

Fundamentos en Humanidades
Universidad Nacional de San Luis – Argentina
Año XII – Número I (23/2011) 37/45 pp.

Positivismo jurídico: una opción epistemológica para la interpretación y justificación del Derecho

Juridical positivism: an epistemological option for the interpretation and justification of law

Daniel Gustavo Gorra

Universidad Católica de Cuyo, Argentina
gorra.daniel@gmail.com

(Recibido: 03/09/10 – Aceptado: 29/02/11)

Resumen

En la historia de la Filosofía del Derecho podemos observar dos corrientes, que han tratado realizar un abordaje epistemológico respecto de la ciencia del derecho. El derecho natural, que parte de un punto de vista valorativo, introduciendo elementos axiológicos sobre el concepto de derecho, y desconociendo como tal, a aquellos sistemas jurídicos que no tengan estos contenidos valorativos; pretende la existencia de principios universales de justicia. El positivismo jurídico -tesis metodológica o conceptual- realiza una interpretación descriptiva del Derecho, independientemente de su contenido. La tesis del derecho natural es limitada, y carece de fundamento metodológico para la comprobación de los principios objetivos a los cuales debería ajustarse el Derecho. En el análisis de estas dos opciones epistemológicas para interpretar a la ciencia jurídica, la tesis de la neutralidad del positivismo jurídico se sustenta por su herramienta metodológica para identificar y describir un sistema de normas jurídicas, prescindiendo de su contenido.

Abstract

In the history of Philosophy of Law, we can see two theoretical currents that have tried to tackle epistemologically the science of law. Natural law has a valorative point of view and introduces axiological elements about

fundamentos en humanidades

the concept of law, disregarding, consequently, those legal systems that do not have this valorative perspective. It claims the existence of universal principles of justice. Juridical positivism – methodological or conceptual thesis – interprets law descriptively, ignoring its contents. Natural law thesis is limited and has a little methodological basis in order to prove the objective principles law should follow. In the analysis of these two epistemological options to interpret the legal science, the thesis of neutrality of juridical positivism is based on its methodological tool to identify and describe a legal system disregarding its content.

Palabras claves

filosofía del derecho - epistemología jurídica - derecho natural - positivismo jurídico - derecho y moral

Key words

philosophy of law - juridical epistemology - natural law - juridical positivism - law and moral

“...Y reitero que el derecho natural, tal como se lo postula, sería capaz de superar esa pobreza hasta poner en ridículo el remedio que la exhibe. Pero los Reyes Magos nunca me trajeron el derecho natural que les pido desde que tengo uso de razón. Ellos dicen que no disponen de una bolsa metodológica adecuada para transportarlo desde la brillante realidad etérea hasta mi pobre mente imperfecta. Pero yo sospecho que están castigándome por haberme negado a tomar toda la sopa”.

Ricardo A. Guibourg

I- Introducción

A diferencia de otras ciencias, quienes comienzan a realizar sus estudios en Derecho se encuentran con una primera dificultad al momento de definir o conceptualizar la palabra “derecho”; frente a este obstáculo, un estudiante de medicina, biología o física, no tendría el menor inconveniente para sobrepasarlo, ya que en estas ciencias como en otras, no hay problemas sobre la definición de éstas, ni discusiones sobre el método u objeto de estudio. Hart (2007) considera que esta situación no encuentra paralelo en ninguna otra disciplina académica autónoma, al decir, que no hay una vasta literatura consagrada a contestar a las preguntas ¿qué es

medicina? o ¿qué es química?, como las hay para responder ¿qué es el derecho?. Quien pretenda profundizar en la ciencia jurídica deberá enfrentar estos obstáculos, que en la mayoría de los casos son consecuencia del camino epistemológico que se ha optado.

La opción epistemológica a la cual hacemos referencia es la que se ha debatido durante décadas en el marco de la filosofía del derecho, entre el positivismo jurídico y el derecho natural. La definición por parte de estas dos corrientes sobre "derecho" se alinea en base a la tesis respecto de la relación que existe entre el derecho y la moral. Mientras el derecho natural adhiere a la tesis monista, donde la moral y el derecho se identifican para formar un solo sistema de normas, el positivismo jurídico se enrola en la tesis dualista, donde ambos órdenes normativos (moral y jurídico) están separados.

