

Autor: Norberto Bobbio

Extret de: *Problema del positivismo jurídico*

II. POSITIVISMO JURÍDICO

1. *El formalismo jurídico y el positivismo jurídico*

La "rebelión contra el formalismo" de la que se ha hablado en el capítulo anterior, se ha desarrollado en estos últimos años paralelamente con la crítica al positivismo jurídico, tanto que, a menudo, es difícil distinguir la una de la otra. El formalismo jurídico, en casi todas las acepciones examinadas anteriormente, es a menudo considerado como uno de los motivos de acusación y de condena al positivismo jurídico.

Por ejemplo, considérese el siguiente hecho. La polémica antipositivista ha tomado en estos últimos años en Italia dos direcciones: 1) Una dirección jusnaturalista en la cual se contraponen al derecho positivo un derecho *superior* que proporciona criterios de valoración del derecho positivo, 2) Una dirección realista según la cual el derecho positivo -considerado en su acepción más restringida como derecho puesto por fuentes formales- es colocado al lado de un derecho *diverso*, esto es, aquel que emana directamente del comportamiento de los sujetos (el llamado "derecho espontáneo"). No hay duda de que ambas polémicas contienen notas antiformalistas; por un lado, la teoría del derecho natural es expuesta como una teoría material del derecho por cuanto define el derecho no a través de su creación o aplicación, sino a través de su contenido y de su finalidad; por otra parte, la teoría del derecho espontáneo es expuesta como una crítica de las teorías formales de las fuentes del derecho, según las cuales el derecho sería sólo aquello establecido en determinadas circunstancias y, según procedimientos particulares, por los órganos de la producción jurídica disciplinados por las llamadas normas sobre la producción jurídica.

Se puede sostener que las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que de hecho son a menudo usadas como si fueran sinónimas. A lo largo de este segundo capítulo se verá que todas las acepciones de formalismo jurídico reaparecen en los principales significados de positivismo jurídico. Anticipando brevemente los resultados de la investigación podemos señalar desde ahora: 1) que existe una estrecha vinculación entre el formalismo ético y el tercer significado que ilustra el positivismo jurídico (el positivismo jurídico como ideología); 2) que el formalismo en la definición del derecho (derecho como forma), el formalismo en la concepción de la ciencia jurídica (la ciencia jurídica como ciencia formal) y el formalismo en la interpretación (la interpretación jurídica como operación lógica) pueden ser considerados como caracteres peculiares del positivismo jurídico en su segundo significado, cuando es entendido como una teoría específica del derecho; 3) que en su primer significado el positivismo, cuando es entendido como un modo de acercarse a la comprensión del fenómeno jurídico, esto es, como una forma típica de *approach* al estudio del derecho, entra dentro de una de las acepciones de formalismo jurídico.

La complejidad del problema nace del hecho de que así como existen varios significados de formalismo jurídico, existen también varios significados de positivismo

jurídico. Si se quiere evitar la repetición de lamentables confusiones, es necesario introducir algunas distinciones. Siempre que se esgrime alguna crítica en contra de la doctrina del derecho natural, se nos responde que hay varios modos de entender el derecho natural y que nuestra crítica vale para uno de estos modos pero no para el otro (y, se entiende, vale para aquello que nuestro adversario no comparte). Pero, lo mismo podría decir un partidario del positivismo jurídico frente a la crítica de un jusnaturalista: hay varias maneras de entender el positivismo jurídico. Hay, en todo, una diferencia. Mientras que los aspectos de la doctrina del derecho natural han sido examinados y discutidos muchas veces, generalmente no sucede lo mismo con respecto a los diversos aspectos del positivismo jurídico. Existe una historia del jusnaturalismo (se cree a menudo que la historia de la filosofía del derecho coincide con la historia de la doctrina del derecho natural); pero no existe, que yo sepa, una historia amplia, documentada y exhaustiva del positivismo jurídico. Una buena introducción a la discusión ha sido ofrecida por H. L. A. Hart en el artículo "Positivism and the separation of Law and Morals". Aquí me propongo distinguir e ilustrar claramente los diversos e inconfundibles de la misma expresión. Sólo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión no vana sobre lo muerto y lo vivo en el positivismo actual.

2. Tres aspectos del positivismo jurídico

Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia.

Por "modo de acercarse al estudio del derecho", entiendo algo diferente de "método"; no se trata, en efecto, de los instrumentos o las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por "teoría" entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por "ideología" entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa.

Creo útil distinguir estos tres aspectos de aquellos que comúnmente se consideran como una única doctrina, porque no me parece que exista una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco (y aquí entiendo "relación necesaria" tanto en el sentido lógico como causal). El positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho no produce necesariamente ni implica aquella teoría particular del derecho que suele ser llamada positivismo jurídico; y aquella teoría particular a la que se atribuye a menudo el nombre de positivismo jurídico no produce necesariamente ni implica la ideología que a menudo se atribuye a los sostenedores del positivismo jurídico. Darse

cuenta de esta distinción induce a formular dos criterios metodológicos que creo hay que tener siempre presentes en el examen de las doctrinas del positivismo jurídico. El primer criterio considera el análisis descriptivo de la doctrina y se puede formular de esta manera: individualizar a un jurista como juspositivista con respecto al modo de considerar el derecho no significa que lo sea también con respecto a la teoría y a la ideología; individualizar a un jurista como juspositivista con respecto a la teoría del derecho no significa que también lo sea con respecto a la ideología. El otro criterio considera el momento crítico o valorativo de la doctrina y puede ser formulado de esta manera: la aprobación o la condena de uno de los aspectos del positivismo jurídico no implica la aprobación o la condena de los otros dos. No tener en cuenta el primer criterio conduce a juicios unilaterales o falsos sobre éste o aquel jurista y, en general, al tratamiento demasiado simplista de un fenómeno que es más bien complejo. No tener en cuenta el segundo, trae como consecuencia una polémica a menudo infecunda, la creencia de estar liberado del adversario cuando, por el contrario, lo que se ha logrado es amputar cuanto más un miembro, que no siempre es el más importante.

3. *El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho*

En el primer aspecto -esto es, como modo de acercarse al estudio del derecho- el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar "científica" (en este caso con referencia a las ciencias descriptivas y explicativas y no a las demostrativas). Es opinión común que el progreso del saber científico en la edad moderna se ha debido a la eliminación de la concepción finalista del universo que inducía a pronunciar juicios de valor sobre hechos naturales. Aunque, como ha sido repetido infinito número de veces, esta eliminación de juicios de valor que es más difícil en el dominio de los hechos humanos, es, sin embargo, incontestable que la característica de la orientación científica en el estudio de los hechos morales está representada más que por el uso de ciertas técnicas, por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada, o neutralidad ética, o para decirlo con la célebre fórmula weberiana, *Wertfreiheit*.

En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v.gr.: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que debido a esta inclusión está luego obligado -si se quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)- a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para

actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar. Piénsese en un lingüista que pretendiera incluir en la definición de fenómeno lingüístico la correspondencia con un lenguaje ideal, y rechazara, por consiguiente, de su campo de observación todos los hechos lingüísticos no aprobados por la lengua ideal: el positivismo jurídico, en este primer aspecto, no es otra cosa que el rechazo de las pretensiones de estos extraños lingüistas aplicadas al estudio de la experiencia jurídica.

Si se acepta en llamar derecho positivo al derecho vigente en una determinada sociedad, esto es, aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces, se puede definir "positivismo jurídico" como teoría del derecho que parta del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo; esto es algo diferente a afirmar que "no existe otro derecho que el derecho positivo". El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del derecho positivo, o sea, el hecho de no ser vigente, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.

4. *El positivismo jurídico como teoría*

Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado. La mejor ilustración de este procedimiento ha sido dada, a mi juicio, por Ehrlich en su obra *Die juristische Logik* (1918), en la cual, como es sabido, afirma que el método tradicional del jurista, contra el cual libra su famosa batalla en nombre de la libre valoración de los intereses por parte del juez, está caracterizado por estos tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) esta regla preexistente está siempre dada por el Estado; 3) el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad. O sea, que lo que Ehrlich combate es la teoría del positivismo jurídico; pero al combatirla ha analizado tan bien los principios constitutivos de ellas y ha descrito tan claramente su origen y desarrollo histórico, que su libro, más que un *pamphlet* vivaz, puede ser considerado como el más convincente y cautivante tratamiento del positivismo jurídico como teoría.

El nexo entre el primer modo de entender el positivismo jurídico (examinado en el 3) y este segundo, es decir, entre el positivismo como *approach* y el positivismo como teoría, es fáctico o histórico. Cuando los juristas al fin del siglo XVIII se alejaron poco a poco del derecho natural y fueron atraídos por el estudio del derecho positivo hasta disolver la teoría del derecho natural en la filosofía del derecho positivo, el derecho positivo que se les presentaba como objeto de estudio era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas. Históricamente me parece que se puede decir que positivismo jurídico es el primer sentido y positivismo jurídico en el segundo, surgen a un mismo tiempo. Pero este nexo histórico no puede ser modificado, sin una grave tergiversación, en un nexo lógico; el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatal del derecho porque *de hecho* todas las reglas que los juristas

elaboran como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por órganos del Estado. El positivismo jurídico se ha presentado como estatismo por razones históricas; nada ha impedido que, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se haya podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

A este segundo aspecto del positivismo jurídico, es decir, a la concepción estatal del derecho, están vinculadas algunas conocidas teorías que a menudo son consideradas como características del positivismo jurídico: 1) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandecista alemana).

