

EL POSITIVISMO JURÍDICO ¿HA MUERTO?

LEGAL POSITIVISM. HAS DIED?

Ana Bazán Cruz*

Según Robert Alexy (2003) la Filosofía del Derecho es entendida como la rama de la filosofía que pregunta por lo que existe, lo bueno y lo malo, y lo que puede conocerse, con relación al Derecho. Es decir que se ocupa de los mismos problemas que la filosofía general, pero concernientes al Derecho.

En nuestros días, Bix (2008, p. 21) comparte la idea de Coleman y Simchen en que, dentro de los debates actuales de la Filosofía del Derecho, se encuentran los siguientes:

1. ¿Qué es el derecho?
2. ¿Qué es una norma?
3. ¿Qué es un derecho en particular?
4. ¿Cuál es la naturaleza del derecho?
5. ¿Cuál es el significado del derecho?
6. ¿Cuál es el concepto del derecho?
7. ¿Cuál es el significado del concepto de derecho?
8. ¿Cuál es el significado del término “derecho”?

La respuesta ante todos estos interrogantes, tradicionalmente se dividía en dos grandes grupos: los iusnaturalista y los iuspositivistas. Manifesté *tradicionalmente* porque luego de la Segunda Guerra Mundial, aparecerá una nueva corriente, los llamados *neoconstitucionalistas*. Ahora bien, la aparición de esta nueva forma de responder a las preguntas concernientes con la Filosofía del Derecho ha hecho que algunos autores, como Manuel Atienza y Ruiz Manero (2007), se animen a afirmar que positivismo jurídico ya ha cumplido su papel y que le llegó el momento de retirarse. Sin embargo, considero que al positivismo jurídico aún le quedan largos años de vida, y que sobrevivirá muchos años más adaptándose a los nuevos tiempos. Esta será la idea que defenderé en el presente ensayo.

En tal sentido, en la primera parte del ensayo voy a esclarecer el significado de lo que es el “positivismo jurídico”, así es que revisaré sus orígenes y los debates actuales en torno a él. En seguida defenderé mi afirmación hecha en el párrafo anterior.

* Abogada, con estudios de maestría en la Universidad Nacional de Cajamarca. Dirección: Universidad Nacional de Cajamarca. Av. Atahualpa Km. 3, Cajamarca. www.unc.edu.pe.

Para hablar de los orígenes del positivismo jurídico debemos remontarnos hasta el siglo XIX, en donde confluyeron varios eventos que propiciaron su aparición. Siguiendo a Bulygin (2006), mencionaremos que la Revolución Francesa fue uno de ellos, pues trajo consigo, de forma concreta, la separación de poderes. Lo que supuso que era el legislador el encargado de crear las leyes y, por tanto, del derecho. Luego, el Código de Napoleón traería consigo la idea de la completud del derecho. Entonces, se forma la tesis más sólida que tiene el positivismo jurídico hasta nuestros días, esta dice que *el derecho es producto de la sociedad humana*. Sin embargo está no es la única, pues también se encuentra la afirmación que dice que *el derecho y la moral son cosas distintas*.

Por lo dicho, resulta correcto afirmar que “Legal positivism is the thesis that the existence and content of law depends on social facts and not on its merits” (Green, 2009). Es decir, lo que defiende el positivismo jurídico es que la existencia y contenido del derecho depende de los hechos sociales y no de sus valores éticos o morales. Sin embargo, esta tesis hay que analizarla cuidadosamente pues puede llevar a simplificaciones erróneas, como las que hace Mario Bunge.

En efecto, este grande de la filosofía de la ciencia afirma que: “El eminente criminólogo sueco-británico Per-Olov Wickxstrom sostiene, contrariamente al positivismo legal, que todo ley penal se funda sobre alguna ley moral” (Bunge, 2009, 317).

Veamos, el positivismo **no niega** que en su origen las leyes reciban influencia de todo tipo, social, moral, política, etc. Lo que sostiene es que una vez que éstas –las leyes– hayan sido creadas, el análisis y su interpretación debe hacerse únicamente bajo la perspectiva legal. Por lo cual, el criterio de justicia es un criterio legal¹.

Esta última es una de las posturas que generó un debate, pues muchos reducen el positivismo a un normativismo, a la fórmula *gesetz ist gesetz*, pero ya Ross (2006) ha hecho ver que cuando esto sucede estamos frente a un pseudo-positivismo, y no ante uno verdadero. El verdadero es el que sostiene que la validez y vigencia de un ordenamiento jurídico puede ser dado únicamente por una sociedad humana, sin que sea necesario recurrir a entes o normas metafísicos.

Al ser esclarecida esa duda, las críticas al positivismo se encuentra ahora en el papel que cumple la moral en el Derecho y en los límites que pueda tener su creación. Como vimos, no se niega en que para su formación esté presente una multiplicidad de elementos; sin embargo, ahora el problema se encuentra en su aplicación. La más grande disputa sobre ellos se centra en el debate que tuvieron Hart y Dworkin.

