

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Advertencia*. 2. *Origen del positivismo moderno*. 3. *Supuestos culturales del positivismo*. II. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO. 1. *El positivismo científico*. 2. *El positivismo jurídico*. III. APORTACIONES FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO. 1. *Planteamiento*. 2. *El derecho positivo nacional*. 3. *El orden normativo constitutivo del estado*. 4. *El derecho internacional*. IV. CONSECUENCIAS CRÍTICAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Advertencia*

Este ensayo tiene por objeto hacer una presentación breve de la corriente doctrinal en el campo de la jurisprudencia, conocida como 'positivismo jurídico'. No es una exposición de las posturas teóricas particulares de los diversos autores a los que puede considerárseles "positivistas". Ciertamente, contendrá algunas indicaciones históricas, con el fin de que el lector tenga una orientación esquemática sobre algunas de las circunstancias culturales en las que hace su aparición el positivismo jurídico. El objetivo fundamental de este trabajo consiste en presentar la problemática planteada a esta corriente doctrinal sobre el tema del derecho, los supuestos filosóficos y metodológicos con los que maneja su objeto de conocimiento, así como sus rendimientos teóricos centrales.

De lo anterior se sigue que la exposición será de carácter objetivo, interesada más en la sustancia del enfrentamiento histórico con otras

* Licenciado en Derecho UNAM; Profesor por oposición (1968) de Introducción al Estudio de Derecho de la misma universidad. Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación (1968-1969); Embajador de México ante los gobiernos de Austria y Hungría (1973-1975); Embajador de México ante el gobierno de Alemania (RF 1976); Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1983-1985); Investigador Nacional (SNI) (1984-1985); Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (desde 1985); presidente de la misma (1991-1994); etc. Profesor Titular de Teoría del Derecho (ITAM) de 1994 a la fecha.

corrientes jurisprudenciales, como la del iusnaturalismo, que en el relato de las diversas posiciones individuales de los autores que se alinean en los campos doctrinales en contienda. En el trabajo se pone especial énfasis en la posición adoptada por Hans Kelsen (1973-1981), por ser este autor el más conspicuo de los positivistas y el que ha desarrollado la problemática de esta postura de una manera más completa y consecuente.

2. Origen del positivismo moderno

No existe una definición única de la palabra 'positivismo'; todos los autores que la utilizan le confieren diverso significado. La expresión 'positivismo' designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, algunas de las cuales se encuentran en relativa oposición entre sí. Sin embargo, como dice Abraham Kaplan, puede distinguirse entre un positivismo del siglo diecinueve y un positivismo del siglo veinte,¹ a pesar de que ambos tienen como origen común el gran movimiento cultural del siglo dieciocho conocido como "La Ilustración" o "El Iluminismo". Para caracterizar la peculiaridad histórica de este movimiento cultural debemos citar las memorables palabras de Immanuel Kant (1724-1804), quien en muchos aspectos puede ser considerado como uno de los autores que más condicionó el nacimiento del positivismo filosófico:

La ilustración consiste en el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad. Él mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la conducción de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. ¡*Sapere aude!* ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración.²

Newton dijo *Hypothesis non fingo* y construyó el sistema del universo a partir de *phenomena* establecidos por observadores tan conspicuos como, por ejemplo, Tycho Brahe (1546-1601). Estos *phenomena* eran representaciones matemáticas o geométricas de las observaciones realizadas, durante pacíficos años de acucioso trabajo, sobre las posiciones relativas de los planetas en el sistema solar, así como descripciones de las órbitas de los mismos. Sus leyes del movimiento y el principio de gravitación universal habían dado cuenta y razón de todos estos *phenomena*, construyendo el sistema del universo con elementos puramente

¹ Vid. "Positivism en Sills, D.L. Ed., *International Encyclopaedia of social sciences*, Nueva York, Macmillan, 1968, p. 389.

² *Ensayo sobre la Ilustración*. (Párrafo introductorio).

racionales, de fundamento matemático, sin ayuda de hipótesis de origen divino o mandatos eclesiásticos.

