

EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURIDICO HOY EN DIA •

Por NORBERT HOERSTER *

Ante el problema del positivismo jurídico se separan los espíritus en la ciencia del derecho alemán. Por una parte se encuentran los que sostienen que el positivismo jurídico, consecuentemente llevado a su término, llevaría a un "nihilismo total de los valores", con el cual sería posible hasta justificar las "cámaras de gas de Auschwitz"; por otra parte se aboga por el renacimiento del "positivismo declarado muerto". Por las experiencias con el régimen nazista ha aumentado considerablemente en esta disputa el número de los que se oponen al positivismo jurídico. Empero sería precipitado deducir de esta superioridad numérica una argumentativa.

Hay otras posibilidades para explicar la distribución de peso en la ciencia del derecho alemán de hoy en día. Pensemos en el representante más famoso y sagaz del positivismo jurídico de este siglo en la región de habla alemana, en Hans Kelsen, muerto en 1973 a la edad de 91 años (desde el principio decidido opositor de los nacionalsocialistas). Después de la guerra no regresó de su emigración y quedó sin influencia y sin alumnos en la actual ciencia del derecho alemán. Sea como fuere, el observador imparcial que espera la confrontación con un problema científico, se sorprende tanto de la vehemencia en la disputa como también del evidente carácter político de las opiniones que se vierten a este respecto.

La disputa en torno al positivismo jurídico es un ejemplo típico de aquellos problemas filosóficos cuya solución puede progresar tan solo cuando se ha reconocido que, detrás de la respectiva palabra en moda, se oculta una variedad de diferentes tesis, que hay que analizar detalladamente antes de buscar la contestación conveniente. Con respecto al positivismo jurídico se trata sobre todo de las siguientes seis tesis que se ocultan detrás de este concepto y que no hay que mezclarlas: 1) Sólo las leyes formales crean derecho. 2) El derecho son las órdenes de los gobernantes políticos. 3) Derecho y moral están separados conceptualmente. 4) El derecho de un Estado forma un sistema cerrado del cual se puede deducir lógicamente decisiones judiciales. 5) Los ciudadanos de un Estado tienen que obedecer siempre a las leyes de este Estado. 6) Los juicios valorativos sobre el derecho moral y correcto no pueden ser fundamentados ni relativa ni racionalmente.

La primera tesis indica que sólo merecen el nombre de derecho las prescripciones (normas) dictadas por un legislador (en la democracia representativa por el

● Reproducción tomada de la Revista Universitas.

* Profesor de la Universidad de Munich.

poder legislativo) de acuerdo al procedimiento previsto por la Constitución. Esta variante del significado del "positivismo jurídico" resulta de la palabra "ponere" (poner, disponer, determinar). Pero es insostenible la consecuencia de esta tesis de que las normas del así llamado "derecho consuetudinario" no constituyen derecho en el sentido propio. En todo sistema jurídico conocido hay normas "no escritas", no dictadas por ningún legislador, que tienen todas las características del derecho legal: son consideradas por todos de la misma manera que éste para regular la convivencia social. Especialmente los tribunales y otros órganos estatales las aplican con todas las consecuencias con las que aplican también el derecho jurídico. Sería entonces erróneo no considerar estas normas como derecho. Un ejemplo conocido de tal derecho consuetudinario que no ha sido dictado por ningún legislador, es la Constitución de Gran Bretaña.

Es, sin embargo, esencial tener en cuenta que aquellos criterios, que transforman ciertas normas en derecho consuetudinario (y con eso en derecho en general), no pueden consistir en la mera coincidencia de estas normas con (cualquier forma de) la moral. Es posible que el derecho consuetudinario de un Estado corresponda de facto a las ideas morales de sus ciudadanos, pero el que cierta norma pertenezca a la moral de una sociedad no es suficiente motivo para incorporar esta norma al derecho consuetudinario. Esto significa que la negación de la primera tesis es compatible con la división conceptual entre derecho y moral, sostenido en la tercera tesis.

