

DERECHO NATURAL CLÁSICO Y POSITIVISMO JURÍDICO

Por Enrique LOMBERA PALLARES

Profesor de la Facultad de
Derecho de la UNAM

I

Los juristas del siglo xx volvieron a interesarse por las teorías iusnaturalistas, cuando hubo terminado la segunda guerra mundial. En los primeros años del siglo xx, el positivismo jurídico pareció haberse impuesto definitivamente sobre su eterna contrincante, la teoría del derecho natural. Un austriaco, Hans Kelsen, elaboró la *Teoría pura del derecho*, que es indudablemente la exposición más brillante de las doctrinas del positivismo jurídico, y con sus argumentos pareció haber enterrado el cuerpo ya descompuesto del derecho natural.

Otro austriaco, Adolfo Hitler, resucitó el cadáver y logró devolverle su juventud perdida. Los argumentos de Hitler no eran ni lógicos ni inteligentes, pero lograron convencer a los juristas del mundo occidental. El "führer" demostró ampliamente que un régimen criminal y monstruoso podía ser perfectamente legítimo, y que era posible cometer las más viles acciones dentro del marco de la legalidad.

Los juristas se preguntaron si el sistema nacional socialista era un régimen de derecho. Desconcertados por la respuesta afirmativa del positivismo, tuvieron que volver los ojos hacia el casi olvidado derecho natural.

Desde entonces hasta la fecha, se han intensificado los estudios iusnaturalistas, y se han multiplicado las críticas al positivismo jurídico, al que se considera en parte responsable de los crímenes perpetrados por los Estados totalitarios.

Norberto Bobbio opina que estas críticas son en ocasiones injustas y muy a menudo erróneas, ya que se refieren indiscriminadamente al positivismo jurídico, sin parar mientes en que con dicho término se pueden designar conceptos muy distintos.

"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... hay varias maneras de entender el positivismo jurídico." ¹ Bobbio considera que existen tres maneras: "1) como un medio de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia." El filósofo italiano expone estos distintos aspectos en *El Problema del Positivismo Jurídico*, y después emprende la defensa de cada uno de ellos.

Creemos que la división que propone Bobbio es acertada, y que esclarece ciertas confusiones que existen entre los juristas, con respecto al positivismo jurídico; la consideramos incluso imprescindible, si es que deseamos participar en la polémica que sostienen los defensores de esa doctrina y los partidarios del derecho natural. Reconocemos, junto con el autor, que un jurista puede sustentar alguna de las tres tesis, sin que por ello defienda los principios de las otras dos.

Pero creemos que Bobbio comete el mismo error que señala, ² cuando en el capítulo segundo de su libro, expone las críticas del iusnaturalismo al positivismo jurídico, se refiere a ellas como si las hiciera una misma doctrina, y con ello vuelve a desvirtuar la polémica. En efecto, se puede plantear un debate entre una doctrina del derecho natural y alguno de los aspectos (o los tres, pero sucesivamente) del positivismo jurídico. Pero no es posible enumerar conjuntamente las críticas que hacen al positivismo las diferentes escuelas iusnaturalistas, supuesto que serían ineficaces e inclusive contradictorias. Lo que deseamos hacer en este trabajo es señalar cuáles son los puntos fundamentales de la polémica que puede entablarse entre el derecho natural de la escolástica y las distintas maneras del positivismo jurídico. Para precisar el alcance de estas últimas, nos referimos al libro de Bobbio, ya que consideramos al autor como un gran intérprete y expositor de las doctrinas positivistas.

II

El positivismo jurídico, entendido como modo de acercarse al estudio del Derecho. "En el primer aspecto... el positivismo 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." ³ El jurista, pues, debe prescindir de

¹ BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1965, pp. 38 y 39.

² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 39 y 40.

³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 41.

valoraciones, y tomar como criterio "para distinguir una regla jurídica de una no jurídica, la derivación de hechos verificables y no la mayor o menor correspondencia con un sistema de valores".⁴

Bobbio señala que el positivismo rechaza la pretensión de los iusnaturalistas de incluir en la definición del derecho elementos finalistas. Considera que esta última actitud es semejante a la de un lingüista, que solamente aceptará en la definición del lenguaje elementos iguales, y que rechazará como inoperante todos los fenómenos lingüísticos que no cupieron dentro de ese lenguaje perfecto, el cual sería por lo mismo utópico o inexistente.

El jurista positivista, dice Bobbio, no niega la existencia de un derecho ideal, pero le parece que el único derecho que puede ser objeto de un estudio científico es el derecho positivo, que ha tenido o tiene la cualidad de vigente.

Es preciso aclarar la primera característica que atribuye Bobbio al positivismo jurídico. Dice que éste hace una clara distinción entre un derecho ideal y un derecho real.

Esto no es rigurosamente cierto. Existen positivistas que afirman que no hay más derecho que el derecho positivo; algunos otros autores (creo que la mayoría) aceptan ambos derechos, pero consideran al derecho ideal como algo que no es posible estudiar científicamente. Aquí surge un primer punto polémico, ya que ambas vertientes del pensamiento positivista están en contradicción con la doctrina del derecho natural de la patrística y la escolástica, mismo que denominaremos de aquí en adelante derecho natural clásico.

Para los escolásticos, en efecto, no existía sino un orden jurídico, dentro del cual se hallaban involucrados el derecho positivo y el derecho natural. Santo Tomás, por ejemplo, cita la frase de San Agustín ("La ley que no es justa, no parece que sea ley"), y prosigue:

Por tanto, la fuerza de la ley depende del nivel de su justicia y tratándose de las cosas humanas, su justicia está en proporción con su conformidad a la norma de la razón. Pues bien, la primera norma de la razón es la ley natural, como consta por lo ya dicho. Por consiguiente, toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida que se deriva de la ley de la naturaleza; y si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino perversión de la ley.⁵

A su vez, la ley natural no es sino una parte de la ley eterna. "No es... más que la participación de la ley eterna en la creatura nacio-

⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 42.

