

I CONGRESO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO

Título de la ponencia:

Síntesis de la teoría de la pirámide invertida

del Ph.D. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba¹

Quito, 14 de noviembre de 2015

Para la mesa: Argumentación, Racionalidad y Derecho.

Tabla de contenido

I. Introducción	2
II. La vieja pirámide	3
III. Conceptos necesario para resolver a Kelsen.....	4
A. Ser jurídico.....	4
B. Potencia jurídica.....	5
C. Espacio jurídico, antijurídico y ajurídico	7
IV. La pirámide invertida	10
A. Los niveles de la pirámide	10
1. Primer nivel: la realidad extramental.....	10
2. Segundo nivel: las concepciones jurídicas	12
3. Tercer nivel: la actuación jurídica	15
4. Cuarto nivel: el derecho eficaz	16
B. Gráfica y ejemplo.....	16
C. Ventajas de la nueva pirámide	18
V. Conclusiones.....	19
Referencias	20

¹ Profesor de Teoría Fundamental del Derecho y Derecho constitucional de la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador). Este trabajo se enmarca en el Proyecto Metafísica Jurídica 2013-2018. juancarlosr@uhemisferios.edu.ec.

I. Introducción

La teoría de la pirámide invertida nació un día del año 2009, durante mis estudios doctorales en la ciudad de Roma. Recuerdo bien el momento en que, frente al computador, vi claro cómo los distintos espacios jurídicos se escalonaban reduciendo progresivamente la potencialidad jurídica, y di gracias por esa luz que prometía resolver muchos problemas jurídicos discutidos durante el siglo XX. Pero más que una intuición, la teoría se ha fraguado más como una deducción de algunos trabajos previos relacionados con la metafísica jurídica. Un año antes había planteado a mi profesor, don Carlos José Errázuriz, la posibilidad de dedicar mi tesis a indagar sobre el punto de vista metafísico del derecho. Pese a su negativa, y pese a que terminé dedicando la tesis a un tema muy distinto², igual seguí desarrollando esta particular visión del derecho. De ahí surgió un día el concepto de “potencia jurídica”, y de este concepto obtuve el de “espacio jurídico”, y de ambos deduje la teoría de la pirámide invertida.

Hoy son ya múltiples las ponencias y publicaciones donde he expuesto y desarrollado la mencionada teoría. Primero se expuso ante un público más reducido en Quito el año 2011³. Luego, fue presentada en el Primer Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional el año 2013⁴. Posteriores desarrollos de la teoría fueron publicados en diversas revistas científicas⁵, expuestas en diversas conferencias y congresos internacionales⁶.

² Finalmente versó sobre “La defensa de los signos distintivos de las religiones, en especial de la Iglesia católica”. La tesis la dirigió don José Tomás Martín de Agar y fue publicada en la editorial de la Pontificia Universidad de la Santa Cruz de Roma. Cfr. Riofrío, 2015b.

³ La conferencia tituló “Kelsen, el derecho, la moral y la pirámide invertida”, y fue dictada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador el 28 de septiembre de 2011.

⁴ La ponencia “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, se expuso en el Primer Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Campus del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus México D.F., el 29 de agosto de 2013.

⁵ Cfr. Riofrío 2013, 2014a y 2015a.

⁶ El último fue en el 1er. Congreso Iberoamericano y XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, dado en Buenos Aires, el 16 de octubre de 2014.

Sin embargo, faltaba una explicación más sintética que compendiar los desarrollos teóricos realizados estos últimos años, y esto es lo que nos proponemos en el presente trabajo. Presentamos aquí un resumen de nuestra teoría de la pirámide invertida, que busca desarrollar los aciertos de Hans Kelsen y de Adolf Merkl bajo un enfoque trialista y metafísico del derecho.

II. La vieja pirámide

Suele atribuirse a Kelsen la famosa *Stufenbautheorie* (teoría de la construcción escalonada), también llamada “teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento” o “de la pirámide jurídica”. En realidad tal doctrina perteneció a Adolf Merkl, a quien Kelsen calificó de «cofundador» de la Teoría Pura del Derecho (en adelante “TPD”) y de «verdadero genio del pensamiento jurídico». No obstante, es cierto que el profesor pragués asumió plenamente los desarrollos de su discípulo porque encajaban espléndidamente dentro de sus postulados⁷.

Como se sabe, Kelsen intentó justificar el derecho por el derecho (entendido en clave normativista). El orden jerárquico de normas, regido bajo los principios de validez y coherencia, es lo que luego se llamó la pirámide jurídica. La TPD alcanzó un notable auge, aunque no siempre fue bien comprendida. A la vez, desde el inicio fue blanco de diversos ataques. En lo que nos interesa, se le acusó de ser demasiado rígida, formalista y normativista, absolutamente desconectada de la realidad social (del “ser”) y de la ética. Por eso, no obtuvo el beneplácito de los iusnaturalistas. Los fines humanos, los valores sociales, los nobles intereses pertenecían a un mundo “meta-jurídico” que repelía a Kelsen.

Hart, Dworkin, Finnis, Alexy, Shapiro, MacCormick y otros han procurado rescatar los aciertos de Kelsen, enmarcándolos en una teoría más amplia que se reconectara con los hechos, o con los valores sociales, con la razonabilidad intrínseca y extrínseca de la ley, o directamente con la moral imperante. Por otro lado, en el hemisferio sur del planeta surgió con gran fuerza un movimiento tridimensionalista absolutamente contrario al normativismo exclusivista, porque se entendía que el derecho tenía tres dimensiones indisolubles: la

⁷ Kelsen consideró la aportación de su discípulo como «una parte esencial» (1960, p. 314) de la Teoría pura del derecho.

dimensión normativa, la axiológica y la fáctica⁸. El problema de fondo con el que se encontraron los diversos autores tridimensionalistas es como unir las tres mencionadas dimensiones del derecho. Consideramos que desde una perspectiva metafísica es posible recoger los aciertos de todos estos autores, incluidos Kelsen y Merkl, cuyas conclusiones caben en buena medida dentro de la teoría de la pirámide invertida que procedemos a explicar.

