

¿QUE ES EL POSITIVISMO JURIDICO?

Por Hans KEISEN
Traducción directa del alemán por
Mario DE LA CUEVA.

El positivismo jurídico debe ser diferenciado del positivismo filosófico, pero conviene dejar establecido que se encuentra en una estrecha relación con él. Con el nombre de positivismo se entiende “aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que toma como punto de partida lo positivo, lo dado, lo comprensible, por lo que su conocimiento y descripción es el único objeto de la investigación, razón por la cual elimina de la ciencia toda metafísica trascendente, así como los conceptos que se refieren a lo suprasensible, o a fuerzas y causas primeras y aun a las formas a priori del pensamiento (categorías) ¹ Con el nombre de positivismo *jurídico* se entiende aquella teoría jurídica que únicamente concibe como “derecho” al derecho positivo, por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que en el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de derecho, particularmente el llamado derecho natural.

Los conceptos antecedentes suscitan la pregunta relativa a lo que debe entenderse por “positividad” del derecho, esto es, a las condiciones requeridas para que la ciencia pueda considerar un orden social como derecho “positivo”. La respuesta a esta pregunta presupone un concepto del derecho. Por *derecho* entendemos en este ensayo un orden *normativo* que se propone provocar una conducta humana determinada mediante la prevención de que en el caso de producirse una acción contraria, quiere decir, la llamada conducta contraria al derecho o delito, la consecuencia será un acto coactivo, al que se conoce con el nombre de sanción. En este sentido, el derecho es un orden normativo coactivo. Su específica existencia constituye su *validez*. Como “orden” normativo, el derecho es un sistema de normas, dentro del cual deben distinguirse

De la Revista *Juristenzeitung* (Revista jurídica), núms. 15 y 16, 1965, p. 465 y ss.

¹ Rudolf EISLER: *Wörterbuch der philosophischen Begriffe* (Diccionario de conceptos filosóficos), cuarta edición, 1929, p. 474.

las normas generales de las individuales. El que una norma jurídica “valga” significa que debe ser cumplida y que, en caso de no serlo, *debe* ser aplicada. Una norma general es “cumplida” por una conducta, cuando ésta es precisamente la conducta opuesta a la que sanciona la norma. La norma jurídica general de un orden jurídico nacional establecido es aplicada por un grupo de órganos colaboradores cuando la sanción prescrita es determinada por el órgano competente, el tribunal, en una norma jurídica individual y la sanción ordenada en esta norma es ejecutada por el órgano administrativo competente, el cual, de esta manera, cumple la norma determinada por el tribunal.

Si de conformidad con el positivismo filosófico solo lo “dado” puede ser objeto de la ciencia y si lo dado —según dice Ernst Laas en su libro *Idealismus und Positivismus (Idealismo y positivismo)*—² es hechos, resulta que el postulado del positivismo filosófico no puede tener aplicación, por lo menos inmediata, a las normas jurídicas, quiere decir, el sentido de actos de voluntad que se dirigen a la conducta de los hombres. Sin embargo, la validez general de un orden jurídico y la particular de cada norma, están condicionadas por hechos.

¿Cuáles son estos hechos?

Son dos: uno consiste en que el derecho debe ser estatuido (*ius positivum*) por un acto calificado en alguna manera y el segundo en que el derecho debe ser *efectivo* en un cierto grado. Este último es el sentido único en el que puede hablarse de una “fuerza normativa de los hechos”.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, los actos mediante los cuales es estatuido el derecho o, según se dice en sentido figurado, es creado, son actos humanos. Sólo por medio de los hombres, el derecho estatuido es derecho positivo. Es por ello que el conocido filósofo y moralista católico Víctor Cathrein, S. J., en su libro *Moralphilosophie (Filosofía moral)*,³ escribió que el positivismo jurídico sustenta la tesis de que “todo el derecho descansa sobre una construcción humana”; esa teoría, agrega Cathrein, “ve en el orden jurídico total una pura creación humana”. De ahí que las normas que fuesen estatuidas por una voluntad suprahumana, como la de una divinidad, no pueden valer como derecho positivo. Por lo demás, el término “derecho positivo”, “ius positivum”, apareció históricamente en el lenguaje del siglo XII y se usó originariamente para designar, en oposición al derecho natural, las normas que tomaban su origen en la legislación de los hombres o de la divinidad. Stephan Kuttner dice en el ensayo *Sur les origines du terme, droit positif*, que:

² Berlín, 1899, t. I, p. 183.