El hombre adquirió confianza en su propio entendimiento y en la autonomía de su razón. Desde entonces es posible comprender de manera autónoma, independiente de toda religión o autoridad, el sistema del mundo. La teología y la metafísica fueron citadas ante el tribunal de la ciencia y fueron descalificados sus pretensiones cognoscitivas y morales, declarándolas no confiables e insuficientemente justificadas por los únicos patrones disponibles para el ser humano: su propia y limitada razón y experiencia. El hombre asume su autonomía y se dedica a construir y reconstruir, de manera completamente independiente de cualquier autoridad o tradición, los conocimientos que lo orientan dentro de este mundo y las instituciones en las que vive. La ciencia se convirtió en el instrumento de esta revolución del pensamiento.

2. Supuestos culturales del positivismo

No es necesario exponer aquí las aportaciones fundamentales de los autores Descartes (1596-1650), Hume (1711-1776), Locke (1632-1704), Berkeley (1685-1753), Bacon (1561-1626), Kant, Mach (1838-1916), Avenarius (1843-1896), Comte (1798-1857), miembros el Círculo de Viena que prepararon y consumaron el advenimiento del positivismo de los siglos XIX y XX. En todos ellos se contienen contribuciones de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos supuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre cierto tipo de problemas, con una manera especial de abordarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición con las ciencias empíricas.

El positivismo no es un paradigma determinado, concluido, definitivo, como un código de leyes caído del cielo, sino una posición filosófica ante los problemas más acuciantes del conocimiento y la moralidad. El postulado fundamental es que la ciencia es el único criterio de verdad; la ciencia es la "medida" de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe, así como de aquello sobre lo que tiene sentido la formulación de preguntas y la obtención de respuestas correctas. Si la Edad Media fue una época en la que la totalidad de la vida estaba permeada por la religión, al grado que no existía una sola actividad que no tuviera una coloración ultramundista, el positivismo creó un ambiente radicalmente antimedieval en donde ninguna cuestión religiosa tenía cabida o podía legitimarse. Si la ciencia es el único conocimiento válido, sólo los hechos empíricos son objeto de el conocimiento. El positivismo niega la posibilidad de cualquier otro conocimiento que no sea el conocimiento de hechos empíricos observables y, por tanto, niega la

existencia de fuerzas o acontecimientos de carácter trascendente, ultramundista o metafísico. Hume expresa todo esto de una manera muy impresionante y radical:

Cuando uno recorre las bibliotecas persuadido de estos principios ¿qué destrucciones tenemos que realizar? Si tomamos en nuestra mano cualquier volumen, por ejemplo sobre la divinidad o una escuela de metafísica, preguntémosnos *¿contiene cualquier razonamiento abstracto relativo a la cantidad o al número?* No. *¿Contiene algún razonamiento experimental relativo a alguna cuestión de hecho y existencia?* No. Arrojémoslo a las llamas, porque no contiene otra cosa que sofistería e ilusión.³

II. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO

1. *El positivismo científico*

El positivismo determina tanto el tipo de conocimiento que es legítimo o válido, como la clase de objetos que pueden ser materia de un conocimiento científico. En este sentido, es fundamental mencionar la posición de Mach, cuya influencia durante el siglo pasado fue determinante en la evolución de la física y de la filosofía. Según Mach, la ciencia provee descripciones concretas de las interdependencias funcionales entre fenómenos. Los elementos que se encuentran relacionados por las leyes científicas son experiencias puras que no son ni mentales ni físicas, sino datos neutrales, susceptibles de ser considerados por todas las ciencias, las cuales se distinguen entre sí por la manera peculiar de interrelacionar estos elementos. Las ciencias sólo pueden proporcionar descripciones de las relaciones que guardan los fenómenos; pueden determinar *cómo* acontecen los fenómenos, no *por qué* acontecen. Para el positivismo, cualquier intento de explicación de un acontecimiento mediante la contestación a la pregunta: '¿por qué?', es intento metafísico.