Las opciones del iusnaturalismo tienen una característica en común sobre el concepto de derecho, introduciendo elementos relativos al contenido de las normas: esta deben ser justas, no deben ser injustas, o no demasiado injustas o al menos que se las aprecie en un orden de preferencia que tenga en cuenta estas condiciones. El derecho aparece identificado al derecho natural o a un sistema de normas de preferencia ajena a la humana voluntad legislativa (Guibourg, 1999).

El positivismo jurídico, por el contrario, no incluye referencia alguna al contenido de las normas. Esto no quiere decir que el observador del sistema no realice juicio moral alguno, pero ese juicio no incide en la descripción del derecho vigente como objeto de la ciencia jurídica (Guibourg, 1999).

Al momento de reconocer un sistema como tal, entran en juego estas dos vías epistemológicas sobre la interpretación del texto legal, ya sea una norma o una sentencia, sobre la preferencia valorativa. En lo que sigue de este breve trabajo, trataremos de demostrar por qué la adopción de la tesis positiva es la más adecuada, sin excluir por ello el contenido moral, y sin necesidad de remisión a ningún plano trascendental, que basado en principios tan generales deriva en las más diversas contradicciones interpretativas.

II- Tesis Positivistas – La leyenda negra del positivismo jurídico

Sobre la discusión de las tesis entre la separación o no entre el derecho y la moral (tesis monista – tesis dualista), comenzó a "tejerse" una "leyenda negra" respecto del positivismo jurídico, al excluir como elemento relativo al contenido de las normas, que estas debían ser justas. A partir de esta

premisa, se lo culpó y juzgó como uno de los peores males y atrocidades cometidos por los sistemas totalitarios que actuaban en nombre de una ley positiva autoritaria e injusta.

Según una de esas leyendas, los iusnaturalistas no se preocupan en absoluto de las leyes y se limitan a buscar en el océano bíblico con la seguridad de hallar ahí el tesoro de la justicia absoluta e inmutable. Según la otra, los positivistas son seres descarriados y a menudo diabólicos, adoran al Estado y aprueban entusiastamente cualquier disparate que emane de la autoridad pública (Guibourg, 1999: 186).

Los más importantes de estos malentendidos y prejuicios pueden ser atribuidos al hecho de que a los representantes del positivismo jurídico se les imputa una concepción extremadamente genérica de la esencia del derecho (Hoerster, 2000: 9).

Este problema deriva de la confusión de las diversas tesis que podemos encontrar dentro del positivismo jurídico, que son diferentes y lógicamente independientes.

Siguiendo a Hoerster (2000) podemos identificar cinco tesis positivistas: 1) la tesis de la ley; 2) la tesis de la neutralidad; 3) la tesis de la subsunción; 4) la tesis del subjetivismo; 5) la tesis del legalismo.

La tesis 1 sostiene que el concepto de derecho tiene que ser definido a través de la ley. Esta tesis deja de lado el derecho consuetudinario o el derecho judicial y suele ser argumento por parte de los antipositivistas como imputación. No es sostenida ni por lo positivistas ni siquiera por los adversarios.

La tesis 2, a la cual adhiero en este trabajo, sostiene que el concepto de derecho debe ser definido prescindiendo de su contenido ("sea justo" o "injusto"). Se trata de definir al derecho a través de criterios formales y neutrales.

Esta tesis es la que se ha denominado como positivismo metodológico o conceptual, y consiste en que el concepto de derecho no debe caracterizarse según sus propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Según esta tesis, las proposiciones acerca de lo que el derecho disponen no implican juicios de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente (Nino, 1980).

La tesis 3 sostiene que el derecho se aplica en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones; diría Hoerster (2000), el derecho actúa como un autómatas de la subsunción, que a través de medios lógicos intenta aplicar el derecho correcto al caso concreto. Si bien es refutada esta tesis, aún sigue siendo argumento de los antipositivistas. En su investigación, Hoerster, se detiene en esta tesis para aclarar la aparente

contradicción que puede generar con la tesis 2 de la neutralidad. Una cosa es que se crea que el derecho parte de una valoración, pero quien describe el derecho puede hacerlo sin recurrir a sus propias valoraciones.

La tesis 4 sostiene que los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva sino subjetiva. No existen, según esta tesis, principios objetivos válidos, como sostiene la tesis objetivista de la ética jurídica. Conviene aclarar que ambas tesis, según Hoerster, son las más defendidas por lo positivistas, pero puede aceptarse la tesis 2 (neutralidad) y tener criterios objetivos válidos, pero como principios de ética jurídica y no como definitorios del derecho.

