

Tensiones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico contemporáneo

Tensions between iusnaturalism and contemporary legal positivism

Bernardo Bolívar Escobar

Filósofo, Universidad del Valle, abogado Universidad Libre - Cali docente - investigador Universidad Libre Cali, Colombia

Fecha de recepción: 16-02-2011

Fecha de aceptación: 20-05-2011

Resumen

Las tensiones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico contemporáneo, involucran definiciones en torno al Derecho, a la filosofía del derecho, a relaciones intrínsecas de la moral, a tendencias de la aplicabilidad de la normatividad, sus condicionamientos; es por esto que retomamos el concepto aristotélico-tomista y, por otro lado, las variadas tendencias que también van a desembocar en el positivismo jurídico como desarrollo histórico del pensamiento de la humanidad, al que pueda acceder el hombre, verificables por la práctica histórica, en el sentido de pensar y buscar la organización de la sociedad. Las diversas tendencias de uno y otro campo envuelven la discusión para tratar de aproximar, a partir del Derecho, el ejercicio de una juridicidad, las circunstancias de su aplicabilidad, desde y a partir de que cada autor entre en caracterizaciones, determinaciones, posiciones en torno al debate iusnaturalista y positivista jurídico; mas, sin embargo, es de nuestro parecer, si se puede decir, que las disputas entre estas dos concepciones tienden a dar un rodeo cuando se trata de entrar en el ámbito político, para discutir temas precisos de definiciones fundamentales, en cuanto tiene que ver con sus orígenes.

Palabras clave

Iusnaturalista, iuspositivismo, derecho, jurídico, político, moral, filosofía, doctrina.

Abstract

The tensions between iusnaturalism and contemporary legal positivism involve definitions around the law, legal philosophy, intrinsic relations of morality, tendencies of the applicability of normativity, and its influences. It is for this reason that we reintroduce the Aristotelian-Thomist concept and, on the other hand, the varied tendencies as well, which will result in legal positivism as a historical development of human thought,

to which humankind may gain access, verifiable by historical practice, in the sense of thinking about and looking for the organization of society. The diverse tendencies in each field involve discussion in order to try to approximate, from the starting point of the law, the exercise of legitimacy, the circumstances of its applicability, from a starting point where each author enters into characterizations, determinations, and positions around the iusnaturalist and legal positivist debate. Nevertheless, we are of the belief, if that can be said, that the disputes between these two conceptions tend to avoid coming to the point when it is a matter of entering into the political arena in order to discuss precise issues of fundamental definitions, as soon as it has to do with their origins.

Keywords

Iusnaturalist, iuspositivism, law, legal, political, moral, philosophy, doctrine.

Introducción

Las controversias entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo surgen cuando, para argumentar y dar indicios de estos en sus planteamientos, involucran corrientes y divergencias en situaciones desde perspectivas diversas y contradictorias relacionadas con el derecho.

Estas dos corrientes jurídicas se deben ostentar con tesis que nacen desde sistemas filosóficos, por acontecimientos y transformaciones históricas, desde diversas y múltiples a la vez que complejas miradas particulares, en función de ejercer una situación generadora de efectividad jurídica a la sociedad a la cual está dirigida.

Las nociones referidas a las dos corrientes pasan por una variedad de matices, hasta culminar en definiciones como la planteada por Manuel Atienza que en un pasaje de su obra *Introducción al Derecho* nos dice que: “En este sentido, los autores iusnaturalistas a lo largo de su historia milenaria, parecen haber estado de acuerdo en afirmar: 1) Que además, y por encima del Derecho positivo (de la ley humana) existe un Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos y lugares. 2) Que el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (al menos en sus principios fundamentales) con el Derecho natural, es decir si es justo. En otro caso, no pasa de ser <<aparición de Derecho>>, <<corrupción de ley>>, etcétera.”¹

Luego y así mismo manifiesta en relación con los iuspositivistas que: “Por el contrario, para los iuspositivistas, las afirmaciones básicas serían: 1) Que el Derecho es, simplemente, el (o más bien, los) Derecho (s) positivo (s), entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. 2) Que, en consecuencia, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia”.²

1 Atienza Manuel. *Introducción al Derecho*, Barcelona, España, Primera edición: 1985, Editorial Barcanova, S.A., pág. 44.

2 *Ibidem*, pág. 44.

Los pensadores entonces pretenden determinar a partir de qué principio se origina la concepción iuspositivista, esta que parte desde la oposición al iusnaturalismo y que busca fundamentarse en la filosofía positivista científica; la influencia en el derecho, cuando se parte desde lo natural, la ley impuesta y de todas maneras sustentada en la preeminencia de lo directamente transmitido y legado desde una divinidad y ente superior.