³ Friburgo de BRISCOVIA, 1901, t. I, p. 525.

*Le terme droit positif, notion fondamentale de la théorie du droit, n'est pas d'origine classique. . . ce n'est sont que de canonistes du Moyen Age qui se servent du mot "jus positivum" pour établir une distinction entre la loi naturelle, d'une part, et d'autre part toutes les lois dont l'origine remonte à un acte législative, comm epar exemple les commandements que dieu don-á un acte législative, comme par exemple les commandements que Dieu donna au peuple juif par la bouche de Moïse, ou les lois civiles et les "canones".*⁴

Según esta concepción teológica --si bien no en el sentido del positivismo jurídico moderno-- los diez mandamientos formulados en el *Libro 2º, cap. 20* de Moisés, son derecho positivo. Pero también en un artículo de Paul Amselek, aparecido recientemente con el título: *Méthode phénoménologique et théorie du droit*,⁵ en oposición a la tesis según la cual el derecho positivo sólo puede consistir en normas creadas y aplicadas por los hombres, se afirma la posibilidad de la existencia de un derecho positivo "suprahumano"; Amselek, dice:

En réalité, ce droit "surhumain" est parfaitement observable et connaissable à partir du moment ou il est formée, ou il est "révélé" (exemple: le droit mosaïque, le droit islamique, etc.). La théorie normative n'est pas fondée a mettre à priori en doute cette "révelation".

Pero una teoría del derecho como ciencia no puede concebir y describir normas cuyo sentido procede del acto de una voluntad divina, pues no puede aceptar que la voluntad de un dios, tan pronto es revelada por un profeta cualquiera, sea reconocible y deba ser obedecida. El mismo Amselek conviene en que:

*ce n'est qu'après une investigation historique sur l'origine réelle des normes positives observées que la théorie normative justifiera valablement la remise en question du fait religieux proprement dit, en tant qu'il concerne le phénomène normatif; --y agrega--: que les hommes font des normes juridiques.*⁶

¿No debe la *ciencia del derecho* limitarse única y exclusivamente a considerar el origen *real* de las normas que constituyen su objeto e ignorar las especulaciones religiosas que buscan el origen del derecho en la voluntad trascendente de una divinidad, la que es radicalmente diferente en las distintas religiones y, además, y desde el punto de vista de la ciencia, no puede ser ni observada ni reconocida?

⁴ *Revue historique de droit français et étranger*, cuarta serie, año XV, París, 1936, p. 728.

⁵ París, 1964, p. 145.

⁶ *Obra citada*, p. 422.

Las normas jurídicas generales se dividen en derecho legislado y derecho consuetudinario. El primero se compone de normas creadas mediante actos humanos de voluntad dirigidos conscientemente a ese fin, de tal manera que dichas normas constituyen el sentido de los actos. El acto humano es un ser, en tanto su sentido es un deber ser. El derecho legislado sólo puede darse en el seno de una colectividad que posee órganos activos, por lo menos, una autoridad suprema o un jefe. En la monarquía absoluta, la expedición de las normas generales es función del monarca o del órgano destinado por él a ese fin. En la llamada monarquía constitucional y en los estados organizados democráticamente, la función "legislativa" está reservada a un órgano especial, cuya característica consiste en constituir una corporación, a la que se da el nombre de parlamento y se integra con personas especialmente elegidas. Sin embargo, las normas generales no son solamente las legisladas, sino también los "reglamentos", los cuales, como reglamentos de ejecución, son expedidos por el gobierno y por los órganos administrativos con base en *las normas legisladas*; estos reglamentos se expiden de conformidad con los principios contenidos en la constitución, pero, por excepción, se expiden asimismo como *reglamentos-ley*, que son aquellos que substituyen a la ley.