Esta última observación puede describirse de la siguiente manera:

- (1) Sólo hay fenómenos y leyes descriptivas de los fenómenos; por tanto, el objeto de las consideraciones científicas son experiencias empíricas; a este principio lo podemos llamar '*emp 1*'.
- (2) Las ciencias se distinguen entre sí por la manera peculiar de organizar los fenómenos y por los particulares puntos de vista que utilizan para llevar a cabo su tarea descriptiva; a este principio lo podemos llamar '*emp 2*'.

³ *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Aguilar, 1973, p. 184.

- (3) Debe rechazarse toda explicación metafísica, que vaya más allá de los límites estrictos de las ciencias empíricas; a este principio lo podemos llamar 'emp 3'.

2. El positivismo jurídico

Los principios del positivismo filosófico se aplican estrictamente al positivismo jurídico, pudiendo desprenderse de ellos las características fundamentales de los diversos usos que la expresión 'positivismo jurídico' ha tenido en el transcurso del tiempo.

Kelsen afirma que por 'positivismo jurídico' debe entenderse toda teoría del derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio al derecho positivo y rechaza como derecho a cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del "derecho natural".⁴ En este concepto de positivismo jurídico encontramos consignados los tres principios que hemos determinado para el positivismo filosófico. En realidad, el positivismo jurídico, con sus diversos matices, puede ser considerado como una aplicación, más o menos consecuente, de nuestros tres principios *emp*.

El objeto de consideración de la ciencia jurídica son las normas positivas, las que son consideradas como las experiencias fundamentales a las que debe referirse la ciencia del derecho. A este principio podemos denominarlo 'emp jur 1'.

La función de la ciencia jurídica consiste en la descripción de las relaciones funcionales existentes entre las normas positivas, objeto de la ciencia jurídica. A este principio podemos denominarlo 'emp jur 2'.

Debe rechazarse toda teoría que afirme la existencia de normas no positivas, cualquiera que sea la fuente o el origen de ellas, como metafísica jurídica. A este principio podemos denominarlo 'emp jur 3'.

—Señala Bobbino (1909)— los tres principios se corresponden, en mayor o menor medida, aunque no de manera directa, con los "tres aspectos diferentes, desde los cuales se ha presentado históricamente (el positivismo jurídico): (1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; (2) como una determinada teoría o concepción del derecho; (3) como una determinada ideología de la justicia."⁵ No es necesario exponer la caracterización que de estos tres aspectos hace Norberto Bobbio en sus ensayos sobre el positivismo jurídico, baste decir que existe la correspondencia señalada anteriormente. También es fácil relacionar lo dicho

⁴ "Was ist juristischer Positivismus", en *Juristen-Zeitung*, Núm. 20, Jahrgang, Heft 15/16, pp. 465-468.

⁵ *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, pp. 39-40.

hasta ahora con los cinco temas fundamentales que presenta H.L.A. Hart (1907-1994) en su ensayo "Legal Positivism" publicado en *The Encyclopaedia of Philosophy*.⁶

II. APORTACIONES FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

1. *Plantamiento*

Es conveniente señalar al efecto cuál ha sido la determinación de su objeto de conocimiento, la forma como lo ha determinado o constituido, para utilizar terminología kantiana, y cuál ha sido la posición que ha asumido en relación con el eterno problema y tema filosófico del derecho natural.

Estos tres puntos se encuentran entrelazados de manera inescindible. Para fines expositivos haremos las divisiones mencionadas. En nuestra exposición seguiremos primordialmente la teoría de Kelsen, en el entendimiento de que los temas que se abordan se encuentran contenidos en las obras de otros autores positivistas como Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859), Hart, algunos de los cuales se encuadran dentro de la corriente analítica de la jurisprudencia y comparten, en gran medida, el punto de vista del positivismo jurídico.

Los temas centrales de toda ciencia, hablando positivístamente, son, en primer término, la determinación de **los elementos objeto de su consideración**; y, en segundo término, el establecimiento de **un criterio unificador descriptivo de su objeto de conocimiento**. En este segundo aspecto se trata de establecer **la unidad del concepto del objeto de estudio**.

