

II

POSITIVISMO JURÍDICO*

1. EL FORMALISMO JURÍDICO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

La "rebelión contra el formalismo" de la que se ha hablado en el capítulo anterior, se ha desarrollado en estos últimos años paralelamente con la crítica al positivismo jurídico, tanto que a menudo es difícil distinguir la una de la otra. El formalismo jurídico, en casi todas las acepciones examinadas anteriormente, es a menudo considerado como uno de los motivos de acusación y de condena al positivismo jurídico.

Por ejemplo, considérese el siguiente hecho. La polémica antipositivista ha tomado en estos últimos años en Italia dos direcciones: 1) Una dirección jusnaturalista en la cual se contrapone al derecho positivo un derecho *superior* que proporciona criterios de valoración del derecho positivo,¹ 2) Una dirección realista según la cual el dere-

* "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, pp. 14-34.

¹ Para todo este tema, ver S. Lener, "La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della chiesa", en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padua, Cedam, 1950, I, pp. 345-388; D. Barbero, "Rivalutazione del diritto naturale", en *Jus*, N. S., 1952, pp. 491-508.

cho positivo –considerado en su acepción más restringida como derecho puesto por fuentes formales– es colocado al lado de un derecho *diverso*, esto es aquel que emana directamente del comportamiento de los sujetos (el llamado “derecho espontáneo”).² No hay duda de que ambas polémicas contienen notas antiformalistas; por un lado, la teoría del derecho natural es expuesta como una teoría material del derecho por cuanto define el derecho no a través de su creación o aplicación, sino a través de su contenido y de su finalidad,³ por otra parte, la teoría del derecho espontáneo es expuesta como una crítica de las teorías formales de las fuentes del derecho, según las cuales el derecho sería solo aquello establecido en determinadas circunstancias y, según procedimientos particulares, por los órganos de la producción jurídica disciplinados por las llamadas normas sobre la producción jurídica.

Se puede sostener que las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que de hecho son a menudo usadas como si fueran sinónimas. A lo largo de este segundo capítulo se verá que todas las principales acepciones de formalismo jurídico reaparecen en los principales significados de positivismo jurídico. Anticipando brevemente los resultados de la investigación podemos señalar desde ahora: 1) que existe una estrecha vinculación entre el formalismo ético y el tercer significado que ilustra el positivismo jurídico (el positivismo jurídico como ideología); 2) que el formalismo

² Se trata de la tesis defendida por R. Ago, “Diritto positivo e diritto internazionale”, en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Milán, Giuffrè, 1957, I, pp. 3-65. A esta tesis se vincula G. Barile, “La rilevazione e l’integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice”, Milán, Giuffrè, 1958, p. 79 y ss.

³ Para una reseña de las teorías recientes en esta dirección, ver A. Verdross, “Die Erneuerung der materiellen Rechtsphilosophie”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, LXXXVI, 1957, pp. 181-213.

en la definición del derecho (derecho como forma), el formalismo en la concepción de la ciencia jurídica (la ciencia jurídica como ciencia formal) y el formalismo en la interpretación (la interpretación jurídica como operación lógica) pueden ser considerados como caracteres peculiares del positivismo jurídico en su segundo significado, cuando es entendido como una teoría específica del derecho; 3) que en su primer significado el positivismo, cuando es entendido como un modo de acercarse a la comprensión del fenómeno jurídico, esto es, como una forma típica de *approach* al estudio del derecho, entra dentro de una de las acepciones de formalismo jurídico.

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. Siempre que se esgrime alguna crítica en contra de la doctrina del derecho natural, se nos responde que hay varios modos de entender el derecho natural y que nuestra crítica vale para uno de estos modos pero no para el otro (y, se entiende, vale para aquello que nuestro adversario no comparte). Pero, lo mismo podría decir un partidario del positivismo jurídico frente a la crítica de un jusnaturalista: hay varias maneras de entender el positivismo jurídico. Hay, con todo, una diferencia. Mientras que los aspectos de la doctrina del derecho natural han sido examinados y discutidos muchas veces, generalmente no sucede lo mismo con respecto a los diversos aspectos del positivismo jurídico. Existe una historia del jusnaturalismo (se cree a menudo que la historia de la filosofía del derecho coincide con la historia de la doctrina del derecho natural); pero no existe, que yo sepa, una historia amplia, documentada y exhaustiva del positivismo

jurídico.⁴ Una buena introducción a la discusión ha sido ofrecida por H. L. A. Hart en el artículo "Positivism and the separation of Law and Morals".⁵ Aquí me propongo distinguir e ilustrar claramente los diversos aspectos en que se presenta a menudo aquello que comúnmente se llama "positivismo jurídico", y demostrar cómo la aceptación de uno u otro puede dar lugar a significados diversos e inconfundibles de la misma expresión. Solo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión no vana sobre lo muerto y lo vivo en el positivismo jurídico actual.

2. TRES ASPECTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 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.

⁴ Para un análisis histórico bastante amplio del positivismo jurídico en los diferentes países ver W. Friedmann, *Legal Theory*, Londres, Stevens and Sons, 2ª ed., 1949, p. 125 y ss.