Las normas generales son creadas también por el camino de la costumbre. Constituyen el llamado *derecho consuetudinario*, mismo que desempeñó el papel principal en las comunidades jurídicas primitivas, pero que tiene asimismo una significación importante en las comunidades jurídicas desarrolladas técnicamente. El hecho de la creación jurídica de la costumbre consiste en que durante un tiempo largo, los hombres miembros de una comunidad jurídica, dadas ciertas condiciones iguales, se comportan de una manera igual, bajo la impresión de que así deben comportarse (*opinio necessitatis*). Este es el fundamento psicológico del derecho consuetudinario. Por tanto, y puesto que también el derecho consuetudinario puede ser concebido como el sentido de actos de voluntad, el positivismo jurídico, desde este punto de vista, puede ser caracterizado como un "voluntarismo".⁷

La existencia del derecho creado por la costumbre debe ser comprobada por los órganos competentes para la aplicación del derecho consuetudinario, principalmente por los órganos jurisdiccionales. Como esta comprobación es un acto constitutivo, generalmente se concluye que en el derecho consuetudinario la pregunta carece de significación, pues cualquiera que sea la respuesta, lo cierto es que se trata siempre de derecho creado por actos humanos.

La imposición de normas jurídicas individuales constituye la función es-

⁷ Consúltense Ismail NIHAÏ ERIM: *Le positivisme juridique et le droit international*, París, 1939, p. 64.

pecífica de los tribunales. Cuando resuelven un caso concreto aplicando una norma jurídica general, la resolución constituye una individualización o concretización de la norma general aplicada. Pero también en el caso de que estén facultados los tribunales para decidir con plena libertad de juicio, su decisión posee el carácter de una norma jurídica individual, ya sea que su decisión determine, en última instancia, que debe llevarse a cabo un acto de ejecución, bien, por lo contrario, que no ha lugar a ninguna especie de ejecución, sea porque el acusado es declarado inocente o porque se deseche la demanda interpuesta en su contra. Asimismo, la llamada sentencia declarativa es un acto normativo en la medida en que resuelve que la circunstancia controvertida debe considerarse existente o inexistente. Los gobiernos y los órganos administrativos pueden estar también facultados para estatuir normas jurídicas individuales, lo que ocurre siempre que el incumplimiento de sus decisiones va acompañado de una sanción. De ahí que la conocida fórmula del jurista norteamericano y antiguo miembros del tribunal supremo, Oliver Wendell Holmes: ⁸

The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law

vaya demasiado lejos. Esta observación es igualmente aplicable a la teoría de otro conocido teórico norteamericano del derecho, John Chipman Gray: "All the law is judge made law". ⁹

Con lo expuesto queremos significar, en concordancia con el sentido de la palabra "positivo", que la esencia del positivismo jurídico debe verse, lisa y llanamente, en el hecho de que sus normas deben ser "estatuidas". Así, a ejemplo, Johannes Hoffmeister, en su *Wörterbuch der philosophischen Begriffe (Diccionario de conceptos filosóficos)*, ¹⁰ define el término "positivismo jurídico" como "la identificación del derecho con el llamado derecho positivo que se da en la ley y demás disposiciones". Si bien Adolf Merkel, en su *Juristische Encyclopedie (Enciclopedia jurídica)*, ¹¹ obra que tanta influencia ha ejercido, explica que

cuando se habla de la "positividad" o del "derecho positivo", se hace referencia al primado de la voluntad en el derecho. Con lo anterior queremos significar que sus disposiciones toman su validez de la expresión de una

⁸ JUSTICE HOLMES: *The path of the law*, *Harvard Law Review*, 1897, t. X, p. 460.

⁹ JOHN CHIPMAN GRAY: *The nature and sources of the law*, segunda edición, 1927.

¹⁰ Segunda edición, Hamburgo, 1955.