III. Conceptos necesario para resolver a Kelsen

Kelsen intentó elaborar su TPD construyéndola desde las bases de la metafísica neokantiana que disociaba absolutamente el “ser” del “deber ser”⁹. Por eso la norma (deber ser), no se podía comunicar con el mundo de los hechos, que para Kant era un *caos*, un *noumeno* ininteligible. No es posible superar a Kelsen desde ese punto de partida. Si queremos superarlo hemos de cambiar de bases metafísicas, pasándonos a una filosofía más completa como la aristotélico-tomista. Y para ello lo primero que debemos hacer es rescatar los conceptos clásicos de esta metafísica (los de ser, potencia y causa), a fin de adaptarlos a la doctrina jurídica¹⁰.

A. SER JURÍDICO

La metafísica gira en torno al concepto de “ser”. El ser es lo que posee actualidad. Lo contrario “no es”, “no existe”. Por ello la metafísica puede estudiar el “ser del derecho” y el “ser jurídico”.

¿Qué es el derecho? Se trata de una pregunta de inicios de carrera y de una cuestión que aún no ha sido cerrada. Durante miles de años se lo ha entendido como *to dikáion*, como

⁸ En especial ha de destacarse la figura de uno de sus fundadores, Miguel Reale, que en su obra *Teoría Tridimensional del Derecho* (1997) evalúa lo que ha sido el movimiento tridimensionalista, dentro del cual aparecen los trialistas.

⁹ Kant y sus seguidores consideraron que la realidad era un caos, un *noumeno* inalcanzable para la razón; la “cosa en sí” es absolutamente distante de la “cosa en mí”; por tanto, el “ser” y el “deber ser” (que es donde es el único cajón donde cabe el derecho) son dos universos distintos e incommunicables. Para un estudio más amplio de las bases neokantianas de Kelsen, cfr. Errázuriz, 986, pp. 39-42, 578-579.

¹⁰ Tal adaptación la hacemos en Riofrío, 2012b, 373-407 y 2013, pp. 436-461.

“lo justo”, “lo igual”. Hoy se lo entiende más en sentido subjetivo (como facultad de hacer algo) o como derecho objetivo (norma)¹¹. En todo caso, es claro que el derecho no existe fuera de la relación jurídica¹². No hay contrato sin partes suscriptoras, no hay derecho al cobro sin deudor, nadie puede clamar justicia sin alguien a quien quepa exigirlo. Sin relación jurídica, ni la ley es más que un postulado, ni el contrato más que letra muerta, ni existe derecho alguno.

“Lo jurídico” y “el derecho” no son exactamente lo mismo, aunque ambos conceptos se implican mutuamente. El vocablo latino *iuridicus*, proviene de *ius* o *iuris*, que significa derecho. Sin embargo, el uso ha ampliado el ámbito de aplicación de “lo jurídico”, que hoy se predica de muchas más cosas que del vocablo “derecho”. Todo lo jurídico tiene que ver con el derecho; de hecho, *lo jurídico es el ambiente donde subsiste el derecho*. Todos los elementos de la relación jurídica son “jurídicos”, pero no todos son derecho.

El “ser jurídico” es aquello que se da en la realidad, que tiene existencia actual. Tienen “ser jurídico” todos los elementos actuales de la relación jurídica: el acreedor y deudor existentes, las leyes y contratos vigentes, los derechos exigibles hoy y ahora, los hechos jurídicos que acaecen... En cambio, carece de “ser jurídico” lo que está fuera de la relación jurídica. Los muertos, los pensamientos íntimos y Robinson Crusoe están fuera del derecho, de lo jurídico, porque se encuentran desvinculados de toda relación.

B. POTENCIA JURÍDICA

La potencia fue el gran concepto con el que Aristóteles resolvió muchas de las más importantes aporías griegas¹³. Los antiguos filósofos griegos se quedaron maravillados con

¹¹ Por eso, a mediados del siglo XX Bender (1947, pp. 62-70) creía factible resumir las principales nociones de *ius* en tres: derecho-ley, derecho-facultad y derecho-*res iusta*. Sobre la noción histórica de “derecho” *vid.* Riofrío, 2012b, pp. 376-378.

¹² Entendemos la relación jurídica como aquella relación de complementariedad que se da entre dos sujetos sobre una cosa, donde uno es el titular y otro el deudor. Otra usual definición la concibe como el «vínculo que se establece entre personas (sujetos de derecho), a raíz de un acontecimiento (hecho jurídico) al cual una norma le asigna determinadas consecuencias» (Mouchet & Zorraquín, 2000, p. 122).

¹³ Polo incluso dirá que «la distinción potencia-acto, que es la aportación más importante de Aristóteles y, al mismo tiempo, un poderoso modo de resolver dificultades», en Polo, 1995, p. 45.

el movimiento que observaban en la naturaleza e intentaron explicarlo. Heráclito convirtió al movimiento en el principio de todo y sin lo que nada se explica. Parménides, con su rígida concepción del ser único e inmutable, negó el cambio y lo relegó al ámbito de la apariencia: el ser “es”, el no-ser “no es”, y ambos son comunicables¹⁴. Aristóteles puso la vía media entre los dos filósofos al percatarse de que en el cambio no se da una novedad absoluta, porque en todo cambio hay algo que pasa de un estado determinado a otro relativo a ese primer estado, como el agua que pasa de fría a caliente. El Estagirita lo ejemplificaba diciendo que ni un animal, ni un infante saben resolver problemas matemáticos, pero el animal jamás lo hará, mientras el niño puede aprender; un retazo de madera no es una estatua, pero tiene la capacidad de serlo si cae en las manos de un artista, lo que nunca sucederá con el aire o el agua.