⁵ El artículo está publicado en la *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-630. [Trad. esp. Genaro R. Carrió en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962]. Hart distingue cinco significados de positivismo jurídico, según que se afirme: 1) que las leyes son mandatos; 2) que la validez y la justicia de una norma no están necesariamente vinculadas entre sí; 3) que el análisis de los conceptos jurídicos no debe confundirse con la sociología jurídica ni con la crítica de las leyes; 4) que un sistema jurídico, es un sistema lógico cerrado y que pueden tomarse decisiones jurídicas correctas con medios puramente lógicos; 5) que los juicios morales no pueden ser establecidos y defendidos con argumentos o pruebas racionales. Una continuación de la discusión tuvo lugar luego en un seminario de filosofía del derecho celebrado en septiembre de 1960 en Bellagio, por iniciativa de la Rockefeller Foundation, en la que participaron, entre otros, el Prof. Hart, el autor del presente ensayo y los profesores A. Ross, A. Passerin D'Entrèves, R. Treves y algunos jóvenes estudiosos ingleses, americanos e italianos. Una recensión amplia y viva de estas discusiones se

Por "modo de acercarse al estudio del derecho", entiendo algo diferente de "método"; no se trata, en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por "teoría" entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por "ideología" entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa.

Creo útil distinguir estos tres aspectos de aquello que comúnmente se considera como una única doctrina, porque no me parece que exista una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco (y aquí entiendo "relación necesaria" tanto en el sentido lógico como causal). El positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho no produce necesariamente ni implica aquella teoría particular del derecho que suele ser llamada positivismo jurídico; y aquella teoría particular a la que se atribuye a menudo el nombre de positivismo jurídico no

puede leer en el trabajo de dos de los participantes, R. A. Falk y S. I. Shuman, "Un colloquio sul positivismo giuridico", en *Rivista di diritto civile*, VII, 1961, pp. 542-557.

produce necesariamente ni implica la ideología que a menudo se atribuye a los sostenedores del positivismo jurídico. Darse cuenta de esta distinción induce a formular dos criterios metodológicos que creo hay que tener siempre presentes en el examen de las doctrinas del positivismo jurídico. El primer criterio considera el análisis descriptivo de la doctrina y se puede formular de esta manera: individualizar a un jurista como juspositivista con respecto al modo de considerar el derecho no significa que lo sea también con respecto a la teoría y a la ideología; individualizar a un jurista como juspositivista con respecto a la teoría del derecho, no significa que también lo sea con respecto a la ideología. El otro criterio considera el momento crítico o valorativo de la doctrina y puede ser formulado de esta manera: la aprobación o la condena de uno de los aspectos del positivismo jurídico no implica la aprobación o la condena de los otros dos. No tener en cuenta el primer criterio conduce a juicios unilaterales o falsos sobre este o aquel jurista y, en general, al tratamiento demasiado simplista de un fenómeno que es más bien complejo. No tener en cuenta el segundo, trae como consecuencia una polémica a menudo infecunda, y la creencia de estar liberado del adversario cuando, por el contrario, lo que se ha logrado es amputar cuando más un miembro, que no siempre es el más importante.

3. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO MODO DE ACERCARSE AL ESTUDIO DEL DERECHO

En el primer aspecto -esto es, como modo de acercarse al estudio del derecho- el positivismo jurídico 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. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar "científica" (en este caso con referencia a las ciencias descriptivas y explicativas y no a las demostrativas). Es opinión común que el progreso del saber científico en la edad moderna se ha debido a la eliminación de la concepción finalista del universo que inducía a pronunciar juicios de valor sobre hechos naturales. Aunque, como ha sido repetido infinito número de veces, esta eliminación de juicios de valor es más difícil en el dominio de los hechos humanos, es, sin embargo, incontable que la característica de la orientación científica en el estudio de los hechos morales está representada más que por el uso de ciertas técnicas, por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada, o neutralidad ética, o para decirlo con la célebre fórmula weberiana, *Wertfreiheit*.

En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (*v. gr.*: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que

debido a esta inclusión está luego obligado –si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)– a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar. Piénsese en un lingüista que pretendiera incluir en la definición de fenómeno lingüístico la correspondencia con un lenguaje ideal, y rechazara, por consiguiente, de su campo de observación todos los hechos lingüísticos no aprobados por la lengua ideal: el positivismo jurídico, en este primer aspecto, no es otra cosa que el rechazo de las pretensiones de estos extraños lingüistas aplicadas al estudio de la experiencia jurídica.

Si se acepta en llamar derecho positivo al derecho vigente en una determinada sociedad, esto es, aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces, se puede definir “positivismo jurídico” como teoría del derecho que parta del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo; esto es algo diferente a afirmar que “no existe otro derecho que el derecho positivo”. El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del derecho positivo, o sea el hecho de no ser vigente, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.

4. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA

Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado. La mejor ilustración de este procedimiento ha sido dada, a mi juicio, por Ehrlich en su obra *Die juristische Logik* (1918), en la cual, como es sabido, afirma que el método tradicional del jurista, contra el cual libra su famosa batalla en nombre de la libre valoración de los intereses por parte del juez, está caracterizado por estos tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) esta regla preexistente está siempre dada por el Estado; 3) el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad. O sea, que lo que Ehrlich combate es la teoría del positivismo jurídico; pero al combatirla ha analizado tan bien los principios constitutivos de ella, y ha descrito tan claramente su origen y desarrollo histórico, que su libro, más que un *pamphlet* vivaz, puede ser considerado como el más convincente y cautivante tratamiento del positivismo jurídico como teoría.