Es un hecho histórico que juristas y filósofos de distintas corrientes, han admitido diversas tesis que afirman la existencia de una pluralidad de órdenes normativos, distintos entre sí, que se presentan con pretensiones de validez, o lo que es igual, con la pretensión de normar, de manera obligatoria, la conducta humana. Podemos decir de manera sumaria, que los órdenes normativos que se presentan con esta pretensión de validez, cualquiera que sea su fundamento, son en principio los siguientes:

- a. El derecho positivo nacional.
- b. El orden normativo constitutivo del Estado.
- c. El derecho internacional.

⁶ Cf.: EDWARDS, Paul. Ed., Nueva York, Macmillan & Free Press, 1968, t. iv, pp. 418-420.

- d. Las normas morales, de cualquier tipo.
- e. El derecho natural.
- f. Las normas religiosas, de cualquier tipo.
- g. Las normas convencionales o convencionalismos sociales, de cualquier tipo.

Es pertinente observar en este lugar que la obra teórica de Kelsen presenta la hipótesis que logra la unificación de los primeros tres órdenes normativos, que en conjunto constituyen lo que es considerado como derecho positivo. Más adelante se harán algunas consideraciones sobre los restantes órdenes de normas, desde el punto de vista de las tesis adoptadas por el positivismo.

2. *El derecho positivo nacional*

La teoría del derecho se ha ocupado de manera constante del derecho positivo nacional. Sin embargo, la diversidad de doctrinas en relación con estos temas, no dejan duda alguna sobre el hecho de que todos los tratadistas afirman la existencia de un conjunto de normas, a las que le dan el nombre de 'derecho y que, de una u otra forma, las consideran el prototipo de las normas jurídicas. Este conjunto de normas, delimitado con mayor o menor precisión, se integraría por el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo y, el derecho mercantil. Estos complejos normativos eran considerados, en el siglo pasado, como el prototipo del derecho nacional. A él estaban dirigidas las consideraciones teóricas de los juristas dogmáticos.⁷

3. *El orden normativo constitutivo del Estado*

Paralelamente al derecho positivo nacional de carácter privado o público, se presenta a la consideración de los juristas el derecho constitutivo del Estado, a veces identificado con el derecho público. Lo que importa señalar es que muchos de los teóricos del Estado consideraban a éste como un objeto específico regido por un orden normativo (no siempre identificado con el derecho público), por normas propias, de naturaleza social, positivas, que determinaban el comportamiento de los sujetos titulares de los órganos del Estado de una manera tan rígida que podía considerarse que operaban con la misma efectividad de las leyes naturales. El Estado constituía un objeto de estudio propio, independiente del

⁷ No es pertinente en este ensayo hacer referencia a otras épocas históricas. El lector interesado en ello puede consultar Harold J. BERMAN *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press. 1983.

derecho, aunque en relación estrecha con él. El derecho público generalmente era el derecho que se relacionaba con el Estado. La relación entre los derechos nacionales y el orden del Estado no estaba claramente delimitado.

4. *El derecho internacional*

Por otra parte, desde tiempo atrás venía desarrollándose un cuerpo doctrinario muy importante y de profundas raíces históricas, sobre el conjunto de normas que regulan la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.⁸

Durante los siglos anteriores, cada una de estas tres corrientes doctrinarias era construida de manera independiente y separada. Basta leer los libros fundamentales de teoría jurídica del siglo pasado o principios del presente siglo, para darse cuenta de las dificultades teóricas que originaba esta pluralidad de puntos de vista. Dentro de cada una de estos cuerpos teóricos existían, sin embargo, elaboraciones muy importantes, que resultarían muy fructíferas con posterioridad.

Debemos reconocer expresamente el genio de John Austin el gran jurista inglés, quien con la más audaz e inteligente concepción, intentó exitosamente, con base en sus estudios de la jurisprudencia continental, especialmente la alemana, la unificación de estos diversos órdenes normativos en un sistema, incluyendo en él, claro está, las normas morales y el derecho natural. Dentro de su elaboración teórica el punto de vista fundamental es el concepto de positividad, es decir, la admisión de la existencia de normas que son el mandato de un soberano.