Una vez más debemos advertir que estas características del derecho no han sido descubiertas como consecuencia de la consideración del derecho como hecho, sino como consecuencia de haber identificado en una determinada época histórica -que coincide con la concentración de la producción jurídica en los órganos estatales- el fenómeno jurídico con el complejo de reglas producidas por el Estado. Ciertamente el *approach* positivista está estrechamente vinculado con cualquier teoría del derecho, por la suficiente razón de que la distinción misma entre el derecho que es y el derecho que debe ser no puede realizarse si no es sobre la base de una teoría más o menos elaborada en torno al derecho; mas, no está necesariamente vinculado con la teoría estatal del derecho, es decir, con aquella teoría a la que el uso lingüístico común atribuye la calificación de doctrina típica del positivismo jurídico. Esto es tan cierto que hoy la mayor parte de los juristas que invocan el *approach* positivista no aceptan la teoría estatal, con la consecuencia de que pueden ser llamados positivistas en el primer sentido pero no en el segundo. Para ellos la teoría del estatismo jurídico no es otra cosa que una teoría errónea; y porque confunde como derecho real aquello que es considerado como tal por sus partidarios, no es tampoco una doctrina positivista en el primer sentido, o sea, en el sentido en el cual los partidarios de la distinción clara entre el derecho que es y aquel que se quisiera que fuese, aceptan ser llamados positivistas. Pero hay que tener en cuenta que el no aceptar que la teoría estatal sea positivista en el primer sentido, en tanto teoría no fáctica, no conduce a tener que refutarla en nombre del positivismo en el segundo sentido; porque en este sentido aquella teoría se llama así, pura y simplemente por razones históricas, que siguen siéndolo aun si la teoría, después de un análisis ulterior, resulta ser falsa.

5. El positivismo jurídico como ideología

Como ideología, el positivismo representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta ciencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto a las leyes*, en contraposición a aquella obligación externa o *por temor* a la sanción.

Hasta aquí los juristas elaboran una teoría del positivismo jurídico en el sentido expuesto en el párrafo precedente, se limitan a tomar una actitud frente a un complejo de hechos históricos -en el caso concreto, la reducción del derecho a regla puesta e impuesta por el Estado- y a representarlos en una serie más o menos coherente y completa de nociones sistemáticas. La teoría del positivismo jurídico no implica necesariamente una valoración positiva de los datos que han sido objetivamente destacados y representados; más bien tiene función principalmente descriptiva y sólo indirectamente prescriptiva. Su fin (y también su límite) es describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra. Para un teórico del positivismo jurídico afirmar, por ejemplo, que la fuente principal del derecho es la ley, no significa enunciar el juicio de valor "Está bien que la ley sea la fuente principal", sino el juicio fáctico "Es fácticamente verdadero que la ley es la fuente principal"; afirmar que el juez tiene un poder declarativo y no creativo no significa sostener que ésta es la solución mejor para la producción del derecho, sino que es la situación real, la que se desprende del sistema efectivamente vigente fundado, por ejemplo, en la separación de los poderes, y basado en la regla positiva según la cual toda decisión del juez debe estar fundada en una regla preexistente no producida por él mismo. El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el paso de la verificación de un hecho a la valoración positiva del mismo; el sistema vigente no es ya únicamente descrito e interpretado objetivamente, sino que también es presentado como un sistema bueno o directamente como el sistema mejor. El efecto de este paso es la transformación del positivismo jurídico de teoría del derecho en teoría de justicia, es decir, en una teoría que pretende no ya indicar lo que en el plano de los hechos es el derecho, sino recomendar aquello que en el plano de los valores es lo justo.

Una vez más, el paso de uno a otro aspecto del positivismo jurídico es fáctico o histórico, no necesario o esencial. La teoría positivista es el reflejo, en la conciencia de los juristas, de la formación del Estado moderno; la ideología positivista está vinculada, por el contrario, a la exaltación del Estado -tal como se expresa, por ejemplo, en la filosofía hegeliana- y presupone, por consiguiente, una filosofía de la historia y una

serie de postulados éticos más o menos explícitos. Es verdad que el positivismo jurídico y la exaltación del Estado han corrido parejos, sobre todo en la ciencia jurídica alemana, y de aquí ha surgido, tal vez, alguna confusión. Pero también es verdad que estatismo jurídico y estatismo ético no son en realidad *unum et idem* y que se puede ser por honestidad científica juspositivista en el primer sentido sin serlo, por convicciones morales y políticas, en el segundo. Entiendo que bastará el ejemplo de Kelsen, cuya teoría es ciertamente un producto del positivismo jurídico, pero no es en modo alguno la exaltación del Estado y tiende ideológicamente al primado del derecho internacional, y no contiene la afirmación de que la obligación de obedecer a las leyes del Estado sea una obligación moral.

6. *Un criterio para distinguir los tres aspectos del positivismo jurídico*

La distinción entre tres planos o formas bajo las que se presenta históricamente el positivismo jurídico, permite eliminar muchos equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política de esta corriente, que nada tiene de homogénea y en definitiva, ajustar sin prevenciones ni falsos objetivos, aquello que ha sido llamado por un autorizado jurista italiano, el "balance" del positivismo jurídico.

Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se apoya sobre un juicio de conveniencia o de oportunidad que puede ser formulado de esta manera: "partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente". Este presupuesto está fundado sobre la verificación histórica de que el derecho que se aplica en los tribunales y que por consiguiente interesa conocer, es un conjunto de reglas cuya validez deriva no de su conformidad con un derecho ideal, sino del hecho de estar puestas por cierta autoridad o del hecho de ser efectivamente seguidas por aquellos que deben aplicarlas. Se entiende que si se atribuye a la ciencia del derecho también la tarea de proporcionar esquemas de decisión al legislador, desaparece la oportunidad de no tener en cuenta el llamado derecho ideal. Es conocida la tarea *de iure condito*, que en el ambiente infido por el positivismo jurídico, se considera como propia de la ciencia jurídica, y la tarea *de iure condendo*, que es considerada como más política que jurídica y se la atribuye a la ciencia de la legislación o a la llamada política legislativa. Por tratarse aquí de la elección de un punto de partida, la que está fundada sobre el juicio de la mayor adecuación de ciertos medios para la obtención del fin, la crítica será fecunda sólo si discute la oportunidad de la elección; la validez del modo positivista de acercarse al derecho es independiente de la verdad o falsedad de la teoría del estatismo jurídico y de la bondad o maldad de la ideología del estatismo ético.

En cuanto al positivismo como teoría, el mismo se apoya sobre un juicio de hecho, o mejor aún, sobre una serie de juicios de hecho, y puede ser resumido en esta fórmula: "Es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado". Quien quiera objetar esta teoría no debería dirigir su crítica a la demostración de que no sirve para su fin, sino que deberá probar que es falsa, esto es, que los hechos enunciados por ella no son verificados en absoluto o no son verificados de la manera como han sido interpretados. Sin embargo, quede bien claro que este segundo tipo de refutación no contiene o absorbe al primero; se puede probar que la teoría es falsa, parcial o totalmente, sin haber probado por esto la no conveniencia de este modo de

aproximación al objeto. Los errores de hecho pueden ser imputables al mal planteo metodológico, pero ambas cosas no se implican recíprocamente.

Finalmente, la ideología del positivismo jurídico es la expresión de un sistema más o menos coherente de valores y puede ser resumida como sigue: "El derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones". Quien quiera refutar esta ideología deberá valerse de argumentaciones diferentes de aquellas que se adoptan para probar o negar los hechos; se tratará de contraponer a aquellos postulados éticos, a los que la ideología positivista remite más o menos explícitamente, otros postulados éticos, y la argumentación más fuerte resultará posiblemente de poner ante los ojos del interlocutor las consecuencias funestas o insatisfactorias de la aceptación de ciertos valores como guía de la conducta. Lo que importa ahora poner de manifiesto es que la refutación de la ideología positivista no contiene o absorbe la precedente refutación de la teoría del positivismo jurídico; se puede estar convencido de que hay que desaprobado la ideología positivista y seguir aceptando que, de hecho, la teoría estatista es verdadera.

7. Defensa del positivismo jurídico como ideología

Hay que tener presente que según que la polémica contra el positivismo jurídico haya sido dirigida contra el método, la teoría o la ideología, la línea de defensa de los positivistas ha sido consecuentemente diferente. Se trata ahora de examinar más en detalle esta línea de defensa porque puede servir para esclarecer la situación presente del positivismo jurídico, y evitar las frecuentes refutaciones, poco pertinentes y rigurosas, dictadas por aquellos que se han atribuido la misión de defender nuestra civilidad, así como para ayudar a cada uno a pronunciarse sobre lo que estima aceptable y lo que considera rechazable. Para este examen ulterior invierto el camino: comienzo por la ideología para pasar después a la teoría y finalmente al método. La razón de esta inversión se volverá más clara a medida que se recorra el camino.

La lucha antipositivista en estos últimos años, en que se habla con insistencia de un enésimo renacimiento del irreductible derecho natural, ha sido librada principalmente contra el positivismo jurídico como ideología. La mayor acusación ha sido la de que fue responsable, por lo menos en parte, de algunos fenómenos típicos del totalitarismo. A los acusadores les ha resultado fácil relacionar la fuerte tradición del positivismo jurídico entre los juristas alemanes y el ciego estatismo del régimen nazista. Acusaciones análogas fueron lanzadas, sobre todo por juristas franceses, en contra de la ciencia jurídica alemana al final de la Primera Guerra Mundial.

Veamos dentro de qué límites tiene fundamento estas acusaciones. Ante todo es falso desde el punto de vista histórico que la doctrina de la obligación moral de obedecer las leyes positivas sea una doctrina positivista; la teoría de la obediencia, bastante más que la de la resistencia, ha sido afirmada por las teorías jusnaturalistas tradicionales. En general diría que la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas no es ni jusnaturalista ni positivista, porque deriva de la verificación, vieja como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción. Si por "obligación moral" se entiende aquella basada en el *respeto a la ley* y por "obligación jurídica" aquella fundada en el *temor* de la sanción, es un dato fáctico que todo orden cuenta

también con la obligación moral de la obediencia, por lo menos por parte de aquellos a quienes se ha confiado la tarea de castigar a quien haya demostrado no sentir esta obligación ni temer la sanción. La objeción de exigir la obligación moral de la obediencia a las leyes es un reproche que ambos adversarios se lanzan recíprocamente y que, por consiguiente, vale poco.