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*-1-2 q. 95 a 2^a

nal.”⁶ La ley eterna es “La razón y la voluntad de Dios, que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo”.⁷

La ley eterna es la medida del orden que existe en el universo. Todas las cosas que se le hayan sometido, incluso los actos de los seres libres e inteligentes. Dice San Agustín que hasta el mal ha sido reducido y relegado al orden que merece, y que de ello ha surgido la necesidad del castigo.

Debemos tener presente esta unidad del orden jurídico, esta escala jerárquica que va desde la ley eterna hasta la norma jurídica individualizada, para aclarar la interpretación que hace Bobbio de la doctrina iusnaturalista, en el punto referente a la validez de la ley injusta. Dice:

Pero si es rara la teoría integral de la justicia formal, hay que tener en cuenta que no es menos rara la doctrina opuesta atribuida a los iusnaturalistas, si la enunciamos en su forma extrema en esta expresión: *La ley positiva es válida si es justa* (reducción de la validez a la justicia). En realidad sabemos perfectamente que la teoría iusnaturalista clásica ha sido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, ésta es, por la teoría según la cual debe ser obedecida, aun cuando en muchos casos fuera injusta; pero al afirmar que una ley debe ser obedecida significa afirmar, precisamente, que es válida. De esta manera, la teoría de la obediencia corrige la teoría iusnaturalista pura hasta transformarla en la forma siguiente: *La ley es válida aun cuando sea injusta*.⁸

La teoría escolástica del derecho natural, sostiene que en principio debe ser desobedecida cualquier ley injusta, supuesto que ésta perturba el orden natural instituido por Dios, mismo que el hombre debe respetar, según se deduce del concepto de la ley eterna. Así pues, el ser humano no puede obedecer ninguna ley que vaya en contra del bien divino o de la ley de Dios, ya que provocaría un grave trastorno en la política del universo. Las leyes que vayan en contra del bien humano “no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden”.⁹

La ley injusta que en realidad no es ley, coloca al cristiano ante el dilema de escoger entre dos males, y por eso debe obedecerla, cuando con ello evita un mal mayor. Pero en verdad no acata en este caso las órdenes o violencias de las autoridades, sino que obedece a la ley eterna, la cual nos manda evitar el desorden.

⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO. Ob. cit. 1-2 1.91 a 2^a

⁷ SAN AGUSTÍN. Citada por TRUYOL y SIERRA en *El Derecho y el Estado en San Agustín*. Edit. Rev. Derecho Privado. Madrid, p. 81.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15.

⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Op. cit.*, 1-2 y. 96 a 49

Por lo demás, si nos propusiéramos limitar el campo dentro del cual, según Santo Tomás, podría tener validez la ley injusta, nos daríamos cuenta de su reducida extensión y del hecho de que la materia que abarca es de suyo insignificante. Recordamos a este respecto que el angélico concede al pueblo el derecho de desobediencia ante cualquier tiranía, aunque la misma fuese soportable. Tendríamos obligación de someternos a la ley injusta, sólo en el caso de que fuese promulgada por una autoridad legítima, atenta normalmente al bien común, y bajo la condición de que la orden dictada afecte intereses que consideremos de exigua importancia.

Como puede observarse, es exagerada la afirmación de Bobbio, cuando sostiene que es deducible de la doctrina del derecho natural, la máxima que expresa que "la ley es válida aun cuando sea injusta".

Para Bobbio, hemos dicho, el positivismo se caracteriza por la diferenciación que hace entre el derecho que es y el que debe ser, entre el derecho como hecho y el derecho como valor. Considera el filósofo italiano que dicha distinción es incontrovertible, ya que ni siquiera menciona los argumentos que pueden aducirse en contra de ella, muchos de los cuales se hallan implícitos en la metafísica aristotélica, sobre la cual, en términos generales se apoya la doctrina clásica del derecho natural.

Para contestar su silencio, relataré un cuento que escuché en algún sitio, y que encaja muy a propósito en la temática que venimos tratando:

"En un planeta situado en una galaxia distante, existe una raza de seres inteligentes que ha podido organizarse sin recurrir al derecho. Pues bien, en una ocasión, uno de ellos llamado Amrés, aterrizó casualmente en la Tierra. Movido por su espíritu científico, o quizá sólo por curiosidad, decidió explorar nuestro planeta. Abandonó su nave en una alta montaña, y descendió a las tierras donde viven los hombres.

Cierto día, escondido entre la maleza de un bosque, observó una escena que cautivó sus sentidos. Vio cómo un caminante era detenido por unos bandoleros, los cuales, tras de robarlo, lo colgaron de un árbol de abundante follaje.

Amrés prosiguió su camino durante todo el día, y en la hora del crepúsculo, se encontró bajo los muros que cercaban a una ciudad. Tomó la apariencia de un hombre, atravesó las puertas que estaban custodiadas, y recorrió calles y callejuelas, regocijándose al contemplar a los extraños seres de la tierra, y en conocer su insólita cultura. Tan satisfecho se hallaba en la ciudad, que permaneció en ella durante varios días.

Una mañana observó que una gran multitud se agolpaba en la plaza. Habiendo preguntado lo que sucedía, se enteró que iban a ahorcar

a unos bandidos, recientemente aprehendidos en el bosque. Sorprendido nuestro viajero, comenzó a importunar a sus vecinos, pues quería averiguar el motivo de semejante suplicio. Un hombre pálido, de barba espesa, se compadeció de Amrés, y le contestó dulcemente, tal y como si hablara con un niño:

—Esos hombres morirán, pues han violado el derecho.