La tesis de que el derecho son las órdenes de los gobernantes políticos, tema ya discutido en la República de Platón y que encontró su representante más famoso en el filósofo inglés Thomas Hobbes —tiene que enfrentar sobre todo las siguientes objeciones: justifica solo un tipo de normas jurídicas y no todos sus tipos. De este modo se puede entender adecuadamente a las leyes penales como "órdenes", "disposiciones" o "mandatos" (respectivamente "prohibiciones"— se prohíbe así por el Código Penal que el ciudadano robe). En este caso el Estado quiere inducir a cada individuo a cierto comportamiento, bajo la amenaza de un castigo. Pero ¿qué pasa con aquellas normas jurídicas que regulan las condiciones del matrimonio válido? Nadie "ordena" en este caso al individuo casarse —ni en el caso que quiera vivir junto con el cónyuge y tener hijos. El Estado, más bien, ofrece a cada uno tan solo la posibilidad de cambiar su estado jurídico respecto a otros hombres; por un acto jurídico especial (el matrimonial) da a ciertas personas (el cónyuge y los niños) la oportunidad de aceptar una relación jurídica especial de derechos y obligaciones mutuos. No tienen nada que ver con "órdenes" de algún gobernante aquellas prescripciones jurídicas que regulan las condiciones de validez de actos jurídicos (fuera del matrimonio habría que pensar en los contratos de todo tipo y en los testamentos).

Hay otro tipo de normas jurídicas que no pueden incluirse en la categoría de la "orden". Me refiero a aquellas normas que —siendo parte del derecho constitucional de una comunidad política— establecen las condiciones de origen y de validez de las normas jurídicas generales y comunes que atañen directamente a los ciudadanos. En el sistema político de la República Federal de Alemania, tales normas son, por ejemplo, los artículos 77 ss. de la Constitución: indican detalladamente el rol que juegan los órganos de las cámaras legislativas (Bundestag y Bundesrat) en la elaboración de una ley federal válida. Tampoco estas normas dan una "orden" a las cámaras federales. Tampoco es posible "infringirlas" o "violárlas": las cámaras

legislativas federales que no quieren dictar leyes, no las infringen, ni lo hace la cámara que quiere dictar cierta ley pero desacierta su meta, porque no se atiende al procedimiento normado por ella misma.

Una observación detallada de estas normas constitucionales muestra que, por una razón adicional, no es adecuada la fórmula del derecho como "orden del gobernante político". Incluso en el caso de aquel tipo de normas jurídicas que se podrían entender como orden, es inadecuado caracterizar al promotor de estas órdenes como "gobernante político", con el fin de aclarar el concepto jurídico. Pues, la cuestión de quién, dentro de un sistema jurídico dado, tiene el poder político de dictar órdenes legales, no es un *factum brutum*, sino una cuestión del derecho. La facultad de establecer el derecho común (derecho de primer grado), sólo la tiene el que está autorizado para ello por el derecho constitucional (derecho de segundo grado). Este conocimiento general de la teoría jurídica no tiene validez solo para la democracia. En cualquier tipo de Estados hay reglas de vigencia general que fijan la sucesión de los gobernantes políticos —que, como seres humanos, no son inmortales.

Otra cuestión es que los ciudadanos acaten siempre estas reglas o se aparten de ellas mediante una revolución (para sustituirlas por nuevas reglas). Importante es solo que no consideraríamos como "Estado" o "sistema jurídico" un ente político en el que no exista ninguna asignación definitiva de autoridad política mediante el derecho válido, sino solamente la lucha arbitraria de los individuos por el poder político, ilimitada en la elección de sus medios. No merecería tales nombres ni en el espacio de tiempo en el que los poseedores circunstanciales del poder hayan logrado cierta estabilidad de su poder. Si no se puede caracterizar el derecho como dictado de los poderosos ¿no debería tener —en oposición a lo que sostiene la tercera tesis— una relación necesaria con la moral? Esta conclusión no es lógica, aunque ha sido propuesta con frecuencia. "Derecho = emanación del poder" y "derecho = emanación de la moral" no son, de ninguna manera, las únicas alternativas de una posible definición del concepto del derecho. Que el todo del derecho estatal tenga su origen en reglas constitucionales supremas no significa que la validez de estas reglas tenga que basarse en el poder o la moral. Las reglas tienen validez, más bien —al igual que en el caso de un juego— sólo por el hecho de que son aceptadas por los miembros de la sociedad en cuestión para regular su convivencia. Las razones de esta aceptación pueden ser de muy diferente naturaleza.