El nexo entre el primer modo de entender el positivismo jurídico (examinado en el § 3) y este segundo, es decir, entre el positivismo como *approach* y el positivismo como teoría, es fáctico o histórico. Cuando los juristas al fin del siglo XVIII se alejaron poco a poco del derecho natural y fueron atraídos por el estudio del derecho positivo has-

ta disolver la teoría del derecho natural en la filosofía del derecho positivo, el derecho positivo que se les presentaba como objeto de estudio era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas. Históricamente me parece que se puede decir que positivismo jurídico en el primer sentido y positivismo jurídico en el segundo, surgen a un mismo tiempo. Pero este nexo histórico no puede ser modificado, sin una grave tergiversación, en un nexo lógico; el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatal del derecho porque *de hecho* todas las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por órganos del Estado. El positivismo jurídico se ha presentado como estatismo por razones históricas; nada ha impedido que, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se haya podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

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 la 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 subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho,

la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana).

Una vez más debemos advertir que estas características del derecho no han sido descubiertas como consecuencia de la consideración del derecho como hecho, sino como consecuencia de haber identificado en una determinada época histórica –que coincide con la concentración de la producción jurídica en los órganos estatales– el fenómeno jurídico con el complejo de reglas producidas por el Estado. Ciertamente el *approach* positivista está estrechamente vinculado con cualquier teoría del derecho, por la suficiente razón de que la distinción misma entre el derecho que es y el derecho que debe ser no puede realizarse si no es sobre la base de una teoría más o menos elaborada en torno del derecho; mas, no está necesariamente vinculado con la teoría estatal del derecho, es decir, con aquella teoría a la que el uso lingüístico común atribuye la calificación de doctrina típica del positivismo jurídico. Esto es tan cierto que hoy la mayor parte de los juristas que invocan el *approach* positivista no aceptan la teoría estatal, con la consecuencia de que pue-

den ser llamados positivistas en el primer sentido pero no en el segundo. Para ellos, la teoría del estatismo jurídico no es otra cosa que una teoría errónea; y porque confunde como derecho real aquello que es considerado como tal por sus partidarios, no es tampoco una doctrina positivista en el primer sentido, o sea, en el sentido en el cual los partidarios de la distinción clara entre el derecho que es y aquel que se quisiera que fuese, aceptan ser llamados positivistas. Pero hay que tener en cuenta que el no aceptar que la teoría estatal sea positivista en el primer sentido, en tanto teoría no fáctica, no conduce a tener que refutarla en nombre del positivismo en el segundo sentido; porque en este sentido aquella teoría se llama así, pura y simplemente por razones históricas, que siguen siéndolo aun si la teoría, después de un análisis ulterior, resulta ser falsa.

5. 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 de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos 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 adopta 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. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o *por temor* a la sanción.

Hasta aquí los juristas elaboran una teoría del positivismo jurídico en el sentido expuesto en el párrafo precedente, se limitan a tomar una actitud frente a un complejo de hechos históricos –en el caso concreto, la reducción del derecho a regla puesta e impuesta por el Estado– y a representarlos en una serie más o menos coherente y completa de nociones sistemáticas. La teoría del positivismo jurídico no implica necesariamente una valoración positiva de los datos que han sido objetivamente destacados y representados; más bien tiene función principalmente descriptiva y solo indirectamente prescriptiva. Su fin (y también su límite) es describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra. Para un teórico del positivismo jurídico afirmar, por ejemplo, que la fuente principal del derecho es la ley, no significa enunciar el juicio del valor “Está bien que la ley sea la fuente principal”, sino el juicio fáctico “Es fácticamente verdadero que la ley es la fuente principal”; afirmar que el juez tiene un poder declarativo y no creativo no significa sostener que ésta es la solución mejor para la producción del derecho, sino que es la situación real, la que se desprende del sistema efectivamente vigente fundado, por ejemplo, en la separación de los po-

deres, y basado en la regla positiva según la cual toda decisión del juez debe estar fundada en una regla preexistente no producida por él mismo. El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el paso de la verificación de un hecho a la valoración positiva del mismo; el sistema vigente no es ya únicamente descrito e interpretado objetivamente, sino que también es presentado como un sistema bueno o directamente como el sistema mejor. El efecto de este paso es la transformación del positivismo jurídico de teoría del derecho en teoría de justicia, es decir, en una teoría que pretende no ya indicar lo que en el plano de los hechos es el derecho, sino recomendar aquello que en el plano de los valores es lo justo.

Una vez más, el paso de uno a otro aspecto del positivismo jurídico es fáctico o histórico, no necesario o esencial. La teoría positivista es el reflejo, en la conciencia de los juristas, de la formación del Estado moderno; la ideología positivista está vinculada, por el contrario, a la exaltación del Estado -tal como se expresa, por ejemplo, en la filosofía hegeliana- y presupone, por consiguiente, una filosofía de la historia y una serie de postulados éticos más o menos explícitos. Es verdad que el positivismo jurídico y la exaltación del Estado han corrido parejos, sobre todo en la ciencia jurídica alemana, y de aquí ha surgido, tal vez, alguna confusión. Pero también es verdad que estatismo jurídico y estatismo ético no son en realidad *unum et idem* y que se puede ser por honestidad científica juspositivista en el primer sentido sin serlo, por convicciones morales y políticas, en el segundo. Entiendo que bastará el ejemplo de Kelsen, cuya teoría es ciertamente un producto del positivismo jurídico, pero no es en modo alguno la exaltación del Estado y tiende ideológicamente al primado del derecho internacional, y no contiene la afirmación de que la obligación de obedecer a las leyes del Estado sea una obligación moral.