En segundo lugar hay que tener en cuenta la aclaración introducida en el §. 5), donde se indica que es necesario distinguir la doctrina que funda la obligación moral de obedecer las leyes positivas en la afirmación de que las leyes positivas son justas en tanto tales (es justo aquello que es mandado, es injusto aquello que está prohibido), de la doctrina que funda la misma obligación en la afirmación de que las leyes positivas, justas o injustas, buenas o malas, deben ser obedecidas, porque sirven para realizar valores sin los cuales ninguna sociedad podría sobrevivir, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. La primera tiene que sostener una obligación incondicionada de obedecer las leyes desde el momento en que no reconoce valores diversos superiores a aquellos recogidos por las leyes, y hace de éstas criterio último e insuperable del bien y del mal. Pero, ¿existe algún jurista positivista que haya sostenido alguna vez doctrina semejante? Aun en el sistema de Hobbes, según el cual es justo aquello que es ordenado por el soberano, la razón de obediencia desaparece cuando las leyes, en vez de asegurar la realización del fin para el cual han sido puestas, la protección de la vida individual, lo ponen en peligro. Según la segunda doctrina, que es la más atribuida a los positivistas, la obligación moral de obedecer las leyes está doblemente condicionada: 1) por el reconocimiento de que las leyes dadas sean medios idóneos para la obtención del fin que les es propio; 2) por el reconocimiento de que los valores garantizados por el derecho no entren en conflicto con otros valores, tales como el respeto a la vida, a la libertad, a la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores.

Finalmente, por lo que respecta a la relación entre ideología del positivismo jurídico y dictadura, es extraño cómo se tiende fácilmente a olvidar que los postulados éticos del positivismo jurídico, el principio de legalidad, el orden como fin principal del Estado, la certeza como valor del derecho, fueron elaborados en el siglo XVIII por la doctrina liberal desde Montesquieu a Kant, para poder contener el despotismo, o sea, como frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de extralimitación del poder ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegios. En Italia, durante los años de la dictadura fascista, la resistencia contra la arbitrariedad fue conducida por los juristas en nombre de los postulados éticos del positivismo jurídico, con la defensa a todo trance de la justicia legal en contra de la pretendida justicia sustancial que, en aquel caso, subvertía el orden liberal y el principio de la certeza. Esto demuestra que una contraposición abstracta, separada de un determinado contexto histórico, entre el valor de la justicia legal y el de la justicia sustancial, es absolutamente infecunda. La ideología del positivismo jurídico no es, abstractamente considerada, ni mejor ni peor que otra. No conduce a la dictadura más de lo que conduce al estado de libertad. Es significativo que en Italia aquellos mismos juristas que durante el fascismo habían invocado el respeto del principio de legalidad, en la época de reconstrucción democrática se hayan vuelto defensores del principio opuesto. Las leyes positivas son medios para realizar ciertos fines; la obediencia escrupulosa a las leyes es recomendable cuando los fines son buenos, mas, es desaconsejable cuando son malos. Al positivismo jurídico, nacido en una época de gran fe en la bondad de las leyes, en la ciencia de la legislación, en las codificaciones, en el

estado de derecho, no se le puede reprochar las consecuencias que han sido extraídas de aquellos principios en un régimen de leyes malas. Si no se puede admitir que la obediencia a las leyes, en tanto tales, sea siempre un bien, tampoco puede admitirse la opinión contraria, o sea, que la obediencia escrupulosa a las leyes positivas constituya siempre un mal. El error de cierto positivismo jurídico consiste en haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto; pero no es mayor que el error de la teoría contraria que eleva a valor absoluto la ideología de la desobediencia.

8. *Defensa del positivismo jurídico como teoría*

Mientras que la oposición a la ideología del positivismo jurídico ha sido particularmente animada en el campo de los sostenedores del derecho natural, en todas sus formas, y constituye un episodio en la recurrente polémica entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, la oposición al positivismo jurídico como teoría ha nacido sobre el terreno de la sociología jurídica y es un episodio de otra oposición recurrente entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia sociológica, entre teoría estatal y teoría social del derecho, entre formalismo y realismo. La crítica de los *horrores* es sustituida aquí por la crítica de los *errores*. El libro de Ehrlich, ya citado, es un ejemplo de este tipo de crítica; su objetivo no es mostrar que la ideología de los juristas tradicionales es mala, sino sobre todo que sus tesis acerca de la noción del derecho, de la función jurídica y del juez, son equivocadas. Frente al avance de las teorías sociológicas del derecho, el positivismo jurídico ha reaccionado de varias maneras: 1) negando los errores a él atribuidos y acusando a los adversarios de incompreensión; 2) modificando las propias tesis para poder hacerse cargo de las críticas de los adversarios sin abandonar sus principios; 3) reconociendo abiertamente el error y adaptando la teoría de tal manera que pueda incluir las tesis adversarias.

Un ejemplo interesante de la primera respuesta se encuentra en la discusión acerca de la plenitud del orden jurídico. Tras una etapa a-crítica del problema, que coincide con la fe ciega en la omnisciencia del legislador y corresponde a aquella corriente que ha sido llamada en Francia escuela de exégesis, ha sucedido la etapa de la crítica abierta, cuyo representante más combativo ha sido la escuela del derecho libre. La respuesta del positivismo jurídico ha sido, por un lado, la llamada teoría jurídica del espacio vacío (Bergbohm, y, en Italia, Romano), según la cual el caso no regulado por las leyes positivas no es una laguna del orden, sino un hecho jurídicamente irrelevante; por otro, la teoría de la norma jurídica exclusiva (Zitelmann y, en Italia, Donati), según la cual el caso no regulado por la norma especial cae en el ámbito de la norma general que excluye de la reglamentación de la norma especial todos los casos posibles que no entran en ella. Las lagunas, de las que habla el jurista sociológico, serían, desde este punto de vista, ideológicas, esto es, representarían la falta no ya de una norma jurídica positiva, sino de la norma tal como debería ser para que el sistema jurídico fuese ideológicamente aceptable.

Un ejemplo interesante del segundo tipo de respuestas surge, según mi opinión, de la discusión en torno de la imperatividad: escritores que son considerados positivistas por excelencia, como Kelsen, han abandonado la noción de imperatividad, considerándola no esencial para una coherente teoría positivista del derecho. La noción que parece hoy más apta para señalar las normas jurídicas es aquella más genérica de prescripción, de la cual el mandato es sólo una especie. Es una noción aceptada por los partidarios de una de las teorías más extremas del realismo jurídico, tales como Ross. Y se encuentra, no

obstante la *communis opinio* contraria, también en Kelsen. La noción de "proposición prescriptiva" parece más adecuada para comprender los diversos tipos de reglas que componen un ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, cumple la misma función de la noción de "mandato", que es la de distinguir la esfera de las reglas jurídicas de la de las leyes naturales.

El ejemplo más importante de la admisión de las críticas del adversario se refiere a la teoría de las fuentes. Es un hecho que con respecto a los orígenes históricos, el positivismo jurídico está ligado a la consideración de la ley como fuente principal y a la subestimación del derecho judicial. Hasta hace poco, ha sido considerado característica esencial del positivismo jurídico el llamado "codicismo". En la opinión corriente de los adversarios, sobre todo de los partidarios de la escuela realista, uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico es la concepción mecanicista de la interpretación judicial y el desconocimiento del poder creador del juez. A menudo suele escucharse que el positivismo jurídico es aquella teoría que considera al juez como un autómatas, y a la decisión judicial como un silogismo. Aquí las críticas provenientes de la corriente sociológica han abierto una brecha que no ha vuelto a cerrarse porque han sido dirigidas no sobre el terreno de los programas, sino de las pruebas de hecho, y los hechos aducidos eran difícilmente refutables. Se ha observado que aun prescindiendo de la discusión programática acerca de si está bien o mal conceder mayor libertad al juez en la búsqueda del derecho, *de hecho* el juez crea derecho, a pesar de la supremacía de la ley y de la obligación de decidir conforma a reglas previamente puestas. La creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad dentro de sistema mismo, contra la cual se estrellan los argumentos éticos como las flechas contra una muralla. Aun los más fieles y ortodoxos sostenedores del positivismo jurídico no han podido hacer otra cosa que tener en cuenta esta realidad: la teoría mecanicista de la interpretación está abandonada casi completamente. El mismo Kelsen ha dado un buen ejemplo. Y si hay que juzgar por el interés suscitado en Italia estos últimos años, en la fortaleza en un tiempo inexpugnable de los juristas, por las teorías de la jurisprudencia sociológica y la discusión alrededor de los juicios de valor en la decisión judicial, hay que reconocer que tiene razón Carnelutti cuando desde hace un tiempo repite que finalmente también nosotros hemos descubierto que el momento decisivo de la vida del derecho es el fallo judicial. Con esto no se quiere condenar al ostracismo a la concepción mecanicista de la interpretación; pero se le da el puesto que merece, que no es ya el de ser el fiel reflejo de aquello que sucede de hecho en los sistemas de predominio legislativo, sino una de las posibles actitudes que el juez puede asumir frente a las reglas que debe aplicar.

Pero en este punto, lo que interesa a los fines del presente análisis es la respuesta a esta pregunta: ¿una consideración más realista de la actividad del juez, de la cual todos debemos algo a las teorías sociológicas del derecho, tiene el poder de modificar de algún modo la tradicional teoría de las fuentes, propia del positivismo jurídico? Me parece que la respuesta no puede ser sino negativa. Existen dos alternativas: a) o se considera "fuente de derecho", como lo hace la doctrina tradicional y el mismo legislador (por ejemplo, al artículo 1º de las posiciones sobre la ley en general, con que comienza al Código Civil italiano), a los hechos que el orden jurídico califica como creadores de normas obligatorias generales, y entonces la verificación de que a través del juez el derecho vigente de un determinado país se desarrolla, se completa, se adapta a las nuevas situaciones, no autoriza al teórico del derecho a incluir la decisión del juez entre las fuentes del derecho donde no rige la institución del precedente obligatorio. La

decisión del juez, en efecto, en cuanto es obligatoria, o sea, respecto de las partes no es general; en cuanto asume la forma de enunciación de una máxima general, no es obligatoria; y si tiende a volverse tal, a través de la práctica de los tribunales, fuente del derecho es, en este caso, la costumbre y no el juez; b) o se acepta un significado mucho más amplio de "fuente del derecho" -para comprender también las normas individuales (en el sentido kelseniano)- y entonces ciertamente la decisión judicial entre dentro de las fuentes del derecho, pero esta aceptación no depende del descubrimiento del poder creador del juez, porque la sentencia es norma individual tanto en el caso de que sea producto del poder creador del juez, como en el caso de que sea mera aplicación de una norma general. Es necesario estar atento para no atribuir al mejor conocimiento acerca del modo cómo funciona un sistema, la virtud de modificar el sistema.