¹¹ Segunda edición, Berlín, 1960, p. 31, No. 59.

voluntad determinada, independientemente de que los juicios contenidos en ella se encuentren en concordancia con nuestras convicciones;

y todavía añade el ilustre escritor que

al mismo tiempo debe decirse que esto es así, porque la realidad no está en disonancia ni con la verdad y la justicia ni con la opinión general sobre lo que debe hacerse y lo que puede ejecutarse.

En todo caso, no llega Merkel al extremo de exigir la efectividad como una condición de validez. También W. Friedmann, quien, en su obra *Legal theory*,¹² distingue entre “positivismo analítico” y “positivismo funcional”, dice a propósito del primero:

The former takes the basic legal norms —as set by the legislator— as given and concentrates on the analysis of legal concepts and relations on the basis of a strict division of “is” and “ought”.

Pero John Austin, el más relevante de los positivistas analíticos, en sus famosas *Lectures on jurisprudence or the philosophie of positive law* dice:¹³

Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a number of members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme.

Austin, sin embargo, caracteriza el concepto de soberanía de la manera siguiente:

The notions of sovereignty and independent political society may be expressed concisely thus —If a determinate human superior... receives habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society and the society (including the superior) is a society politically independent. —Y en un párrafo posterior añade—: Every law properly so called is set by a superior to an inferior or inferiors: it is set by a party armed with might, to a party or parties whom that might can reach. If the party to whom it is set could not be touched by the might of its author, its author would signify to the party a wish or desire, but would not impose on the party a proper and imperative law.¹⁴

¹² Toronto, 1960. p. 31.

¹³ Tercera edición, Londres, 1869, t. I, pp. 225 y 226.

¹⁴ *Obra citada*, p. 340.

La “*habitual obedience*” es la efectividad del derecho.

En la llamada *teoría del reconocimiento*,¹⁵ ampliamente difundida, en especial por Bierling, esto es, en aquella teoría que hace depender la validez del derecho de su reconocimiento por los obligados a cumplirlo, el postulado de la efectividad del derecho está implícito en ella, pues el reconocimiento del derecho se expresa, fundamentalmente, en su cumplimiento y aplicación. A este respecto y por sobre todos, debe mencionarse al filósofo alemán del derecho Gustav Radbruch, quien, en su *Einführung in die Rechtswissenschaft (Introducción a la ciencia del derecho)*¹⁶ escribió:

Se reconoce hoy, de una manera general, que no hay más derecho que el estatuido, esto es, el “positivo”. Ahora bien, si el derecho debe cumplir su misión de resolver mediante una determinación autoritaria la lucha entre las opiniones jurídicas opuestas, tiene que estar confiado necesariamente a una voluntad a la que sea posible su realización contra todas las opiniones opuestas o disidentes: la sociedad, que habla en el derecho positivo, o el estado, que lo hace en la ley. Un imperativo jurídico de la sociedad o del estado solo puede ser considerado “derecho vigente” cuando no está “meramente en el papel”, sino que se ha convertido en una regla de vida, aunque algunas veces sea violado por actos contrarios. Solo aquello, pero también todo aquello que establece y aplica la voluntad llamada a declarar y aplicar el derecho, es derecho vigente.

Gaston Jèze, uno de los teóricos franceses del derecho más representativos, ve en la efectividad del derecho nacional su rasgo esencial; a este fin expresa:¹⁷

¹⁵ ERNST RUDOLF BIERLING: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales)*, Gotha, 1877, primera parte, pp. 7, 8, 20, 28/29, 47 y 82.

¹⁶ *Wissenschaft und Bildung (Ciencia y educación)*, Leipzig, 1925, p. 33 y ss.

¹⁷ GASTON JÈZE: *Les principes généraux du droit administratif*, tercera edición, París, 1925, p. VIII. RODOLFO STAMMLER: *Théorie der Rechtswissenschaft (Teoría de la ciencia del derecho)*, Halle, 1911, p. 117, dice: “En lo que concierne a la validez del derecho, la categoría de la realidad es la que interviene para la representación de un contenido jurídico determinado”. “La validez del derecho consiste en la posibilidad de su aplicación”. En torno de estas ideas, Stammler insiste en que “no es lo querido de hecho por una voluntad determinada y manifestada lo que constituye la validez de esta voluntad, sino la aptitud para imponerse en una situación determinada. Pero esta “aptitud” o “posibilidad” sólo se manifiesta ahí donde el derecho es, efectivamente, aplicado. La pregunta respecto a si una norma estatuida por el legislador posee la aptitud o la posibilidad de imponerse, únicamente puede ser contestada después de comprobar que, efectivamente, se ha impuesto.