El siguiente paso teórico para lograr el concepto de la unificación de los órdenes normativos mencionados, fue dado por Kelsen en 1910, al publicarse su primera gran obra.⁹ En ella encontramos, sobre la base filosófica de la teoría de la experiencia de Kant, una concepción unitaria, de los conceptos jurídicos fundamentales, tal como habían sido elaborados en el curso del siglo XIX por diversos juristas y filósofos del derecho. En esta obra se hace una revisión exhaustiva de la teoría del derecho producidahasta entonces y se establecen, por vez primera, dentro del ámbito de la jurisprudencia continental, una postura unitaria sobre la totalidad de los temas iusfilosóficos. Se discute pormenorizadamente

⁸ WECKMANN, L. *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁹ Cf. Hans KELSEN *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. MOHR (Paul Siebeck) 1910. xxxvii. (Hay traducción en español de Wenceslao Roces con notas, revisión y presentación mías: *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*. México, Editorial Porrúa, S.A. 1987.

cada una de las teorías sobre el derecho y sobre los conceptos jurídicos fundamentales, como son el de sanción, antijuridicidad, derecho subjetivo, obligación, responsabilidad. Esta obra contiene la primera aportación fundamental de Kelsen, a partir de la cual y con base en ella, construirá la totalidad de su sistema teórico subsecuente.¹⁰

Kelsen, en su segunda gran aportación teórica *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*,¹¹ (1922), logró unificar dos teorías diferentes: la teoría del derecho y la teoría del Estado, mediante su tesis de la identidad del derecho y el Estado. El orden jurídico, como orden coactivo de la conducta humana, y el Estado, como “aparato coactivo”, constituyen el mismo objeto de conocimiento. El orden jurídico y el orden estatal son uno y el mismo orden de normas: el derecho positivo. Dice Kelsen, en el Prólogo de su *Teoría General del Estado*, en donde resumió las aportaciones teóricas hechas monográficamente con anterioridad y donde da cuenta de su posición histórica en la ciencia de las normas:

Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek... Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la ciencia del derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido “verdadero” o “justo”; cuando suprimo las distinciones —que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad— entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación de derecho, etcétera, para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la

¹⁰ Es conveniente señalar que toda teoría es un intento, más o menos exitoso, de crear una concepción unitaria sobre determinados objetos. Podemos observar en las ciencias naturales una progresiva unificación de las ciencias que, en principio, tenían objetos de explicación parciales. Actualmente se ha progresado tanto en esta tendencia, que hay autores que afirman que se espera, en un futuro no lejano, se logre construir una teoría que unifique la totalidad de las leyes naturales formuladas hasta la fecha, la *toe* (Theory of Everything), i. e., la teoría que unifique en un conjunto de leyes específicas las cuatro fuerzas o interacciones conocidas que operan en el universo: la fuerza electromagnética, la fuerza fuerte, la fuerza débil y la fuerza de la gravitación. Esta es una tendencia observable del conocimiento de cualesquiera objetos.

¹¹ Con el subtítulo: *Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, Tubinga, J.C.B. Mohor (Paul Siebeck) 1922.

inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía.¹²

En 1920 concluye Kelsen su libro *El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional*,¹³ en el cual se contiene su tercera gran aportación teórica: la constitución de un único sistema de normas a partir de los órdenes jurídicos nacionales y el derecho internacional. Ya no se trata de la identificación de dos órdenes normativos que aparecen superficialmente como distintos, por el hecho de utilizar legalidades epistemológicas diferentes: la categoría del deber ser, en el caso del derecho y la de la causalidad, en el caso del Estado, sino de un problema estrictamente normativo: ¿cómo es posible formar un sistema único con dos órdenes jurídicos distintos, concebidos desde el punto de vista de una y la misma legalidad normativa del deber ser? La solución se encuentra en el concepto *dinámico del derecho*, es decir, en el concepto de que el derecho regula su propia creación escalonada. Dos órdenes normativos forman una unidad siempre que uno de ellos se encuentre subordinado al otro, en el sentido de que uno es el fundamento de validez positivo del otro, es decir, si uno de los órdenes normativos establece los procesos de creación del otro u otros y determina sus ámbitos de validez normativa. Con ello, se establecen las *condiciones epistemológicas para lograr la unificación de diversos órdenes normativos*. Con base en este concepto, se puede obtener la unidad del orden jurídico, el estatal y el internacional.