9. Defensa del approach positivista al derecho

Falta hablar de la validez del *approach* característico del positivismo jurídico, esto es, del punto de vista empírico que adopta frente al derecho. Aquí, el acuerdo es más amplio; mientras con respecto al punto examinado en el párrafo precedente, el positivismo jurídico tiene que habérselas con las corrientes sociológicas y realistas, en la consideración del derecho como hecho y en la distinción entre aquello que el derecho es y aquello que debe ser, positivismo y realismo están de acuerdo y son aliados en contra de la corriente jusnaturalista. Sin embargo, aquí la cuestión es, como ya hemos dicho, la de la oportunidad o conveniencia en la elección del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y de la teoría general del derecho. Me parece difícil que se puedan aducir buenos argumentos para probar la conveniencia del punto de vista contrario, esto es, que la ciencia jurídica deba ocuparse del derecho tal como debe ser, o mejor, del derecho existente siempre que concuerde con un derecho ideal o racional. El ejemplo del lenguaje es adecuado: el lingüista, sea que se ocupe de lenguas muertas, sea que se ocupe de lenguas vivas, considera el lenguaje que es efectivamente hablado -no importa si el mismo es bárbaro o refinado, vulgar o culto. Al trasponer el umbral de la investigación el científico depone los juicios de valor. Así, pues, con respecto al derecho no se advierte por qué aquello que se admite sin dificultad para la historia del derecho no deba admitirse para el estudio de un derecho vigente, esto es, de aquello que es derecho y, por consiguiente, objeto de investigación de la ciencia jurídica, tanto el derecho justo como el injusto. ¿Admiten todos este punto de partida? Entonces todos son positivistas sin saberlo.

Alguno podría todavía objetar que quien se opone al positivismo sobre este terreno no dirige su ataque tanto a la oportunidad del punto de vista fáctico como su insuficiencia. Admitamos, dice el jusnaturalista impenitente, que un sistema de derecho vigente sea un sistema de hechos históricos, y que, por consiguiente, haya que partir de consideraciones fácticas; pero estas consideraciones fácticas no son suficientes para dar una justificación del derecho o, en todo caso, la única justificación que ellas pueden dar es la que consiste en reducir el derecho a la fuerza. Aquí la respuesta será más breve y también, a causa de la gravedad de la acusación, más severa. En primer lugar, no se puede pedir a una doctrina que se propone una investigación fáctica del derecho, que sirva también para proporcionar criterios éticos de justificación de los hechos. O mejor: cualquier jurista que se inspira en los cánones del positivismo tiene sus buenos criterios para dar una justificación del derecho, pero no la mezcla con la investigación para no confundir asuntos diversos. La insuficiencia del *approach* positivista, si se puede hablar de insuficiencia, es deliberada. En cuanto a la reducción del derecho a fuerza, es dable

responder que como el positivismo jurídico no es una teoría acerca de la justificación del derecho no justifica la fuerza, así como no justifica ningún otro fundamento que se quiera atribuir al derecho. El positivismo jurídico se limita a afirmar que si se quiere elaborar una ciencia jurídica es oportuno considerar derecho a aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas (principio de efectividad). Con esto no se dice: a) que las reglas efectivamente obedecidas o aplicadas deban su eficacia primordialmente a la fuerza ejercida por los órganos del poder coactivo, ya que tal eficacia puede derivar de la adhesión espontánea; b) que el poder que ejerce la coacción derive de un acto de fuerza o se apoye en la fuerza, ya que puede derivar del consenso y apoyarse en él. Entre el principio de efectividad y la reducción del derecho a la fuerza, hay una gran diferencia: uno establece el ámbito de la ciencia jurídica e indica aquello que es oportuno considerar como derecho o los fines de una investigación científica; el otro es una de las tantas tentativas, más o menos inteligente, de justificar aquello que sucede. Ahora bien, ocurre que sobre la base del principio de efectividad se considera como derecho a cierto conjunto de reglas, independientemente del motivo de su eficacia y, por consiguiente, se tiene como tal tanto a las que son efectivas por consenso como a aquellas que lo son por la fuerza. El principio de efectividad vale también para el derecho internacional; pero las normas de derecho internacional tienen como fundamento el consenso y no la fuerza. Si después realmente se descubriese que las reglas jurídicas de un Estado están fundadas exclusivamente sobre la fuerza, no es posible comprender cómo el principio de efectividad y, por consiguiente, el positivismo jurídico, que se limita a verificar aquello que sucede la mayoría de las veces y no a dar una justificación ética de ello, puede ser inculcado de esta lamentable (pero no sorprendente) realidad.

Tal vez la acusación más grave hecha al positivismo jurídico en este campo es otra: la de que no es fiel al punto de partida; ¿es verdad -agregan los críticos más empeñados- que el positivista abandona los juicios de valor al traspasar el umbral de la investigación? El positivista cree que lo hace, pero en realidad no es así; toma posición, aunque no lo admita y crea ser objetivo. La pretensión de ser éticamente neutral es infundada. La misión del jurista no es sólo la de describir aquello que es derecho en una determinada sociedad, sino también interpretar el derecho vigente a través de la aplicación en los tribunales. Nadie cree ya en la actualidad, como se ha visto en el párrafo anterior, que la interpretación, aun la llamada mecánica, sea una operación meramente lógica. ¿Pero esta objeción conduce verdaderamente a demostrar la infidelidad de jurista al punto de partida fáctico? Yo diría que no. Cuando el positivista sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho tal como es y no como debe ser, no pretende desconocer que el derecho que es está constituido también por una serie de apreciaciones relativas a situaciones de hecho, de las que nacen las reglas ni afirmar que solo el legislador, y no el juez o el jurista, puede hacer esas apreciaciones. El hecho de que la actividad del jurista no sea únicamente lógica, sino también valorativa, y esté éticamente orientada, no modifica la circunstancia de que sus valoraciones llegan a ser derecho no por el hecho de ser buenas, sabias, justas, conformes al derecho natural, sino simplemente porque ellas se convierten en reglas válidas del sistema. La tesis de que el derecho es aquello que de hecho es, no lleva a excluir que entre esos hechos encuentren las valoraciones personales del legislador, del jurista y del juez; significa simplemente que estas valoraciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos establecidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes, y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia. Hay que distinguir el momento en el que el jurista hace del derecho un objeto de la propia

investigación y aquel momento en el cual contribuye a crearlo (la analogía con el lingüista vuelve aquí a ser esclarecedora): es obvio que el modo fáctico de considerar el derecho se refiere al primero y no al segundo momento.

10. Conclusiones

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí sobre las diversas formas bajo las que se presenta la doctrina del positivismo jurídico, tenían por único fin invitar a reflexionar sobre el hecho de que en la crítica del positivismo jurídico no es posible, como se dice, colocar todas las posiciones en un "mismo saco". Para concluir, quisiera fijar algunos puntos de coincidencia y de desacuerdo.

El aspecto más discutible o por lo menos aquél acerca del cual es oportuno expresar cierta reserva y hacer distinciones muy claras, es el ideológico. Si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el Estado es el supremo portador de los valores del bien y del mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias. Pero si la ideología del positivismo jurídico se identifica más bien con la defensa de ciertos valores -para cuya realización parece particularmente idóneo el ordenamiento jurídico- tales como el de la legalidad, del orden, de la certeza, lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los únicos, y que como tales pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos. Como ética de la legalidad, de la paz, de la certeza, el positivismo jurídico tiene sus documentos perfectamente en regla para ser admitido entre las ideologías que no repugnan, por ejemplo, a una concepción democrática del Estado. No llego a decir que sea la más compatible, porque la relación entre positivismo jurídico y Estado democrático cambia con el tiempo. Pero no veo que se pueda anatematizar el positivismo jurídico en nombre de los valores de la democracia; por otra parte, el positivismo jurídico y la concepción democrática del Estado han tenido en el pensamiento de Kelsen una unión personal que se mantiene hasta ahora.

En cuanto al positivismo como teoría del derecho, creo que conviene distinguir entre un significado restringido y un significado amplio de la teoría. Si hubiese que entender por positivismo jurídico únicamente el "codicismo", es decir, la teoría de la interpretación mecánica de la ley, creo que tendrán razón aquellos que proponen descartarlo por la razón óptima de que es desmentido por los hechos. Pero, desde la época del llamado fetichismo legislativo, ha pasado mucha agua bajo los puentes y ya nadie cree seriamente que el juez sea un autómatas. Se trata de ver si conviene llamar positivismo jurídico a la teoría ampliada, que ha modificado o va modificando radicalmente las ideas acerca de la interpretación jurídica y acerca de la obra de la ciencia del derecho. Yo creo que sí, ya porque me parece que no se han inventado otros nombres, ya porque de hecho esta acepción más amplia está siendo admitida por el uso sin provocar demasiados inconvenientes; ya finalmente, porque la ampliación, como lo he mostrado en el párrafo 8, no trae aparejada ninguna confusión en los presupuestos. Se ha cuidado de restaurar el interior, pero el frente y el cuerpo del edificio permanecen siempre iguales, así como su destino.

Finalmente, en cuanto al positivismo como modo de estudiar el derecho, me parece que es aceptable sin modificación, o sin que sea necesario introducir una distinción entre sentido bueno y sentido malo, como lo es respecto de la ideología positivista, o entre

sentido amplio y sentido restringido, como lo es en relación con la teoría positivista. Aquí el problema es uno solo: se trata de saber si se quiere verdaderamente colocar a la ciencia jurídica sobre bases sólidas, o si se quiere perpetuar la confusión, siempre atractiva en las disciplinas morales, entre el momento de la investigación y el de la crítica ético-política.

III. JUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

1. *Definición de los dos términos*

La distinción entre los diferentes significados de la expresión "positivismo jurídico", presentadas en el capítulo precedente, puede servir también para otro fin: eliminar muchos equívocos en la disputa tradicional entre los partidarios del jusnaturalismo y los del positivismo jurídico. Lo encarnizado de la polémica puede en realidad inducir a creer que se trata de dos concepciones opuestas en toda su significación y entre las cuales es necesario escoger: o se es jusnaturalista o se es positivista. Por el contrario, sostengo que: 1) las expresiones "jusnaturalismo" y "positivismo jurídico" han sido adoptadas con significados tan diversos que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en diversos planos según que se trate de uno u otro significado; 2) sólo en uno de estos significados constituye una verdadera y auténtica alternativa. Precisamente por no tener en cuenta los diversos planos, se crea la curiosa consecuencia de que a menudo los argumentos de los adversarios no se encuentran y que después del duelo a muerte, ambos están más vivos que al principio.

Por lo pronto, intento redefinir las dos expresiones "jusnaturalismo" y "positivismo jurídico". Por "jusnaturalismo" entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por "positivismo jurídico" entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones: mientras que el jusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del derecho positivo. Por otra parte, mientras que el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo, el jusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. Más brevemente: por jusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico, la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista.

De esta manera de definir el jusnaturalismo y el positivismo jurídico se puede obtener una primera observación: ni una ni otra concepción agotan las concepciones generales posibles del derecho. Es posible imaginar por lo menos tres más: 1) existe tanto el derecho natural como el derecho positivo, pero no en relación de dependencia, sino de independencia o de indiferencia; 2) existe sólo el derecho natural; 3) existe el derecho natural y el derecho positivo, pero el derecho positivo es superior al derecho natural.

La primera de estas tres teorías se contrapone tanto al jusnaturalismo -porque niega la superioridad del derecho natural sobre el positivo- como al positivismo jurídico -porque niega la exclusividad del derecho positivo. Aquí se sitúan todos aquellos autores que

han considerado al derecho natural y al derecho positivo no ya como dos órdenes dispuestos jerárquicamente, sino como dos *especies* de un mismo *genus*. Cuando Aristóteles, al comienzo del capítulo VII del Libro V de la *Ética a Nicómaco* dice que una parte de lo justo civil es natural, y la otra legal, distingue y delimita dos esferas de normas, distintas por el ámbito y el fundamento de la validez, pero no necesariamente contrapuestas y mucho menos recíprocamente excluyentes. Lo mismo sucede con Paulo, cuando expone una de las célebres distinciones entre derecho positivo y derecho natural del *Corpus iuris*, introduciéndola con estas palabras: "Ius pluribus modis dicitur: uno modo...altero modo..." (D. 1, 1, 11).

La teoría *sub 2* sería antitética a aquella que hemos considerado como típica del positivismo jurídico. Pero no encuentro ejemplos en la historia. La existencia del derecho natural como único derecho es característica de aquel estado particular de la humanidad que es el estado de naturaleza. Pero el estado natural puro en el cual los hombres viven siguiendo exclusivamente las leyes naturales, es considerado generalmente como imaginario, una hipótesis científica como en Hobbes, un ideal regulativo como en Locke. En el estado histórico en el que viven los hombres, el derecho natural está entremezclado con el derecho positivo cuando no totalmente desplazado por éste.

La teoría *sub 3* representa la antítesis de la teoría que hemos considerado como típica del jusnaturalismo; admite la existencia de la distinción entre derecho natural y derecho positivo, pero invierte la relación de dependencia, sosteniendo la superioridad del segundo sobre el primero. Pienso que se puede ubicar históricamente en esta corriente todos aquellos autores que admiten el derecho natural pero no le reconocen otra función que la de integrar el derecho positivo, en caso de lagunas. En este sentido, el derecho natural no queda expulsado del sistema, pero vive, por así decirlo, al margen del mismo, como fuente de reserva para las decisiones del juez. No tiene la fuerza de desplazar al derecho positivo cuando éste está promulgado; lo que con otras palabras significa que donde existen normas positivas, éstas prevalecen; sólo allí donde el derecho positivo falta, entra en acción el derecho natural, como fuente suplementaria de creación jurídica. Una tesis de este tipo fue compartida largamente por los juristas antes de que triunfase, con las grandes codificaciones, el dogma de la plenitud del orden jurídico.

2. Tres formas de jusnaturalismo

El jusnaturalismo, como hemos dicho, afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. Esta superioridad ha sido sostenida, en grandes líneas, de tres maneras que distinguen tres formas típicas de jusnaturalismo: el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano (no encuentro una denominación mejor para este último).

1) El derecho natural es el conjunto de primeros principios éticos, muy generales, de los cuales el legislador debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo; este último, según la conocida expresión de Santo Tomás, procede de lo que es natural, *per conclusionem*, o *per determinationem*. En esta acepción, el derecho natural es un sistema compuesto de poquísimas normas (según algunos, de una sola norma), que tienen por destinatarios no ya a todos los hombres, sino principalmente a los legisladores. Del hecho de que los destinatarios del derecho natural sean en primer lugar los legisladores, surge la consecuencia de que los súbditos, en algunos casos, están

obligados a obedecer incluso las leyes injustas, porque están legítimamente promulgadas.

2) El derecho natural es el conjunto de *dictamina rectae rationis* que proporcionan la materia de la reglamentación, mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios práctico-políticos (como la institución y la organización de un poder coactivo) que determina la forma de aquellas; o, con otras palabras, el primero constituye la parte preceptiva de la regla, aquella que atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento y el segundo la parte punitiva, aquella que hace efectiva la regla en un mundo que, como el humano, está dominado por las pasiones que impiden a la mayoría seguir los dictámenes de la razón. Según la terminología kantiana, que en mi opinión reproduce exactamente este punto de vista, la distinción entre derecho natural y derecho positivo corresponde a la distinción entre derecho preceptivo y derecho perentorio; aquello que cambia en el derecho positivo con respecto al derecho natural no es el contenido, sino los diversos procedimientos utilizados para imponerlo. En esta acepción, el derecho natural es el producto de las relaciones de coexistencia de los individuos fuera del Estado (es decir, en el estado de naturaleza) y tiene, por lo tanto, como destinatarios a más del legislador a los individuos singulares.

3) El derecho natural es el fundamento o sostén de todo orden jurídico positivo. A diferencia de lo que ocurre en la teoría precedente, aquí el contenido de la reglamentación está exclusivamente determinado por el legislador humano (el soberano): la función del derecho natural es pura y simplemente la de dar un fundamento de legitimidad al poder del legislador humano, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todo aquello que ordena el soberano. En esta concepción, que caracteriza, según mi opinión, la teoría de Hobbes, el derecho natural queda reducido a una única norma. En la sociedad de iguales: "hay que cumplir las promesas"; en la sociedad de desiguales: "hay que obedecer las órdenes del superior". Como se ve, en esta concepción la ley natural sirve únicamente para poner en movimiento el sistema; pero una vez puesto en marcha, éste funciona por sí mismo. La ley natural, así concebida, tiene por destinatarios exclusivamente a los súbditos. Confrontándola con la concepción precedente, se invierten aquí los papeles entre el derecho natural y el positivo. Aquí el derecho natural hace posible la aplicación del derecho positivo en el sentido de que funda su legitimidad; allí el derecho positivo hace posible la aplicación del derecho natural en el sentido que asegura su efectividad; allí el derecho es todo natural salvo en el mecanismo de la coacción; aquí es todo positivo, salvo en el procedimiento de legitimación. Esta segunda concepción representa, también históricamente, el paso del jusnaturalismo al positivismo jurídico.

3. *Tres momentos de la crítica positivista*

La distinción entre las tres principales formas de jusnaturalismo, presentadas en el párrafo anterior, permite fijar y retomar los tres principales momentos de la crítica positivista. Cada una de las tres formas de jusnaturalismo representa un modo de afirmar que el derecho positivo depende del derecho natural; los tres principales momentos de la crítica positivista representan las diversas maneras como el derecho natural ha sido desplazado, cuando no totalmente eliminado, de las posiciones en las que se había situado repetidamente.

En contra de la primera posición del jusnaturalismo -aquella tradicional o escolástica, según la cual el derecho natural es el conjunto de los primeros principios éticos- el positivismo jurídico se ha valido de la crítica historicista, que no admite principios éticos evidentes por sí mismo, con valor absoluto y universal. Las pretendidas leyes naturales primarias son meramente formales (como *bonum faciendum, male vitandum*) y, por consiguiente, pueden ser llenadas con cualquier contenido e interpretadas por cada uno a su manera. Todas las principales corrientes filosóficas del siglo pasado han sido, desde este punto de vista, antijusnaturalistas, desde el historicismo de derecha al de izquierda, desde el positivismo evolucionista al sociológico, desde el utilitarismo al pragmatismo y hasta el irracionalismo. El positivismo jurídico ha sacado de allí todas las consecuencias, tales son: si no hay leyes de conducta universalmente válidas, si las leyes que rigen la vida y la sociedad de los hombres son mutables en el tiempo, no hay otro criterio del bien y del mal que aquel que establece de tanto en tanto la autoridad constituida, el legislador humano, el soberano. Doquiera son posibles múltiples interpretaciones de las leyes naturales, la interpretación más segura es la que tiene de su lado la aprobación de la historia, que se manifiesta bajo la forma del éxito político (teorías realistas) o de la aprobación de la mayoría (teorías democráticas).