Le droit d'un pays est l'ensemble des règles —qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou nefastes— qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux.

La efectividad del derecho es, ciertamente, una *condición* de su validez, pero no es, según está implícito en la teoría del reconocimiento de Bierling, el fundamento de su validez.¹⁸ El *fundamento* de validez de una norma no puede ser su efectividad, que es un hecho, sino que únicamente puede ser una *norma-deber ser*, pues el ser no puede tener como efecto un deber ser, de la misma manera que un deber ser no puede tener como efecto un ser. La norma que constituye el fundamento de validez de otra norma en virtud de que regula su nacimiento o pre-establece su contenido al prohibir o prescribir la expedición de una norma con un contenido determinado, es una norma suprema en relación con la norma inferior. Esta explicación conduce a la teoría del orden jurídico escalonado, expuesta en mi *Reine Rechtslehre (Teoría pura del derecho)* y a la teoría de la *norma fundamental*.¹⁹ No es inútil insistir una vez más con toda energía en que la efectividad del derecho no constituye su validez: que el derecho “vale” significa que debe ser obedecido y, en su caso, aplicado, en tanto decir que es efectivo expresa que es obedecido o aplicado. Pero tanto en el terreno filosófico como en el sociológico se incurre frecuentemente en la confusión de los términos. Así, Oswald Külpe, en sus *Vorlesungen über Logik (Lecciones de Lógica)*,²⁰ dice que

sólo puede hablarse de la validez de una norma en la medida en que es reconocida y, en su caso, obedecida. . . Independientemente de toda efectividad, sólo puede hablarse de obligatoriedad, en todo caso, de obligatoriedad general, pero no de validez —y agrega—: pero esta obligatoriedad proviene del reconocimiento de la voluntad que conscientemente impone fines.

¹⁸ Así, a ejemplo, Erwin RIEZLER: *Der totgesagte Positivismus (El llamado positivismo muerto)*, publicado en *Naturrecht oder Rechtspositivismus (Derecho natural o positivismo jurídico)*, edición de Werner Maihofer, 1962, p. 241, dice: “Lo que caracteriza al positivismo no es su derivación de una especie determinada de fuente del derecho, menos aún de su rígida dependencia de la letra de la ley, sino de la unión entre las normas y su reconocimiento. De este reconocimiento y solo de él, toma el derecho positivo su fuerza real de validez.

¹⁹ Consúltese lo que expreso en mi libro: *Reine Rechtslehre (Teoría pura del derecho)*, segunda edición, pp. 204, 210, 228 y ss., así como también las pp. 8, 17, 32, 46 y ss., 51, 54, 110-196 y ss., 202 y ss., 208 y ss., 214 a 219, 221 y ss., 224 y ss. 228 y ss., 232 y ss., 239, 339, 364, 404, 443.

²⁰ Leipzig, 1923, p. 120.

Con el agregado final, Bierling vuelve a distinguir lo que hay de esencial en la diferencia entre "validez" y "obligatoriedad". El eminente sociólogo alemán Max Weber dice en su ensayo *Über einige Kategorien der verstehenden soziologie (Sobre algunas categorías de la sociología comprensiva)*,²¹ que la validez empírica de un orden consiste

en el hecho de que el actuar es, mediante una orientación de sentido, orientado hacia su sentido (concebido subjetivamente) y, al través de él, influenciado... Como expresión normal de la "validez" empírica de un orden debemos considerar la posibilidad de su "llegar a ser obedecido".