Las propuestas iusnaturalistas pretenden estar por encima de lo iuspositivo, el acontecer histórico a partir de los cambios estructurales de la sociedad desviará la aplicabilidad de las propuestas iusnaturalistas.

Es indudable entonces que debemos de ubicar el término de Derecho desde y a partir de la base filosófica.

Problema de investigación

Tensiones entre lo iusnaturalista y el positivismo jurídico.

Metodología

Acumulación de notas y fichas elaboradas por el autor.

Confrontación de datos históricos, tomando como base las informaciones de notas y fichas previamente elaboradas.

Investigación de fuentes primarias: bibliografía de autores clásicos.

Resultados

El problema del Derecho Natural y sus implicaciones en el orden jurídico

Los teóricos del iusnaturalismo han sostenido razonamientos en torno a la idea que se aplica al conjunto de leyes morales naturales, cuyo origen es la sola naturaleza en cuanto se refiere al ámbito de la libertad humana, explicándola mediante un amplio esfuerzo por encontrar los fundamentos objetivos o absolutos; deriva esto pues, en limitar cierto espacio de lo formal en contraposición de lo sustancial, y según Jorge Del Vecchio, sobre el iusnaturalismo: “En general, los defensores del derecho natural se apoyaron en aquel común y vago significado de la palabra *naturaleza*, por el que se designa lo que es primitivo y originario, en antítesis con lo que es derivado y ha sobrevenido especialmente por arte o hecho del hombre primitivo y originario de facultades, potestades políticas y de implicaciones metafísicas, confesionales, desde los griegos, reconoce para sí la existencia de leyes según la naturaleza. Se funda pues en la naturaleza”.³ De acuerdo con esto, expone Máynez que: “Suele hablarse del derecho natural cual si éste fuese un conjunto unitario y sistemático de normas, perfectamente definido y fácilmente identificable. Lo propio ocurre cuando no se habla, en forma directa, del *ius naturale*,

3 Del Vecchio, Jorge. *Supuestos, concepto y principio del Derecho*. Barcelona, España. Casa Editorial Bosch., 1962, pág. 271.

sino del *iusnaturalismo* como posición doctrinaria”.⁴ Como planteamos anteriormente, nos tenemos que remitir a los términos de filosofía del derecho entonces como una respuesta filosófica al problema del Derecho; por encima de las leyes humanas existen unos principios superiores, en el pensamiento griego, condición de leyes morales, guiar la conducta humana, es el sentido amplio, en el concreto, referencias normativas, pero no jurídicas; teoría acerca del ser en general, del ser como tal, independiente de sus especies particulares; apriorístico o innato por su método de conocimiento en cuanto previo a toda experiencia; es así como Jorge Del Vecchio, plantea que: “Se aduce, en contra del derecho natural, en sustancia, el no ser positivo; a un derecho que pretende esencialmente servir como criterio por encima de los fenómenos, se le imputa el que no aparece como dado por la experiencia; se niega *a priori*, implícita o explícitamente, la cualidad de derecho a lo que no tiene realización histórica, suponiendo así, a manera de postulado, precisamente aquello que se trata de demostrar”,⁵ entonces, las situaciones que implican relativismos toman al hombre como medida de todas las cosas y opone lo inmutable, la naturaleza, a lo mutable, las instituciones sociales; es la tensión entre physis y nomos, entre lo auténtico y lo artificial. Sucesivamente, se ha utilizado el término para adjudicarle sentidos, significados y luego tomar, entonces de varios modos en su aplicabilidad social, Del Vecchio: “No ignoraba Aristóteles los argumentos con que, ya en su tiempo, se impugnaba la existencia del derecho natural, argumentos sacados principalmente del hecho de la variedad del derecho positivo”.⁶ En el entorno de la doctrina, que busca las bases ideales de justicia con las cuales se pueda medir y convertir en una constante originaria, dirección del derecho positivo, es así perseguir que: “No carece, pues, de una profunda razón el hecho de que en todo tiempo y entre todos los pueblos se haya cultivado la idea de un Derecho de naturaleza, esto es, fundado sobre la constitución misma de las cosas en lugar de la simple voluntad de los legisladores”;⁷ el avance intelectual del hombre en este aspecto se demuestra en que este es libre para ponerse de acuerdo en la manera como va a ejercer su autonomía, cuando en el Estado se ve plasmado un sistema de consenso en el sentido de dirigir su vida civil, el acuerdo entre sus congéneres es el resultado de esa voluntad determinante, Bobbio declara: “Los filósofos iusnaturalistas tienden a demostrar, o mejor dicho a sostener con argumentos plausibles, que el poder civil se distingue (debe distinguirse) del poder del padre sobre los hijos y del poder del patrón sobre los sirvientes a causa de la diferencia con respecto al fundamento de legitimidad”,⁸ la discusión en torno a la legitimación del poder político incluye otro planteamiento de Bobbio: “Particularmente este es uno de los temas de fondo de la filosofía política iusnaturalista, si es verdad que el fundamento de legitimidad del poder político debe ser el consenso por