Muchas veces emergen únicamente de una actitud convencional frente a lo tradicional. Por supuesto que en algunos casos particulares pueden provenir también del miedo a una sanción o de una valoración moral específica de las reglas del juego. Pero hasta en este último caso existe siempre la posibilidad de que aquellas normas objetivas, que regulan directamente la convivencia de los ciudadanos y que fueron dictadas por razones morales por la autoridad legitimada para ello, estén por su parte en contra del concepto moral de (la mayoría) de los ciudadanos.

Otro motivo para dar un contenido moral al concepto jurídico yace en un aspecto confuso de nuestra manera de hablar sobre el derecho. Usamos muchas veces el concepto "anti-derecho" (*Unrecht*); y es fácil confrontar "derecho" (*Recht*) y "anti-derecho" (*Unrecht*) como conceptos contradictorios. Lo que es "anti-derecho" no puede ser al mismo tiempo "derecho". Un examen más detallado, empero, nos muestra que tal confrontación es errónea; las leyes raciales de los nacionalsocialistas no pierden su carácter de ser derecho (válido positivamente), por el solo hecho de

que nosotros — y con razón— las consideramos como “anti-derecho”. El “anti-derecho legal” es “derecho”, así como un “malhecho” es un “hecho” y un “mal tiempo” un “tiempo”. En todos estos casos las sílabas “anti-” o “mal-” significan una valoración negativa adicional y no la suspensión de la característica de la raíz etimológica. “Anti-derecho (Unrecht) significa lo mismo que “derecho falso o malo”, pero no significa “no derecho” (Nicht-Recht).

Tenemos, por eso, toda la razón al mantener la tesis positivista jurídica, según la cual están divididos conceptualmente derecho y moral. Esta “tesis de división” no niega de ningún modo que en la realidad histórica haya múltiples relaciones e influencias mutuas entre derecho y moral. Por la división conceptual entre los dos fenómenos crea el instrumentario idiomático adecuado para una descripción de tales relaciones. La caracterización de la tesis de división como positivista-jurídica se refiere a que entiende el derecho como algo que tiene vigencia de facto en la realidad social y, por eso, como algo dado, verificable (= positivo) en la experiencia empírica.

La negación de la cuarta tesis no puede cambiar el resultado hasta ahora descrito. Con razón, ningún teórico del derecho sostiene hoy en día esta tesis, según la cual el derecho de un Estado forma un sistema global del que se pueden deducir lógicamente sentencias judiciales. El juez es más que una mera “máquina subsumidora”; la ley le deja muchas veces un margen de decisión (tiene que dejarle esta libertad por el grado de abstracción inevitable de casi todas sus reglas) que no puede llenarse atendiendo solo a la lógica.

Algunos filósofos del derecho opinaban que son las normas de la moral las que en tales casos sirven de apoyo a la decisión del juez. Con eso, empero, quedaría suspendida la rigurosa división conceptual entre derecho y moral —por lo menos para aquel aspecto del derecho que se expresa en la decisión del juez ante queréllas. Esta conclusión no es de ningún modo irrefutable. Correcto es que el juez, ante una regulación legal de diferente interpretación, tiene que recurrir a conceptos sociales que no están fijados exactamente en la regulación misma, para poder interpretar y aplicar esta regulación. Esto no quiere decir que tendría que buscar estos conceptos sociales en convicciones morales (sean propias de él o de la sociedad).

La totalidad del derecho vigente en un Estado —con su multiplicidad de valores y metas implícitos o explícitos— está a su disposición como base para su juicio. Estas diferentes técnicas de argumentación que ayudan al juez a deducir sobre esta base sus decisiones, no siempre con rigor lógico pero sí de manera racionalmente inteligible, fueron descritas con énfasis por la metodología jurídica. Es esencial que el juez, dentro de un margen de decisión (observado lógicamente), de ninguna manera está ni libre de alguna forma de la moral ni ligado a ella. Puede orientarse siempre en lo que se ha venido a llamar la voluntad presumible del legislador —tal como ésta se expresa en la totalidad del ordenamiento jurídico. Y es eso lo que tiene que hacer según el principio constitucional de la división de poderes.

La verdadera intención del que rechaza la tesis positivista de la división no se encuentra normalmente en el sector idiomático-conceptual, como se podría suponer por la discusión de esta tesis. Claramente lo muestra esto aquella crítica apasionada al positivismo jurídico, conocida ampliamente, que formuló el conocido jurista y político alemán Gustav Radbruch en los primeros años de post-guerra, evidentemente bajo la impresión de nacionalsocialismo. Esta crítica es ejemplar para la opinión que aún hoy en día domina en Alemania tanto entre juristas como

legos. Radbruch se negó a conceder el atributo "derecho" a leyes extremadamente inmorales e injustas. Nadie podría ser obligado a obedecer tales leyes. Este argumento se basa en el supuesto tácito que existiría bajo cualquier circunstancia una obligación (moral) de obedecer al derecho vigente.