Potencia es algo real que está en capacidad de ser otra cosa. Un niño está en potencia de ser un arquitecto, la vista es una potencia porque está en capacidad de ver. La inteligencia y la voluntad son potencias supremas porque son capaces de entender y amar cualquier cosa. Si algo no estuviera en potencia, nunca podría llegar a ser otra cosa. El ser humano no espera ser un sapo, ni un dios, porque ello no corresponde a su naturaleza. Toda persona espera “ser feliz”, “entender”, “querer”... realizarse (realizar sus potencias corporales y espirituales), llegar hasta donde sus capacidades se lo permitan. Las capacidades del ser humano están limitadas por sus potencias físicas y espirituales: en último término son ellas las que le marcan los únicos fines que nos podemos proponer. Por esta razón, las potencias de nuestra naturaleza marcan los únicos fines jurídicos que pueden existir; sólo luego de esta demarcación natural la constitución, las leyes, la voluntad de cada persona los podrán concretar en alguna medida.

Adaptando el término para el derecho, tenemos que “potencia jurídica” es algo que está en capacidad de entrar en una relación jurídica. Diríamos que este concepto comprende *el conjunto de posibilidades justas que se abren a una determinada realidad*. Si algo o alguien puede formar parte de una relación jurídica, entonces tendrá una potencialidad jurídica. Un transeúnte está en “potencia jurídica” de ser consumidor hasta el momento en que compre la pizza que le ofrecen; entonces dejará de estar en mera potencia de ser

¹⁴ Cfr. Parménides, 2006 (28 B8).

consumidor y obtendrá un “ser jurídico” específico. Una piedra galena tirada en el camino está en “potencia jurídica” de pertenecer a alguien hasta cuando alguien la tome y exista un tercero que deba respetar tal posesión.

La noción de “potencia jurídica” puede aludir a un determinado efecto potencial (v. gr. el dueño de una casa puede venderla) o a todos los efectos posibles (v. gr. la casa puede ser vendida, alquilada, destruida, remodelada, etc.). En general, cuando aquí hablemos de potencia jurídica, lo tomaremos en este último sentido absoluto.

El *ser jurídico* y la *potencia jurídica* son dos presupuestos y dos coprincipios de la relación jurídica, del dinamismo jurídico¹⁵ y del “espacio jurídico”.

C. ESPACIO JURÍDICO, ANTIJURÍDICO Y AJURÍDICO

Ulpiano definió la jurisprudencia como *iusti atque iniusti scientia* (Digesto 1.1.10). Al jurista le interesa saber qué es lo justo, qué es lo injusto y cómo salir de la injusticia; en cambio, no le interesa saber nada de fantasmas, normas de etiqueta, ni ciencia ficción. *Ese conjunto de posibilidades justas es el “espacio jurídico”*. Como tales posibilidades pueden darse de hecho o sólo en potencia, el espacio jurídico viene a ser la suma del ser jurídico y de la potencia jurídica. Además está *ese conjunto de posibilidades injustas que conforman el “espacio antijurídico”*¹⁶, contrario al derecho. Finalmente están las cosas que no son justas, ni injustas, sino que están fuera del derecho, como las normas de etiqueta, los sueños y lo irracional. *Ese conjunto de cosas no relacionadas con lo justo, ni con lo injusto, conforman el “espacio a-jurídico”*.

El espacio jurídico de cada individuo no es infinito, pues el ser humano no lo es: sus posibilidades físicas, jurídicas, económicas, etc. son limitadas. Sus posibilidades están limitadas por su propia naturaleza (v. gr. no puede volar, le cuesta llegar a la verdad, etc.), por sus circunstancias, por sus concepciones y también por sus decisiones. La realidad, la razón y el ejercicio de la voluntad marcan su límite. El soltero tiene un gran espacio jurídico potencial: tiene millones de mujeres potenciales a su alcance, pero ninguna real. Cuando

¹⁵ Sobre el dinamismo jurídico, cfr. mi artículo “Ser y tiempo jurídicos” (Riofrío, 2014b).

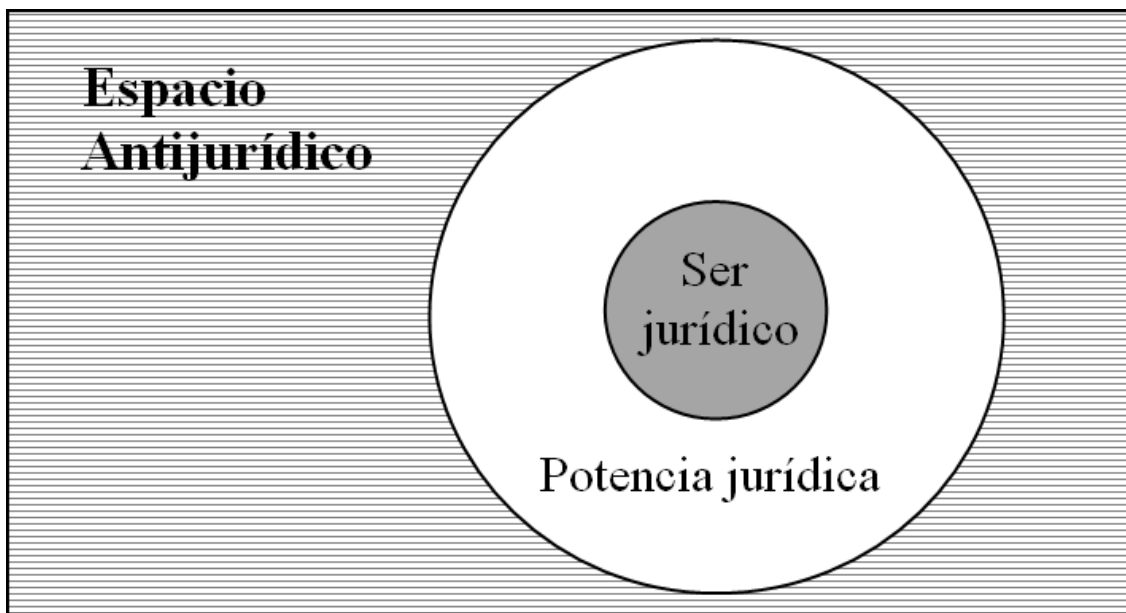
¹⁶ El concepto de “antijuricidad” fue delineado por Ihering, quien tiene el mérito de haber deslindado el elemento de antijuricidad de la noción de culpa, lo que representó un avance para la ciencia penal. Cfr. Ihering, 1867, VI-68.