6. UN CRITERIO PARA DISTINGUIR LOS TRES ASPECTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

La distinción entre estos tres planos o formas bajo las que se presenta históricamente el positivismo jurídico, permite eliminar muchos equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política de esta corriente, que nada tiene de homogénea y en definitiva, ajustar sin prevenciones ni falsos objetivos, aquello que ha sido llamado por un autorizado jurista italiano, el "balance" del positivismo jurídico.⁶

Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se apoya sobre un juicio de conveniencia o de oportunidad que puede ser formulado de esta manera: "partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente". Este presupuesto está fundado sobre la verificación histórica de que el derecho que se aplica en los tribunales y que por consiguiente interesa conocer, es un conjunto de reglas cuya validez deriva no de su conformidad con un derecho ideal, sino del hecho de estar puestas por cierta autoridad o del hecho de ser efectivamente seguidas por aquellos que deben aplicarlas. Se entiende que si se atribuye a la ciencia del derecho también la tarea de proporcionar esquemas de decisión al legislador, desaparece la oportunidad de no tener en cuenta el llamado derecho ideal. Es conocida la distinción entre la tarea *de iure condito*, que en el ambiente influido por el positivismo jurídico se considera como propia de la ciencia jurídica, y la tarea *de iure condendo*, que es consi-

⁶ F. Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico" (1951), en *Discorsi intorno al diritto*, Padua, Cedam, 1953, II, pp. 241-261.

derada como más política que jurídica y se la atribuye a la ciencia de la legislación o a la llamada política legislativa. Por tratarse aquí de la elección de un punto de partida, la que está fundada sobre el juicio de la mayor adecuación de ciertos medios para la obtención del fin, la crítica será fecunda solo si discute la oportunidad de la elección; la validez del modo positivista de acercarse al derecho es independiente de la verdad o falsedad de la teoría del estatismo jurídico y de la bondad o maldad de la ideología del estatismo ético.

En cuanto al positivismo como teoría, el mismo se apoya sobre un juicio de hecho, o mejor aún, sobre una serie de juicios de hecho y puede ser resumido en esta fórmula: "Es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado". Quien quiera objetar esta teoría no deberá dirigir su crítica a la demostración de que no sirve para su fin, sino que deberá probar que es falsa, esto es que los hechos enunciados por ella no son verificados en absoluto o no son verificados de la manera como han sido interpretados. Sin embargo, quede bien claro que este segundo tipo de refutación no contiene o absorbe al primero; se puede probar que la teoría es falsa, parcial o totalmente, sin haber probado por esto la no conveniencia de este modo de aproximación al objeto. Los errores de hecho pueden ser imputables al mal planteo metodológico, pero ambas cosas no se implican recíprocamente.

Finalmente, la ideología del positivismo jurídico es la expresión de un sistema más o menos coherente de valores y puede ser resumida como sigue: "El derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a

sus prescripciones". Quien quiera refutar esta ideología deberá valerse de argumentaciones diferentes de aquellas que se adoptan para probar o negar los hechos; se tratará de contraponer a aquellos postulados éticos, a los que la ideología positivista remite más o menos explícitamente, otros postulados éticos, y la argumentación más fuerte resultará posiblemente de poner ante los ojos del interlocutor las consecuencias funestas o insatisfactorias de la aceptación de ciertos valores como guía de la conducta. Lo que importa ahora poner de manifiesto es que la refutación de la ideología positivista no contiene o absorbe la precedente refutación de la teoría del positivismo jurídico; se puede estar convencido de que hay que desaprobare la ideología positivista y seguir aceptando que, de hecho, la teoría estatista es verdadera.

7. DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO IDEOLOGÍA

Hay que tener presente que, según la polémica contra el positivismo jurídico haya sido dirigida contra el método, la teoría o la ideología, la línea de defensa de los positivistas ha sido consecuentemente diferente. Se trata ahora de examinar más en detalle esta línea de defensa porque puede servir para esclarecer la situación presente del positivismo jurídico, y evitar las frecuentes refutaciones, poco pertinentes y rigurosas, dictadas por aquellos que se han atribuido la misión de defender nuestra civilidad, y así como para ayudar a cada uno a pronunciarse sobre lo que estima aceptable y lo que considera rechazable. Para este examen ulterior invierto el camino: comienzo por la ideología para pasar después a la teoría y finalmente al método. La razón de esta inversión se volverá más clara a medida que se recorra el camino.