4 Máñez García, Eduardo. *Filosofía del Derecho. México D.F.*, Primera Edición: 1974. Editorial Porrúa, pág. 497.

5 Del Vecchio, Jorge. *Supuestos, concepto y principio del Derecho*. Barcelona, España, Casa Editorial Bosch., 1962. pág. 304.

6 *Ibidem*, pág. 33.

7 *Ibidem*, pág. 28.

8 Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Origen y fundamentos del poder político*. México D. F., Edición Grijalbo, 1985. (2a parte: *El modelo iusnaturalista, Política y artificio; sobre la lógica del modelo iusnaturalista*), pág. 82.

el cual se expresa a través de una o más convenciones, de ello deriva que el poder político repose sobre fundamentos diferentes de aquellos en los cuales descansa el poder doméstico y el poder patronal”.⁹

La doctrina jurídica, básicamente, a través de la historia, no presenta esa realidad de ir a sustentar la unión indispensable entre el Derecho y el poder. Aquí en cierto sentido se reduce la clásica oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico; para los iusnaturalistas no es necesaria la coacción para definir en cierto sentido el Derecho; por los lados de los positivistas en cuanto se vuelve necesaria al existir una fuerza coercitiva, entonces el iusnaturalismo en este caso el racionalista este de la época moderna planteada en forma idealista, a partir de la unión entre el Derecho y el poder en Hobbes es patente, estos autores aceptaron de alguna manera la teoría del pacto social que sirvió para interpretar el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad civil. El pensamiento iusnaturalista, para interpretar a Carlos Santiago Nino, al decir en un primer planteamiento referido a que: “a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana” y b) “Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia”,¹⁰ las contradicciones al interior del iusnaturalismo, la confluencia de doctrinas, variadas y generadas en la aceptación de preceptos y designios de índole superior, entonces, al decir de Máynez: “Para percatarse de que hay infinitas formas de iusnaturalismo, basta con señalar los puntos centrales de discrepancia entre ellas. En nuestro sentir, los más importantes son cuatro: 1) el relativo al fundamento; 2) al que atañe al *contenido*; 3) el de la *mutabilidad o inmutabilidad* de las prescripciones del derecho natural; 4) el de las relaciones entre este último y el derecho positivo”;¹¹ surgen las múltiples maneras como están dispuestas las formas en relación con que no hay acuerdos entre los partidarios de esta teoría en la toma de una decisión en cuanto a las bases y causas de orden moral y de justicia, que, corresponderían y como tal a darle vida al derecho natural. Entonces, Máynez sostiene: “Ambas formas de referencia son totalmente engañosas, pues ni existe un derecho natural como conjunto sistemático de normas, reconocible por todo el mundo, ni hay tampoco una, sino incontables teorías acerca de ese *derecho* que la mayoría de los autores contraponen a los ordenamientos positivos”.¹²

Difícil entonces conciliar al interior del iusnaturalismo, a sus seguidores, a esa universalidad referida a la moral, a la justicia; la diversidad de corrientes, clasificaciones desarrolladas en el transcurso de cada época histórica, cuando Nino define así: “El iusnaturalismo *teológico*, cuyo más destacado representante fue Santo Tomás de Aquino, sostiene que el derecho natural es aquella parte del orden eterno del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana. Ningún orden positivo tiene fuerza obli-

9 *Ibidem*, pág. 83.

10 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España, Primera Edición: septiembre 1983, Editorial Ariel, S.A., pág. 28.