En contra de la segunda forma de jusnaturalismo, la crítica positivista ha venido afirmando cada vez con mayor claridad que no existen materias jurídicas privilegiadas y que, por consiguiente, todo comportamiento puede llegar a ser contenido de una norma jurídica. Lo que hace que una regla de conducta sea una norma jurídica no es que posea éste o aquel contenido, sino el modo de su creación o de su ejecución. Todos reconocen aquí las típicas doctrinas positivistas del derecho como mandato del soberano o como norma coactiva; doctrinas cuya característica consiste en desplazar el elemento constitutivo de la noción de derecho, de la materia a la forma de la regla jurídica (de aquí la frecuente identificación del positivismo jurídico y formalismo). En términos kantianos se podría decir que el positivismo es, en este sentido, aquella doctrina que negando carácter de derecho hasta al derecho perceptivo, hace de la perentoriedad el carácter esencial del derecho.

La tercera y última posición del jusnaturalismo es aquella que, como hemos visto, atribuye a la ley natural la función de *atlante* del sistema jurídico positivo, o de norma fundamental del sistema. En contra de esta posición se encuentra el principio positivista por excelencia de la fundamentación del derecho, no sobre otro derecho (lo que implicaría un regreso *ad infinitum*), sino sobre un hecho, es decir, el principio de efectividad. Aquello que hace que un conjunto de reglas de conducta constituya un orden jurídico en una determinada sociedad, no es ya la existencia de un deber de obediencia de sus miembros, derivado de una ley extrapositiva, sino el hecho, el simple hecho, históricamente verificable, de que el orden es obedecido habitualmente por la mayor parte de las personas a quienes se dirige. Cuando algún autor ha querido seguir manteniendo la teoría jusnaturalista de la norma fundamental, ésta ha sido transformada, como en la doctrina de Kelsen y sus partidarios, no en una norma igual a todas las demás, sino en una hipótesis científica, o en una norma, respecto a la cual no se puede plantear el problema de la validez, como se plantea respecto de las otras normas, toda vez que sólo se puede admitir la existencia de ella cuando se verifica su eficacia.

4. Algo más acerca de las tres formas de positivismo jurídico

Si observamos atentamente estos tres momentos de la crítica positivista, veremos surgir de cada uno de ellos las tres formas principales en las que se ha presentado históricamente el positivismo jurídico y sobre las cuales he llamado ya la atención, individualizando en el vasto y complejo fenómeno del positivismo jurídico algunas veces una ideología de la justicia (una ética), o una teoría general del derecho, o bien un modo de entender la ciencia jurídica (en un sentido muy amplio, un método).

En su primer aspecto, o sea, como ideología, el positivismo jurídico se reduce en último análisis a la afirmación de que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido, o de que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas. Otras veces he llamado a esta posición formalismo ético, definiéndolo sintéticamente como aquella concepción que reduce la justicia a la validez, desde el momento en que considera justas a las leyes por el solo hecho de ser válidas. Aquí me limito a señalar que esta concepción puede ser considerada como una respuesta a la posición escéptica en que algunas veces desemboca la polémica historicista y relativista contra el jusnaturalismo. Donde no existe una ley moral objetiva accesible a la razón *natural* del hombre, puede parecer que el único remedio contra la confusión de los juicios morales, que provoca la violencia y la anarquía, es el sometimiento a la razón *artificial* del soberano (Hobbes), o a la razón histórica que se realiza cada vez en la voluntad general (Rousseau), o en el estado (Hegel).

En el segundo aspecto, en cuanto teoría general del derecho, el positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador; de aquí deriva la común atribución del derecho, de aquellas características que son propias del derecho legislador del Estado moderno (generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud). Sin embargo, me parece que esta corriente puede ser iluminada por la apelación al segundo momento de la crítica positivista, es decir, a aquel momento a través del cual se produce un desplazamiento radical desde una consideración material del derecho -propia de un jusnaturalismo externo- a una consideración *meramente* instrumental, o sea, a aquella consideración según la cual, lo que caracteriza al derecho no es la naturaleza de la materia reglada sino el conjunto de los procedimientos con los cuales un sector cualquiera de comportamientos humanos puede ser regulado y protegido contra la violación. La teoría formalista del derecho, propia del positivismo jurídico, es, bajo ciertas formas, la respuesta a la pretensión del jusnaturalismo racionalista de establecer aquello que es jurídico y aquello que no es jurídico antes de que se hayan realizado aquellas técnicas de organización de la sociedad, en las que consiste el Estado, entendido éste como aparato para la monopolización de la fuerza dentro de cierto grupo social.

En su tercer aspecto, el positivismo jurídico es un modo de entender el estudio científico del derecho y, por consiguiente, la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser. En la base de esta teoría de la ciencia jurídica se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aun sin ser justas (que son las únicas de las que se ocupa la ciencia jurídica) y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; sólo las primeras son objeto de estudio científico del derecho. El positivismo jurídico está unido a esta distinción, en cuanto considera al derecho como mero hecho histórico y, por consiguiente, prescinde de toda legitimación ética, o sea, del problema del

fundamento que ha sido siempre la verdadera ocupación del jusnaturalismo. Se observa aquí la conexión entre este aspecto del positivismo jurídico y el tercer momento crítico en la oposición del jusnaturalismo, momento en el cual los juristas, esgrimiendo el principio de efectividad, han bloqueado toda investigación del fundamento o de la legitimación ética, que habría abierto la puerta, una vez más, al jusnaturalismo.

No me interesa tanto poner en evidencia la relación entre los diversos momentos de la crítica positivista al jusnaturalismo, y la diversas formas de positivismo jurídico, como llamar la atención sobre el hecho de que la expresión "positivismo jurídico" puede indicar diversas actitudes frente al derecho y ha significado cosas muy diferentes, según las diversas actitudes a las que se refiere. Si la noción de positivismo jurídico se reduce a aquella doctrina que, en el tradicional conflicto entre derecho natural y derecho positivo, afirma la exclusividad del derecho positivo, esta exclusividad tiene un significado diverso según que se convierta en la base de una teoría o de un método. En el primer caso significa que el derecho positivo, no el derecho natural, debe determinar la conducta de los hombres; en el segundo caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, proporciona la mejor explicación del fenómeno jurídico; en el tercer caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, constituye el objeto particular de estudio por parte de la ciencia jurídica.

5. Relación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico como ideologías

Después de haber mostrado que existen tres formas diversas de positivismo jurídico, el paso siguiente en esta investigación consiste en mostrar que la relación entre positivismo jurídico y jusnaturalismo se presenta de manera diferente en cada una de las tres diversas formas; de modo tan diverso que la sola contraposición, por ser demasiado genérica, puede extraviarnos.

La mera contraposición vale únicamente si es referida a la relación entre positivismo jurídico como ideología y jusnaturalismo como ideología. Aquí la oposición es neta, tan neta que plantea una alternativa. La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: "Se debe obedecer las leyes en cuanto tales"; la del jusnaturalismo, de esta otra manera: "Se debe obedecer las leyes sólo en tanto son justas". En el primer caso las leyes son ellas mismas criterio de lo justo y de lo injusto; en el segundo, las leyes están a su vez sometidas a un criterio superior de valoración (que se considera obtenible, en el ética jusnaturalista del conocimiento de la naturaleza humana). En el primer caso se puede hablar de ética legalista, según la cual sólo existe lo justo legal; en el segundo caso, de ética naturalista para la que existe también (o únicamente) lo justo natural. Nótese bien que la polémica antipositivista conducida en estos últimos años por el jusnaturalismo renacido y revigorizado es una polémica ideológica; es decir, una polémica en la que aquello que se imputa al positivismo jurídico es cierta toma de posición, o, en otras palabras, el pasaje subrepticio de un determinado método de investigación o de una determinada teoría a la declaración y exaltación de ciertos ideales que habrían de ser más tarde los ideales condenables del culto del Estado, de la exaltación del *jefe*, de la despersonalización, etc., etc. No examino aquí el fundamento histórico de atribuir al positivismo jurídico culpas tan nefastas, puesto que me he ocupado de ello en otras oportunidades. Me limito a hacer notar que si se lo considera no como un método o una teoría del derecho, sino como una ideología de la justicia, el jusnaturalismo se presenta aquí no como otro

método u otra teoría, sino como otra ideología, y la relación entre uno y otro, en este nivel, es una relación entre dos morales que se excluyen recíprocamente.

Sólo querría agregar que aun en este nivel, la contraposición entre positivismo y jusnaturalismo no es siempre tan clara. Hasta ahora la concepción se presenta así porque hemos tenido presente las versiones más extremas de las dos ideologías. Pero estas versiones extremas existen a menudo sólo en la reconstrucción que de ellas hacen los adversarios a fin de obtener un blanco más fácil.

En el párrafo 5 del capítulo precedente he distinguido entre una versión extrema y una versión moderada de la ideología positivista. Del mismo modo se puede distinguir dos versiones, una extrema y otra moderada, de la ideología jusnaturalista; por consiguiente, es posible enumerar, resumiendo, no dos, sino cuatro formas típicas de la ideología de la justicia: a) por ideología positivista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales porque son justas (teoría de la obediencia activa); b) por ideología positivista moderada entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque la legalidad, por sí misma, garantiza la realización del valor específico del derecho, es decir, el valor del orden o de la paz social (teoría de la obediencia condicionada); c) por ideología jusnaturalista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas sólo en tanto son justas, y como no todas las leyes por el solo hecho de ser válidas son también justas, existe en todos los hombres un derecho a la desobediencia (teoría de la desobediencia activa o a la resistencia); d) por teoría jusnaturalista moderada entiendo aquella según la cual las leyes pueden ser injustas, pero deben ser igualmente obedecidas, salvo en caso extremo (teoría de la desobediencia condicionada o de la obediencia pasiva). Mientras que, es indudable que las dos versiones extremas, más precisamente aquella de la obediencia activa y la de desobediencia activa, son antiéticas y constituyen una alternativa, en cambio, las dos versiones moderadas, la de la obediencia condicionada y la desobediencia condicionada, son convergentes, y la línea de demarcación entre ideología positivista y jusnaturalista en este plano se desvanece cada vez más. Tanto la teoría positivista moderada -según la cual las leyes deben ser obedecidas porque la obediencia a las leyes tiene por sí misma un valor positivo para el orden social- como la teoría jusnaturalista moderada -según la cual las leyes pueden ser desobedecidas sólo si la desobediencia no pone en peligro el orden social- constituyen ambas un homenaje al valor de la legalidad. Además, ambas conducen a un resultado análogo, que consiste en inducir a la gente a obedecer en la mayor parte de los casos las leyes, aun cuando este ideal se obtiene con medios diversos, unas veces atenuando el rigor del deber de obediencia, otras, poniendo límite al deber de desobediencia y partiendo de presupuestos diversos, ya que para el positivista moderado la legalidad es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el jusnaturalista moderado, un mal menor.