Amrés contempló a las víctimas, y reconoció a los bandidos que solían atracar en el bosque. Cuando fueron ahorcados con gran contento de la multitud, el verdugo fue llamado por el mismo sultán, quien depositó en sus manos una bolsa llena con monedas de oro. Amrés, desconcertado, preguntó al hombre de la barba espesa:

—¿Por qué lo premian? Todos los hemos visto matar a unos hombres.

—En verdad, debes ser más tonto de lo que yo pensaba. Ese hombre es el verdugo, el cual se ha limitado a aplicar el derecho.

—Y... ¿Qué cosa es el derecho?

—No me preguntes a mí. Yo soy un mercader y vendo telas. Interroga a Mustafá Ibrahím que es el más sabio de todos los mortales.

Amrés pidió las señas de Ibrahím y se lanzó a buscarlo ansiosamente; lo halló en la puerta de una mezquita, pidiendo limosna, como era su costumbre. Amrés depositó una moneda en la escudilla del viejo y le interpelló de la manera siguiente:

—¡Oh Mustafá Ibrahím, el más sabio de todos los hombres! He venido para que me expliques qué cosa es el derecho. Hace unos días, escondido en el bosque, ví a unos hombres que ahorcaban a un viajero. Y hoy mismo, hace unas horas, los ví morir en la plaza. Y se me ha dicho ¡Oh Mustafá Ibrahím! que morían por haber desobedecido el derecho. Y el verdugo que los ha ahorcado, ha recibido una recompensa de las manos mismas del poderoso sultán. Y en verdad, el verdugo hizo lo mismo que acostumbraban hacer los bandoleros. Y un hombre pálido, mercader en telas, me explicó que lo premiaron por haber aplicado el derecho.

Y contestó el mendigo:

—Escucha la palabra de Mustafá Ibrahím, el más sabio de todos los mortales. Tu confusión es lógica, pues ignoras lo que es el derecho, casi en la misma medida que los jueces. El derecho, ¡Oh Amrés! es un adjetivo que acompaña a la fuerza, y no un sustantivo, como lo creen nuestros jurisconsultos. Cuando la fuerza sirve a la justicia, se transforma en ese algo que solemos llamar el derecho. En el supuesto contrario, llamamos a la fuerza simplemente violencia. Cuando observes a la fuerza, no prestes atención a los datos externos, sino al sentido en que se ejercita, pues sólo de esta manera podrás saber qué cosa es el derecho."

Creo que Mustafá Ibrahím tenía toda la razón. Si aceptáramos que nuestro material de estudio son los hechos, no podríamos distinguir el derecho de la fuerza. La organización del poder coactivo es un dato al que se ha recurrido arbitrariamente para hacer la distinción.

La humanidad no ha encontrado nunca una razón convincente para darle tal categoría a un simple dato de organización. Los piratas del Mediterráneo, por ejemplo, eran numerosos y estaban bien organizados en la época de Julio César. Sin embargo, jamás constituyeron una *Polis*, y las violencias que ejercieron no fueron consideradas como leyes ni por ellos ni por los romanos.

Se ha dicho también que podemos distinguir el derecho de la fuerza, basados en el carácter de regularidad que suele poseer el primero. Esto último tampoco es cierto. Imaginemos a unos piratas que cobraran exactamente lo mismo por el rescate de sus cautivos, según una tarifa aprobada en una junta de bucaneros. Indudablemente no estarían aplicando el derecho, sino infligiendo un atropello a sus víctimas.

Los positivistas se hacen la ilusión de tener una actitud avalorativa, cuando afirman que son leyes todas aquellas que dicta un Estado, siguiendo determinados principios prestablecidos para la elaboración de las mismas. Con esta tesis no consiguen sino desplazar el problema, pues nos obligan a inquirir qué cosa es el Estado.

La teoría jusrrealista clásica considera que el único sistema viable al que podemos recurrir para hacer la diferenciación entre una banda organizada y un Estado, es el de averiguar si un conjunto determinado de hombres está unido por la justicia. Dice San Agustín:

Sin la justicia ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios? Y es una misma junta de hombres dirigida por el mando de un príncipe, vinculada por pacto de sociedad que distribuye el botín conforme a la ley establecida. Si este mal crece tanto con el concurso de hombres perdidos que tenga ya lugares, funde residencias, ocupe ciudades y sojuzgue pueblos, toma otro nombre más ilustre, llamándose reino, al cual se le concede ya al descubierto, no la ambición que no ha dejado, sino la impunidad que ha añadido. Y por eso, con mucha gracia y verdad, respondió cierto corsario siendo preso, a Alejandro Magno. Como este rey le preguntaba qué le parecía como tenía inquieto el mar, con arrogante libertad le dijo: ¿Y qué te parece a tí como tienes inquieto todo el mundo? Más yo, porque lo hago en un pequeño bajel, me llaman ladrón, y a tí, porque lo haces en gran escala, emperador.¹⁰

Este punto de la polémica podría resolverse, si llegáramos a tener un conocimiento científico de la justicia. Pero esto, afirman con razón

¹⁰ SAN AGUSTÍN. Cit. por TRUYOL y SERRA. *Ob. cit.*, pp. 164 y 165.

los positivistas, es imposible, pues tendríamos que aceptar como datos científicos las conclusiones que derivan de nuestros sentimientos, los cuales no pueden verificarse ni lógicamente ni experimentalmente. Si afirmáramos, por ejemplo, que sería justa la ley que contase con el apoyo de una mayoría, y que respetase el derecho de la minoría, se nos diría seguramente que estamos haciendo una profesión de fe, pero que no hemos enunciado ninguna teoría científica. En efecto, en dichas palabras se hallan involucrados varios dogmas, como son la igualdad fundamental de los seres humanos y el de la existencia de una persona en todos los individuos. Ahora bien, dichos principios los hemos adquirido a través de intuiciones sentimentales, que aun cuando hayan sido desarrolladas por la inteligencia, poseen un vicio de origen que los hace ajenos a cualquier observación científica.