Pero no hay razón para aceptar este dogma. El hecho de que una actitud esté prescrita por el derecho es para el ciudadano emancipado sólo uno de varios aspectos, cuando está por realizar cierto acto. Por supuesto que hay circunstancias (como por ejemplo el nacionalsocialismo) en que habría que conceder a cada individuo —sea simple ciudadano o funcionario del Estado— el derecho moral a la desobediencia, incluso a la rebelión. Dicho en otras palabras: tenemos que rechazar la tesis, según la cual los ciudadanos de un Estado tienen que obedecer siempre al derecho del Estado. De este modo debilitamos no sólo el ataque de Radbruch a la tercera tesis, sino que hacemos justicia a su verdadera intención objetiva (las normas estatales como las leyes raciales de los nacionalsocialistas no merecen ser obedecidas).

La cuestión más interesante en relación a la quinta tesis es naturalmente: ¿Bajo qué circunstancias cabe infringir el derecho del Estado? El que se ocupe intensamente con esta pregunta advertirá pronto que penetra en incorrecciones conceptuales cuando quiere solucionarlas mediante una terminología que no diferencia estrictamente entre derecho y moral.

También la sexta tesis, según la cual no se puede fundamentar relativa y racionalmente los juicios valorativos sobre el derecho moralmente justo, ha sido continuamente mezclada por Radbruch y otros con la tesis de la división. El enjuiciamiento de esta tesis no es tan fácil como el de la quinta tesis. Empero, hay razones para considerar como falso el amplio relativismo de valores de Max Weber, por lo menos en el sector de las exigencias fundamentales a las que debe corresponder todo derecho justo y humano. Aquí como en el caso de la quinta tesis, la filosofía del derecho desemboca en filosofía moral o ética (con referencia al problema del relativismo en la ética, véase: W. K. Frankena, *Analytische Ethik. Eine Einführung* [Ética analítica. Una introducción], dtv 4129, 1972).

Es importante aclarar, dentro de este contexto, la independencia de la sexta tesis frente a la tercera: incluso en el caso de que la sexta tesis sea totalmente falsa, ello no atañe a los argumentos, utilizados en favor de la división conceptual de derecho y moral. Creemos poder demostrar que, por ejemplo, la intervención en la esfera de libertad individual por el castigo estatal de la simple homosexualidad debe ser condenada desde un punto de vista objetivo, pero que esto no nos da la más mínima razón para no designar como derecho (vigente en la República Federal de Alemania) el antiguo artículo 175 del Código Penal, mientras no sea derogado. Como ya hemos dicho, es una cuestión seria y difícil establecer hasta qué punto podemos valorar moralmente un ordenamiento jurídico desde un punto de vista objetivo. Es falso pensar que tales valoraciones se vuelven más "objetivas" por el hecho de que las incorporamos en nuestro modo común de aplicar el concepto jurídico, suspendiendo, con eso, la diferenciación idiomática entre lo que es derecho y lo que debe ser derecho.

La mala costumbre de mezclar la tercera tesis con la sexta se manifiesta por lo general en el término filosófico "derecho natural". La frase "Hay un derecho natural" puede significar lo mismo que "La sexta tesis es falsa". Pero también

puede indicar —adicionalmente a un enunciado en el sentido que acabamos de mencionar— que las normas reconocidas como derecho natural no son meras normas de la moral, sino directamente “derecho”. Se podría evitar este peligro de la confusión que produce la expresión “derecho natural”, acordando sustituir la cuestión “¿Hay un derecho natural?” por la pregunta “¿Hay reglas objetivas sobre el derecho correcto?”

El problema del positivismo jurídico es un problema núcleo de la filosofía del derecho y del Estado. Lo que resulta del análisis de este problema vale igualmente para todos los restantes problemas: sólo se lograrán progresos, cuando se comience a diferenciar idiomáticamente las cuestiones lógicamente diferentes. De esta manera se las liberaría de su concatenación en un amplio sistema metafísico —que lamentablemente sigue siendo común en Alemania.