6. Relación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico en tanto teorías generales del derecho

De manera diversa se plantea el problema de la relación entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, cuando ambos son tomados en cuenta y contrapuestos no como ideologías, sino como teorías generales del derecho, esto es, como modos de entender y de explicar el fenómeno jurídico. En esta contraposición se trata de la vieja distinción entre una concepción voluntarista (*rationale imperii*) y una racionalista (*imperio rationis*) del derecho. El positivismo jurídico, sostenido por los juristas, no es una

exaltación del Estado como fuerza moral, no tiene nada que ver con el culto del Estado; simplemente, es la elaboración teórica -podría decirse la dogmática- del voluntariado jurídico. Una vez se ha entendido el derecho como voluntad del soberano, siguen los dogmas de la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y de la norma como imperativo, la invocación a la voluntad tácita para justificar la costumbre, a la voluntad presunta para justificar la expansión del sistema más allá de las fórmulas expresas.

Análogamente, si se considera sin prejuicios la historia del jusnaturalismo, se observa que las doctrinas jusnaturalistas no coinciden siempre -como quieren hacer creer los modernos abogados defensores- con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil de la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes, tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia. Se ha podido demostrar recientemente, con los textos a la vista, que uno de los más encarnizados adversarios del derecho natural, Burke, era en realidad un convencido jusnaturalista. Invertiendo las perspectivas y las pretensiones de los modernos restauradores del derecho natural, que exaltan sus servicios en favor de la causa de la libertad, Pietro Piovani ha escrito un libro donde sostiene precisamente lo contrario, esto es, que el jusnaturalismo ha sido siempre, y por su propia naturaleza no puede ser otra cosa, que una ética de la ley contrapuesta a la ética de la libertad, y, en tanto tal, ha de considerárselo de una vez para siempre y sin posibilidad de apelación, como la verdadera rama seca de la filosofía del derecho.

¿Cómo se explican interpretaciones tan diversas y opuestas? Y en especial, ¿cómo se explica que unas y otras sigan llamándose jusnaturalistas? En mi opinión esto se explica de una sola manera: dándole cuenta que aquello que une las doctrinas opuestas que han sido llamadas y siguen siendo llamadas jusnaturalistas, no es una moral o una ideología de la justicia (hemos visto que las morales predicadas bajo la etiqueta de las leyes de la naturaleza son muy diversas), sino una *teoría de la moral* (o del derecho), es decir, aquella teoría según la cual el fundamento de las reglas de conducta humana no ha de buscarse en la voluntad del legislador (divino y humano) -entidad por esencia mutable-, sino en la naturaleza humana, constante, uniforme, eterna. El jusnaturalismo es uno de los modos recurrentes como se presenta una teoría objetivista de la ética. Se comprende que quien busca una ética común a todos los jusnaturalistas no logre encontrarla y, al no lograrlo, se envuelva en la confusión de las distinciones entre verdaderos y falsos jusnaturalistas, entre jusnaturalismo genuino y jusnaturalismo aparente. Pero esto sucede porque trata de interpretar el jusnaturalismo como aquello que no es, es decir -lo repito- como un determinado sistema de valores y prescripciones, siendo que es un conjunto de consideraciones más o menos realistas acerca de la naturaleza humana, destinadas a fundamentar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea éste. Quien se dé, finalmente, cuenta de que el jusnaturalismo no es una determinada moral (como podría serlo, digamos, el cristianismo, el hedonismo, el utilitarismo, el marxismo), sino un modo de fundar la moral (cualquier moral), no experimentará ninguna sorpresa al saber que Burke era un convencido defensor de las leyes naturales, lo mismo que sus adversarios, y no se verá por tanto obligado a valerse de categorías historiográficas falsas como las que distinguen entre jusnaturalismo falso y verdadero;

habrá comprendido, además, que tanto Burke como sus adversarios tenían en común la creencia de que el argumento más válido para sostener la propia ideología era presentarla como la única fundamentada -a diferencia de todas las demás- en la naturaleza del hombre. A esta altura podríamos muy bien decir suspirando: "Oh naturaleza del hombre, cuántas cosas has podido justificar". Pero con esto iniciamos una crítica que deja perfectamente intacta la validez de la interpretación.

De la fundamentación jusnaturalista del derecho derivan normalmente algunas tesis sobre aspectos principales de la experiencia jurídica que están en clara oposición con las respectivas tesis positivistas: las leyes de la conducta no como mandatos, sino como *dictamina rectae rationis*, la naturaleza de las cosas, y no la legislación, como fuente principal de creación jurídica; la inadecuación y, por consiguiente, la insuficiencia intrínseca del orden jurídico positivo; la libre búsqueda del derecho más allá del derecho positivo, por parte del juez, para integrar, adaptar mejorar el ordenamiento puesto. Pero los jusnaturalistas no han desarrollado sistemáticamente dichas tesis. Han sido retomadas por las corrientes sociológicas y realistas del derecho que pueden ser consideradas desde cierto punto de vista como una forma de jusnaturalismo modernizado. El jusnaturalismo y el positivismo jurídico, en tanto teorías, están bien lejos de agotar todo el posible campo de las teorías del derecho. Representan dos polos extremos entre los que hay lugar para las teorías intermedias.

7. Relación entre jusnaturalismo y el positivismo jurídico como modos diversos de aproximarse al estudio del derecho

Por último, analicemos la contraposición entre positivismo jurídico y jusnaturalismo cuando se parte de la consideración del positivismo jurídico como un modo de aproximarse al estudio del derecho, y en especial como aquel modo que, prescindiendo de todo juicio de valor se dirige al derecho como hecho histórico y social y lo estudia con método científico. Sólo en esta acepción el positivismo jurídico tiene algo en común con el positivismo filosófico; se puede decir, en realidad, que lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del método *positivo* para el estudio del derecho *positivo*. En esta frase el término "positivo" aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico.

Frente al positivismo jurídico así entendido, la exigencia jusnaturalista se hace valer de una manera diferente a las examinadas en los dos párrafos precedentes. En el primer contexto examinado, el jusnaturalismo se manifiesta como la exigencia de contraponer a una ética de la legalidad estricta (*dura lex sed lex*) una ética de la justicia; en el segundo, como la exigencia de hacer derivar el conocimiento del derecho de una entidad constante, tal como la naturaleza, más que una entidad variable históricamente, como la voluntad del legislador. En este nuevo contexto, por el contrario, el jusnaturalismo se manifiesta como reclamo de una definición valorativa del derecho, esto es, de una definición que, considerando al derecho no como mero hecho, sino como algo que tiene (o realiza) un valor, limite el uso del término derecho al derecho justo. Si en el primer contexto el jusnaturalismo se presenta como un motivo polémico en contra del formalismo ético, en el segundo se presenta más bien contra el formalismo jurídico, o sea, contra la pretensión francamente positivista-jurídica de distinguir al derecho del no derecho sin hacer ninguna referencia al contenido de las reglas jurídicas. Como se ve, la insistencia antiformalista del jusnaturalismo actúa sobre planos diversos que conviene mantener separados. En otras palabras, esta última contraposición entre jusnaturalismo y

positivismo jurídico se refiere a la disputa acerca de si conviene introducir en la definición del derecho una referencia al fin (el bien común, la justicia, la paz, etc.) o si es preferible definir el derecho mediante la referencia a los procedimientos, susceptibles de descripción fáctica, mediante las cuales se lo crea y aplica. Es indudable que el *approach* del positivismo jurídico está caracterizado y condicionado por este segundo tipo de definición; y del mismo modo, que este *approach* es el que permite que la ciencia jurídica se presente como no valorativa, característica de la que el jurista hace gala cuando quiere mostrar que es un científico como todos los demás.

Con particular referencia al problema del carácter no valorativo de la ciencia jurídica, la insistencia jusnaturalista se hace valer a veces de un modo más genérico, bajo la forma de la recurrente exigencia de una "crítica de las leyes". Ha sido observado -en mi opinión con razón- que, después de haber expulsado al derecho natural de todas las posiciones tradicionales, ningún jurista puede sensatamente rechazar la exigencia de una crítica de las leyes, de la que ha sido portador históricamente el jusnaturalismo en sus diversas formas, entendida esta crítica "como el filtro al que la conciencia no puede dejar de someter todo precepto que se presente como algo querido por otro, pero todavía no por nosotros". Desde este punto de vista, el jusnaturalismo, con respecto al positivismo jurídico, no es otra cosa que una invitación dirigida al jurista para que tenga en cuenta que frente al derecho, como frente a todo fenómeno de la comunidad humana, se puede adoptar, además de la actitud del investigador escrupuloso, imparcial, metódico también la actitud valorativa del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, la transformación y la evolución del derecho. Aquello sobre lo que aún querrá insistir el positivista será que la crítica de las leyes es diferente de la ciencia jurídica, porque no puede ser practicada con el mismo rigor, no puede ser "ciencia". Pero ningún jurista será tan limitado como para sostener que frente al derecho no hay otra actitud posible que la de la neutralidad propia del científico. En la literatura jurídica se distinguen las consideraciones *de iure condito* de las de *iure condendo* o de política legislativa. Los problemas, en modo alguno ociosos, que esta última suscita no se refieren en realidad a su posibilidad o a su oportunidad, sino a su científicidad. Queda por observar que la insistencia en la crítica de las leyes no tiene ninguna vinculación necesaria con la pretensión de dar una definición valorativa del derecho -de lo que hemos ya hablado al comienzo de este párrafo- aun cuando ambas se presenten como dos formas del *approach* jusnaturalista a la experiencia jurídica: una cosa es decir -como se debe decir si se adopta una definición valorativa del derecho- que no existe otro derecho que el justo; otra cosa es decir que el derecho debe ser -además de investigado como hecho- aprobado y desaprobado sobre la base de determinados valores aceptados como criterios de valoración. Veremos en seguida la importancia de esta distinción.