Esta crítica del positivismo sería más consecuente, si él a su vez no partiera de axiomas parecidos. El positivista afirma que es válido todo conocimiento que podemos comprobar empíricamente. Pero con esto no hace sino trasladar la fe del jusnaturalismo en la intuición sentimental hacia la intuición sensible, y no hay ninguna razón de tipo lógico que los obligue a admitir que son más ciertos los conocimientos que adquirimos a través de los sentidos, que aquellos que aprehendemos a través de las "pasiones". Por otra parte, si recurrimos a la vía experimental, tan enaltecida por el positivismo, tendremos que recorrer las páginas de la historia, ya que ésta substituye al laboratorio cuando estudiamos disciplinas sociales. Ahora bien, recordemos que son razones de tipo histórico las que se aducen para fundamentar las graves acusaciones que pesan hoy sobre el positivismo jurídico. Sin detenernos a examinar la veracidad o falsedad de las imputaciones, podemos decir, provisionalmente, que la misma aplicación de las técnicas propuestas por el positivismo, puede convertirse en un arma que demuestre el error de sus primeros principios.

Creemos igualmente necesaria la revisión de las conclusiones a que actualmente lógicos y juristas por estructurar lo que Recaséns denomina la "lógica de lo razonable". Aunque no creemos que se llegue a elaborar a este respecto un instrumento de tanta precisión como el *Organon* de Aristóteles, si podemos esperar que se llegue a crear un método que dé más certeza a las conclusiones derivadas de la intuición sentimental. A estos efectos, sería deseable que los juristas emprendieran el estudio de la psicología moderna, la cual nos podría proporcionar quizás, una visión más clara de lo que Edmund Cahn llama "el sentido de la injusticia".

Creemos igualmente necesaria la revisión de las conclusiones a que llegaron los investigadores del siglo XIX, cuando consideraron los datos históricos referentes a la justicia: sospechamos que las mismas adolecen

de serios errores, los cuales trataremos de mostrar al final de este trabajo. No resultaría arriesgado afirmar que ha llegado probablemente el momento de intentar conseguir, a través de las vías mencionadas, un conocimiento más certero de la justicia, sin que nos detenga para ello la convicción de que nunca tendremos un concepto rigurosamente "científico" de la misma. Creo que un conocimiento "razonable" de la justicia, fundado en la prudencia, en la psicología y en la historia, nos serviría grandemente para mejorar y unificar los actuales sistemas jurídicos.

Si proseguimos examinando la exposición de Bobbio referente a las enseñanzas del positivismo jurídico entendido como *approach* para estudiar el derecho, hallamos la célebre distinción entre ser y deber ser, que los positivistas consideran absoluta, y que es, para nosotros, una división bastante relativa.

Es cierto que en ocasiones el ser no coincide con el deber ser; una cosa puede ser, sin que por ello deba de ser. Igualmente, un deber ser puede no llegar a ser; pero de esto podemos inferir que un deber ser puede llegar a ser, y en este caso, el deber ser si es un ser. Se ha afirmado también que los valores no son, sino que valen. Es verdad que los valores valen, pero no es menos cierto que son, pues de lo contrario no serían, y el no ser no es posible. El deber ser, que siempre va acompañado de un valor, tiene manifestaciones empíricas, y cuando se realiza, se convierte en una de las múltiples formas de ser.

Podríamos afirmar incluso, siguiendo la teoría agustiniana de la inexistencia del mal, que el deber ser es más ser cuando es, que el ser que no debe ser.

Cuando un deber ser se realiza, se convierte en un ser sujeto a una serie de modalidades. Para conocerlo resulta imprescindible considerarlo desde ambos puntos de vista, ya que en la realidad es un conjunto inseparable, donde se hallan vinculados, hasta confundirse, el ser con el deber ser. En el ser de las obras de la cultura, se halla necesariamente inserto un valor. Una obra de arte es tal, si el artista ha logrado realizar lo bello. Una teoría es científica solamente cuando es verdadera; y un ordenamiento es ley, únicamente si prescribe lo justo.

Por otro lado, si los positivistas fueran consecuentes, estudiarían las obras culturales a partir del sentido y el fin de las mismas, supuesto que pertenecen a la esfera del deber ser; pero el positivismo, en este punto, se contradice violentamente, como ya lo observó Preciado Hernández, en ocasión de una crítica hecha a la obra de Kelsen. El jurista vienés, en efecto, coloca al derecho dentro del mundo del deber ser, para estudiarlo, acto seguido, con las categorías propias del ser. Ahora bien, si aplicáramos este método rigurosamente, nunca podríamos aclarar los campos, e incluso llegaríamos a extrañísimas conclusiones. Sería po-

sible, por ejemplo, confundir un código con un libro de versos, ya que desde el punto de vista de los hechos, ambos volúmenes significan lo mismo. Si queremos diferenciarlos, tendremos que recurrir a las intenciones que movieron a los autores a escribirlos, los cuales nos conducirán de inmediato al mundo de los valores.