La lucha antipositivista en estos últimos años, en que se habla con insistencia de un enésimo renacimiento del irreductible derecho natural, ha sido librada principalmente contra el positivismo jurídico como ideología. La mayor acusación ha sido la de que fue responsable, por lo menos en parte, de algunos fenómenos típicos del totalitarismo. A los acusadores les ha resultado fácil relacionar la fuerte tradición del positivismo jurídico entre los juristas alemanes y el ciego estatismo del régimen nazi. Acusaciones análogas fueron lanzadas, sobre todo por juristas franceses, en contra de la ciencia jurídica alemana al final de la Primera Guerra Mundial.⁷

Veamos dentro de qué límites tienen fundamento estas acusaciones. Ante todo es falso desde el punto de vista histórico que la doctrina de la obligación moral de obedecer las leyes positivas sea una doctrina positivista; la teoría de la obediencia, bastante más que la de la resistencia, ha sido afirmada por las teorías jusnaturalistas tradicionales.⁸ En general, diría que la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas no es ni jusnaturalista ni positivista, porque deriva de la verificación, vieja como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción. Si por "obligación moral" se en-

⁷ Véase J. Bonnet, *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, Paris, De Boccard, 1919, sobre todo el prefacio que contiene ataques contra la ciencia jurídica alemana que subordina el derecho a la fuerza y contra los juristas franceses sometidos a la ciencia jurídica alemana. Y también F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, en la parte en que critica el positivismo jurídico de los juristas franceses, especialmente el sistema de Carré de Malberg, p. 253 (en la nota).

⁸ Para una amplia exposición del problema puede consultarse siempre las páginas de J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Sirey, 1929, sec. IV, p. 633 y ss.

tiende aquélla basada en el *respeto a la ley* y por “obligación jurídica” aquélla fundada en el *temor* de la sanción, es un dato fáctico que todo orden cuenta también con la obligación moral de la obediencia, por lo menos por parte de aquellos a quienes se ha confiado la tarea de castigar a quien haya demostrado no sentir esta obligación ni temer la sanción. La objeción de exigir la obligación moral de la obediencia a las leyes es un reproche que ambos adversarios se lanzan recíprocamente y que por consiguiente vale poco.

En segundo lugar hay que tener en cuenta la aclaración introducida en el § 5), donde se indica que es necesario distinguir la doctrina que funda la obligación moral de obedecer las leyes positivas en la afirmación de que las leyes positivas son justas en tanto tales (es justo aquello que es mandado, es injusto aquello que está prohibido), de la doctrina que funda la misma obligación en la afirmación de que las leyes positivas, justas o injustas, buenas o malas, deben ser obedecidas, porque sirven para realizar valores sin los cuales ninguna sociedad podría sobrevivir, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. La primera tiene que sostener una obligación incondicionada de obedecer las leyes desde el momento en que no reconoce valores diversos y superiores a aquellos recogidos por las leyes, y hace de éstas el criterio último e insuperable del bien y del mal. Pero, ¿existe algún jurista positivista que haya sostenido alguna vez doctrina semejante? Aun en el sistema de Hobbes, según el cual es justo aquello que es ordenado por el soberano, la razón de obediencia desaparece cuando las leyes, en vez de asegurar la realización del fin para el cual han sido puestas, la protección de la vida individual, lo ponen en peligro. Según la segunda doctrina, que es la más atribuida a los positivistas, la obligación moral de

obedecer las leyes está doblemente condicionada: 1) por el reconocimiento de que las leyes dadas sean medios idóneos para la obtención del fin que les es propio; 2) por el reconocimiento de que los valores garantizados por el derecho no entren en conflicto con otros valores, tales como el respeto a la vida, a la libertad, a la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores.

Finalmente, por lo que respecta a la relación entre ideología del positivismo jurídico y dictadura, es extraño cómo se tiende fácilmente a olvidar 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 a 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 privilegios. En Italia, durante los años de la dictadura fascista, la resistencia contra la arbitrariedad fue conducida por los juristas en nombre de los postulados éticos del positivismo jurídico, con la defensa a todo trance de la justicia legal en contra de la pretendida justicia sustancial que, en aquel caso, subvertía el orden liberal y el principio de la certeza.⁹ Esto demuestra que una contraposición abstracta, separada de un determinado contexto histórico, entre el valor de la justicia legal y el de la justicia sustancial, es absolutamente infecunda. La ideología del positivismo jurídico no es, abstractamente considerada, ni mejor ni peor que otra. No conduce a la dictadura más de lo que conduce al estado de

⁹ Véase el libro de F. López de Oñate, *La certeza del diritto*, Roma, 1942, reimpresión en 1950 por G. Astuti, con prefacio de G. Capograssi (Roma, Gismond); y la recensión que hizo P. Calamandrei cuando apareció por primera vez en el trabajo "La certeza del diritto e la responsabilità della doctrina", ahora en *Studi del processo civile*, vol. V, p. 99.

libertad. Es significativo que en Italia aquellos mismos juristas que durante el fascismo habían invocado el respeto del principio de legalidad, en la época de reconstrucción democrática se hayan vuelto defensores del principio opuesto. Las leyes positivas son medios para realizar ciertos fines; la obediencia escrupulosa a las leyes es recomendable cuando los fines son buenos, mas, es desaconsejable cuando son malos. Al positivismo jurídico, nacido en una época de gran fe en la bondad de las leyes, en la ciencia de la legislación, en las codificaciones, en el estado de derecho, no se le pueden reprochar las consecuencias que han sido extraídas de aquellos principios en un régimen de leyes malas. Si no se puede admitir que la obediencia a las leyes, en tanto tales, sea siempre un bien, tampoco puede admitirse la opinión contraria, o sea, que la obediencia escrupulosa a las leyes positivas constituya siempre un mal. El error de cierto positivismo jurídico consiste en haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto; pero no es mayor que el error de la teoría contraria que eleva a valor absoluto la ideología de la desobediencia.

8. DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA

Mientras que la oposición a la ideología del positivismo jurídico ha sido particularmente animada en el campo de los sostenedores del derecho natural, en todas sus formas, y constituye un episodio en la recurrente polémica entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, la oposición al positivismo jurídico como teoría ha nacido sobre el terreno de la sociología jurídica y es un episodio de otra oposición recurrente entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia sociológica, entre teoría estatal y teoría social del derecho,

entre formalismo y realismo. La crítica de los *horrores* es sustituida aquí por la crítica de los *errores*. El libro de Ehrlich, ya citado, es un ejemplo de este tipo de crítica; su objetivo no es mostrar que la ideología de los juristas tradicionales es mala, sino sobre todo, que sus tesis acerca de la noción del derecho, de la función del jurista y del juez, son equivocadas. Frente al avance de las teorías sociológicas del derecho, el positivismo jurídico ha reaccionado de varias maneras: 1) negando los errores a él atribuidos y acusando a los adversarios de incomprensión; 2) modificando las propias tesis para poder hacerse cargo de las críticas de los adversarios sin abandonar sus principios; 3) reconociendo abiertamente el error y adaptando la teoría de tal manera que pueda incluir las tesis adversarias.

Un ejemplo interesante de la primera respuesta se encuentra en la discusión acerca de la plenitud del orden jurídico. Tras una etapa a-crítica del problema, que coincide con la fe ciega en la omnisciencia del legislador y corresponde a aquella corriente que ha sido llamada en Francia escuela de la exégesis, ha sucedido la etapa de la crítica abierta, cuyo representante más combativo ha sido la escuela del derecho libre. La respuesta del positivismo jurídico ha sido, por un lado, la llamada teoría jurídica del espacio vacío (Bergbohm, y, en Italia, Romano), según la cual el caso no regulado por las leyes positivas no es una laguna del orden, sino un hecho jurídicamente irrelevante; por otro, la teoría de la norma jurídica exclusiva (Zitelmann y, en Italia, Donati), según la cual el caso no regulado por la norma especial cae en el ámbito de la norma general que excluye de la reglamentación de la norma especial todos los casos posibles que no entran en ella. Las lagunas, de las que habla el jurista sociológico, serían, desde este punto de vista, ideológicas, esto es, representarían la falta no ya de una norma jurídica positiva, sino de la norma tal co-

mo debería ser para que el sistema jurídico fuese ideológicamente aceptable.

Un ejemplo interesante del segundo tipo de respuesta surge, según mi opinión, de la discusión en torno de la imperatividad: escritores que son considerados positivistas por excelencia, como Kelsen, han abandonado la noción de imperatividad, considerándola no esencial para una coherente teoría positivista del derecho. La noción que parece hoy más apta para señalar las normas jurídicas es aquella más genérica de prescripción, de la cual el mandato es solo una especie. Es una noción aceptada por los partidarios de una de las teorías más extremas del realismo jurídico, tales como Ross.¹⁰ Y se encuentra, no obstante la *communis opinio* contraria, también en Kelsen.¹¹ La noción de "proposición prescriptiva" parece más adecuada para comprender los diversos tipos de reglas que componen un ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, cumple la misma función de la noción de "mandato", que es la de distinguir la esfera de las reglas jurídicas de la de las leyes naturales.

El ejemplo más importante de la admisión de las críticas del adversario se refiere a la teoría de las fuentes. Es un hecho que con respecto a los orígenes históricos, el positivismo jurídico está ligado a la consideración de la ley como fuente principal y a la subestimación del derecho judicial. Hasta hace poco, ha sido considerado característica esencial del positivismo jurídico el llamado "codicismo".¹² En la opinión corriente de los adversarios,

¹⁰ A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958 [trad. esp. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963]. Ross habla de *directives*, distinguiéndolas de las *assertions* y de las *exclamations* (p. 8 y ss.).

¹¹ *Teoria generale del diritto e dello stato* [traduc. italiana, Milán, Comunità, 1952, p. 45].

¹² En el artículo citado por Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico", p. 255.

sobre todo de los partidarios de la escuela realista, uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico es la concepción mecanicista de la interpretación judicial y el desconocimiento del poder creador del juez. A menudo suele escucharse que el positivismo jurídico es aquella teoría que considera al juez como un autómatas, y a la decisión judicial como un silogismo. Aquí las críticas provenientes de la corriente sociológica han abierto una brecha que no ha vuelto a cerrarse porque han sido dirigidas no sobre el terreno de los programas, sino de las pruebas de hecho, y los hechos aducidos eran difícilmente refutables. Se ha observado que aun prescindiendo de la discusión programática acerca de si está bien o mal conceder mayor libertad al juez en la búsqueda del derecho, *de hecho* el juez crea derecho, a pesar de la supremacía de la ley y de la obligación de decidir conforme a reglas previamente puestas. La creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad dentro del sistema mismo, contra la cual se estrellan los argumentos éticos como las flechas contra una muralla. Aun los más fieles y ortodoxos sostenedores del positivismo jurídico no han podido hacer otra cosa que tener en cuenta esta realidad: la teoría mecanicista de la interpretación está abandonada casi completamente. El mismo Kelsen ha dado un buen ejemplo. Y si hay que juzgar por el interés suscitado en Italia en estos últimos años, en la fortaleza en un tiempo inexpugnable de los juristas, por las teorías de la jurisprudencia sociológica y la discusión alrededor de los juicios de valor en la decisión judicial, hay que reconocer que tiene razón Carnelutti cuando desde hace un tiempo repite que finalmente también nosotros hemos descubierto que el momento decisivo de la vida del derecho es el fallo judicial. Con esto no se quiere condenar al ostracismo a la concepción mecanicista de la interpretación;