8. Conclusiones

Si ahora resumimos la exposición de las tres formas bajo las que consideramos que se han presentado históricamente las relaciones entre jusnaturalismo y positivismo jurídico, observamos que en estas tres formas uno y otro se comportan recíprocamente de manera muy diferente.

En la medida en que se presentan como dos diversas ideologías de la justicia, el jusnaturalismo y el positivismo jurídico son incompatibles (en su forma extrema); además, representan una alternativa frente a la cual no es posible dejar de elegir.

Tienden, pues, a comportarse como dos proposiciones contradictorias que no pueden ser ambas aceptadas o ambas rechazadas.

Cuando se presentan como dos diversas teorías generales del derecho, el jusnaturalismo y el positivismo jurídico son también incompatibles, en el sentido de que no se puede sostener simultáneamente la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo y la exclusividad del derecho positivo. Pero tienden a comportarse más bien como dos proposiciones contrarias que no pueden ser aceptadas a la vez aunque puedan ser rechazadas ambas: una teoría, por ejemplo, que sostuviese que el derecho natural y el derecho positivo son dos *species* del *genus* derecho, no sería jusnaturalista ni positivista, sino *untertium quid* entre los dos extremos.

Finalmente, cuando se presentan como dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica: el modo de la toma de posición y el modo de conocimiento, el jusnaturalismo y el positivismo jurídico son perfectamente compatibles ya que operan sobre dos planos diversos; por un lado, el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma, por otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor aplicación práctica; en este caso, la controversia entre los partidarios de una y otra posición es totalmente estéril. Cuando más, se puede agregar que así como en esta tercera situación es posible comprobar una relación de conflicto cuando se entiende - como hemos hecho notar en el párrafo precedente- la insistencia jusnaturalista como exigencia de una definición valorativa del derecho, así también en la primera situación (oposición entre las dos ideologías), es posible comprobar una relación de convergencia, en donde se encuentran el jusnaturalismo moderado y el positivismo moderado. Esto es una confirmación ulterior del tema principal de este trabajo, o sea, que las relaciones entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico -éstos, por así decirlo, enemigos fraternales- son muy variadas y complejas. Se podría decir *scherzosamente* que cuando se enfrentan como ideologías, son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías no son ni hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos.

Si volvemos ahora al punto de partida, es decir, a las definiciones de jusnaturalismo y de positivismo jurídico, dadas en el párrafo primero, llegamos a comprender mejor los diversos significados que toman -en las tres diversas zonas de encuentro y desencuentro, examinadas en los tres párrafos y resumidas en éste- la mencionada superioridad del derecho natural, característico del jusnaturalismo y la mencionada exclusividad del derecho positivo, característica del positivismo jurídico. En el plano de la relación ideológica, la superioridad del derecho natural significa que existen reglas de conducta cuya validez es fundamento de la validez de las reglas del derecho positivo y en cuanto tales, deben ser obedecidas con preferencia estas últimas. En el plano de la relación teórica, la superioridad del derecho natural significa que el recurrir a la naturaleza antes que a la voluntad del legislador ofrece una explicación más adecuada del fenómeno jurídico y una base más sólida para construir una teoría general del derecho. En el plano metodológico, la superioridad del derecho natural significa que si junto al estudio científico no valorativo del derecho se da cabida a la llamada crítica de las leyes, el mejor modo de llevarla a cabo es valerse de las sugerencias que provienen de la tradición del derecho natural. Análogamente, la exclusividad del derecho positivo significa, en el primer caso, que se deben obedecer incondicionalmente las leyes que establece el legislador porque no existen otras superiores a ellas; en el segundo caso, que el derecho natural no es una forma de derecho que se pueda clocar a la par de las

diversas formas de derecho positivo; en el tercero, que el derecho positivo es el único objeto de estudio de la jurisprudencia como ciencia.

Uno de los fines -y por cierto, no el último- de este estudio, que muestra la variedad y complejidad de las relaciones entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico, era recomendar de ahora en adelante cierta cautela en la atribución a este o a aquel autor del mérito (o del demérito) de ser jusnaturalista o positivista. Como ha mostrado Cattaneo en su estudio sobre el positivismo jurídico en Inglaterra, autores que eran considerados como representantes típicos de la tradición positivista, resultan -cuando se hacen las debidas distinciones- que en ciertos aspectos son jusnaturalistas o que formulan las mismas exigencias que los jusnaturalistas. Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es jusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela "...depende". Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y jusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.

NOTAS

1. Para todo este tema, ver S. Lener, "La certezza del diritto, il diritto naturale e il mahistero della chiesa", en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padua, Cedam, 1950, I, pp. 345-388; D. Barbero, "Rivalutazione del diritto naturale", en *Jus*, N. S., 1952, pp. 491-508.
2. Se trata de la tesis defendida por R. Ago, "Diritto positivo e diritto internazionale", en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Milán, Giuffré, 1957, I, pp. 3-65. A esta tesis se vincula G. Barile, "La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice", Milán, Giuffré, 1958, p. 79 y ss.
3. Para una reseña de las teorías recientes en esta dirección, ver A. Verdross, "Die Erneuerung der materiellen Rechtsphilosophie", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, LXXXVI, 1957, pp. 181-213.
4. Para un análisis histórico bastante amplio del positivismo jurídico en los diferentes países ver W. Friedmann, *Legal Theory*, Londres, Stevens and Sons, 2ª edición, 1949, p. 125 y ss.
5. El artículo está publicado en la *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-630. [Trad. esp. Genaro R. Carrió en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962.] Hart distingue cinco significados de positivismo jurídico, según que se afirme: 1º que las leyes son mandatos; 2º que la validez y la justicia de una norma no están necesariamente vinculadas entre sí; 3º que el análisis de los conceptos

jurídicos no debe confundirse con la sociología jurídica ni con la crítica de las leyes; 4° que un sistema jurídico es un sistema cerrado y que pueden tomarse decisiones jurídicas correctas con medios puramente lógicos; 5° que los juicios morales no pueden ser establecidos y defendidos con argumentos o pruebas racionales. Una continuación de la discusión tuvo lugar luego en un seminario de filosofía del derecho celebrado en setiembre de 1960 en Bellagio, por iniciativa de la Rockefeller Foundation, en la que participaron, entre otros, el Prof. Hart, el autor del presente ensayo y los profesores A. Ross, A. Passerin D'Entrèves, R. Treves y algunos jóvenes estudiosos ingleses, americanos y italianos. Una recensión amplia y viva de estas discusiones se puede leer en el trabajo de dos de los participantes, R. A. Falk y S. I. Shuman, "Un colloquio sul positivismo giuridico", en *Rivista di diritto civile*, VII, 1961, pp. 542-557.

6. F. Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico" (1951), en *Discorsi intorno al diritto*, Padua, Cedam, 1953, II, pp. 241-261.

7. Ver J. Bonnet, *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, París, De Boccard, 1919, sobre todo el prefacio que contiene ataques contra la ciencia jurídica alemana que subordina el derecho a la fuerza y contra los juristas franceses sometidos a la ciencia jurídica alemana. Y también F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, vol IV, en la parte en que critica el positivismo jurídico de los juristas franceses, especialmente el sistema de Carré de Malberg, p. 253 (en la nota).

8. Para una amplia exposición del problema puede consultarse siempre las páginas de J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, París, Sirey, sec. IV, p. 633 y ss.

9. Ver el libro de F. López de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, reimpresión en 1950 por G. Astuiti, con prefacio de G. Capograssi (Roma, Gismond); y la recensión que hizo P. Calamandrei cuando apareció por primera vez en el trabajo "La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina", ahora en *Studi del processo civile*, vol. V., p. 99.

10. A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958 (trad. esp.: *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963). Ross trata de *directives*, distinguiéndolas de las *assertions* y de las *exclamations* (pp. 88 y ss.)

11. *Teoria generale del diritto e dello stato*, traducción italiana, Milán, Comunità, 1952, p.45.

12. En el artículo citado por Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico", p. 255.

13. Ver la conclusión de la discusión entre Hart y Fuller, y las últimas palabras del segundo en "Positivism and Fidelity to Law", en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 672.

14. "...la ley natural ordena obedecer a todas las leyes civiles en virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos", *De Cive*, XIV, 10.

15. "Formalismo giuridico e formalismo etico", citado en la nota 4 del capítulo I.

16. Esto se ha podido demostrar, se entiende, distinguiendo claramente dos direcciones jusnaturalistas, la clásica y escolástica de la que habría sido Burke partidario, y la de la ilustración, de la que eran partidarios los aborrecidos doctrinarios de la revolución. Y sin embargo, los unos y los otros invocaban la misma entidad, la complaciente naturaleza. Me refiero al libro de P. J. Stanlis, *Edmund Burke and the natural law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1958.

17. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, Laterza, 1961.

18. Esta misma pregunta se plantea Fassò en el estudio "Che cosa intendiamo con diritto naturale?", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XV, 1961, pp. 168-190, a propósito de recientes "devaneos" de los jusnaturalistas con el historicismo, y responde con una exhortación a la claridad terminológica, que lo es también a la honestidad intelectual.

19. Sobre este y otros puntos del jusnaturalismo como teoría general del derecho ha vuelto a llamar la atención de manera particular, A. Passerin D'Entrèves, *La doctrina del diritto naturale*, Milán, Comunità, 1954, p. 83 y ss.

20. A. E. Cammarata, "Giunaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità", en *Bolletino dell'Istituto di Filosofia del Diritto*, R. Università di Roma, II, 1941, nota 1, p. 13.

21. M. A. Cattaneo, *"Il positivismo giuridico inglese" (Hobbes, Bentham, Austin)*, Milán, Giuffré, 1962. El siguiente apéndice está dedicado a analizar críticamente este libro.