contraiga matrimonio cambiará esa multitud de mujeres potenciales por una real, reduciendo su espacio jurídico potencial y agrandando su realidad jurídica. En definitiva, el espacio jurídico de la persona es un espacio de libertad: es la suma de opciones legítimas (no injustas) que se pueden tener.

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

Las leyes también tienen su espacio jurídico. Ellas suelen dejar entre sus letras amplios espacios potenciales cuando utilizan conceptos jurídicos indeterminados, cuando no mencionan todos los presupuestos debidos (vacíos legales), o cuando son normas abiertas, permisivas o programáticas. Por otro lado, es evidente que las constituciones y leyes superiores muestran un espacio potencial mayor, que luego será concretado por los reglamentos y normas inferiores. En último término, los espacios jurídicos potenciales de las normas suelen ser llenados o concretados por la doctrina, por la práctica y por la jurisprudencia.

El espacio jurídico (ser + potencia jurídica) y antijurídico pueden graficarse así:



No aparece graficamos el espacio a-jurídico (comprendido por los ángeles, los sueños, las normas inentendibles y contradictorias, etc.), porque no está relacionado con el derecho. *Lo absolutamente irracional* falto de toda cordura y lo ideal, carece de significación para el derecho en tanto no pueda formar parte de la relación jurídica. Haciendo un paralelo a los ocho vías de fractura del ordenamiento jurídico de Fuller¹⁷, aquí decimos que no están para nada relacionados con el derecho: (i) la mera ausencia de normas o leyes; (ii) las leyes secretas o no publicadas, porque les falta un elemento de su esencia (la promulgación) para que existan; (iii) la falta total de claridad de la legislación que vuelve incomprensible el texto, por su irracionalidad; (iv) cierta legislación retroactiva, en cuanto es inconsistente; (v) las leyes contradictorias entre sí, por flagrante irracionalidad; (vi) las leyes que exigen conductas imposibles o acciones que están más allá del poder real de los gobernados, justamente por irreales; (vii) la legislación sumamente inestable (v. gr. la revisión diaria de las leyes), que por su inconsistencia es incapaz de ser asumida por la inteligencia de la mayoría de los gobernados; (viii) las contradicciones surgidas entre los mandatos de las diversas autoridades, que hacen imposible a una persona de buena fe cumplir con todos esos mandatos. A diferencia de los actos y normas justos o injustos (que están en el espacio jurídico o antijurídico), estos ocho elementos del *espacio a-jurídico* en sí no generan efecto

¹⁷ Cfr. la tesis de las ocho vías donde el ordenamiento jurídico falla en Fuller, 1969, pp. 33-38.

jurídico alguno. Por ejemplo, la promulgación de una ley ininteligible no surtirá efecto, mientras no se promulgue otra ley “aclaratoria” (que en realidad sería una nueva ley con fuerza propia). La norma absolutamente irracional, irreal, inconsistente o inexistente nunca forma parte del “orden jurídico”.

Con estas premisas básicas¹⁸ ahora sí podemos entender cómo se escalona el ordenamiento en una pirámide invertida.

IV. La pirámide invertida

A. LOS NIVELES DE LA PIRÁMIDE

Si mezclamos el concepto de espacio jurídico con la visión tridimensionalista del derecho obtendremos la pirámide invertida. En concreto, habrá que aplicar este concepto a todo el gran campo fáctico, al amplio mundo axiológico y las normas en sentido lato.

Pero para hacerlo, conviene también escalar el antiguo trialismo a un trialismo metafísico. El campo fáctico no es sólo lo que le sucede al hombre, sino que comprende toda la *realidad extramental*: personas, cosas, entorno y hechos jurídicos. El mundo axiológico no sólo está conformado por valores, sino por fines, principios, razonamientos, juicios, ideologías, cultura, evidencias... y a eso llamamos *concepciones jurídicas*. Por último, no nos limitamos a hablar de las normas, sino de la amplia *actuación jurídica* que comprende toda decisión tomada por la voluntad que tenga efectos jurídicos. Ahí están las normas, los pactos, las costumbres jurídicas, los juramentos y los actos jurídicos.

1. Primer nivel: la realidad extramental

La primera idea básica del realismo filosófico es que el universo está compuesto por cosas, personas y circunstancias reales, y que sólo después de que estas existan pueden ser

¹⁸ Convendría hacer el análisis de la causalidad en el derecho, y de cómo influye ésta en la construcción del ordenamiento jurídico. Por cuestiones de espacio no tratamos aquí de este tema, al que nos hemos dedicado *in extenso* en otros trabajos (*vid.* Riofrío, 2012a y 2015b).

conocidas y queridas¹⁹. Por eso el primero, más alto y más amplio nivel de la pirámide invertida está constituido por el espacio jurídico de la realidad extramental (personas, cosas y entorno). Ahí están comprendidas todas las posibilidades justas que la naturaleza ofrece a estos elementos claves de toda relación jurídica.

Hay cuatro notas características de este nivel:

(i) *La necesidad*. Las cosas son las que son, las personas las que están, el entorno el que es. Estamos en un nivel inexorable, necesario e ineludible. Su realidad no depende de nuestra imaginación, ni de nuestra visión del cosmos, ni menos de nuestra voluntad. ¡Cuántas veces quisiéramos tener una mina de oro en el patio de nuestra casa y no la hay!

