaciones naturales.<sup>27</sup> Éstas a su vez pueden ser de tres tipos: una que comparte con todas las sustancias existentes —instinto de conservación—; otra que tiene en común con los animales —instinto de reproducción— y otro propio de la naturaleza racional —buscar la verdad acerca de Dios y vivir en sociedad—.<sup>28</sup> Debido a que son muchos los bienes que se presentan a la razón práctica, son muchos también los preceptos de la “ley natural”.<sup>29</sup>

Para el conocimiento del Derecho esto significaría, siguiendo a Aristóteles que, quien conozca esa “ley natural” que es lo universal del Derecho, alcanzará la sabiduría suprema del Derecho, lo que le permitirá conocer asimismo, lo particular del mismo.<sup>30</sup>

El resultado de la construcción tomista no sólo tiene efectos para el conocimiento del Derecho, sino también para su misma existencia. De esta forma, el hecho de que la “ley natural” proporcione “los principios generales e indemostrables” que permiten conocer la esencia del Derecho, fundamenta la necesidad de deducir a partir de tales principios generales, los criterios jurídicos concretos que servirán para conformar un sistema jurídico. Sin embargo, la participación de la “ley eterna” en la razón humana por el influjo de la “ley natural”, es debido a la condición humana imperfecta sólo limitada. De esta forma, el conocimiento humano sólo accede a ciertos principios generales, más no a verdades particulares, las que a su razón le resultan inaccesibles, no obstante que también están previstas en la “ley eterna”.<sup>31</sup> Esto hace necesario que los sistemas jurídicos de los diferentes pueblos para su conformación requieran, además del conocimiento de los principios de la “ley natural”, ciertas conductas y experiencias históricas. Así, los principios que naturalmente informan la razón deben ser aprobados por la costumbre y una vez que se han complementado con criterios jurídicos de carácter secundario que se adaptan a las características singulares

---

<sup>27</sup> David G. RANFIELD diría que “las ordenaciones generales de la razón, que regulan y miden las acciones a las que estas inclinaciones dan origen, constituyen la ley natural”. *La experiencia interna del Derecho, una jurisprudencia de la subjetividad*, trad. Armando J. Bravo Gallardo con la colaboración de Víctor M. Pérez Valera y Miguel Romero Pérez, Universidad Iberoamericana-ITESO, 1988, p. 189.

<sup>28</sup> GARCÍA HUIBORO, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002, p. 72.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 2002, p. 70.

<sup>30</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, I,2, 982<sup>a</sup>4, p. 101.

<sup>31</sup> DE AQUINO, Tomás, *op. cit.*, 1-2- q.91 a.3, p. 57.

y contingentes de su específica conformación social,<sup>32</sup> requieren ser legisladas y promulgadas mediante la escritura por la comunidad o por quien la represente.<sup>33</sup> De esta forma, en el sistema de Santo Tomás la diferencia entre razón divina y razón humana corresponde la diferencia entre “ley natural” y “ley humana”.<sup>34</sup> Ésta no podría ser por sí misma norma y medida de las cosas; en cambio, los principios de la “ley natural” que informan a la razón humana son propiamente hablando “reglas generales y normas de todas las acciones que el hombre pueda realizar”.<sup>35</sup>

No obstante los siglos transcurridos desde que la obra de Santo Tomás viera la luz por vez primera, su propuesta epistemológica sigue siendo por demás atractiva para muchos filósofos del Derecho modernos. Esto es aún más importante de lo que parece, debido al hecho que, por una parte, un buen número de dichos filósofos procede del mundo anglosajón —Alisair MacIntyre, Ralph McInerny, Stephen Theron; John Finnis, Germain Grisez y Joseph Boyle—, esto es, de un mundo donde los filósofos protestantes —Hume, Kant, Hegel, etcétera— durante siglos han mantenido el monopolio de las ideas; por la otra, a que el camino a Santo Tomás ha sido motivado por el hecho de que su Filosofía ofrece una sólida fundamentación del problema ético basada en principios cristianos,<sup>36</sup> en una época en que los filósofos se han obsesionado por encontrar el punto de intersección entre el Derecho y la Moral.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> *Loc. cit.*

<sup>33</sup> *Ibidem*, 1-2 q.90 a.3 y 4, p. 40-2.

<sup>34</sup> Como toda teoría del Derecho Natural, la de Santo Tomás parte de la existencia de dos realidades jurídicas diferentes y situadas en diferentes niveles jerárquicos una frente a la otra. La una de esencia metafísica y de superior jerarquía —Derecho Natural— y la otra de esencia empírica y de inferior jerarquía —Derecho Positivo—.

<sup>35</sup> *Ibidem*, 1-2- q.91 a.3, p. 57.

<sup>36</sup> GARCÍA HUIBORO, Joaquín, *op. cit.*, p. 59.

<sup>37</sup> En una época en que el impacto de los pronunciamientos morales en las decisiones judiciales llega a ser día con día más evidente, los tradicionales esquemas que tenían por objeto representar la aplicación del Derecho como una derivación de una norma jurídica individualizada a partir de una norma general y abstracta, resultan insuficientes para explicar en su real magnitud los principios, normas y procedimientos implicados en la determinación de derechos concretos en la praxis jurídica. Señala Dworkin que esto resulta más claro en las materias internacional y constitucional, debido a que en ellas se regulan materias cuyos contenidos se encuentran explícitamente más orientadas a la moral —libertad de expresión, respeto de la vida y de la dignidad, tratamiento igual, etcétera—. Además, en dichas materias los conflictos involucran de manera más directa a la sociedad —aborto, eutanasia, discriminación racial y de minorías, etcétera—. Finalmente, en el Derecho Constitucional se trata de aspectos más de moralidad política que de ética individual. Véase al respecto:

Como paradigma de epistemología jurídica la teoría de Santo Tomás ofrece múltiples y variados recursos a la Filosofía del Derecho. Esto debido a que, la relación que permite establecer entre entidades metafísicas y realidades históricas tiene que ver más con la razón práctica que con el esquema deductivo en donde el problema del Derecho Natural se reduce a meros procesos intelectivos. En efecto, los preceptos de la “ley natural” de Santo Tomás tienen el carácter de preceptos de la razón práctica pues se refieren a “inclinaciones humanas”, a condiciones de posibilidad del obrar humano.<sup>38</sup> De un obrar humano que como sociólogos modernos como Luhmann y Habermas señalan es contrafáctico, lo que no es otra cosa que cuando Santo Tomás establece que, una norma directiva superior a la que los seres humanos supeditan su razón es necesaria debido a que los mismos persiguen fines que exceden el alcance de sus facultades naturales.<sup>39</sup>

#### IV. EL PARADIGMA METAFÍSICO-RACIONALISTA DE KANT Y Kelsen

##### A) *El paradigma de Immanuel Kant*

El paradigma kantiano se opuso al planteamiento abstracto, rígido y objetivo de la metafísica ontológica que procede deductivamente de esencias atemporales y aespaciales para imponer al ser humano desde afuera reglas de observancia universal que sólo requieren ser formalizadas y complementadas por la ley positiva. Más bien, Kant trata de construir su paradigma desde dentro del sujeto, desde su esencia más pura, desde la razón. Más precisamente, es en el fundamento racional del fenómeno moral donde se contienen los principios del Derecho en Kant. De esta forma, en Kant el Derecho encuentra su fundamento en la Moral.<sup>40</sup>

La Teoría de la Moral kantiana encuentra que es la libertad el primer principio en torno del cual gira el hombre. La libertad es un principio regulador

---

DWORKIN, R., “The judge’s new role: should personal convictions count?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 2003, p. 5. Por su parte, Jürgen HABERMAS tiene un estupendo estudio intitulado “Derecho y Moral” que aparece como anexo a su obra: *Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, tercera ed., trad. Manuel Jiménez Redondo, 2001, Madrid, Trotta, p. 535.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 80 y 81.