La tesis 5 sostiene que el derecho debe ser obedecido en toda circunstancia. Tal premisa ha sido la principal arma de ataque al positivismo jurídico; según la cual, el derecho se aplica cualquiera sea su contenido, es obligatorio y debe ser obedecido. Pero esto surge de una mala interpretación, y confunde al positivismo ideológico con el metodológico. La tesis de la neutralidad lógicamente manifiesta que conceptualmente las normas jurídicas son válidas y deben ser obedecidas, pero es distinto afirmar la validez y obediencia, no desde el punto de vista conceptual sino moral. No hay contradicción, una cosa es admitir que una norma es racista o discriminatoria y decir que formalmente es derecho, pero otra distinta es decir que por su contenido deber ser rechaza y no obedecida.

Se ha hecho referencia a las tesis positivistas para desmitificar la "leyenda negra" que los antipositivistas han creado sobre la mala interpretación y confusión de las tesis positivistas del derecho. La tesis 2, sobre la neutralidad, podría considerarse como el punto de convergencia de todos los seguidores del positivismo jurídico.

III- Tesis del Derecho Natural: contradicciones y limitaciones

El derecho natural presenta distintas tesis, al igual que el positivismo jurídico. En principio podemos considerar, siguiendo a Nino (1980), que entre todas las doctrinas del derecho natural hay tesis en común: 1) existen principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y 2) una norma o sistema normativo no puede calificarse de jurídico si contradicen aquellos principios morales.

El problema se presenta al momento de establecer las fuentes y fundamentos de estos principios universales morales y de justicia, donde los iusnaturalistas no se han puesto de acuerdo.

El problema de la fuente es tal vez uno de los mayores obstáculos. Kelsen (1996) reduce las fuentes a: la naturaleza, la razón humana o la voluntad de Dios.

Bobbio (1965) hace referencia a los planteos contradictorios respecto de la fuente. Si hablamos de la naturaleza como fuente, ¿el estado de naturaleza es un estado de paz o estado de guerra?, se pregunta Pufendorf polemizando con Hobbes; ¿el instinto natural fundamental es favorable o contrario a la sociedad?; ¿el hombre natural es débil e inseguro, como decía Pufendorf, o fuerte y seguro, como afirmaba Rousseau?; ¿la ley natural es común a hombres y animales, como decía Ulpiano, o no corresponde más que a los seres racionales, como defendía Santo Tomás?

Tampoco, señala Farrel (1979), que la razón sea una guía tan segura al citar a Parménides, por los desvaríos a los cuáles condujo la razón a éste.

La tercera fuente es señalar a Dios o voluntad divina, cognoscible por los hombres, según los partidarios del derecho natural teológico, donde a través de la ley natural conocen la ley divina. El problema de esta fuente es la comprobación intersubjetiva de tales afirmaciones.

A pesar de las discrepancias sobre la fuente, la doctrina del derecho natural podría tomarse más seriamente en consideración si hubiera existido concordancia sobre su contenido, independientemente de su origen.

Farrel (1979), a través del positivismo lógico, realiza su objeción en la negación del análisis de sus proposiciones. Así, decir "la nada nada" o decir "existe un derecho natural" son pseudoproposiciones, no pueden ser verificadas empíricamente. Quedan eliminadas del mundo de la ciencia. El oficio terapéutico (Farrel, 1979) del positivismo lógico, sobre el criterio del significado de proposiciones como "existe un derecho natural", permita detectar el sin sentido de una aparente proposición, que tiene un significado en este caso en español y respeta las reglas de sintaxis, pero no puede ser confrontada con el mundo empírico.

Aún cuando quisiéramos definir el concepto de derecho, desde la tesis del derecho natural, encontraríamos la limitación, debido a la negación del carácter de jurídica a aquella norma que carezca del contenido de "justicia" como definitoria de ella. Siguiendo un ejemplo del profesor Farrel, podemos ver la dificultad que encuentra el derecho natural para definir las normas a las cuáles las "despoja" de su juridicidad. Si le preguntamos a un zoólogo qué animal es ese, y nos responde: "no es un cisne", no podemos darnos por satisfechos con esa respuesta, ya que nos dice lo que no es, pero no dice lo que es. Si el derecho natural considera que el derecho injusto no es derecho, ¿qué es?, deberíamos cambiarle de nombre; además, por otro lado, para determinar que una norma jurídica es justa necesito

confrontarla con otra norma jurídica injusta; necesito reconocer a ambas normas como jurídicas, de lo contrario no podría obtener el parámetro para decir que una es justa o no; no podría hacerlo si la comparo con algo a lo cual niego como "derecho".