(ii) *Delimitación forzosa*. La naturaleza humana está limitada: nadie puede abrir sus brazos y salir volando como un pájaro, ni correr a la velocidad del guepardo, ni poner huevos de gallina, porque su naturaleza no le da. De igual manera, tampoco se puede pretender que las cosas actúen más allá de su naturaleza: la mesa no sirve para taladrar, ni el teléfono para navegar, ni el martillo para cocinar. Y lo mismo cabe decir del entorno físico, que está conformado por cosas y personas. Estamos ante límites naturales y forzosos que delimitan el derecho. Por eso no son jurídicas las exigencias superiores a la naturaleza humana: *ad impossibilia nemo tenetur*.

(iii) *La amplitud*. Si del ordenamiento jurídico abstraemos las exigencias y límites impuestos por cada cultura jurídica y por las leyes, negocios, actos, etc. veremos que *a priori* la naturaleza de las cosas y las personas permite una cantidad inmensa de posibilidades jurídicas que luego serán proscritas o limitadas por el derecho positivo. Una casa puede ser arrendada, vendida, dada en fideicomiso, etc.; el petróleo puede ser concesionado, vendido, puesto en garantía, etc. La amplitud del espacio jurídico de la realidad es inmenso, es el más grande de la pirámide invertida: la inteligencia y la voluntad luego achicarán ese espacio.

¹⁹ En la modernidad la crítica del conocimiento se puso como primera cuestión filosófica: no había que dar nada por supuesto, ni siquiera que la realidad existe. De ahí la urgencia de Descartes de demostrar, desde el *cogito ergo sum*, que el universo existe, empresa que estaba llamada al fracaso, porque de las ideas del intelecto no salen más que ideas, no un cosmos físico. El realismo filosófico, en cambio, da por supuesto que existen las cosas fuera de nuestra mente, y por esto pueden ser estudiadas. Por eso la filosofía moderna se contrapone en sus planteamientos iniciales a la filosofía realista clásica.

(iv) *El orden*. Quien en una noche despejada de verano ve las estrellas titilando en el firmamento, se admirará de su orden, de la cadencia de su movimiento que lentamente camina de un extremo del horizonte al opuesto, mientras dura la oscuridad. No todo es azar, no todo es colisión, incertidumbre, contingencia. El espectáculo de esa pacífica noche lo demuestra. Los científicos han descubierto que el universo, desde su mismo inicio, mantiene unas constantes muy bien alineadas sin las cuales resultaría imposible la vida. Todas las ciencias experimentales que estudian las cosas, las personas y el entorno suponen que en su objeto de estudio hay un orden, unas leyes a descubrir. No nos inventamos nosotros los fines de las cosas: las alas sirven para volar, la vista para ver, el corazón para bombear sangre... Tampoco nos inventamos nosotros cuál sea el fin del ser humano.

2. Segundo nivel: las concepciones jurídicas

El segundo nivel de la pirámide está constituido por el conocimiento que el intelecto humano tiene de la realidad, en cuanto este conocimiento le sirve para determinar lo que es el derecho. Aquí están el conocimiento jurídico del mundo, las “honestas convicciones”, las concepciones que se tienen de lo justo, la cultura jurídica, entre otras cosas.

Los límites racionales son de dos tipos: a) *Límites reales*: la inteligencia humana ha de conocer la realidad, pues ese es su fundamento. Nadie puede pensar que vende tres hectáreas de tierra, cuando entrega un vaso de agua, ni que compra alimento cuando se le da un libro. La realidad limita las concepciones jurídicas. b) *Límites funcionales*: hay otros límites impuestos por la misma razón, que puede ser más o menos aguda, más o menos ignorante, más o menos avezada. Es un hecho que nunca terminaremos de conocer la realidad: siempre se le podrá encontrar una nueva función al petróleo, que tiempo atrás sólo servía para hacer antorchas y fogatas, siempre se le podrá sacar un nuevo uso a la materia, siempre habrán nuevos inventos, etc. y todo esto influye en el derecho, porque la inteligencia siempre podrá conocer nuevas posibilidades jurídicas que ofrezca la realidad. Esto implica que el espacio jurídico de la realidad (con inmensas posibilidades) nunca será conocido en su totalidad por la inteligencia; al conocerlo sólo de forma parcial, el espacio jurídico que capta la inteligencia también será parcial, más reducido.

Cabe distinguir tres niveles, o capas del conocimiento, que tienen un cierto orden jerárquico a nivel gnoseológico y jurídico:

(i) En primer lugar está el inmediato *conocimiento de la realidad extramental* (personas, cosas y entorno), porque sin este conocimiento no hay posibilidad de razonamiento, ni de ninguna conclusión intelectual. Para que haya razonamientos conclusivos primero debe haber juicios, y para que haya juicios antes deben existir aquellas nociones captadas de la realidad por simple aprehensión. El orden lógico del conocimiento es este: nociones, juicios, razonamientos. La realidad extramental debe conocerse lo mejor posible para asimilarla, enjuiciarla, razonarla y decidirla.

(ii) El conocimiento de la realidad extramental permite el primer tipo de conclusiones, que conforman la *concepción jurídica natural*. Por ejemplo, quien entiende la naturaleza sexuada humana y sus fines naturales, rápidamente concluye que por principio el matrimonio debe ser heterosexual. La ignorancia de estas cuestiones jurídicas fundamentales asestaría un golpe mortal al derecho, porque es aquí donde comienza la reflexión jurídica. Sin el conocimiento de los fines humanos, la libertad humana queda reducida al capricho, a lo pasional, a una pasión inútil; por el contrario, un buen conocimiento de la realidad da alas al derecho y a la libertad. *Veritas liberavit vos*.