<sup>39</sup> DE AQUINO, Tomás, *op. cit.*, 1-2- q.91 a.4, p. 59.

<sup>40</sup> Es por ésto por lo que Kelsen critica de la filosofía kantiana que en ella no es posible encontrar un dualismo radical entre “ser” y “deber ser”. K ELSSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994, p. 90-1.

—no constitutivo— de la razón especulativa que se encuentra por encima de toda ley natural y de todo fenómeno y que comprueba su realidad por medio de principios prácticos. Ella debe ser presupuesta como propiedad de la voluntad de toda esencia racional.<sup>41</sup> Libre es la voluntad pues puede determinar un fin sacado de ella misma. Esta capacidad de determinarse a sí misma sin tener una causa fuera de ella genera principios prácticos de actuación que determinan el arbitrio de las personas. De esta forma, los hombres sólo se encuentran sometidos a su libertad. Desde el mundo empírico donde viven los hombres, la libertad es la capacidad de reconocer, exclusivamente con base en la razón, las máximas conforme a las cuáles se debe hacer uso del arbitrio.<sup>42</sup>

La expresión lingüística de una máxima de “deber ser” que sirve para relacionar una ley objetiva de razón con una voluntad es lo que se conoce como imperativo categórico.<sup>43</sup> De esta forma, el imperativo es la expresión de una regla que hace objetivamente necesaria una conducta humana como buena en sí misma y sin referencia a otro fin, la que por lo mismo puede ser erigida por la razón como un principio de legislación universal. Es por esto por lo que se dice que el imperativo tiene validez *a priori* e incondicionada. El imperativo categórico se relaciona con ninguna otra determinación del arbitrio que con la libertad del mismo arbitrio.

El imperativo categórico tiene cuatro formulaciones concretas:

1. “Actúa siempre de tal manera que la máxima —o el motivo subjetivo— de tus actos pueda convertirse en principio de legislación universal”.<sup>44</sup>
2. “Actúa de tal forma como si la máxima de tu conducta debiera llegar a ser por medio de tu voluntad una ley natural general”.<sup>45</sup>
3. “Actúa siempre de tal modo que no trates la naturaleza humana, ni en ti ni en los demás, como un medio, sino como un fin en sí”.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, p. 82.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Reclam, Stuttgart, 1990, p. 62.

<sup>43</sup> KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, p. 42.

<sup>44</sup> KANT, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Suhrkamp, p. 140.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 51.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 62.

4. “No realizar ninguna conducta con base a otra máxima, más que con la que pueda existir la posibilidad de que pueda llegar a ser una ley general”.<sup>47</sup>

La idea de libertad transforma al ser humano en parte de un mundo de sentido, según el cuál en el mundo social real y temporal debe suceder lo que establece un deber en un imperativo categórico con validez *a priori* y universal.

La moralidad encuentra su origen en la libertad en sentido trascendental. La libertad libre de toda determinación externa, histórica y social, se da a si misma sus leyes. El principio de todas las leyes morales radica en la capacidad de autoleislación de la voluntad que se rige por el imperativo categórico. Éste puede adquirir realidad en el mundo social gracias a que la autonomía de la voluntad libre de toda determinación externa es capaz de darse a si misma sus leyes. Actúa de acuerdo con el sentido moral del concepto quien sigue responsablemente los principios de vida que provienen de la voluntad autónoma.

El juicio que contiene un imperativo categórico es a lo que Kant le llama Ley. Ésta tiene tres características: universalidad, mandato y esencia formal. La universalidad exige aplicación sin excepción de la Ley. El mandato es la orden que la misma incorpora. La esencia formal de la Ley implica que, la máxima que describe no se encuentra dirigida a la realización de ningún fin concreto. En el mundo de los hechos esto implica que el principio moral exige obedecer la Ley en si, independientemente de cualquier objetivo concreto anhelado que sea objeto de la máxima. La necesidad de la conducta libre por respeto a la Ley es a lo que se denomina obligación.

Kant define al Derecho con base en sus fundamentos trascendentales *a priori*. Una definición que en exclusiva se hubiere limitado a describir las características empíricas del Derecho sería como “una cabeza que puede ser bella pero que desgraciadamente no tiene cerebro”.<sup>48</sup> De esta forma para Kant el Derecho son *las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad*. Este concepto de Derecho que se construye con base en criterios de validez que se encuentran implícitos en la razón, se obtiene, como diría Habermas, por vía de restricción a partir de las categorías de la Moral de: voluntad,

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>48</sup> KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, p. 66.

arbitrio, acción, móvil de la misma, obligación, ley y legislación.<sup>49</sup> Si consideramos que el concepto de Derecho se integra de tres elementos: a) el arbitrio; b) la ley general de libertad y; c) las condiciones de unión entre el arbitrio y la ley general de libertad, la restricción con base en la cuál se construye el concepto de Derecho Kant es triple.

En principio, la voluntad libre de los sujetos se restringe en Kant al uso del arbitrio en una relación externa de respuesta recíproca en la que se unen al menos dos albedríos libres.<sup>50</sup> El arbitrio que, se basa en la capacidad de hacer u omitir y que engendra el objeto del fin querido por la conducta, establece las máximas de actuación jurídica del sujeto.

En segundo lugar, se trata de una Ley General de Libertad que sea capaz de compatibilizar dos o más acciones recíprocas que se encuentren determinadas por la razón pura. Esto es posible mediante el establecimiento de obligaciones iguales, mutuas, universales que se conformen de manera necesaria con la libertad de todos.

Finalmente, las condiciones de unión entre el arbitrio y la Ley General de Libertad, consisten en la facultad de ejercer la coerción para forzar la conducta conforme a la Ley General de Libertad. La posibilidad de la fuerza exterior es necesaria para mantener el libre arbitrio dentro de los límites que establece la Ley General de Libertad. Si el Derecho se debe ordenar a la Libertad, la coacción sirve para impedir invasiones a la misma. La coacción es asimismo, la motivación exterior de las conductas jurídicas. El *quantum* de la facultad de ejercer la fuerza en el Derecho se rige por el juicio de contradicción, pues la medida de la sanción debe ser la precisa para eliminar el límite que la conducta que viola la norma le pone al ejercicio de la libertad por parte de otro.<sup>51</sup> De esta forma, el uso de la fuerza en el Derecho asegura la Libertad.<sup>52</sup>

Para Kant son posibles dos diversas concepciones del Derecho, la una estricta y la otra amplia. La estricta consiste en la Ley de una obligación mutua entre hombres, que deriva del deber que se conforma necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de libertad general y que determina al arbitrio en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior compatible y al servicio de al libertad de todos frente a todos según leyes generales.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 136.