11 Máynez García Eduardo, *Filosofía del Derecho*. México D. F., Primera Edición: 1974. Editorial Porrúa, pág. 498.

12 *Ibidem*, pág. 498.

gatoria si no concuerda con los principios de derecho natural”.¹³ Las normas jurídicas, originadas desde el Estado, aplicadas por este son inconsecuentes con el Derecho si no cumplen como solución los fundamentos los dictámenes del derecho natural; agrega también entonces que: “De acuerdo con este filósofo católico, el orden positivo que no se aduce al derecho natural no tiene fuerza obligatoria de derecho”,¹⁴ la anticipación de una regla, según la cual se describe el derecho reagrupando normas fundamentales de justicia, además: “Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión”.¹⁵ El orden en general que le da cabida a la racionalidad, reclama para sí el influir y darle vida a lo positivo en cuanto a definir, organizar, aproximar este que es positivo mediando el derecho natural, más luego entonces: “Las leyes positivas deben tener también la función de hacer efectivos, mediante la coacción, los mandatos del derecho natural”.¹⁶ El derecho natural se va a instaurar en términos de razón de ser del Derecho, que el derecho natural es la esencia de lo jurídico, trasmite la correspondencia entre derecho y moral, supedita la naturaleza jurídica de las cosas, para interceder en cuanto característica de asumir el papel preponderante en el marco del Derecho y su constitución. De esto parte Nino para decir: “Estas diversas tesis que sostienen que hay una relación relevante entre derecho y moral son en la mayoría de los casos independientes entre sí y no siempre mutuamente compatibles”;¹⁷ la cercanía de la moral y el derecho es debida al origen en la conciencia humana, guía de la conducta del hombre y con nexos sociales.

Con la aparición del Estado, es decir, de un poder soberano que lo fundamente, surgen a raíz de dicho pacto los derechos naturales que pasan a ser derechos civiles, o sea que se transforman en estos, adquieren ese estatus, gozan del respeto y el respaldo del poder del Estado; según Manuel Atienza: “Entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX tiene lugar una verdadera revolución en el pensamiento jurídico que se caracteriza por el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico (González Vicen)”,¹⁸ al reaccionar las ideas se centran en los conceptos de nación o pueblo unidos al espíritu popular, en cierto sentido marginan la idea iusnaturalista; es así: “La concepción *historicista*, de autores como Savigny y Puchta, pretende inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana”,¹⁹ las relaciones de los hechos, la dinámica de los acontecimientos, supone que la historia se mueve por la necesidad interna de deslindar

13 Nino Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España, Primera edición: septiembre 1983, Editorial Ariel, S.A., pág.28.

14 *Ibidem* pág 28.

15 *Ibidem*, pág.18.

16 *Ibidem*, Pág.29.

17 Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España, Primera Edición: septiembre 1983, Editorial Ariel, S.A., pág.17.

18 Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*. Barcelona, España, Primera Edición: 1985, Editorial Barcanova, S.A., pág. 38.

19 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España, Primera Edición: septiembre 1983, Editorial Ariel, S.A., pág. 29.

ese campo de lo malo y lo bueno en atributo de ciertas normas y valoraciones que esta resulte mostrar en la dirección que pretenda tomar.

Los planteamientos, en relación con que el derecho no debe de estar constituido por lo dispuesto en el orden civil con predominio de la sociedad y sus autoridades; en este panorama iusnaturalista la práctica jurídica, dice: “Mientras que, según el derecho natural clásico, las normas del actuar conforme a la moral y al derecho están orientadas por igual por lo que hace al contenido en la vida buena del ciudadano, y esto significa virtuosa; en cambio, el derecho formal de la edad moderna está desligado del catálogo de deberes de un orden vital material, sea éste de la ciudad o de la posición social”.²⁰ Entonces, los deberes impuestos por la corrección, la búsqueda de la verdad, el diálogo de distintos criterios en función del debate por el derecho de la voluntad del hombre, tienen presupuestos definitivos y no ofrecen alternativas evasivas. Cuando hablamos de la aplicabilidad de las normas de ese conjunto reglamentado tradicional en el que el derecho natural tiene su singular cabida en contraposición del iuspositivismo, a estas alturas del debate el iusnaturalismo adquiere preponderancia en cuanto al desafío jurídico para plantear la necesidad precisa de impulsar el orden supeditado a lo moral; la causa profunda de la discusión cuando se dice que: “El derecho formal válido está sancionado por un poder físicamente eficaz y la legalidad está esencialmente separada de la moralidad”.²¹ En este orden de ideas, la legalidad positiva recurre al apoyo coercitivo, la pena restituye la autoridad, de allí entonces la ley obligadamente asegura la respuesta al problema jurídico; la relación entre derecho y ley no establece la correspondencia de respuesta preventiva, es más, es una dudosa fuente de derecho. Dice Habermas: “Por una parte, la validez positiva del derecho coercitivo requiere un poder de sanción que le garantice el respeto consiguiente”,²² legalmente, adquiere esa calidad cuando se integra la ley sancionatoria a la conducta que se supone violatoria de la norma establecida con ese fin jurídico”. De otro lado sostiene: “Por otra, idealmente, la positivización del derecho natural sólo puede ser percibida legítimamente por la autonomía de los individuos aislados e iguales y por su comprensión de la conexión racional de las normas del derecho natural”.²³ Es en ese sentido de lo jurídico dispuesto al reconocimiento por el derecho natural en la adecuación legítima desde una moral interna a un derecho procesal, que si bien como dijimos adecuan libremente el derecho a estas exigencias resultan, incompatibles, contradictorios, al exigir mediante esa propuesta que el derecho natural tome para sí una realidad disimulada que pretende divergir de la positivización del derecho. Por eso es que: “El acto por el que tanto en América como en Francia, se introdujo la positivización del derecho natural fue una declaración de derechos fundamentales”.²⁴ Se deduce que