Cierta corriente, derivada del positivismo, acepta que el derecho es una obra cultural, que intenta realizar determinados valores. Sostiene que el fin propio del derecho es lograr la certeza jurídica, y no la institución de un orden justo. Aunque dejamos para más adelante la discusión de fondo a este respecto, nos permitiremos señalar, por lo pronto, una ilusión infundada que se halla implícita en esta teoría.

Los positivistas han procurado substituir la justicia por la certeza, movidos por el anhelo de trabajar con elementos tangibles. Consideran que la certidumbre jurídica puede deducirse del estudio de las leyes, sin que sea necesario para ello recurrir a valoraciones. Ahora bien, cuando enfrentamos una conducta humana con una norma jurídica, estamos realizando un juicio de valor y no un juicio de hecho, como lo han demostrado todos los juristas que han estudiado recientemente el problema de la interpretación de la ley. En realidad, si examinamos el derecho vigente a partir de un valor, tendremos que adoptar un método axiológico necesariamente, mismo que no podremos abandonar aunque hayamos modificado los valores. La substitución de la justicia por la certeza, no puede proporcionarnos una vía que nos permita estudiar el derecho desde el punto de vista del ser.

Finalmente, debemos considerar el ejemplo del lingüista, hacia el cual nos remite Bobbio para probarnos la sin razón del *jusnaturalismo*. Si pensamos que el fin principal del lenguaje es el de servir de medio de comunicación entre los seres humanos, nos percataremos que cualquier lenguaje es válido, si a través de él nos entendemos con nuestros semejantes. Dentro de este campo, el valor utilidad precede a la belleza o a la corrección; por ese motivo, el lenguaje puede estudiarse con relación a su eficacia, es decir, empíricamente. En el derecho, las cosas son diferentes, pues la misma certeza jurídica está condicionada por una serie de valoraciones. Dice Bobbio, al finalizar el párrafo que hemos transcrito, que el jurista tiene por objeto de estudio el derecho que es, y no sólo el que debe ser. Ahora bien, es fácil darse cuenta de que ningún *jusnaturalista* se ha negado a estudiar las leyes injustas, pues necesita conocerlas para distinguirlas de las leyes justas. Se afirma que pertenecen a la historia del arte todos los intentos frustrados por conseguir la belleza, y a la del derecho, todos los regímenes no son propiamente jurídicos. Por lo tanto, aceptamos que corresponde al jurista estudiarlos, pues a él le toca determinar si un imperio fue justo o sólo un "gran latrocinio".

III

El positivismo jurídico como teoría

Por positivismo jurídico como teoría entiende aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano: el Estado... 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 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 subdivisiones...¹¹

Santo Tomás sabía perfectamente que la nota de coercibilidad sirve para distinguir la norma jurídica de la norma moral o de la religiosa.

Una persona privada no puede inducir eficazmente a la virtud; puede únicamente amonestar; pero si su amonestación no es atendida, no tiene la fuerza coactiva que debe tener la ley para inducir eficazmente a la virtud, como dice el filósofo. Y como esta fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública a la que pertenece inflingir penas, síguese que el poder de legislar es exclusivo de la comunidad, o de quien la representa.¹²

El jusnaturalismo clásico considera, sin embargo, que la nota de coercibilidad es insuficiente para definir el derecho positivo, supuesto que la desobediencia a las órdenes injustas, que tienen apariencia de leyes, suele traer aparejado un castigo. Además, la coercibilidad es una característica externa, y nos nos dice nada respecto a la verdadera naturaleza de la norma jurídica.

El derecho, como toda obra cultural, debe ser definido a partir del fin que persigue. Ahora bien, la norma jurídica tiene un fin inmediato, el bien común, y uno mediato, que es el perfeccionamiento moral del sujeto que la obedece.

El derecho, según Preciado Hernández, "es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común".¹³ La norma jurídica, debe ser

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.*, p. 45.

¹² SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Ob. cit.*, 1-2 q. 90 a 39

¹³ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de filosofía del derecho*. Edit. Jus, México, 1965, p. 268.

positiva (por lo mismo coactiva), justa (social), e idónea para conseguir el bien común (eficaz). Con esta definición sí podemos diferenciar a la norma jurídica de la norma moral o de la religiosa (que no tiene carácter coactivo), de los convencionalismos sociales (que no persiguen el bien común) y de los mandatos arbitrarios (que nunca pueden ser justos, ya que toda ilegalidad implica una injusticia).

Bobbio afirma que para el positivista, la norma jurídica es un mandato, o sea, un acto que precede exclusivamente de la voluntad del legislador. Supongo que ningún positivista ha negado que todo acto de voluntad va precedido de un razonamiento. Así, pues, debemos interpretar esta doctrina en el sentido de que a la ciencia jurídica no le corresponde juzgar o conocer las razones del legislador, y que sólo debe interesarse en la norma a partir del momento en que ha sido promulgada, o sea, cuando ya se ha integrado en un orden jurídico positivo.