<sup>50</sup> VON HORST, Folkers, "Zum Begriff des Rechts bei Kant, Hegel und Benjamin", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (1985), p. 247.

<sup>51</sup> KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, p. 68.

<sup>52</sup> *Loc. cit.*

Este concepto de Derecho estricto que no mezcla nada con la moral y que es producto de una intuición pura *a priori*, se construye con tres elementos: *a*) una Ley o regla; *b*) una obligación mutua general recíproca que deriva del deber y que se conforma necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de libertad general; y *c*) la posibilidad del uso de la fuerza conforme compatible con leyes generales. Más concretamente Kant reconoce como elementos de un concepto estricto del Derecho: regla; obligación y; fuerza.

El Derecho en sentido amplio permite incluir excepciones al principio de obligación mutua en dos casos, en la equidad —“Derecho que no puede obligar”— y en la necesidad —“exigencia sin Derecho”—.

En la construcción del concepto de Derecho de Kant, la diferenciación hacia afuera del Derecho y más concretamente la diferenciación del Derecho frente a la Moral y las semejanzas con ésta, adquieren una significación especial. Lo común entre la Moral y el Derecho es que ambos prescriben deberes. Por otra parte, una diferenciación entre la Moral y el Derecho se debe realizar con base en el diverso tipo de legislación de donde proceden cada una de ellas. Esto se hace a partir de la relación entre la motivación, que conecta subjetivamente el fundamento de la determinación de la arbitrariedad de la conducta, con la ley, que representa objetivamente y de manera necesaria la conducta que debe suceder.<sup>53</sup> De esta forma, quien actúa motivado por el cumplimiento de la obligación en sí misma, actúa moralmente; en cambio, quien no hace a la obligación por sí misma su motivación, sino que actúa guiado por otra causa, razón o motivo, actúa jurídicamente.<sup>54</sup> El diferente fundamento de la motivación se debe a que los deberes morales se fundamentan directamente en la razón; en cambio, los deberes del Derecho, la ley y la obligación aparecen como dados, pues han sido creados e impuestos por autoridades exteriores y diferentes al individuo obligado.

Lo anterior no significa que, en la Filosofía de Kant el Derecho y la Moral se encuentren como sistemas normativos frente a frente, en igualdad de jerarquías y con un fundamento de validez diferente. Esa fue más bien una pretensión de Kelsen. Por el contrario, en la teoría de Kant el Derecho encuentra su fundamento en la Moral. Cualquier obligación jurídica indirectamente es una obligación moral.<sup>55</sup> Es por esto por lo que, la Ética exige hacer la conducta prescrita por el Derecho una máxima de acción. De aquí se deriva el imperativo categórico que establece: *actúa exteriormente de*

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 54.

*tal forma que, el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de los otros según una ley general, esto es, de una ley que me imponga vinculatoriedad u obligación.*<sup>56</sup> Además, darse un ordenamiento jurídico externo y cumplirlo es un deber moral de los hombres.

Durante los siglos XIX y XX apenas y se pudiera encontrar algún esfuerzo científico que de alguna manera no hubiera sido influenciado por Kant en alguna forma. Parece que la filosofía de Kant, como ninguna otra, transformó la filosofía y la ciencia. El paradigma de Kant es el que desarrolló la Filosofía Clásica Alemana de Fichte, Schelling y Hegel, la Filosofía Trascendental de Fries y Benecke, la Filosofía del Lenguaje de Humboldt, la Teología y la Hermenéutica de Schleiermacher; el Empirocriticismo de Avenarius y de Mach; el Neopositivismo del Círculo de Viena de Carnap y Wittgenstein y más recientemente las Filosofías de Habermas y de John Rawls.

En la Filosofía del Derecho desde el siglo XIX la influencia de Kant ha sido sin duda la más importante si se le compara a la que ejerciera cualquier otro filósofo clásico. Esto vale, sin embargo, más por su teoría crítica del conocimiento que por su teoría jurídica.<sup>57</sup> De esta forma, durante la segunda mitad del siglo XIX surgió la Teoría General del Derecho, cuyos principales autores fueron Mehl, Binding, Bierling, Bergbohm, Somló y Bluntschli. Esta nueva disciplina especial de la Filosofía del Derecho se apoyó en un principio elaborado con base en la Filosofía de Kant: debido a que los contenidos jurídicos no pueden ser accesibles al conocimiento científico, en beneficio de la seguridad jurídica tienen que ser establecidos los criterios formales que sirven para determinar lo que debe ser el Derecho.<sup>58</sup>

El formalismo jurídico en la Filosofía del Derecho que sirviera para justificar la legislación y la jurisprudencia del régimen nacionalsocialista, tuvo a uno de sus más importantes representantes en Rudolf Stammler para quien fue posible establecer que, los principios de un Derecho justo no son normas, sino que más bien, tienen la significación de pensamientos metodológicos que nos ayudan a elegir entre una muy amplia variedad de normas jurídicas concretas,<sup>59</sup> y que por ello un Derecho correcto no era más que una forma pura del pensamiento, un método formal y que no era posible

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>57</sup> KAUFMANN, Arthur, "Problemggeschichte der Rechtsphilosophie", en *Einfuehrung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Mueller, Heidelberg, Winfried, 1994, p. 75.

<sup>58</sup> COING HELMUT, *Kant und die Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, Frankfurt am Main, 1955, p. 34 y ss.

<sup>59</sup> STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Editora Nacional, 1980, p. 259.

encontrar ningún precepto jurídico del que se pudiera comprobar, con base en la especialidad de su contenido, su validez absoluta.<sup>60</sup>

Gustav Radbruch, uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, con base en el dualismo metódico de “ser” y “deber ser” encontró la relación necesaria entre el Derecho y los valores. Él pensó que el Derecho no está libre de valores tal y como acontece en la naturaleza, pero que tampoco el Derecho es un valor puro como la justicia. Radbruch fue más bien de la idea que el Derecho se justifica en la medida en que se encuentra dirigido a la realización de valores: Con esto, el concepto del Derecho, aún dentro de una posición kantiana, fue determinado con base en su contenido. La estimativa jurídica como construcción de un criterio valorativo a partir de la intuición *a priori* de los valores que entrañan los sistemas jurídicos y que funge como censor de los sistemas jurídicos históricamente dados puede también ser considerada como una Teoría de Derecho kantiana.<sup>61</sup> Incluso dentro del paradigma del tomismo jurídico, autores como Joseph Maréchal, Karl Rahner y Bernard Lonergan han tratado de llevar a cabo una reinterpretación de la teoría del Derecho Natural de Tomás de Aquino en términos de Kant.<sup>62</sup> Pero entre todas las posiciones kantianas en la Teoría del Derecho, ninguna fue tan radical como la de Hans Kelsen quien provenía del “Círculo de Viena” y quien desarrolló una *Teoría Pura del Derecho*. Además Kelsen jamás negó que, su Teoría Pura era un intento para exponer la Filosofía de Kant en forma de una teoría del Derecho positivo.<sup>63</sup>

### B) *El paradigma de Hans Kelsen*

El desarrollo más importante del paradigma kantiano fue el que emprendió Kelsen con su *Teoría Pura del Derecho*.<sup>64</sup> Este autor trató de recuperar la

---

<sup>60</sup> STAMMLER, Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, segunda ed., Luchterhand, Frankfurt am M., 1926, pp. 51 y 94.