pero se le da el puesto que merece, que no es ya el de ser el fiel reflejo de aquello que sucede de hecho en los sistemas de predominio legislativo, sino una de las posibles actitudes que el juez puede asumir frente a las reglas que debe aplicar.

Pero en este punto, lo que interesa a los fines del presente análisis es la respuesta a esta pregunta: ¿una consideración más realista de la actividad del juez, de la cual todos debemos algo a las teorías sociológicas del derecho, tiene el poder de modificar de algún modo la tradicional teoría de las fuentes, propia del positivismo jurídico? Me parece que la respuesta no puede ser sino negativa. Existen dos alternativas: a) o se considera "fuente del derecho", como lo hace la doctrina tradicional y el mismo legislador (por ejemplo, el artículo 1º de las disposiciones sobre la ley en general, con que comienza el Código Civil italiano), a los hechos que el orden jurídico califica como creadores de normas obligatorias generales, y entonces la verificación de que a través del juez el derecho vigente de un determinado país se desarrolla, se completa, se adapta a las nuevas situaciones, no autoriza al teórico del derecho a incluir la decisión del juez entre las fuentes del derecho donde no rige la institución del precedente obligatorio: La decisión del juez, en efecto, en cuanto es obligatoria, o sea, respecto de las partes no es general; en cuanto asume la forma de enunciación de una máxima general, no es obligatoria; y si tiende a volverse tal, a través de la práctica de los tribunales, fuente del derecho es, en este caso, la costumbre y no el juez; b) o se acepta un significado mucho más amplio de "fuente del derecho" -para comprender también las normas individuales (en el sentido kelseniano)- y entonces ciertamente la decisión judicial entra dentro de las fuentes del derecho, pero esta aceptación no depende del descubrimiento del poder creador del juez, porque la sentencia

es norma individual tanto en el caso de que sea producto del poder creador del juez, como en el caso de que sea mera aplicación de una norma general. Es necesario estar atento para no atribuir al mejor conocimiento acerca del modo cómo funciona un sistema, la virtud de modificar el sistema.

9. DEFENSA DEL APPROACH POSITIVISTA AL DERECHO

Falta hablar de la validez del *approach* característico del positivismo jurídico, esto es, del punto de vista empírico que adopta frente al derecho. Aquí, el acuerdo es más amplio; mientras con respecto al punto examinado en el párrafo precedente, el positivismo jurídico tiene que habérselas con las corrientes sociológicas y realistas; en la consideración del derecho como hecho y en la distinción entre aquello que el derecho es y aquello que debe ser, positivismo y realismo están de acuerdo y son aliados en contra de las corrientes jusnaturalistas. Sin embargo, aquí la cuestión es, como ya hemos dicho, la de la oportunidad o conveniencia en la elección del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y de la teoría general del derecho. Me parece difícil que se puedan aducir buenos argumentos para probar la conveniencia del punto de vista contrario, esto es, que la ciencia jurídica deba ocuparse del derecho tal como debe ser, o mejor, del derecho existente siempre que concuerde con un derecho ideal o racional. El ejemplo del lenguaje es adecuado: el lingüista, sea que se ocupe de lenguas muertas, sea que se ocupe de lenguas vivas, considera el lenguaje que es efectivamente hablado -no importa si el mismo es bárbaro o refinado, vulgar o culto-. Al trasponer el umbral de la investigación el científico depone los jui-

cios de valor. Así, pues, con respecto al derecho no se advierte por qué aquello que se admite sin dificultad para la historia del derecho no deba admitirse para el estudio de un derecho vigente, esto es, de aquello que es derecho y, por consiguiente, objeto de investigación de la ciencia jurídica, tanto el derecho justo como el injusto. ¿Admiten todos este punto de partida? Entonces todos son positivistas sin saberlo.