La concepción jurídica natural presupone el conocimiento de la realidad extramental, de su ser y de su orden, de la naturaleza y de las potencialidades *de las cosas y de las personas*. De este conocimiento deduce los fines posibles hacia los que cada ente puede moverse (“para qué sirven las cosas”, “para qué existe la persona”), y entonces evaluará objetivamente su ser, sopesará su valor objetivo —a más ser, más perfección, más valor, dice la metafísica— y jerarquizará todo según su valor. Del descubrimiento de esos valores extraerá los primeros principios del derecho, y de todo esto más tarde saldrá el ordenamiento jurídico.

(iii) Por último tenemos a la *concepción jurídica jurígena*, que está conformada por el conjunto de conclusiones extraídas al relacionar tres tipos de conocimiento: a) la concepción jurídica natural; b) el conocimiento de la actuación jurídica del ser humano, es decir, de los actos y decisiones jurídicas propias y ajenas que se han adoptado en el tiempo; aquí estarían comprendidos los fines y valores subjetivos que cada persona y cada sociedad se han propuesto alcanzar; y, c) las opiniones, dudas, teorías, sensaciones, intuiciones, opciones intelectuales, etc., que suelen aparecer en mayor medida en las personas más formadas y en las sociedades más cultas.

Hart (1961) llegó a descubrir varios pisos intelectuales en el ordenamiento jurídico. En su intento de superar el positivismo radical de Kelsen, distinguió un contenido mínimo de derecho natural (equiparable a la concepción jurídica natural)²⁰, al que seguía un sistema de reglas primarias que contienen las obligaciones imperantes en la sociedad (este nivel se equipararía a las concepciones jurígenas). Las mencionadas reglas sociales serían generadas por una regla secundaria cardinal: *the rule of recognition*. Esta regla revela su existencia (*is shown*) en la práctica social, en la medida en que los funcionarios (especialmente los jueces) y el resto de ciudadanos atribuyan validez a un determinado sistema de normas. Ella es un *test* de validez de un sistema legal particular, constituido en parte de manera oficial y en parte por los hábitos sociales²¹. Los alumnos de Hart (v. gr. MacCormick, Finnis, Dworkin) y luego otros (v. gr. Raz, Nino, Shapiro) criticarán la *rule of recognition* que, pese a ser un elemento central en la teoría hartiana, queda mal delineada en sus escritos. En todo caso, se rescata la idea de que el nivel legal no puede ser juzgado desde la misma instancia de la ley, sino que exige un nivel superior de orden más abstracto o racional —y hasta moral, para algunos—, basado también en las costumbres sociales y en la cultura de cada sociedad. Todo el sometimiento del derecho positivo a los principios de ponderación y proporcionalidad de Alexi (2009) no es sino una explicación de cómo la racionalidad está por encima de la ley.

De estos autores que niegan que «cualquier contenido puede ser derecho»²², cabe rescatar la idea común de que todo derecho debe someterse a algún género de argumento racional: hay una necesidad absoluta de que las decisiones formales se justifiquen en la razón. No se olvide, sin embargo, que no es posible ningún discurso racional sin realidad extramental conocida: el razonamiento —también el razonamiento jurídico— es una concatenación de juicios, los juicios una concatenación de conceptos y los conceptos se abstraen de la realidad conocida a través de los sentidos.

²⁰ Hart admite un conjunto de verdades obvias que deben respetarse para garantizar la supervivencia humana y la viabilidad social. Si las agrupaciones sociales no quieren ser simples *clubes de suicidas*, deberán admitir un derecho igual para todos los seres humanos, junto a ciertas reglas que impidan la violencia, regulen el ejercicio de la propiedad, etc.

²¹ Estos conceptos se encuentran principalmente en Hart & Honoré, 1959, junto a Hart, 1994.

²² Esta es una de las tesis centrales de Kelsen en *Reine Rechtslehre* (1960).

3. Tercer nivel: la actuación jurídica

El tercer nivel de la pirámide invertida lo componen las reglas o normas jurídicas (leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, negocios, decisiones personales, etc.) escogidas directa o indirectamente por la voluntad humana. El fundamento metafísico de una norma es la voluntad: si quien manda no adopta una ley, simplemente no hay ley. Hace falta una decisión de alguien para que la ley nazca. El movimiento constitucional ha jerarquizado estas normas, poniendo en la cabeza de la pirámide a la constitución.

Repárese que la voluntad siempre reduce el espacio jurídico de las concepciones jurídicas, porque *sólo se quiere lo conocido* y porque *sólo se escoge de entre las opciones conocidas*. Entre las múltiples opciones que la inteligencia le presenta (v. gr. se puede manejar por la derecha o por la izquierda) la voluntad opta sólo por una (v. gr. se maneja por la derecha). Se trata siempre de una concreción del espacio jurídico intelectual, pues nadie puede querer lo desconocido. Como decían los medievales, “la voluntad es el apetito de la inteligencia”. Lo que en justicia la voluntad no puede hacer es imponerse sobre los dictados evidentes de las concepciones jurídicas, ni menos sobre la naturaleza de la realidad extramental: nadie puede decretar que las piedras no caigan, ni castigar al inocente, ni matar a quien cometió una falta menor, etc. Sanciones del estilo — lamentablemente conocidas— no serían actos jurídicos, sino injusticias reprobables.

En cualquier caso, tanto la buena como la mala voluntad concretan el derecho superior. Quien suscribe un contrato de arrendamiento debe en adelante prestar la casa, y quien daña crea una obligación específica de reparar. Pero la voluntad injusta no concreta el derecho igual que la voluntad justa. Las decisiones contrarias a derecho están llamadas a caer, mientras las decisiones justas tienden a prevalecer.

Este sector de la pirámide es el más estudiado por los positivistas radicales, quienes suelen sacar algunas acertadas conclusiones sobre el derecho, aunque quizá bajo una justificación un tanto deficitaria. Kelsen dedicó su análisis especialmente a este sector de la pirámide. Su sectorizado estudio lo fue llevando cada vez más hacia posiciones extremas,

hasta que en su última etapa cayó en un decidido imperativismo voluntarista, expresado en su tajante tesis de que no puede existir «ningún imperativo sin emperador»²³.