<sup>61</sup> RECANSENS, Luis y DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, México, UTEHA, 1946, tomo I, pp. 645-656.

<sup>62</sup> GRANFIELD, David, *La experiencia interna del Derecho, una jurisprudencia de la subjetividad*, trad. Víctor Pérez Valera y Miguel Romo Pérez, México, Universidad Iberoamericana-ITESO, 1996, p. 215.

<sup>63</sup> Carta de Kelsen a Renato Treves, en Paulson, Lars (coordinador), *Kelsen-Traves, Formalismo jurídico e realtà sociale*, Stanley, Nápoles 1992, pp. 55-58.

<sup>64</sup> La otra gran teoría del siglo XX que desarrolla el paradigma kantiano es la de John RAWLS, la que sin embargo, pertenece más a la Ciencia Política que al Derecho. En su obra *Teoría de la justicia*, Rawls plantea su posición racionalista en los siguientes términos: “en

pretensión kantiana de construir un sistema de Derecho a partir de conceptos puros *a priori* que no contengan elementos empíricos. No obstante lo anterior, a diferencia de Kant, Kelsen trató de construir a partir de las premisas metodológicas de aquel un sistema de Derecho con una fundamentación estrictamente jurídica.

Kelsen denominó pura a su teoría debido a que ella se ocupó exclusivamente de las estructuras formales de las normas jurídicas, eliminando los elementos psicológicos, éticos, sociológicos y políticos.<sup>65</sup> Asimismo, a su método lo denominó Kelsen método puro debido a que la construcción del sistema de Derecho se hace bajo la base de una fundamentación racional y autónoma que renuncia a toda la inclusión de los mencionados elementos no estrictamente jurídicos.

Kelsen al igual que Kant trabajo con las formas del sistema jurídico. Esta fue la manera de construir un sistema que fuera capaz de describir cualquier sistema jurídico histórico. Sin embargo, Kelsen fue más estricto que Kant en cuanto hace a la construcción del sistema, pues trató de elaborar una matemática de la ciencia del espíritu —sueño Hermann Cohen— a partir de una estructura donde con base en las propiedades lógicas de las normas, unas de ellas se puedan deducir de otras y donde todas ellas formen un conjunto de conceptos interdefinidos, interdependientes y en su conjunto un sistema lógicamente coherente.<sup>66</sup> Para Kelsen la lógica es la esencia del Derecho. La Teoría del Derecho debe ser vista como una ciencia que sólo describa la estructura lógica de los sistemas jurídicos y que renuncie a considerar el origen y el fin del Derecho, pues desde su punto de vista los mismos no son ingredientes esenciales del mismo.

---

la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia... Los principios de justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias o circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios”, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 25.

<sup>65</sup> DREIERS, Ralf, “Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt”, en *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*, Herbert, Haller (coordinador), Viena, 1997, 193-215 y POUND, Roscoe, “Law and the Science of Law in Recent Theories”, en *Yale Law Journal* 43, 1933/34, 525-536.

<sup>66</sup> ROJAS AMANDI, Víctor, “Filosofía del Derecho”, segunda ed., México, Porrúa, 2000, p. 315.

El rigor de la Teoría Pura del Derecho lleva a su autor a criticar a Kant por no establecer una diferencia tajante entre el “ser” y del “deber ser”. Kelsen critica que en Kant la norma moral —“deber ser moral”— se deriva de la razón como razón práctica cuya función es también el conocimiento del ser. Esto debido a que razón práctica y razón teórica en Kant son básicamente lo mismo.<sup>67</sup> La cuestión de si es posible inferir un “deber ser” de un “ser” había sido previamente rechazada por David Hume. Y es precisamente este dualismo irreconciliable entre “ser” y “deber ser” el que Kelsen retoma para dar inicio a la construcción de su sistema jurídico.

Las categorías originarias bajo las cuáles se conocen todas cosas dentro y fuera de nosotros mismos son los juicios del “ser” y del “deber ser”. Los primeros enuncian lo que son los objetos; en cambio, los segundos se refieren a lo que debe ocurrir. Un juicio de “deber ser” al que también se le puede denominar normativo es el propio del Derecho.

Los juicios del “deber ser” describen normas cuya validez es algo que se deriva de su propia esencia racional fuera del espacio y del tiempo. Para la validez del Derecho resulta irrelevante si el núcleo normativo descrito en el juicio del “deber ser” en el mundo de los hechos se cumple o no. Kelsen se vale de un axioma —un principio que sirve para fundamentar pero que no puede ni necesita comprobarse— para fundamentar la validez formal de las normas del sistema jurídico, al que denomina “norma fundante básica”.<sup>68</sup> Ésta norma es hipotética debido a que es un supuesto apriorístico, que no ha sido establecida de modo jurídico-positivo y que funciona como una hipótesis científica que la Ciencia del Derecho se ve obligada a establecer como condición para que sus elementos se puedan interpretar como parte del Derecho. De la “norma fundante básica”, principio de razón pura, se derivan todas las normas pertenecientes al sistema mediante reglas operativas o de comprobación, que siguen un proceso deductivo en una estructura organizada por diferentes niveles normativos —Constitución; Ley; Tratados Internacionales; Reglamentos; Actos Jurídicos Individualizados— donde las normas de los niveles inferiores se derivan de las de los niveles superiores. Los únicos contenidos esenciales de una norma jurídica serían: la obligación y la sanción.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994, p. 89.

<sup>68</sup> KELSEN, Hans, “Rechtswissenschaft und Logik”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1966, p. 548.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 546 y 547.

La Teoría Pura del Derecho si bien es cierto construye su sistema de Derecho a partir de esencias racionales, también lo es que, precisa de una realidad social en donde dichas formas racionales de un modo regular se realicen. Si las normas jurídicas racionales no tuvieran una correspondencia con la realidad social, no podrían ser supuestas por la Teoría Pura como normas.<sup>70</sup> De esta forma, las normas jurídicas se relacionan con el mundo de los hechos donde viven los hombre de carne y hueso inmersos en realidades históricas, debido a que prevén juicios hipotéticos que enlazan un supuesto de hecho condicionante a una consecuencia jurídica condicionada por el. Dichos supuestos constituyen el criterio que sirve para imputarle a un ser humano que, con su conducta haya realizado la conducta prevista en la hipótesis, el acto coactivo establecido en la consecuencia.