Estas son las aportaciones fundamentales del positivismo jurídico de Kelsen, presentadas de manera muy esquemática y general. Las doctrinas anteriores prepararon el camino para la construcción de estas aportaciones fundamentales.

IV. CONSECUENCIAS CRÍTICAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

En la *Crítica de la Razón Pura* de Kant existe una parte de fundamentación positiva de la física de Newton y una parte de crítica a la metafísica; análogamente el positivismo de Kelsen tiene una parte crítica de lo que podría llamarse la 'metafísica del derecho'. Sería la parte correspondiente a la "dialéctica" en el sentido kantiano de la expresión. Se intenta demostrar que no es posible la unificación, en un mismo sistema

¹² Trad. de Luis Legay y Lacambra, Madrid Labor, 1934. (Versión española de *Allgemeine Saatllehre, Enzyklopädie der Recht- und Staatswissenschaften*, 23. Band, Berlin, Julius Springer, 1925.

¹³ *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1920.

de conocimiento, de los órdenes normativos compuestos de (d) normas morales, (e) de normas del derecho natural, (f) de normas religiosas y de (g) normas convencionales.¹⁴

Si queremos utilizar dibujos que expresen lo que estamos diciendo, podemos presentar lo siguiente:

$$\text{Derecho positivo} = a + b + c^{15}$$

Los otros órdenes normativos, es decir, la moralidad, el derecho natural, las normas religiosas y las convencionales, han sido objeto de múltiples e inacabables discusiones y análisis. Son los eternos problemas de la justicia, la ética y la teología lo que está en juego, en toda su caleidoscópica variedad y complejidad. La postura del positivismo jurídico consiste fundamentalmente en la afirmación de dos tesis diferentes, pero relacionadas entre sí:

- (T1) El derecho positivo ($a + b + c$) es un conjunto de normas que posee características **diferentes** a los otros órdenes normativos *d, e, f y g*;
- (T2) No se conoce hasta la fecha el principio con arreglo al cual pueda lograrse la construcción teórica de un único sistema normativo que contenga al derecho positivo, ($a + b + c$) y a los órdenes constitutivos de la moral, el derecho natural, las normas religiosas y las convencionales ($d + e + f + g$).

Es claro que para los efectos de este artículo estamos tratando a todas las normas que **no** son derecho positivo como el conjunto complementario de éste; por más que en las diferentes teorías al respecto, puedan diferir entre sí de manera más radical de lo que difieren en relación con el derecho positivo.

Si consideramos la posición que pragmáticamente puede asumirse, con respecto a las relaciones posibles entre un conjunto personal de principios o máximas personales y un orden de normas válido preexistente, podemos encontrar, en general, que estas relaciones tipifican posturas que han sido asumidas en el ámbito de la política:

- (P1) El orden personal de normas es idéntico al orden normativo preexistente; es la consideración que haría un *conservador optimista*;

¹⁴ *Vid. supra*: sección III, inciso 1.

¹⁵ *I.e.* (a) derecho positivo nacional, (b) orden normativo constitutivo del estado y (c) derecho internacional.

- (P2) El orden personal de normas existe con indeoendencia del orden normativo preexistente; es la consideración que haría un *pluralista democrático*;
- (P3) El orden personal de normas está *supraordenado* al orden normativo preexistente del cual deriva su validez; es la consideración del *autoritarismo*;
- (P4) El orden personal de normas está supraordenado al orden normativo preexistente y, en caso de contradicción entre ellos, lo *deroga*; es el caso del *autoritarismo intolerante*.