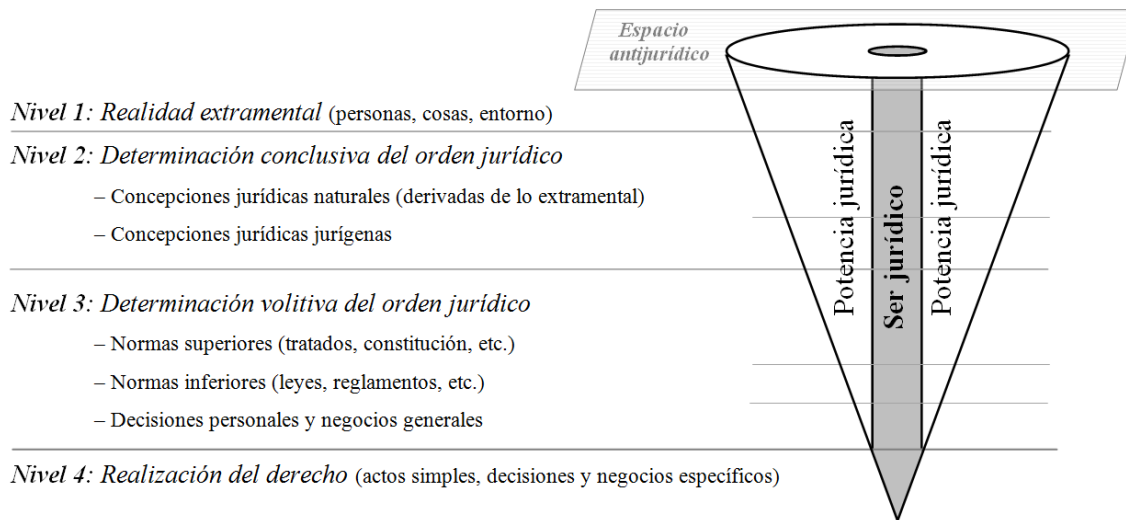
4. Cuarto nivel: el derecho eficaz

Finalmente existe un cuarto nivel, donde confluyen el espacio jurídico de la realidad, de las concepciones jurídicas y de la voluntad. Este nivel es pura actualidad, puro ser jurídico, carente de potencialidad, carente de generalidad. Ahí se encuentra la medida ya medida del derecho, lo que se debe hoy y ahora en la relación jurídica, las normas vigentes en cuanto ha sido eficaces. Los sociólogos del derecho y muchos “realistas” se han dedicado a estudiar este nivel, en cuanto se ha plasmado en la realidad.

B. GRÁFICA Y EJEMPLO

Intentando reflejar gráficamente cómo las normas superiores prevalecen y fundamentan las inferiores, y cómo las primeras confieren unidad al sistema jurídico, Kelsen y Merkl mostraban el ordenamiento jurídico como una pirámide donde las normas que prevalecen están arriba, y las jerárquicamente inferiores abajo. A nosotros nos parece que si la pirámide se dibuja al revés, es capaz de mostrar algo que la de Kelsen no puede: el espacio jurídico, el ser y la potencia. La pirámide quedaría así:

²³ Cfr. su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979). Al ver semejante concepción voluntarista Vedross afirmará que Kelsen ha regresado al terreno nominalista de Ockham (†1347).



Conviene poner un ejemplo de cómo se plasma el derecho en la pirámide invertida. Pensemos en la fundación de un estado. La realidad permite varios regímenes: democrático, monárquico, anárquico, etc., bajo un régimen republicano, parlamentario, mixto, etc. En el medioevo y en la antigüedad la democracia no era una opción, porque era desconocida. En el Ecuador el parlamentarismo no se nos cruza por la cabeza, no sabemos lo que es, y por ello tampoco representa una opción para nosotros. La realidad siempre es más rica que lo que conocemos, siempre ofrece más posibilidades jurídicas.

Sigamos con el ejemplo añadiendo ahora algunas opciones adoptadas por la voluntad. Una asamblea que ejerciera el poder constituyente originario podría optar por un régimen monárquico o por uno democrático; cuando haga su elección, entonces reducirá su espacio jurídico potencial: si escoge el régimen democrático, ya no estará en potencia de adoptar el régimen monárquico. Al optar por la democracia, a continuación deberá dilucidar si conviene instaurar elecciones directas o indirectas; cuando opte por las directas, las indirectas quedarán excluidas. Las posibilidades se seguirán reduciendo mientras más decisiones se adopten. Más tarde vendrá el legislador que dictará una ley electoral, y luego un órgano administrativo que reglamentará cuándo y dónde debemos votar, y con qué requisitos (v. gr. presentar el carnet de identidad, votar en secreto detrás del ánfora, etc.)... entonces el espacio jurídico será reducidísimo. El alto y fundamental valor de la democracia quedará reducido al deber de presentarse un día tal, a una hora determinada, en la mesa número 576 con el documento de identidad para en una papeleta marcar una línea dentro de un pequeño cuadrado. Esa línea es la democracia real, el derecho eficaz, el cuarto nivel de la pirámide

invertida. Lo anterior muestra como un mayor número de opciones jurídicas produce una mayor reducción del espacio jurídico.

C. VENTAJAS DE LA NUEVA PIRÁMIDE

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

También la pirámide invertida hace más patente que lo inferior no puede salirse del espacio jurídico dejado por la norma superior: es la norma superior la que delimita *in genere* el espacio jurídico de la norma inferior. La gráfica muestra también cómo se integran otras fuentes del derecho descuidadas por Kelsen: la naturaleza humana, la realidad de las cosas, los hechos jurídicos, las concepciones jurídicas, etc. Contra la TPD, se evidencia que la ley no es la única, ni la primera causa del derecho. Por tanto, es capaz de integrar todos los aciertos de Hart, de sus discípulos y de sus compañeros.