La imputación es el medio para relacionar los hechos con la norma, de enlazar normativamente el sujeto del “deber ser” con el objeto del mismo en la forma prevista por el precepto. El jurista considera los hechos sociales en cuanto coincidan o no con el contenido de la norma.

### C) *Consideraciones comparativas*

La herencia kantiana en Kelsen resulta innegable. El método trascendental kantiano coincide con el método normativo kelseniano en que el conocimiento crea su objeto, pues las condiciones de conocimiento son a la vez las condiciones del objeto. Éste es creado por aquel.

Kant estudió las condiciones de posibilidad del conocimiento, Kelsen las condiciones de posibilidad del orden jurídico. Las condiciones de posibilidad del conocimiento tienen una validez *a priori*. Lo que en Kant es el imperativo categórico, en Kelsen es la “norma fundante básica”. La Teoría Pura del Derecho es, de esta forma, una aplicación del método trascendental kantiano. Kant considera que conocimiento sólo lo hay de cosas reales, pero que dicho conocimiento supone ciertos conceptos *a priori*. Kelsen también estima que el único objeto del conocimiento de la Teoría del Derecho es el Derecho Positivo, sin embargo, dicho conocimiento jurídico parte de una serie de conceptos *a priori*, base del conocimiento normativo.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> RECASÉNS, Luis, “La teoría pura del derecho (Filosofía de la Ciencia Jurídica o del Derecho Positivo) según Kelsen”, en *Antología 1922-1974*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 46 y 57.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

Parafraseando a Hegel podríamos decir que, en el paradigma kantiano “se trata de un principio puramente formal”,<sup>72</sup> de un frío deber prescrito en un juicio, esto es, de una regla formal, de una norma cuyo único contenido es un deber.

## VI. EL PARADIGMA DE LA FUERZA

La identificación del Derecho con la fuerza ha sido cultivada como paradigma de manera muy intensa desde el siglo XIX. La causa de esto se debe a la aplicación de los métodos de la sociología clásica como herramienta de análisis de los fenómenos jurídicos. Si bien es cierto la consideración de los aspectos factuales o empíricos del Derecho no es algo exclusivo de los últimos siglos —ya los sofistas en la Antigua Grecia habían hecho énfasis en los mismos—, si en cambio, los métodos de la sociología permitieron un estudio con pretensión científica de la experiencia jurídica, con base en la verificación y en la comparación de hechos.

Max Weber precisó que es posible considerar al Derecho de dos formas. La primera se pregunta por lo que idealmente vale como Derecho —validez ideal—, esto es, “que sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica”. La segunda, que es la perspectiva sociológica, considera lo que de hecho sucede en una comunidad “en razón de que existe probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria... consideran subjetivamente como válido un determinado orden y orientan por él su conducta práctica” —validez empírica—. <sup>73</sup>

Dentro de la posición sociológica, el Derecho es asimismo un orden con ciertas garantías que funcionan a través de un aparato que es capaz de imponer medidas coactivas. Dichos medios coactivos pueden ser físicos —la fuerza— o psíquicos. <sup>74</sup> Tener derecho en el sentido sociológico significa que se tiene una posibilidad garantizada de pedir la ayuda de un mecanismo coactivo que existe para tal fin. <sup>75</sup>

Una posición más radical que la de Weber fue la de Rudolf von Ihering. En su obra *La Lucha por el Derecho*, Ihering sostiene que, “el derecho no es

---

<sup>72</sup> HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo III, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 446.

<sup>73</sup> WEBER, MAX, *Economía y Sociedad*, trad. Juan Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 251 y ss.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 254-5.

una idea lógica sino una idea de fuerza”.<sup>76</sup> No negó Ihering que el Derecho fuera un medio de lucha contra la injusticia, sin embargo, fue de la idea que en el Derecho la justicia sólo se puede realizar mediante la fuerza. Es más, en una consideración cronológica los sistemas jurídicos, sus instituciones y hasta sus disposiciones particulares, bien podrían ser vistos como el resultado de una lucha donde por la fuerza un grupo ha puesto sus condiciones a los más débiles, conforme a sus propios intereses y aspiraciones de justicia. Por lo mismo, no son las razones sino la misma fuerza la que decide cuál es la justicia que define el Derecho. Asimismo, el Estado mantiene el orden legal mediante la fuerza.<sup>77</sup>

Para Ferdinand de Lasalle si el Derecho lo sometemos a una investigación histórica que demuestre lo que realmente sucede, deberíamos concluir que el Poder prevalece sobre el Derecho y en todos los casos esto sucede, hasta que el Derecho haya podido acumular detrás del mismo el suficiente poder para destruir el poder de las fuerzas contrarias al Derecho.<sup>78</sup>

También el Realismo Sociológico establece una relación indisoluble entre Derecho y fuerza. De esta forma Alf Ross entiende que el Derecho es “el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado”<sup>79</sup> y que busca garantizar el monopolio de dicha fuerza estatal.<sup>80</sup> El contenido de las reglas del Estado se refiere a la aplicación de la fuerza.<sup>81</sup> Sostiene Ross que el poder y su fuerza propia funcionan por medio del Derecho, de tal modo que la relación entre los que deciden que ha de ser el Derecho y aquellos que se encuentran sometidos al mismo es una relación de poder.<sup>82</sup>

## VII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

### A) *El paradigma tomista*

Una consideración estrictamente filosófica de cualquier paradigma epistemológico que se haya utilizado para estudiar el Derecho reduciría el problema

<sup>76</sup> Oxford University Press, México, 2000, p. 30.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>78</sup> LASALLE, Ferdinand, Macht und Recht, en *Reden und Schriften*, Reclam, 1987, pp. 181-4.

<sup>79</sup> ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1997, p. 60.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 85.

al aspecto de la validez del conocimiento jurídico. De esta forma, la epistemología jurídica se confundiría con la lógica jurídica. Por lo mismo, un análisis correcto de dicho paradigma exige un estudio de las cuestiones de hecho, de la psicología de las funciones cognoscitivas y de su uso, desarrollo y significación en contextos históricos determinados. Esto requiere de manera necesaria referirnos a los efectos sociales que el sostener uno u otro paradigma pudiera representar para la práctica del Derecho.

De acuerdo con lo anterior resulta necesario analizar el paradigma tomista desde una perspectiva histórica dentro del contexto de lo que en la Filosofía del Derecho se suele denominar como Derecho Natural. Éste, en su concepto tradicional, se ha entendido como la formulación de un Derecho sustancial, intemporal, suprapositivo y perfectamente acabado con independencia de la voluntad de los seres humanos que forman parte del acontecer social e histórico.

A lo largo de la historia tres han sido las diferentes versiones del Derecho Natural: las teorías divinas; las teorías del Derecho Natural Antiguo y; las teorías del Derecho Natural Moderno.<sup>83</sup> Caracteriza a las teorías divinas del Derecho el hecho de considerar a éste como una creación divina para el gobierno de los hombres y que se transmite a los seres humanos por medio de un intermediario o profeta o mediante reglas. Tal percepción sobre la naturaleza del Derecho es una de las más antiguas y la encontramos en Babilonia, en los Hebreos, en la India con las Leyes de Manú y en el Derecho Islámico. Por su parte, las teorías del Derecho Natural Antiguo parten del concepto de naturaleza para de ahí derivar las reglas que habrán de regir la convivencia humana. En este sentido la naturaleza puede ser de carácter empírica —Calicles y Ulpiano— o teológica metafísica —Platón, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás—. Finalmente, las teorías del Derecho Natural Moderno construyen su paradigma con base en el concepto de razón. Ésta puede ser instrumental —Grocio y Hobbes—; práctica —Kant— o absoluta —Hegel—.