Es claro que, en el ejemplo, el orden normativo preexistente es el derecho positivo (a + b + c) y que el orden normativo personal de normas es el afirmado por el teórico de las normas o filósofo como moral o derecho natural o normas religiosas o convencionales. Estas diferentes posturas se pueden encontrar en todas las consideraciones sobre las relaciones entre el derecho positivo y los demás órdenes normativos.

La tesis del positivismo es, como señalé, muy fuerte: **dada la concepción que el positivismo tiene del derecho positivo, como un conjunto de normas que regulan su propia creación escalonada, no se reúnen las condiciones epistemológicas necesarias para poder lograr la unificación del derecho positivo con los demás órdenes normativos mencionados.**

Podría objetarse que la concepción de la unidad de los órdenes normativos que posee el positivismo jurídico es muy estrecha y limitada y, por ello, se niega esa unificación de órdenes normativos. Quizas esto sea cierto, siempre que se demuestre la existencia de otro principio de unificación que resuelva **todos** los problemas jurídicos que ha resuelto el principio utilizado por el positivismo jurídico, que no es otro que el concepto del derecho como **orden coactivo de normas que regulan su propia creación**, es decir, el concepto dinámico del derecho positivo.

El problema central consiste en que concebido el derecho positivo como un orden dinámico de normas, las normas de la moral, del derecho natural, las religiosas y las normas convencionales, no pueden formar parte integrante de un mismo y único orden normativo, porque sus contenidos no establecen los actos de creación de otras normas ni determinan el contenido de esos actos de creación normativa. Claramente puede verse que no basta, para estos efectos, la sola concordancia lógica entre algunos contenidos normativos de estos órdenes diversos.

Es posible que el desarrollo de la ciencia jurídica se oriente en esta dirección.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John. *Lectures of Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres Dumond, 1863.
- BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres Payne, 1789.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, EUDEBA Buenos Aires 1965.
- FRIEDMANN, W. *Legal Theory*, Londres Stevens, and sons, 1947. (reimpreso por Distribuciones Fouteura S.A. México. (1991), 2003 [Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política 12]).
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford. Oxford University Press (clarendo Press), 1994. Hay trad. esp. de Genaro R. Carrió. *El concepto del derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral en Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- "Legal Positivism" en *The Encyclopaedia of Philosophy*. Paul Edwards, Editor in Chief. New York The Macmillan Company & The Free Press 1967.
- KAPLAN, Abraham. "Positivism" en *International Encyclopaedia of the Social Sciences*. David L. Sills Editor. New York, The Macmillan Company & The Free Press 1968.
- KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1910. Hay trad. esp. de Wenceslao Roces *Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*. Notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, México, Editorial Porrúa, S.A. 1987.
- *Das Problem der Soberänität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.
- *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*. Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.
- *Allgemeine Staatslehre*. Encyclopaedie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band. Berlín: Julius Springer. Hay traducción española de Luis Legaz y Lacambra: *Teoría general del estado*, Madrid, Editorial Labor, S.A. 1934.
- *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*. Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 2. Jahrgang, 1927/28, p. 71-94.
- *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Philosophische Vortraege, en Kant-Gesellschaft, Pan-Verlag Rolf Heise, Heft 31 Charlottenburg, 1928.
- *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Losada, Buenos Aires, 1946.
- "Recht und Moral", en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, 1960.
- "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, p. 7-45, 1961.
- Die Grundlagen der Naturrechtslehre, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band XIII, Heft 1-2, 1963.
- "Was ist Juristischer Positivismus", en *Juristen-Zeitung*, 20. Jahrgang. Heft 15/16, 1965.
- LAPORTA, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México, Distribuciones Fontanamara, S. A. 1993, (Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política)

MOORE, Ronald. *Legal Norms and Legal Science. A critical Study of Kelsen's Pure Theory of Law*, Honolulu. The University Press of Hawaii. 1978.

ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Londres 1958 Stevens and Sous. traducción española de Genaro R. Carrió: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, EUDEBA, 1963.

SMITH, Laurence D. *Behaviorism and Logical Positivism. A Reassessment of the Alliance*, Stanford, Cal., Stanford University Press. 1986.

WECKMANN, Luis. *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.