20 Habermas, Jürgen. *Teoría y praxis, estudios de filosofía social*. Madrid, España. Editorial Tecnos. Edición: 2002, pág. 89.

21 Habermas, Jürgen. *Teoría y praxis, estudios de filosofía social*. Madrid, España. Cuarta edición: 2002. Editorial Tecnos. pág. 89.

22 *Ibidem*, pág. 89.

23 *Ibidem*, pág. 89.

24 *Ibidem*, pág. 90.

el devenir histórico en ese sentido condiciona la transformación de la juridicidad de los pueblos que retrospectivamente inmiscuyen la inminencia de los acontecimientos para jalonar ciertos cambios sustanciales indiferentemente de las posiciones asumidas en relación con lo civil y lo gubernamental. Y continúa: “Pues la construcción iusnaturalista de la sociedad burguesa, que estaba implicada en los derechos recibidos de Locke y declarados frente a Inglaterra, tenía, ciertamente, el mero sentido instructivo de una protección de la esfera autónoma privada del tráfico social frente a intervenciones estatales”.²⁵ El cuidado civil, el Estado como garante de los derechos de sus asociados instituye diversidad de entes promisorios del ideal de la sociedad que arriba al poder, en estas condiciones históricas los defensores de estos derechos del hombre irrumpen con los planteamientos fehacientes del juicio a los detractores de la doctrina jurídica.

Importancia práctica de la polémica acerca del positivismo jurídico

Al derivar del concierto y de la voluntad de los hombres, lo que es tal puesto por los hechos reales, aquellos de la humanidad, propuestas empíricas verificables (la práctica histórica), entonces, los hechos del hombre por su experiencia; condicionan, pues no se especifica qué es el bien, independientemente de lo que sea justo o correcto; también lo que es justo o correcto no se identifica con lo que maximiza lo que es bueno; al referir las frases del positivismo jurídico y tratar de explicar esta situación, el autor Pérez Luño dice en relación con su investigación: “Uno de los problemas que en sí da un estudio sobre el positivismo jurídico presenta mayores dificultades el que hace referencia a sus relaciones con el Positivismo filosófico”;²⁶ es decir, el Positivismo filosófico tiene en cuenta que le pertenece dar y poner en claro que este históricamente, surge cuando, el hombre ha llegado a comprender que la explicación del fenómeno está en otro fenómeno ligado a él indisolublemente, y agrega a esto: “Se trata de averiguar en última instancia en qué medida la filosofía positivista contribuyó a la afirmación del Iuspositivismo en la ciencia jurídica del siglo XIX”.²⁷ Después de controversias y comparaciones, este autor se limita a decir, en relación con lo expresado desde una perspectiva discutible: “En conclusión, me parece que dado lo infructuoso de los esfuerzos encaminados a elaborar una explicación convincente de la derivación del positivismo jurídico a partir del positivismo filosófico, es mejor aceptar la postura de quienes separan con claridad el alcance de ambos términos”.²⁸

Deslindar el campo del discurso positivista, buscar el accionar de este en las manifestaciones del hombre en el cual integra las perspectivas latentes de lo jurídico, desde este plano cabe citar a Ollero cuando nos dice: “Podemos clasificar los “positivistas jurídicos” según se presenten como: a) proyección jurídica de *teorías positivistas del conocimiento* y, por ende, de la ciencia”.²⁹

25 *Ibidem*, pág. 99.

26 Pérez Luño, Antonio. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*. Zaragoza, España. Edición: 1971. Editorial Cometa S.A., pág. 52.

27 *Ibidem*, pág. 53.

28 *Ibidem*, pág. 56.

29 Ollero, Tassra. “La eterna rutina”. Santiago de Compostela, España. En *AAVR: Problemas de la ciencia jurídica*. Estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz. Tomo II, Facultad de Derecho, Universidad Santiago de Compostela. 1991. Pág. 153.