La teoría del Derecho Natural Antiguo, dentro la que se encuentra la de Santo Tomás, como teoría metafísica-ontológica fue siendo objeto de fuertes críticas conforme los principios empirico-racionalistas fueron ganando prestigio gracias a los espectaculares avances de la ciencia. Se señaló que, la misma padecía de un engañoso dualismo ontológico, en donde un presupuesto del proceso cognitivo se convierte en un objeto mismo del entendimiento humano. El aparto epistemológico llega a ser en sí mismo una

---

<sup>83</sup> PRAKASH SINHA, Surya, *Jurisprudence, legal philosophy*, Estados Unidos de América, West Group, 1993, pp. 81-137.

realidad. Los postulados de la razón llegan a ser hechos ontológicos que existen independientemente del entendimiento. De aquí se señaló que, sugiere una confusión entre ser y pensamiento; entre deontología y ontología; entre valores y realidad y entre idea y hecho. Lo trascendental no es meramente un objeto cognitivo, más bien es la realidad misma, la verdadera sustancia de la que las normas y sus contenidos deben ser derivados. Por lo mismo, el Derecho Natural se encuentra llamado a ser no meramente un instrumento para buscar el Derecho ideal, sino más bien, a ser el Derecho correcto en sí mismo, con lo que las peculiaridades históricas de las sociedades donde viven los hombres adquieren el carácter de una categoría secundaria lo que redundaría en una degradación del ser humano.

Por lo anteriormente dicho, se le ha reprochado al Derecho Natural ontológico que es incapaz para dar cuenta de las necesidades del desarrollo histórico, intereses, con fines e instituciones particulares de los pueblos históricamente determinados. Se le reprocha que en la realidad, los valores resultan de las relaciones sociales concretas y de las formas institucionales de dichas relaciones, mismas que son determinadas por ideologías concretas y por convenciones.

También se suele criticar de esta posición que, los valores absolutos del Derecho Natural o sus normas se derivan del concepto de naturaleza. Esto iría en contra de un principio básico de lógica deductiva en el que David Hume hizo especial énfasis: no se puede derivar una conclusión de lo que no se encuentra contenido en la premisa, lo que dicho de otra forma, significa que los valores o normas no pueden ser derivadas de los hechos, empíricos o supraempíricos, o más concretamente, que no se puede derivar un “deber ser” de un “ser”.<sup>84</sup> Cuando el Derecho Natural pretende derivar normas de los hechos ontológicos de la naturaleza, de la razón abstracta o de Dios, esto sería un procedimiento lógicamente incorrecto.<sup>85</sup>

Por otra parte, se ha sostenido que, la naturaleza trascendental niega la consideración de un pluralismo cultural y aboga por principios éticos absolutos. En la realidad histórica cada pueblo produce sus propios valores.

---

<sup>84</sup> HUME, David, *A treatise on human nature*, Libro III, Oxford, Oxford University Press, 1967, p. 469.

<sup>85</sup> Un excelente análisis sobre este problema es el que lleva cabo Norbert H. OERST en su artículo: “El problema de la inferencia del deber ser a partir del ser”, en la filosofía moral analítica”, mismo que forma del conjunto de artículos de dicho autor que tradujera Ernesto Garzón Valdés y que se publicó por la Editorial Fontamara de México en 1998 con el número de 16 de la Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, bajo el título *Problemas de ética normativa*.

Desde un punto de vista empirista se sostiene que, las evidencias antropológicas, psicológicas y sociológicas muestran que, a pesar de las diferencias culturales entre los seres humanos también existen similitudes en las que podríamos fundamentar parámetros éticos fundamentales, sin la necesidad de tener que recurrir al dogmatismo ontológico supraempírico del Derecho Natural. Los sociólogos han sugerido que la sociedad, la cultura, la interacción simbólica y la potencialidad de los organismos biológicos que interactúan en el proceso básico de socialización, han sido el campo básico de condiciones de donde emerge la psique humana y que es probable que haya ciertas estructuras básicas idénticas y funciones en el sistema psíquico.

Una de las críticas más serias que se ha hecho valer contra el Derecho Natural ontológico consiste en que el mismo más bien ha servido para justificar posiciones contrarias u órdenes jurídicos y sistemas de valores reales que, para condenar normas injustas o prácticas inmorales. En Platón y en Aristóteles, el Derecho Natural sirvió para justificar la esclavitud y en San Agustín y Santo Tomás para justificar las injusticias del Absolutismo medieval en todas sus manifestaciones. Es por esto, por lo que Alf Ross sostuvo: *A semejanza de una cortesana, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural.*<sup>86</sup>

Asimismo, una pretensión política que se deriva de la perspectiva epistemológica del Derecho Natural —no sólo del de tipo ontológico— consiste en hacer valer como aspiraciones universales ciertos principios que realmente corresponden a valores de culturas social y espacialmente determinadas, concretamente de la cultura occidental cristiana. Esto ha llevado a justificar los terribles genocidios que los Estados Europeos y algunos otros fundados por ellos en otras regiones —como es el caso de los Estados Unidos y el Estado de Sudáfrica—, han perpetrado desde hace varios siglos a lo largo y ancho de todo el mundo. Aquí vale recordar, desde las conquistas y colonizaciones en el Continente Americano<sup>87</sup> y en África, hasta la ocupación de Irak.

Entre otra de tantas críticas que se suele hacer valer en contra de la versión ontológica del Derecho Natural, encontramos la que señala que éste

---

<sup>86</sup> *Op. cit.*, p. 322.

<sup>87</sup> Un excelente ejemplo de cómo el Derecho Natural ontológico sirvió para justificar el genocidio y despojo llevados a cabo por los españoles en la conquista de América, es el que hizo valer el teólogo y escriba Juan GINES DE SEPÚLVEDA en su obra: *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. Existe una edición que preparó el Fondo de Cultura Económica en México de 1941.

ve como arbitrarias las convenciones que depende exclusivamente de la voluntad del hombre. De aquí se dice que el mismo le fija al ser humano un estándar con validez trascendental dentro del que debe diseñar sus normas jurídicas. Se advierte que, sin embargo, las sociedades históricas que más libertad han tenido para diseñar sus propias normas jurídicas de acuerdo a sus peculiares convicciones y valores son las que han contado con los mejores sistemas jurídicos.