La afirmación de que la efectividad es una condición de la validez del derecho no ha de entenderse en el sentido de que únicamente el derecho efectivo debe ser obedecido y, en su caso, aplicado, pues cuando un tribunal aplica una norma estatuida en una ley, aplica una norma válida, la cual, sin embargo, no es todavía una norma jurídica efectiva. Por lo tanto, la efectividad no es un elemento del *concepto del derecho positivo*. Es una condición de su validez postulada por el *principio del positivismo jurídico*, lo que debe entenderse en el sentido de que, en la medida en que se trata de derecho estatuido, cada norma jurídica particular y el orden jurídico como totalidad, para conservar su validez, deben *llegar a ser efectivos*, así como también que *pierden* su validez cuando pierden su efectividad. Esta conclusión se pone claramente de relieve cuando una constitución pierde su validez, o expresado mejor, cuando pierde su efectividad y, con ella, su validez, mediante una revolución, o sea, por un proceso distinto del procedimiento que ella misma prescribe.²² Tampoco ha de entenderse la exigencia de la efectividad en el sentido de que el derecho, para valer, debe ser siempre efectivo y, cuando esto no ocurre, debe ser siempre aplicado, sino únicamente en el de que, de una manera general, debe ser obedecido y, caso de no serlo, debe ser aplicado. La ciencia del derecho no puede determinar cuál es el número de casos de desobediencia o no aplicación del derecho que se requiere para que ya no se le considere como válido. Esta decisión queda al arbitrio de los órganos competentes para la aplicación del derecho, pero debe tomarse en consideración que el aspecto preponderante en esta cuestión es la segunda de las circunstancias, a saber, *el no llegar a ser aplicado*, pues es claro que la norma que nunca es obedecida, pero que generalmente es aplicada por los tribunales, es una norma válida. Esta conclusión es la consecuencia de que el derecho

²¹ Logos, 1913, t. IV, p. 269.

²² Consúltese mi libro: *Reine Rechtslehre (Teoría pura del derecho)*, segunda edición, p. 212 y ss.

debe ser concebido como un orden normativo que estatuye actos coactivos como sanciones y que éstas son determinadas y ejecutadas en los actos de aplicación del derecho.

La tesis de que la efectividad del derecho constituye, en los términos expresados, una condición de la validez del derecho, es, a su vez, el sentido real de la doctrina que afirma la existencia de una relación esencial entre el *derecho* y el *poder*, o, según se acostumbra decir, *detrás* del derecho debe existir un poder que lo aplique. Por regla general se sostiene que este poder es el Estado. Así, a ejemplo, Ernst Forsthoff²³ dice:

El positivismo presupone que el Estado dispone del derecho, idea que se encuentra en estrecha relación con la doctrina de la soberanía estatal, pues la potestad del Estado de estatuir el derecho es la consecuencia de su soberanía como el más alto poder.

Pero hay que tomar en consideración que el Estado es también un orden de la conducta humana y, como tal, no puede ser sino un orden jurídico. Concebido el Estado como persona, salta a la vista que es únicamente la personificación del orden constitutivo de una comunidad. La necesidad de que exista un poder que haga cumplir el derecho significa que los actos coactivos estatuidos en el derecho deben ejecutarse y, además, que las normas jurídicas que los contienen son efectivas. Lo anterior se manifiesta con la mayor claridad si aplicamos el principio de que el derecho no vale sin el poder, al derecho internacional, pues el orden jurídico de las naciones representa simplemente un orden jurídico, esto es, constituye una comunidad de Estados que no puede ser caracterizada como un Estado soberano.

La consecuencia esencial del positivismo jurídico consiste en la *separación* del *derecho* y de la *moral*, así como también de esa parte de la moral a la que se da el nombre de *derecho natural* —doctrina que debe ser contemplada como una metafísica del derecho—; el derecho natural no es un ordenamiento estatuido por actos de una voluntad humana, sino que, de conformidad con la doctrina del derecho natural, se deduce de la naturaleza, lo cual, por lo demás, sólo sería posible en una concepción teológica para la cual, la voluntad divina se manifestara en la naturaleza creada por el mismo dios.²⁴ La separa-

²³ Ernst FORSTHOFF: *Zum Problem der Rechtserneuerung (A propósito del problema de la renovación del derecho)*, en *Naturrecht oder Rechtspositivismus, (Derecho natural o positivismo jurídico)*, edición de Werner Maihofer, 1962, p. 74.