Para Santo Tomás, la ley es algo que pertenece más bien a la razón. Las normas jurídicas, antes de serlo propiamente, son juicios enunciativos acerca de lo justo y de lo injusto. Cuando estas enunciaciones son transformadas por la autoridad legítima en juicios imperativos, nos encontramos con una ley perfecta, o sea, con "una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad".¹⁴

El angélico menciona, como objeción a su definición, la doctrina que hace de la ley un acto propio de la voluntad. "La ley mueve a obrar rectamente a los que le están sujetos. Pero la moción a obrar como antes probamos es propia de la voluntad. Luego la ley no pertenezca a la razón, sino más bien a la voluntad, como dice el jurisconsulto: la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley."¹⁵

Santo Tomás contesta lo anterior en los siguientes términos:

La razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad, como queda dicho; pues por lo mismo que la razón apetece el bien, la razón impera acerca de los medios que a él conduzcan. Sin embargo, para que la voluntad, al apetecer esos medios, tenga fuerza de ley es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse el que la voluntad del príncipe se constituye en ley. De otro modo no sería ley, sino iniquidad.¹⁶

Como vemos, Santo Tomás vuelve a remitirnos a la justicia, mientras que los positivistas, fieles al voluntarismo, consideran únicamente el principio de legalidad. Hans Kelsen, incluso, ha llegado más lejos,

¹⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Op. cit.*, 1-2 q. 90 a 4^o

¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Op. cit.*, 1-2 q. 90 a 1^o

¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Op. cit.*, 1-2 y. 90 a 2^o

pues afirma que esto último no puede ser estudiado por la ciencia del derecho.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anti-constitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. *La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la facultad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito... Igualmente, la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial.¹⁷

Si aceptamos este punto de vista, tendremos que reconocer, junto con Kelsen, que la ciencia jurídica debe limitarse al estudio de la estructura lógica del orden jurídico positivo y las ciencias jurídicas particulares, deberán describir solamente las normas que dice el legislativo, según la interpretación que haga de ellas el órgano competente. Ahora bien, cuando un hombre se encuentra ante una norma jurídica, suele preguntarse varias cosas: 1) Si le concierne; 2) Si la norma es justa; 3) Si ha sido dictado por una autoridad competente. Y si la ciencia del derecho no contesta ninguna de estas interrogaciones, se revela como un conocimiento totalmente inútil.

El jusnaturalismo clásico ha sido más consecuente que los positivistas a este respecto. Ha observado que el derecho no puede conocerse a través de la razón especulativa y lo ha estudiado a través de la razón práctica. O sea, ha prescindido de la ciencia y ha recurrido a la "sabiduría". Con este sistema logró elaborar una teoría jurídica de alcance universal, en la que hallamos respuestas acerca de lo legal y de lo justo.

Los positivistas podrán argüir que las conclusiones de la sabiduría carecen de certeza. Si después de decirlo desean proceder lógicamente deberán escoger entre dos soluciones: 1) Tratar de hallar los medios que hagan ciertas dichas conclusiones; 2) Intentar el hallazgo de un nuevo método cognoscitivo. Pero la solución que ellos han escogido, o sea, la de conocer el derecho por medio de la lógica, es evidentemente

* Según estas palabras de Kelsen, toda crítica de arte está compuesta por juicios de hecho, pues las obras que se comentan, "han sido creadas por actos acaecidos en el espacio y en el tiempo".

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 56 y 57.

errónea, ya que la materia jurídica se vuelve impenetrable ante su método positivo.

Bobbio trata en el inciso dedicado al positivismo jurídico como ideología, la acusación que se ha lanzado en contra de esta doctrina, de haber ayudado al triunfo de los regímenes totalitarios. Creo, sin embargo, que sería más fácil presentar la acusación en contra del positivismo jurídico en su aspecto de teoría.

Como hemos dicho, el positivismo jurídico prohíbe a la ciencia del derecho examinar las razones que motivan la decisión del legislador. Esas razones, se dice, están más allá del derecho.

Claro que la mayor parte de los positivistas nos permiten discutir sobre la justicia o injusticia de una norma; afirman que es un derecho que poseen todos los hombres, pero no el jurista en tanto que jurista, o mejor dicho, el jurista en tanto que científico. Esta tesis la debemos relacionar con la teoría de los "tres estados", de Comte, en la que se explica, muy claramente, que sólo tiene validez el conocimiento científico, pues los sistemas teológicos y metafísicos son simples elucubraciones de mentes infantiles o inmaduras. De aquí podemos deducir cuál es el valor que confieren los positivistas, a las conclusiones que se hagan, respecto a la justicia o a la injusticia de una norma o de un orden jurídico.

Si descendemos al terreno de la práctica, podremos observar cuál sería el resultado de aplicar la teoría positivista de la justicia, en ciertos casos muy determinados. Supongamos (cabe en lo posible) que Hitler hubiera sido capturado por las fuerzas aliadas, y juzgado por el Tribunal de Nuremberg. Si se le hubiera acusado de haber ordenado la muerte de seis millones de judíos, Hitler hubiera contestado que tenía facultades para legislar sobre ese punto, según la interpretación de las leyes respectivas, que había sido hecha por el Supremo Tribunal del Reich. Si el fiscal hubiera dicho que no importaba en ese caso la legalidad, sino la justicia, Hitler hubiera podido responder que el último concepto no concernía al derecho, y que ningún tribunal del mundo podría condenarlo, pues no había violado ninguna norma jurídica positiva. Si los miembros del tribunal hubieran sido positivistas, habrían tenido que absolverlo, pues técnicamente hablando, Hitler no había cometido ningún delito.

Dentro de la teoría positivista se halla involucrada esta tesis: ninguna autoridad puede ser condenada, mientras no haya actuado fuera de los límites que le asigne el legislador. Y esto último, está probado, sirve para dejar sin castigo múltiples y graves injusticias.

El jusrrealismo clásico hizo una distinción entre el tirano en cuanto al título y el tirano en cuanto al régimen. Santo Tomás, que en este punto es un autor moderado, sostiene que al tirano en cuanto al título

se le puede despojar de la vida en cualquier momento o circunstancia, siempre que se cuente con el apoyo expreso o tácito del pueblo. Existe el derecho de matar al tirano en cuanto con el apoyo expreso o tácito del pueblo. Existe el derecho de matar al tirano en cuanto al régimen, cuando el pueblo, reunido en asamblea, haya votado su muerte. El jesuita español, Juan de Mariana, hizo una serie de rectificaciones a la teoría de Santo Tomás. Señala primeramente, que el tiranicidio no es un derecho de los súbditos, sino más bien un deber.