Sin embargo, la crítica expresada en el párrafo anterior es de donde se han obtenido las razones que aún hoy día justifican la necesidad de un Derecho Natural de corte ontológico. En efecto, como señaló Hans Welzel, fueron las evidencias históricas del régimen nacional-socialista en Alemania, en donde el Derecho positivo se utilizó como instrumento de las políticas criminales que horrorizaron al mundo, las que hicieron necesario el renacimiento en la creencia de un Derecho superior a la ley positiva.<sup>88</sup> Y este Derecho superior no se puede conformar con simple formas sin contenido, tal y como lo plantea el Derecho Natural racionalista-kantiano. Más bien, el mismo requiere un contenido mínimo al que Radbruch denominó simplemente justicia.<sup>89</sup> Ahora bien, este concepto de justicia nos lleva necesariamente, como lo estableciera la Sala Penal de Tribunal Supremo Federal de Alemania en una decisión de 1954 a las “normas de la moralidad”, esto es, al “preexistente y aceptado orden de los valores y principios del deber que rigen la convivencia humana” y cuyo “contenido no puede cambiar a causa de que las opiniones sobre lo que es válido se modifiquen”.<sup>90</sup>

En una sociedad donde lo cotidiano es el cambio, la moda pasajera; donde el interés individual inmediato y el placer pasajero adquieren una importancia sin precedente; donde el Derecho se legitima por consensos coyunturales que rápidamente pierden su razón de ser, la Filosofía del Derecho de Santo Tomás ofrece un excelente recurso para encontrar criterios de validez normativa que trasciendan el devenir histórico del presente y se fundamenten en los valores básicos que sirvieron para organizar las sociedades occidentales, esto es, en los valores cristianos occidentales. Esos valores que se basan en el amor al prójimo, que fomentan la dignidad del ser humano y que

<sup>88</sup> Mencionado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, UNAM, 1977, pp. 125-6.

<sup>89</sup> “Rechtsphilosophische Besinnung”, en *Der Mensch und Recht*, KARL ALBER, Gotinga, 1981, p. 231; en la misma obra: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, p. 120; “Sozial Juristische Zeitung”, 1946, p. 107.

<sup>90</sup> Sentencia mencionada por KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, segunda ed., trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 79.

como diría Hegel enseñan a captar las ideas con el corazón.<sup>91</sup> Filósofos del Derecho del mundo anglosajón como Alisair MacIntyre, Ralph McInerny, Stephen Theron; John Finnis, Germain Grisez y Joseph Boyle han descubierto la gran utilidad que las ideas de Tomás de Aquino pueden aportar al debate ético-jurídico contemporáneo.

### B) *El paradigma kantiano*

Kant es sin duda el Filósofo que mayor aceptación tuvo entre los juristas de todo el mundo de los siglos XIX y XX. Esto se debe, en gran medida, a la diferencia metafísica que pudo trazar entre Moral y Derecho sin recurrir a la naturaleza o contenido de las obligaciones de cada uno de dichos órdenes normativos. La interioridad de la Moral y la exterioridad del Derecho, se establecen con base en la relación entre la motivación que da origen a la conducta con la Ley. Cuando la motivación es interior en el sentido de cumplir una obligación por su valor propio, estaremos ante la Moral.

En cambio, cuando la obligación es impuesta desde afuera y se cumple por la amenaza externa de una sanción que puede ser impuesta forzosamente por una autoridad, estaremos ante el Derecho. La obligatoriedad de la Ley impuesta desde afuera para el control externo de conductas humanas es lo que constituye la esencia del Derecho en la Filosofía de Kant. Este sería el primer paso para tratar emancipar al estudio del Derecho de toda fundamentación filosófica y para tratar de encontrarle una identidad propia. Fue así, como la Teoría General del Derecho —actualmente Teoría del Derecho— se constituyó como la disciplina para tratar de construir una fundamentación del Derecho autorreferente, esto es, desde adentro del sistema de Derecho.

Las relaciones entre Derecho y Moral son el punto donde difieren las teorías de Kant y Kelsen. Para el primero, la diferencia se estableció a partir de los elementos comunes que constituyen el fundamento único para ambos. En cambio, para Kelsen, al igual que ante para Fichte, tal diferencia se estableció como un problema antitético en donde el Derecho y la Moral son dos esferas autónomas e irreductibles la una a la otra y, en consecuencia, de manera legítima el Derecho puede permitir actos que la Moral prohíbe.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. Wenceslao Roces, tomo III, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 121.

<sup>92</sup> DEL VECCHIO Y RECASSENS, *Filosofía del Derecho*, tomo I, México, UTEHA, 1946, p. 118.

Sin duda la epistemología jurídica de Kant realizó una contribución muy importante al enseñarnos a ver el Derecho como un sistema de normas de conducta autónomas, cuya esencia se determina más con base en las características formales del sistema que, con base en los contenidos de sus normas. Éste paradigma que Kelsen tradujera a términos de Teoría del Derecho y desarrollara al extremo de lo posible con base en reglas de Lógica formal, fue muy útil para que los juristas aprendieran a trabajar con un objeto de estudio propio y con herramientas metodológicas y técnicas propias del Derecho. Fue así como se hizo posible hablar de una Ciencia del Derecho. El precio que se pagó fue reducir la esencia del Derecho a la estructura formal de la norma y renunciar a establecer contenidos de justicia mínimos de las normas como criterio para determinar su validez.

### C) *El paradigma de la fuerza*

Señala Hegel que el nacimiento del empirismo, que enseña “a considerar el testimonio de los sentidos como algo importante y seguro, a tener por verdadero solamente lo conocido a través de los sentidos” fue una gran época que no sólo dio lugar al nacimiento de las ciencias naturales, sino que también trascendió al Derecho, pues enseñó al hombre a “observar, a pensar y a forjar representaciones contra las verdades establecidas... y del mismo modo contra el derecho estatal existente”. Contra el positivismo legal impuesto por la autoridad se reveló la inteligencia. Fue así, como surgió la idea de que “aquello que es considerado como derecho, es deducido de lo que puede ser fundamento para la aprobación de los hombres”.<sup>93</sup> De esta forma, es como surgió la idea de un Derecho de consenso, mismo al que se refirió Hugo Grocio cuando definió al Derecho Internacional Público como un *consensus gentium*. El siguiente paso consistió en identificar lo que se encuentra por detrás de los consensos. Por este camino se llegó a las fuerzas que en las realidades históricas le dan facticidad al Derecho. A ese Derecho que sólo vale como Derecho de una organización que reclama con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza, esto es, del Estado.

Los análisis jurídicos de la fuerza tienen la gran virtud de no perder el contacto con las realidades sociales en donde vive y se aplica el Derecho y con los intereses políticos, económicos, culturales, etc. que condicionan el contenido y la eficacia del Derecho. Para lograr esto resulta necesario abrir

---

<sup>93</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*, trad. Eloy Terron, Madrid, SARPE, pp. 94-5.

el estudio del Derecho a las ciencias sociales en un ejercicio interdisciplinario. Su gran virtud consiste precisamente en aprovechar las herramientas metodológicas y analíticas de disciplinas tales como la Sociología o la Economía. Su debilidad radica en perder de vista los aspectos normativos tanto formales como materiales que sin duda le aportan una identidad propia al Derecho.