Producto de esta disputa surgió lo que se llama ahora el *positivismo suave*, o incluyente, en oposición al positivismo clásico, llamado hoy *positivismo duro* o excluyente. La diferencia se encuentra en el papel que le otorgan a la moral. El primero sostendrá que es posible utilizar criterios morales, únicamente cuando la

¹ Se presentan acá las tres formas de positivismo de la que nos hizo ser consientes Bobbio (2009): como método, como teoría y como ideología.

legislación lo permita, lo que significa que el derecho tiene una textura abierta como lo hizo ver Hart, es decir que no puede regularlo todo y que habrán casos que merezcan una “ayuda” de la moral para resolverlos. Por ejemplo, en nuestro Código Civil, en el Art. VII del título preliminar se prescribe que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacíos de la ley, y que para hacerlo, deberán recurrir a los Principios Generales del Derecho, y en especial a los que inspiran el derecho peruano. Por lo tanto, sí es posible recurrir a la moral cuando la legislación lo permita.

Los iuspositivistas excluyentes sostendrán que no se trata de ninguna interferencia de la moral en el derecho, sino de un mandato para la creación de una nueva norma jurídica (Kelsen, 1960). Es decir, se mantiene el principio de división de poderes, pues el poder judicial ha sido facultado por el legislativo para crear normas jurídicas

Ambas posturas son distintas a la de Dworkin (2002), quien sostiene que la moral forma parte del Derecho, que entre derecho y moral no existe diferencia. En vista que este autor es uno de los autores más influyentes en nuestra época, se ha llegado a pensar que en nuestros días no tiene sentido de hablar de un positivismo jurídico.

En primer lugar, para poder hacer mención si una postura filosófica existe o no, debemos preguntarnos si existen personas quienes la defienden. En nuestro caso, iuspositivistas reconocidos vivos son Eugenio Bulygin y Joseph Raz. No se tratan de filósofos de segundo orden ni de iuspositivistas incluyentes; por el contrario, estamos ante la presencia de dos personajes influyentes en la filosofía del derecho actual y defensores del iuspositivismo excluyente. Entonces, sí es por representantes vivos, el positivismo jurídico está vivo aún y está dejando descendientes.

Pero eso no es todo, la idea que más trabajo le cuesta combatir a cualquiera que tengo una postura distinta, es la hipótesis del origen social de las normas. En efecto, esta postura es defendida incluso por quienes no son filósofos del derecho, como Jesús Mosterín, quien en muchas de sus entrevistas se ha mostrado como seguidor de Kelsen (en el punto en que todo derecho es creado por el ser humano). Esta es la tesis central y más fuerte del positivismo jurídico, la que, según creo, va a ser muy difícil de derribar, y la que hará que esta corriente perdure aún durante muchos años.

Así como le pasó al iusnaturalismo, lo mismo le pasará al positivismo. Es decir, que tendrá que adaptarse a unos postulados más acordes de la época y logrará seguir sobreviviendo. Pero la piedra que hará que eso sea posible, será la afirmación de que el derecho es un producto social. De hecho, el surgimiento de la corriente del llamado positivismo incluyente, presenta una postura diferente a la del positivismo clásico. Probablemente luego de esto pueda ser posible la revisión de la noción de sanción para complementarla con la de ponderación. Hecho que aún no ocurre.

Podría decirse, entonces, que lo que quedará del positivismo no será más que un esqueleto cuyo contenido será completado por otras tendencias del pensamiento actual. Esto puede ser cierto, al igual que sucedió con el positivismo en el pensamiento científico, en el pensamiento jurídico estaría destinado a desaparecer. Sin embargo, su agonía será prolongada, y no creo que haya empezado aún.

En suma, el positivismo jurídico sentó las bases que permitieron desprendernos de las ideas místicas y metafísicas en cuanto al origen y validez del derecho, pero ha demostrado que sus planteamientos iniciales merecen ser debatidos e incluso modificados, pero esto no significa que puedan significar su extinción, sino únicamente su acomodamiento a las nuevas necesidades. Sin embargo, como todo sistema de pensamiento, llegará algún día que deba ser cambiado por otro mejor.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2006). La naturaleza de la filosofía del Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 145-160.
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (octubre, 2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 27, 7-28.
- Bix, B. (2008). Lenguaje, teoría y derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Bobbio, N. (2009). *El problema del positivismo jurídico*. Mexico: Fontamara.
- Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Bunge, M. (2009). *100 ideas, el libro para pensar y discutir en el café*. Buenos Aires: Debolsillo.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Green, L. (Fall 2009 Edition). "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.
- Kelsen, H. (1960). *La teoría pura del derecho*. (2da. ed.). Mexico: Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

Correspondencia: Universidad Nacional de Cajamarca. Dirección: Universidad Nacional de Cajamarca. Av. Atahualpa Km. 3, Cajamarca - Perú.

Recibido: 15/04/2016

Aprobado: 15/06/2016