Es perfectamente compatible con la concepción positivista del derecho, así estos positivistas se resistirán a calificar tales principios de “derecho natural” para evitar que se confunda con la de los iusnaturalistas; en cuanto al Positivismo ideológico: “Se ha atribuido también al positivismo la tesis de que cualquiera que sea el contenido de las normas de derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales”,³⁰ teniendo en cuenta que como doctrina filosófica cuya verdad se funda exclusivamente en el método de las ciencias llamadas positivistas, y remata diciendo: “No cabe duda que el positivismo filosófico pudo servir coyunturalmente de fecundo *substratum* ideológico para la aceptación y difusión del Positivismo jurídico, pero no cabe duda también que otros fenómenos ya próximos (aparición del Estado moderno, el Iluminismo, la Escuela histórica del Derecho, el movimiento codificador...), ya mediatos (la tradicional distinción entre el derecho natural y el positivo, junto con la cadena de impugnaciones del primero que tiene en Carneades, Ockham, Marsilio de Padua, Hobbes... sus eslabones más caracterizados), deben tenerse en cuenta cuando se pretenda un *approach* fundamentado en la genuina significación del Iuspositivismo”.³¹

La aplicación en esencia del positivismo filosófico y científico al ámbito del Derecho, induce como resultado una eventual salida al positivismo jurídico. Definir entonces para el Derecho, al decir de Pérez Luño: “Pero frente a la definición real, la Filosofía epistemológica ha venido defendiendo una definición de carácter *nominal*, que no se dirige a la individualización del concepto “verdadero” del *definiendum*, sino que consiste puramente en la determinación de las reglas de uso del mismo”.³² El conocimiento científico, la práctica a partir esencialmente del positivismo filosófico, esa realidad que deviene y a donde se dirige este conocimiento, es el de una técnica coactiva utilizada como conducta de los poderosos de un mandato que nace desde el soberano. Entonces nos dice Alexy que: “El concepto de derecho que subyace a la praxis jurídica es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aun cuando su solución sea dudosa, se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto de derecho”.³³ Las teorías positivistas mediante la tesis de la separación involucra la exclusión del principio moral, ese es el determinante que no se adiciona y que consigue darle significado al derecho en el campo positivista, se deja por fuera el requisito de la moral para darle forma al que es derecho y al que no lo es; es decir, lo explica Alexy: “Por lo tanto, para el concepto positivista de derecho, quedan sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad, conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de la eficacia social”,³⁴ la relación en el planteamiento de Alexy de fundamentar mediante

30 Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España. Primera Edición: septiembre 1983, Editorial Ariel, S.A., pág. 32.

31 Pérez Luño, Antonio Enrique. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*. Zaragoza España. Edición: 1971. Editorial Cometa S.A., pág. 56.

32 *Ibidem*, pág. 27.

33 Alexy Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Gedisa. Segunda Edición: febrero 2004. Traducción: Jorge M. Seña. Pág. 14.

34 *Ibidem*, pág. 14.

requisitos y así darle una legitimidad dentro del derecho acondiciona un sistema que se desprende de una razón práctica procedimental, tanto es, que señala el autor: “La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad*, conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material”.³⁵ Entonces, si solo apunta a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional; entre estos dos extremos son concebible muchas formas intermedias. Al decir de Alexy: “La tripartición muestra que el positivismo dispone de dos elementos definitorios”.³⁶ Un positivista puede excluir el elemento iusnatural de la corrección material, pero puede precisar de manera muy diferente la relación entre los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social; esto es que: “Después se criticarán por insuficientes los conceptos de derecho positivistas”.³⁷ Las combinaciones se podrán dar desde los dos elementos, a partir de la eficacia social y de la legalidad conforme al ordenamiento, pueden y se dan recíprocamente de forma diferente e igualmente diferentemente interpretadas, esto dada la gran variedad de conceptos de derecho. Para la discusión se presenta la variedad como arriba se expone, pero esta demanda por parte de Alexy explicar: “Mientras que en los conceptos de derecho orientados a la eficacia predomina la perspectiva del observador, en los conceptos de derecho orientados a la instauración normativa figura, en primer plano, la perspectiva del participante, especialmente la perspectiva del juez”.³⁸ Esto induce a implicar la eficacia de las teorías que se encuentran en vecindad de las teorías sociológicas y realistas de derecho, a apuntar que el aspecto externo o interno de una norma o de un sistema normativo no obedece a una estructura de dicotomía sino a una acentuación de frecuentes mezclas, combinaciones. Al decir de Alexy: “Resumiendo, puede decirse que Austin define al derecho como la totalidad de las órdenes de un soberano respaldadas por sanciones”.³⁹ Entonces podemos definir que en el orden externo, la regularidad del cumplimiento de la norma, castigo de su incumplimiento, imprecisión de su observación o sanción debido a su violación, aplicando al reconocimiento en otro aspecto, en el orden interno, por la motivación de su cumplimiento, la disposición de la aplicación y que en lo sucesivo las disposiciones decisivamente son las psíquicas. En relación con estas determinantes agrega Alexy: “Sin embargo, en la teoría de Austin, los elementos de la eficacia juegan un papel nada irrelevante.”⁴⁰ También dice: “Es imposible una orientación más fuerte a la instauración normativa.”⁴¹ Los más importantes representantes en el siglo XX de un positivismo jurídico orientado a la instauración normativa son Hans Kelsen y Herbert Hart. Dentro del positivismo jurídico, las teorías discursivas, aquellas que intentan internamente dilucidar