Además se evidencia que sólo la última grada el espacio está llena de *ser jurídico*. El resto de normas generales dejarán muchos aspectos suyos sin concretar, que permanecerán sólo en potencia de llegar a ser realidad. El ser jurídico está en el vértice inferior (donde se encuentran las decisiones, negocios y actos jurídicos concretos) y en su proyección hacia arriba, porque sólo en esa parte las normas superiores (v. gr. la constitución, tratados, etc.) han causado eficazmente el derecho. El resto de espacios quedarán en potencia porque ahí las normas no han sido causa del *ser jurídico*. Por tanto, esta pirámide perfectamente puede integrar los aciertos de los sociólogos del derecho, del realismo norteamericano, del realismo escandinavo, y de otros realismos.

El balance final es que se han acoplado los tres elementos del trialismo jurídico usando los nuevos conceptos metafísicos (especialmente los de potencia y espacio jurídico). Por eso a esta visión del derecho la hemos denominado “trialismo metafísico”.

V. Conclusiones

De lo anterior sacamos las siguientes conclusiones:

1. La teoría de la construcción escalonada de Kelsen y Merkl logró justificar el orden y la unidad del ordenamiento jurídico, sólo en parte. Únicamente habló del nivel normativo, descuidando los niveles de la realidad y de las concepciones jurídicas.

2. Al dejar de lado la metafísica neokantiana y pasarnos a la tradicional metafísica realista de Aristóteles y Tomás de Aquino hemos adquirido nuevos conceptos. De su modulación para el derecho tuvimos las siguientes definiciones:

a) *Ser jurídico* es algo que existe en la realidad y está relacionado con el derecho, con la relación jurídica o con sus causas (v. gr. la ley, el contrato, etc.).

b) *Potencia jurídica* es algo que aún no está relacionado con la relación jurídica, pero está en capacidad de entrar en esa relación. En otras palabras, es el conjunto de posibilidades justas que se abren a una determinada realidad.

c) *Espacio jurídico* es el resultado de sumar el ser jurídico y la potencia jurídica; es todo lo que es justo, actual o potencialmente. Lo contrario es lo injusto, anti-jurídico. Por eso, fuera del espacio jurídico está el espacio antijurídico. Además está el espacio a-jurídico constituido por lo absolutamente irracional, por los límites del ordenamiento jurídico señalados por Fuller.

3. El primer nivel del ordenamiento jurídico es el de la realidad extramental (personas, cosas y entorno). Está determinado por las amplísimas potencialidades que ofrece la naturaleza, que son las que marcan los fines posibles. Este nivel tiene un orden amplio, limitado y forzoso.

4. El segundo nivel del ordenamiento jurídico concreta el anterior nivel de una forma cognoscitiva. Aquí está lo que bien o mal conoce la sociedad acerca de la naturaleza humana, del medio ambiente, del cosmos y de toda la realidad extramental. También se encuentra en este nivel el conocimiento jurídico abstracto (fines, valores sociales, principios generales, etc.), más o menos pulido, que poseen los sujetos de derecho.

5. El tercer nivel está conformado por el bloque de normas positivas del que hablaron Kelsen y Merkl. Ellas constituyen una reducción del espacio jurídico mental de la sociedad (es decir, del segundo nivel), porque sólo se puede querer lo conocido.

6. El último nivel del ordenamiento jurídico es puro “ser jurídico”: es el derecho ya realizado, lo más actual del ordenamiento.

7. En consecuencia, se ha evidenciado cómo la teoría de la pirámide invertida es capaz de integrar muchos de los progresos doctrinales elaborados sobre el ordenamiento jurídico, que ya no encajaban adecuadamente en la antigua pirámide.

Referencias

- Alexy, R. (2009). «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32.
- Bender, L. (1947). *Philosophia iuris*. Roma: Officium Libri Catholici.
- Fuller, L.L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Hart, H. & Honoré, T. (1959). *Causation in the Law*, 2.^a ed. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. (1961). *The Concept of Law*. Raz & Bullock (eds.), 1994: Oxford: Clarendon Press.
- Ihering, R. v. (1867). *Das Schuldmoment im romischen Privatrecht*. En *Festschrift für Etnil Roth*. Gießen.
- Kelsen, H. (1959/60). Adolf Merkl Zu Seinem Siebzigsten Geburtstag, am 23 März 1960. *Zeitschrift für Öffentliches Recht*.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Leipzig-Viena: Verlag Franz Deuticke. Hay traducción al castellano de Vernengo, R.J., 1982: *La teoría pura del derecho*, 2^a ed. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*. Viena: Manz.
- Mouchet, C. & Zorraquín, R. (2000). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Parménides de Elea, *Sobre la naturaleza*. Hay traducción al castellano de J. Solana Dueso (2006). *De Logos a Physis. Estudio sobre el Poema de Parménides*. Zaragoza: Mira Ed.
- Polo, L. (1995). *Introducción a la filosofía*. Pamplona: Eunsa.
- Reale, Miguel (1997). *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2012a). Las causas metafísicas como fuentes del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15.

- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2012b). Noción de derecho en la metafísica tomista. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 26.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2013). “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, en REDESG *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 2, n. 2, pp. 436-461.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2014a). “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, pp. 111-138.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2014b). Ser y tiempo jurídicos. *FIDES Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, 5, n. 2.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2015a). “La pirámide invertida y el derecho natural”, Oyarte, Rafael & Maldonado, Mauricio (eds.), *Derecho constitucional e instituciones políticas. Derechos humanos y justicia constitucional*. Quito: CEP, pp. 289.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2015b). *La defensa de los signos distintivos de las religiones, en especial de la Iglesia católica*. Roma: Edusc.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2015c). “Orden y unidad metafísicos en el ordenamiento jurídico”, *Dikaion*, Año 28, vol. 23, nº 2, pp. 299-326.