²⁴ Consúltese lo que digo en mi ensayo *Die Grundlage der Naturrechtslehre (El fundamento de la teoría del derecho natural)*, en la *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Revista austriaca de derecho público)*, t. XII, 1963.

ción del derecho y de la moral no significa, claro está, como indebidamente se sostiene, la negación de la existencia de que el derecho debe ser un derecho justo y armonizar con la moral, especialmente con la norma moral de la justicia. Pero cuando se propone esta exigencia, debemos ser conscientes, en primer lugar, de que existen diferentes sistemas morales y, consecuentemente, diversos ideales de justicia, en conflicto los unos con los otros, como es el caso de los ideales del capitalismo liberal y del socialismo; en segundo lugar, que un orden jurídico puede corresponder a un ideal de justicia y contrariar otro; y, en tercer lugar, que la validez del derecho positivo es independiente, tanto, desde un punto de vista general, de la moral, cuanto, desde un punto de vista particular, del ideal de justicia. De lo expuesto se deduce que la tan difundida tesis de que la esencia del derecho consiste en la realización de la idea de la justicia, es incompatible con la doctrina del positivismo jurídico, incompatibilidad que subsiste aún en el caso de que limite la exigencia a la realización de un *minimum* de moral o de justicia, que debe ser observado por la autoridad que estatuye el derecho.

Es asimismo incompatible con el positivismo jurídico la tesis que sostiene que una norma jurídica sólo puede obligar, si corresponde a los principios de la ética social,²⁵ pues esta corriente suprime nuevamente la distinción entre el derecho y la moral, que es esencial para el positivismo jurídico. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, una conducta determinada constituye el contenido de un deber jurídico cuando la conducta contraria es la condición para la aplicación de una sanción. Las normas jurídicas, ya sean creadas por el procedimiento de la legislación o por el proceso consuetudinario, pueden siempre estatuir una sanción para cualquier conducta.

Una segunda consecuencia del positivismo jurídico consiste en que un derecho positivo estatuido por los órganos activos, particularmente por el órgano que expide y por el que ejecuta, debe corresponder, en proporción mayor o

²⁵ Este punto de vista está representado por Hans WELZEL: *Naturrecht und Rechtspositivismus (Derecho natural y derecho positivo)* en *Festschrift für Hans Niedermeyer (Libro homenaje a Hans Niedermeyer)*, Gotinga, 1953, p. 293; Welzel sostiene que "sólo pueden existir los deberes jurídicos como deberes ético-sociales". Este principio es una limitación al positivismo jurídico, doctrina que no puede ir más allá de los mandamientos del Estado, "so pena de invalidarse y hacerse inobligatoria". Pero más que una limitación es la destrucción del positivismo jurídico. En efecto, el juicio éticosocial sobre una conducta es un juicio moral. Ahora bien, si como sostiene Menzel, quien ve en su afirmación el principio de la "autonomía éticosocial del hombre en sociedad", el juicio de valor pertenece a cada uno de los sujetos del orden jurídico, resulta que cada uno de dichos sujetos puede suprimir la validez del derecho mediante la pretensión de que el deber que le es impuesto carece de valor desde el punto de vista de la ética social.

menor, a la exigencia político-jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia, estrechamente vinculada a la anterior, de la seguridad jurídica. Solamente partiendo del principio de que el único derecho aplicable es el estatuido en las leyes y reglamentos publicados, puede el sujeto sometido a ese derecho prever, en forma más o menos completa, las consecuencias jurídicas de su conducta y, por lo tanto, ordenar ésta de manera que pueda evitar el acto ilícito y las sanciones estatuidas en las normas jurídicas generales. Se comprende fácilmente que esta determinabilidad sólo es posible hasta un cierto grado, pues, ante todo, debe tenerse en cuenta que las normas jurídicas generales nunca pueden predeterminar de manera absoluta las normas jurídicas individuales que corresponde estatuir a los órganos de aplicación del derecho; por otra parte, siempre debe existir en los órganos de aplicación del derecho un arbitrio más o menos libre; finalmente y por sobre todo, el lenguaje humano impreso en la norma general casi siempre permite diversas interpretaciones. De ahí que no sea correcta la opinión de Hoffmeister²⁶ en el sentido de que el positivismo jurídico hace del juez una "máquina automática"