35 *Ibidem*, pág. 21.

36 *Ibidem*, pág. 21.

37 *Ibidem*, pág. 21.

38 *Ibidem*, pág. 24.

39 Alexy Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Gedisa, Segunda edición: febrero 2004. Traducción: Jorge M. Seña. pág. 25.

40 *Ibidem*, pág. 25.

41 *Ibidem*, pág. 25.

mediante el esclarecimiento de factores inherentes al derecho, caen en ese choque y en contradicciones ineludibles; sin embargo, tesis como la de la separación establecen, según Alexy: “El argumento *analítico* más importante en favor de la tesis positivista de la separación afirma que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral”.⁴² Hay que establecer que generalmente, los sistemas de normas como el moral y la moral, regulan la conducta del hombre, ya sea por conveniencia de la clase más poderosa; en otra discusión este autor nos dice que: “En cambio, el no positivista es libre en el nivel de los argumentos analíticos”.⁴³ Pero entre el derecho y la moral hay que distinguir cualidades debido a lo indicado por parte de la filosofía contemporánea; el derecho se maneja por la bilateralidad, la moral pertenece a la unilateralidad; Alexy sostiene: “La tesis de la separación o la tesis de la vinculación se apoya en un argumento *normativo* cuando se afirma que la no inclusión de elementos morales en el concepto de derecho es necesaria para alcanzar un determinado objetivo o cumplir con una determinada norma”.⁴⁴ El objetivo a alcanzar, en la tesis de la separación o la de la vinculación, es involucrar la aplicabilidad de las reglas no comprendiendo disposiciones morales, entonces es la normatividad encaminada a la coercitividad; se presenta ella como guía, garantiza la seguridad judicial. De allí este mismo autor aduce: “Para el análisis del positivismo es aconsejable elegir un concepto de derecho que incluya la validez”.⁴⁵ Es decir, el derecho exige esto, aquello, otro no lo exige y cuando en favor de la tesis de la vinculación se dice que con ella pueden solucionarse mejor los problemas de la injusticia legal; la moral contiene normas que prohíben o autorizan una conducta fijada, mas no establece situaciones coercitivas que vayan a castigar la conducta desviada. Responde Alexy: “Se puede decir que quien considera que el sistema jurídico es un sistema de normas se refiere a su costado externo”,⁴⁶ cuando concierne a lo interno originado en la conciencia humana, de todas maneras no va a permitirse ordenar hechos con fuerza de apremiar u obligar. Y plantea también: “En cambio, si trata del costado interno, cuando el sistema jurídico es considerado como un sistema de procedimientos”.⁴⁷ Una metodología de variedad de formas centrada en una doctrina que nace de la fuente social del derecho, no percibe una unión conceptual entre derecho y moral en el supuesto de rechazar la interpretación teológica y metafísica. Así pues, al decir de Nino: “El positivismo ideológico pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente. Pero esta pretensión es ilusoria”.⁴⁸ La interpretación metafísica comprobable en los términos universales, absolutos y que partan de la base natural; rechazar los juicios de valor entonces, en el formalismo jurídico en cuanto no se apoyan en certezas y en leyes cien-

42 *Ibidem*, pág. 27.

43 *Ibidem*, pág. 28.

44 *Ibidem*, pág. 28.

45 *Ibidem*, pág. 30.

46 Alexy Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Gedisa, Segunda Edición: febrero 2004. Traducción Jorge M. Seña. pág. 31.

47 *Ibidem*, pág. 31.