IV- Adopción del positivismo metodológico o conceptual

Cuando se efectuó el análisis de las tesis del positivismo jurídico, se adhirió a la tesis 2 (neutralidad), la cuál identifica y define al derecho como un sistema jurídico atendiendo a sus criterios formales, prescindiendo de su contenido.

Este denominado positivismo metodológico o conceptual permite construir una teoría general del derecho, fundada en el derecho positivo, constituyendo como objeto de estudio de la ciencia jurídica las normas jurídicas, y cuyo objeto de estudio se describe a través de las proposiciones jurídicas.

La neutralidad del positivismo jurídico, que describe formalmente al derecho, evita caer en los peligros de valorar al mismo desde un plano abstracto o metafísico carente sustento metodológico.

Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea, o por lo menos la más importante tarea de la ciencia jurídica, consiste en la descripción del derecho positivo y en su presentación en forma ordenada o sistemática, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios, etc.) (Alchourrón y Bulygin, 2006).

V- Conclusiones

El positivismo jurídico -tesis neutralidad- no impone al concepto de derecho limitación alguna. Ello permite la posibilidad de discutir la obligatoriedad del contenido de las normas; en cambio, el derecho natural, basándose en un principio moral absoluto, creyendo haber encontrado la justicia absoluta, no da lugar a discutir su obligatoriedad moral, y ello puede conducir sin duda a las herramientas que necesita un estado totalitario o dictadura que se basa en principios de una ley natural, como en los que se basó la raza aria en la Alemania nazi, cuando el respeto de la ley positiva, como la Constitución Alemana de 1921, prohibía tal sustento. Lo mismo con las políticas de discriminación en Sudáfrica, sustentadas en la superioridad "natural" de la raza blanca sobre la negra. A estos peligros

fundamentos en humanidades

se llega si el punto de partida epistemológico para identificar y reconocer al derecho es un derecho basado en principios que, por su pretensión de justicia y verdad absoluta, no admite discusión alguna.

Coincidiendo con Hoerster (2000), el intento de crear mentalmente y de demostrar la existencia de una realidad metafísica de las normas, desde el punto de vista epistemológico, está lejos de solucionar problemas existentes, sino que ha creado otros nuevos. La no posibilidad de la fundamentación metafísica de las normas lleva a la consecuencia de que no es posible la existencia de criterios supraempíricos, objetivamente válidos, donde deban fundarse las leyes positivas. En este sentido, además de la tesis de la neutralidad, se adhiere a la tesis de la subjetividad (tesis 4).

Para finalizar, creo conveniente citar un párrafo de Cohen, concluyente y terminante respecto de la doctrina derecho natural: "Defender la doctrina de los derechos naturales en la actualidad, o bien requiere una gran insensibilidad al progreso del mundo, o un considerable valor para enfrentarlo. Ya sea que todas las doctrinas de los derechos naturales del hombre hayan muerto en la Revolución Francesa o hayan sido desterradas por el aprendizaje histórico del siglo XIX, todo aquel que disfrute de la conciencia de hallarse iluminado sabrá que están, y que por derecho deben estar muertas" (1965: 494).

San Luis (Argentina), 24 de noviembre de 2009.

Referencias bibliográficas

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2006). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Bobbio, N. (1965). *Crítica del derecho natural*. Madrid: Tauros.

Cohen, M. R. (1965). *Razón y naturaleza*. Buenos Aires: Paidós.

Farrel, D. (1979). *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Guibourg, R. (2003). *Colección de análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

Guibourg, R. (1999). *Pensar en las normas*. Buenos Aires: Eudeba.

Hart, H. (2007). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hoerster, N. (2000). *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Geodesia.

Kelsen, H. (1996). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho (2° ed.)*. Buenos Aires: Astrea.



Copyright of Fundamentos en Humanidades is the property of Nueva Editorial Universitaria and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.