Si ves que en tu presencia están atormentando a tu madre o a tu mujer y no la socorres pudiendo, incurres en la represión de cruel, cobarde e impío ¿Y vas a dejar que la patria, a la que debemos más que a los padres la veje y oprima el tirano a su gusto? Mientras que persista la tiranía, desde su primer día hasta el último, ha de tener frente a sí la oposición de todos los que no sean crueles, cobardes o impíos; con el que atormenta o veja a nuestra madre, no es posible ni tolerancia ni mansedumbre. La tiranía ha de suscitar una continua efervescencia entre los buenos y honrados patriotas, que por librar a la patria de este tormento no ya pueden, sino que deben tomarse la justicia por su mano.¹⁸

En segundo lugar, Mariana indica que es absurdo el requisito que pide Santo Tomás para disponer de la vida del tirano en cuanto al régimen, o sea, la de esperar a que el pueblo se reúna en asamblea, y expresamente la condene a muerte. El jesuita español, con mayor realismo que el angélico, hace ver que esto es imposible, supuesto que el primer cuidado del tirano es suprimir la libertad de reunión. Así pues, cualquier particular puede tomar esa decisión, y exterminar "a esos hombres pestíferos y criminales... a estas bestias con apariencia de hombres".¹⁹

Como podemos observar, el jusrrealismo clásico se preocupó no sólo por definir la justicia, sino por encontrar los medios adecuados para evitar el ejercicio injusto del poder. Pero por obra del positivismo:

la idea de justicia fue socavada hasta el máximo en la total formalización del derecho, llevada a cabo al comienzo del siglo xx, según la cual la justicia no significa otra cosa que la exigencia de una carencia formal de contradicciones en la producción del derecho, y no posee ningún contenido materialmente normativo... No se podía esperar, por lo tanto, sino lo que aconteció: que un día una voluntad política, despojada de todo escrúpulo religioso, barriera lo que todavía había quedado de la tradición de justicia, y proclamara la voluntad del poder estatal como la única instancia rectora en materia de

¹⁸ MARIANA, Juan de. *Del Rey y de la Autoridad Real*.

¹⁹ MARIANA, Juan de. *Op. cit.*

derecho. El Estado totalitario no es más que el positivismo jurídico convertido en práctica política, la efectiva abrogación de la idea de la Antigüedad y del Cristianismo de un "derecho natural" divino. Si no hay ninguna norma divina de justicia, entonces tampoco hay ninguna medida crítica para aquello que a un Estado se le antoje proclamar como orden jurídico. Si no hay ninguna justicia supraestatal entonces el Estado puede proclamar como derecho lo que le acomode, y entonces el arbitrio de éste no tiene más límite que el de su poder efectivo para ejecutar su voluntad. Si esto lo hace el Estado en la forma de un sistema lógico cerrado, entonces cumple aquella única condición a la que, según la concepción jurídica formalista, está ligada la juridicidad del derecho. El Estado totalitario es el resultado forzoso de aquel proceso de ruina de la idea occidental de justicia, proceso que se hallaba en curso desde largo tiempo antes.²⁰

Nos resta mencionar solamente la última defensa que hacen los positivistas respecto al cargo que examinamos. Afirman que es injusto hacerlos responsables de la existencia de los Estados totalitarios, pues éstos hubieran surgido necesariamente, aunque hubiesen carecido de una filosofía jurídica que les sirviera de apoyo. Dicen que el pensamiento no condiciona a la acción.

Si aceptamos este punto de vista, tendremos que negar la relación que hubo entre Marx y Lenin, entre Rousseau y Mirabeau, entre Hegel y Hitler. Equivaldría a afirmar que la obra de Lutero no es un antecedente de la libertad de conciencia, o que las enseñanzas de la escolástica no sirvieron para frenar el racismo en la América Española.

Finalmente —dice Bobbio— por lo que respecta a la relación entre ideología del positivismo jurídico y dictadura, es extraño como se tiende a olvidar fácilmente 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 hasta Kant, para poder contener el despotismo, o sea, como frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de la extralimitación del poder ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegiados.²¹

La observación de Bobbio es verdadera, pero podemos considerarla incompleta. En efecto, nadie reprocha a los positivistas sus principios éticos fundamentales; lo que suele aducirse en su contra, es que destruyeron las bases que sostenían el concepto de justicia en el mundo occidental, y que nunca pudieron volver a cimentarlas. Por lo demás, los

20 BRUNNER, E. *La justicia*, UNAM, 1961, pp. 12 y 13.

21 BOBBIO. *Op. cit.*, pp. 53 y 54.

positivistas no necesitan defenderse, pues siempre procedieron con buena fe y honradez. La actitud de Kelsen ante el nazismo, simboliza la reacción del positivismo en los Estados totalitarios, y absuelve a los positivistas de cualquier cargo que pudiera lanzarse en su contra, como lo hace notar Norberto Bobbio.

IV

El positivismo jurídico como ideología

Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca con el derecho ideal. Esta atribución se realiza a menudo a través de los tipos de argumentación: 1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopte 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.²²

Es totalmente inútil referirse al primer punto, supuesto que Bobbio afirma que nunca ha sido sostenido por ningún jurista, ni siquiera por Hobbes. En el segundo, encontramos expuesta con gran habilidad, la teoría que pretende hacer de la certeza el fin propio y primero del derecho. La justicia vendría a ser un fin deseable, pero no imprescindible.