48 Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España. Primera Edición: septiembre 1983, Editorial Ariel, S.A., pág. 34.

tíficas, al decir de Nino: “También se suele atribuir al positivismo una cierta concepción acerca de la estructura de todo orden jurídico”,⁴⁹ derecho compuesto por preceptos legislativos y normas que promulgados por entidades centralizadas tienden a contradicciones pues no presentan reglas derivadas de lo consuetudinario o relativo a la jurisprudencialidad del orden jurídico complejo. El orden jurídico, tomado en su autosuficiencia como sistema para proveer una solución unívoca. Bobbio denomina esta concepción “positivismo teórico”, involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico o formalismo jurídico en Europa, designada como “dogmática jurídica”; al plantear el positivismo metodológico o conceptual, cuya base es una tesis del concepto de derecho que no debe caracterizarse según propiedades valorativas. En cambio, estas, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone, no implicarían juicios de valor y serían verificables en relación con ciertos hechos observables empíricamente; señala así propiedades fácticas, se remite a una tesis conceptual. De aquí que, cierto sistema es un orden jurídico o cierta regla es una norma jurídica, pero que es demasiado injusto como para ser obedecidos o aplicados. Así pues: “En definitiva, la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo que estamos considerando se reduce a una mera definición de “derecho”. ¿Cómo debe decidirse esa controversia?”⁵⁰

Se habla de que en Estados Unidos se desarrolla un escepticismo ante las normas, también en países escandinavos; este planteamiento dinámicamente desarrollado por autores como Holmes, Frank, Olivecrona, en franca actitud de reacción extrema contra una actitud opuesta al formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos. En Francia, Alemania, Italia, España se apunta a un “derecho continental europeo”, y en la mayor parte de Iberoamérica predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas, amplitud de codificaciones, propiedades formales que no siempre tienen precisión, univocidad, coherencia, completitud, entonces: “Como los juristas suponen que el legislador es racional, no pueden admitir, por ejemplo, que dos de sus normas estén en contradicción, y si lo están, afirman que es sólo una apariencia, pues investigando el *verdadero* sentido de las normas en cuestión podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente, en el que no entre en conflicto con la otra”.⁵¹

Conclusiones

El positivismo se manifiesta entonces cuantitativamente como un fenómeno mayoritario en el siglo XIX, pero analizado desde lo cualitativo presenta y es un fenómeno universal; aquí pues acompaña el transitar del espíritu humano a modo de eterna tentación; el iusnaturalismo se inscribe desde luego en el ideario de la autoridad asumida desde un ente superior, divino y con poder suficiente al tomar como base el fundamento de una superioridad encarnada y delegada en el monarca, el rey, entonces como el depositario desde donde se imparte y se sustenta la ley, asumir también esa autoridad involucran-

49 *Ibidem*, pág. 36.

50 *Ibidem*, pág. 38.

51 Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, España. Primera edición: septiembre 1983. Editorial Ariel S.A., pág. 44.

do las creencias, la dogmática; los dos el iusnaturalismo, el positivismo, van a buscar puntos y situaciones donde tienen que encontrar similitudes para deslindar campos; otras tienden a rechazar y chocar al plantear estas dos tesis desde este punto de vista, al explicar y tratar de convencer en el transcurso del devenir histórico de la humanidad; ligado a la moral, el derecho, a lo jurídico, las vertientes por donde transitan las discusiones comprenden sinnúmero de factores sociales, éticos, económicos, a la vez que instituciones del Estado; lo que se pretende es advertir que lo jurídico es cambiante, se manifiesta desde diversidad de causas, las más latentes encrucijadas, y consecuencias dinámicas del mundo del hombre y su desenvolvimiento desde cuando el hombre advirtió en sus albores el mundo del conocimiento.

Bibliografía

1. Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Gedisa. 2004.
2. Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona, España. Editorial Barcanova, S.A., 1985.
3. Bobbio, Norberto y Bovero Michelangelo. *Orígenes y fundamentos del poder político*. México D.F. Editorial Grijalbo. 1985.
4. Del Vecchio, Jorge. *Supuestos, concepto y principio del Derecho*. Barcelona, España. Casa Editorial Bosch. 1962.
5. Habermas, Jürgen. *Teoría y praxis, estudios de filosofía social*. Madrid, España. Editorial Tecnos. 2002.
6. Máynez García, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. México D.F., Editorial Porrúa. 1974.
7. Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Ariel. 1983.
8. Ollero, Andrés. "La eterna rutina". En *AAVR: Problemas de la ciencia jurídica*. Estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñóz. Santiago de Compostela, España. Facultad de Derecho, Universidad Santiago de Compostela. 1991.
9. Pérez Luño, Antonio. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*. Zaragoza, España. Editorial Cometa S.A., 1971.