cuya actividad se agota en una operación lógico-formal, que consiste en subsumir una conducta humana en el hecho preestablecido en forma rígida por la norma aplicable.

Reviste una alta importancia el hecho de que el positivismo jurídico esté vinculado a la idea de que un orden jurídico positivo debe poder conducir a la decisión de cada caso concreto en todos los tribunales, quiere decir, que para el *efecto* de la decisión de los casos concretos, no puede haber ninguna laguna. Por lo tanto y en la medida en que un tribunal tenga que aplicar únicamente normas jurídicas creadas por la ley o por la costumbre, debe, de conformidad con el derecho positivo válido, si no existe ninguna norma estatuida por la ley o por la costumbre instituyendo un deber jurídico cuya violación en un caso concreto pueda ser reclamada por un acusador o demandante, declarar libre al acusado o desechar la demanda. Una decisión de esta especie debe considerarse igualmente como aplicación del derecho, no obstante que no constituya la aplicación de una norma concreta. La ausencia de una norma jurídica constitutiva de un deber jurídico para el caso concreto podrá ser reputada como algo indescable desde un punto de vista político-jurídico o moral, pero no impide que el tribunal dicte la decisión que le corresponda. Pero también en la hipótesis de que el tribunal esté facultado por la ley o por la costumbre para decidir libremente el caso —y debe decirse que esto sólo es

²⁶ *Obra citada*, p. 479.

posible mediante la delegación que provenga de la ley o de la costumbre—, porque, a ejemplo, considere inaplicable al caso la norma general, nos encontramos delante de la aplicación del derecho, pues el tribunal hace uso de una autorización que le otorga la ley o la costumbre. Finalmente, conviene hacer notar que la decisión dictada de conformidad con el principio estatuido en la ley o en la costumbre que pasa en autoridad de cosa juzgada, ya no puede ser atacada con el argumento de que no deriva de una norma general válida o de que el tribunal no estaba facultado para decidir libremente el caso. Lo expuesto descarta la posibilidad de que el tribunal, en el caso concreto que le es sometido, no aplique el derecho válido.

El positivismo jurídico no conduce, como piensa Radbruch,²⁷ a la sustitución de la filosofía del derecho por una teoría general del derecho y a una consecuente “eutanasia de la filosofía del derecho”, sino a una división del trabajo. La teoría general del derecho tiene por misión la descripción del derecho positivo tal como es, sin hacer ninguna valoración de él, esto es, una descripción de lo que es y no de lo que debe ser; a ella le corresponde, además, la definición de los conceptos indispensables para aquella descripción. La teoría general del derecho es ciega al valor, no obstante la injusta apreciación que de esta fórmula hace Radbruch, pues así debe ser, dada su categoría de ciencia. La norma jurídica constituye, al igual que todas las normas que prescriben una conducta como un deber ser, el valor jurídico específico. Los juicios respecto a si una conducta es conforme o contraria al derecho, son juicios de valor. Pero en la medida en que la teoría general del derecho determina el valor constitutivo de la función de las normas jurídicas, no hace juicios de valor sobre esta función. Una valoración de esa especie, esto es, la respuesta a la pregunta acerca de cómo debe ser el derecho, qué es lo recto y cuál es el derecho justo, está reservada a la filosofía, la cual, mediante los juicios respectivos, realiza una función de política jurídica, en cuya actividad y puesto que son muchos los ideales de justicia, puede llegar a diversos resultados.

²⁷ *Rechtsphilosophie (Filosofía del derecho)*, tercera edición, Leipzig, 1932, p. 21.