Si esta tesis fuera cierta, nos seguiríamos rigiendo por antiquísimas leyes tribales, ya que toda modificación en el orden jurídico, provoca un grado variable de incertidumbre. Si el legislador considerara más importante a la certeza que a la justicia, tendría que dimitir de sus funciones, supuesto que cada ley viene a modificar las relaciones del grupo, lo cual trae consigo una serie de nuevas formas existenciales; cuando las modificaciones jurídicas son múltiples y profundas, provocan una crisis en la conciencia del pueblo. Ahora bien, todos estos percances pueden evitarse si el derecho permanece inmutable; pero normalmente, todos sentimos que el cambio es necesario, puesto que la realidad social debe irse ajustando al concepto de justicia. Además,

²² BOBBIO. *Op. cit.*, pp. 46 y 47.

al aceptar esta tesis, le negamos al derecho la razón misma de su existencia. El derecho nace y se conserva para evitar la anarquía, en la cual sí pueden encontrar los hombres una absoluta certeza. En el estado de naturaleza, en efecto, todos los hombres están seguros de que impondrá el llamado derecho del más fuerte. Si nos organizamos jurídicamente, es precisamente para evitar una injusticia de la que estamos ciertos. Todo esto fue expuesto por Calicles, quien demostró al respecto profunda perspicacia.

V

Crítica positivista al iusnaturalismo clásico. Dice Bobbio:

En contra de la primera posición del iusnaturalismo aquella tradicional 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 mismos, con valor absoluto y universal. Las pretendida leyes primarias son meramente formales (como *bonum faciendum*, *male vitandum*) y por consiguiente pueden ser llamadas con cualquier contenido e interpretadas por cada uno a su manera... 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.²³

Esta objeción parte de una tesis discutible, y la conclusión del positivismo es evidentemente contradictoria. Las diferentes escuelas que la han sustentado se han complacido en señalar las costumbres de ciertos pueblos, que repugnan al sentido occidental de la justicia, y de allí han deducido que esta última es evidentemente relativa y variable. Nos recuerdan, por ejemplo los casos de antropofagia, la esclavitud, el incesto entre los gitanos, la muerte dada a los niños deformes en Esparta, la poligamia, el abandono de los ancianos en las regiones polares, el sacrificio de la viuda hindú, etcétera, para demostrar la veracidad de sus afirmaciones.

Si en lugar de analizar dichas costumbres aisladamente, las estudiamos en relación con el sistema normativo del cual forman parte, nos daremos cuenta de que constituyen simples excepciones, ya que la moral del grupo que la practica, contemplada en conjunto, es semejante a la de las otras naciones. Si consideramos, por otro lado, las valoraciones

²³ BOBBIO. *Op. cit.*, pp. 72 y 73.

que las han hecho posibles, nos percataremos que no son sino la enunciación jurídica de una serie de falsos principios de antropología filosófica, y no derogaciones del sentimiento universal de justicia.

El concepto de justicia es en general el mismo en todos los tiempos y en todos los lugares. Los primeros principios han sido respetados por todos los pueblos, los cuales han disentido únicamente en las últimas conclusiones. Todas las legislaciones prohíben el homicidio injustificado, el adulterio, el robo, la violación, el engaño, y consideran justa la legítima defensa de la vida, del honor o de los bienes. En lo que han diferido las naciones, es en el concepto y en la atribución de la personalidad jurídica.

Los espartanos, por ejemplo, creían que la personalidad jurídica era un atributo que sólo podía concederse a los guerreros y a sus familiares; un niño inválido, incapaz de luchar en los futuros combates, era visto como un ser sin derechos, y se le eliminaba para evitarle una carga a la nación.

Los esquimales, condicionados por la escasez de las regiones árticas, y sujetos a mitos tribales, despojan a los ancianos de su calidad de personas, supuesto que un hombre improductivo, pone en peligro la economía del clan o de la tribu. En los casos de antropofagia, de esclavitud o de racismo, encontramos el mismo fenómeno: se le niega la calidad de sujeto de derecho a la víctima, o simplemente se le considera ajena a la especie humana. Pero en Esparta, en el centro de África, en Roma, en Alemania o en Rhodesia, en todas partes encontramos un sistema vigente de justicia similar al de todas las naciones, que como es natural, se aplica exclusivamente a las "personas jurídicas". Las situaciones que hemos mencionado, no indican una modificación en el concepto de la justicia, sino un error evidente de antropología filosófica.

El concepto de persona, ha hecho variar también el contenido de las legislaciones. El Estado totalitario y el Estado liberal atribuyen una distinta calidad al hombre, lo que trae como consecuencia una diferente organización jurídica. Esto viene a confirmar nuestra tesis, pues ambos sistemas dan al individuo aquello que consideran que merece. Creo, pues, que si es lícito afirmar la existencia de un sentimiento universal de justicia, que en términos generales, han conocido todas las naciones. Lo que ha variado constantemente es el concepto de persona, aunque no tanto como normalmente se suele pensar. Así, en la mayor parte de los países en donde existió la esclavitud, los esclavos gozaron de un mínimo de derechos, sin los cuales no les hubiera sido posible existir.

En cuanto a la conclusión que menciona Bobbio, deducida de la teoría de la mutabilidad de la justicia, que sostiene como único criterio del bien y del mal, la opinión de la autoridad constituida, podemos

considerarla completamente contradictoria. En efecto, si no hay una justicia absoluta, tampoco puede hablarse de una relativa, supuesto que nos falta el fundamento de esta última. La persona del gendarme no puede substituir a la naturaleza, ni mucho menos a la razón divina. Decir que la única medida de la justicia es la organización de la fuerza, es simplemente negar la existencia de la justicia. Y éste es el punto clave de la discusión que sostienen el positivismo jurídico y el jusnaturalismo clásico.