#### D) *Consideraciones comparativas*

En los planteamientos metafísicos, tanto ontológico de Tomás de Aquino, como racional de Kant, se construye el concepto del Derecho de manera deductiva a partir de conceptos que tienen una realidad supraempírica o trascendente a los sentidos. En el caso de Tomás a partir de una esencia ontológica: Dios, pasando por la “ley eterna”, la “ley natural”, hasta llegar a la “ley humana”. En Kant, partiendo de una esencia racional: la libertad, pasando por el arbitrio, por el imperativo categórico, la Ley General de Libertad, hasta el uso de la fuerza. En cambio, las teorías que identifican al Derecho con la fuerza se fundamentan en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica que se basa en la observación e interpretación de realidades históricas y en la verificación de hechos sociales.

Esta diferencia entre teorías empiristas de la fuerza y teorías metafísicas conduce, según lo señala Ross a que mientras las primeras pueden ser refutadas, las segundas no pues no se encuentran al alcance de la verificación, por lo que quedan fuera del ámbito y de la función de la ciencia.<sup>94</sup>

Asimismo, las consideraciones metafísicas de Tomás y Kant requieren la existencia de un Derecho Natural, esto es de un Derecho que cuente con principios universalmente válidos que no han sido creados por la voluntad del hombre, sino que se derivan racionalmente de esencias supraempíricas o trascendentes. Por el contrario, las teorías de la fuerza, parten de la idea de que todo Derecho es positivo, esto es, un Derecho que existe socialmente.

Si analizamos los elementos esenciales de los tres paradigmas que hemos estudiado en el presente artículo podemos concluir que, el planteamiento del paradigma de la metafísica ontológica nos conduce de manera necesaria a la calidad de los contenidos jurídicos. Éstos para Santo Tomás serían principios morales que Dios en su plan de creación le ha impuesto a los hombres. Por su parte, el planteamiento del paradigma de la metafísica racional nos

---

<sup>94</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, p. 319.

lleva a las formas en que se expresa el Derecho, a las formas normativas. Las esencias formales fueron el precio que Kant tuvo que pagar para alcanzar lo universal sin caer en la trampa de la casuística. Fue así como Kelsen identificó la esencia de los sistemas jurídicos con la norma y más que con ésta con su estructura lógico-formal. Finalmente, el planteamiento del paradigma de la fuerza nos remite a la realización del Derecho, a los factores de poder social que le dan viabilidad al mismo en sociedades históricamente dadas. De esta forma, es como llegamos a tres objetos de conocimiento del Derecho que García Maynez denominó: Derecho justo cuya validez es intrínseca —Derecho Natural—; Derecho formalmente válido, cuya validez se determina de manera extrínseca —con base en normas positivas— y; Derecho positivo cuya validez se determina con base en la efectividad social de las normas jurídicas —realización social de las normas jurídicas—. <sup>95</sup> Estos tres diferentes conceptos del Derecho son los mismos que Robert Alexy ha denominado como: conceptos de corrección material; conceptos de Derecho primariamente orientados a la eficacia y; conceptos de Derecho primariamente orientados a la instauración normativa. <sup>96</sup>

Si sostenemos la teoría de los paradigmas de Kuhn, deberíamos concluir que, cada una de las teorías que hemos analizado determina lo que el fenómeno jurídico es, que los conocimientos y creencias que vienen implícitos en cada una de las teorías influyen de manera decisiva los hechos que uno es capaz de establecer como parte del sistema jurídico. De esta forma, cada teoría jurídica determina lo que cada uno debe percibir, cada una de ellas tiene un cierto ámbito de fenómenos y se ha desarrollado para dar respuesta a cuestiones importantes que en la vida y práctica del Derecho se han planteado como fundamentales. Definitivamente las teorías de la fuerza, las metafísicas-ontológicas y las metafísicas-rationales no pueden estar de acuerdo sobre el tipo de cuestiones que debe tratar la Teoría del Derecho. Los defensores de cada uno de dichos paradigmas jurídicos consideraran importantes cuestiones diferentes: para los unos será fundamental la moralidad de los objetivos que debe realizar el Derecho; para otros la realización social de sus mandatos y para los otros su independencia normativa. De esta forma, debe quedar claro que toda Teoría del Derecho se hace desde una perspectiva conceptual que determina en buena medida las cuestiones jurídicas que son dignas de investigación y el tipo de respuestas que resultan aceptables. Así visto el problema, ninguna de las Teorías que hemos anali-

<sup>95</sup> GARCÍA MAYNEZ, Edurado, *op. cit.*, p. 163.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. José M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 21-25.

zado, ni ninguna otra que se pudiera analizar, sería capaz de exponer de manera definitiva y única la esencia propia del Derecho. Lo más a lo que se podría aspirar es que las diversas teorías sean capaces de traducir cada una de las afirmaciones de las otras a su propio lenguaje. De esta forma, cada una de ellas puede aspirar a conseguir algún grado de comprensión de las ideas de las otras teorías y así a llevar a cabo un juicio comparativo de los méritos de las otras diversas teorías.

La idea de que la única esencia del Derecho nos la proporcione una única Teoría o Filosofía del Derecho no es realista. Por más sólida, bien definida y espléndida que nos pudiera parecer alguna versión especial de la Teoría del Derecho, la misma no será capaz de evitar que el talento humano en el futuro pueda aportar esquemas más completos y adecuados para dar respuesta a los problemas que vayan adquiriendo relevancia para la reflexión y práctica jurídicas. No sería científico que hoy día renunciemos a perder la libertad para analizar al Derecho desde nuevas perspectivas.

Tampoco deberemos perder de vista que, los principios epistemológicos que nos proporciona la Teoría del Derecho sólo se hacen útiles para los prácticos del Derecho cuando pierden su contenido filosófico y adquieren un significado propiamente jurídico. Aquellos para los que alguna versión de la Teoría del Derecho sea la panacea universal, no pueden satisfacer las necesidades jurídicas peculiares que surgen en culturas especiales. ¿Y por que no?. Porque lo que se requiere aquí es un conocimiento minucioso de los detalles del estilo de vida, las costumbres, aspiraciones sociales, etcétera. Para estos casos sostener la validez objetiva de una específica versión de la Teoría del Derecho sería superfluo. Cada Teoría del Derecho contiene ideales y creencias que pueden ser muy útiles cuando se les une a la práctica y cuando consideran al ser humano en su contexto real y vivo. Cada una también, empobrecerán cultural y espiritualmente a nuestras sociedades cuando se les pretenda aplicar como dogmas de manera rígida.

La intolerancia religiosa que tantas vidas y miserias costó a la humanidad; el deber por el deber que como diría Heinrich Mann conduce a una cobarde civilidad o; el Derecho de la fuerza de George W. Bush, demuestran lo que sucede cuando se pretenden aplicar dogmas teóricos ciegamente. La solución sólo la podremos alcanzar cuando entendamos que más que aspirar a abolir por completo los valores e ideales universales, debemos aprender a ponerlos en contacto con los temas sobre los que tratan. Lo que la Teoría del Derecho necesita es contar con juristas reflexivos que sean expertos en el doble arte de modificar lo que es general, atándolo a lo particular; y de entender a lo particular con base en esos valores e ideales universales.