Alguno podría todavía objetar que quien se opone al positivismo jurídico sobre este terreno no dirige su ataque tanto a la oportunidad del punto de vista fáctico como a su insuficiencia. Admitamos, dice el jusnaturalista impenitente, que un sistema de derecho vigente sea un sistema de hechos históricos, y que, por consiguiente, haya que partir de consideraciones fácticas; pero estas consideraciones fácticas no son suficientes para dar una justificación del derecho o, en todo caso, la única justificación que ellas pueden dar es la que consiste en reducir el derecho a la fuerza. Aquí la respuesta será más breve y también, a causa de la gravedad de la acusación, más severa. En primer lugar, no se puede pedir a una doctrina que se propone una investigación fáctica del derecho, que sirva también para proporcionar criterios éticos de justificación de los hechos. O mejor: cualquier jurista que se inspira en los cánones del positivismo tiene sus buenos criterios para dar una justificación del derecho, pero no los mezcla con la investigación para no confundir asuntos diversos. La insuficiencia del *approach* positivista, si se puede hablar de insuficiencia, es deliberada. En cuanto a la reducción del derecho a fuerza, es dable responder que como el positivismo jurídico no es una teoría acerca de la justificación del derecho no justifica la fuerza, así como no justifica ningún otro fundamento que se quiera atribuir al derecho. El positivismo jurídico se limita a afirmar que si se quiere elaborar una ciencia jurídica

es oportuno considerar derecho a aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas (principio de efectividad). Con esto no se dice: a) que las reglas efectivamente obedecidas o aplicadas deban su eficacia primordialmente a la fuerza ejercida por los órganos del poder coactivo, ya que tal eficacia puede derivar de la adhesión espontánea; b) que el poder que ejerce la coacción derive de un acto de fuerza o se apoye en la fuerza, ya que puede derivar del consenso y apoyarse en él. Entre el principio de efectividad y la reducción del derecho a la fuerza, hay una gran diferencia: uno establece el ámbito de la ciencia jurídica e indica aquello que es oportuno considerar como derecho a los fines de una investigación científica; el otro es una de las tantas tentativas, más o menos inteligente, de justificar aquello que sucede. Ahora bien, ocurre que sobre la base del principio de efectividad se considera como derecho a cierto conjunto de reglas, independientemente del motivo de su eficacia y, por consiguiente, se tiene como tal tanto a las que son efectivas por consenso como a aquellas que lo son por la fuerza. El principio de efectividad vale también para el derecho internacional; pero las normas de derecho internacional tienen como fundamento el consenso y no la fuerza. Si después realmente se descubriese que las reglas jurídicas de un Estado están fundadas exclusivamente sobre la fuerza, no es posible comprender cómo el principio de efectividad y, por consiguiente, el positivismo jurídico, que se limita a verificar aquello que sucede la mayoría de las veces y no a dar una justificación ética de ello, puede ser inculcado de esta lamentable (pero no sorprendente) realidad.

Tal vez la acusación más grave hecha al positivismo jurídico en este campo es otra: la de que no es fiel al punto de partida; ¿es verdad –agregan los críticos más empe-

cinados- que el positivista abandona los juicios de valor al trasponer el umbral de la investigación? El positivista cree que lo hace, pero en realidad no es así; toma posición, aunque no lo admita y crea ser objetivo. La pretensión de ser éticamente neutral es infundada.¹³ La misión del jurista no es solo la de describir aquello que es derecho en una determinada sociedad, sino también interpretar el derecho vigente a través de la aplicación en los tribunales. Nadie cree ya en la actualidad, como se ha visto en el párrafo anterior, que la interpretación, aun la llamada mecánica, sea una operación meramente lógica: ¿Pero esta objeción conduce verdaderamente a demostrar la infidelidad del jurista al punto de partida fáctico? Yo diría que no. Cuando el positivista sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho tal como es y no como debe ser, no pretende desconocer que el derecho que es, está constituido también por una serie de apreciaciones relativas a situaciones de hecho, de las que nacen las reglas ni afirmar que solo el legislador, y no el juez o el jurista, puede hacer esas apreciaciones. El hecho de que la actividad del jurista no sea únicamente lógica, sino también valorativa, y esté éticamente orientada, no modifica la circunstancia de que sus valoraciones llegan a ser derecho no por el hecho de ser buenas, sabias, justas, conformes al derecho natural, sino simplemente porque ellas se convierten en reglas válidas del sistema. La tesis de que el derecho es aquello que de hecho es, no lleva a excluir que entre esos hechos se encuentren las valoraciones personales del legislador, del jurista y del juez; significa simplemente que estas valoraciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos estable-

¹³ Véase la conclusión de la discusión entre Hart y Fuller, y las últimas palabras del segundo en "Positivism and Fidelity to Law", en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 672.

cidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes, y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia. Hay que distinguir el momento en el que el jurista hace del derecho un objeto de la propia investigación y aquel momento en el cual contribuye a crearlo (la analogía con el lingüista vuelve aquí a ser esclarecedora): es obvio que el modo fáctico de considerar el derecho se refiere al primero y no al segundo momento.

10. CONCLUSIONES

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí sobre las diversas formas bajo las que se presenta la doctrina del positivismo jurídico, tenían por único fin invitar a reflexionar sobre el hecho de que en la crítica del positivismo jurídico no es posible, como se dice, colocar todas las posiciones en un "mismo saco". Para concluir, quisiera fijar algunos puntos de coincidencia y de desacuerdo.

El aspecto más discutible o por lo menos aquél acerca del cual es oportuno expresar cierta reserva y hacer distinciones muy claras, es el ideológico. Si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el Estado es el supremo portador de los valores del bien y del mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias. Pero si la ideología del positivismo jurídico se identifica más bien con la defensa de ciertos valores –para cuya realización parece particularmente idóneo el ordenamiento jurídico– tales como el de la legalidad, del orden, de la certeza, lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los únicos, y que como tales pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos. Como ética de la

legalidad, de la paz, de la certeza, el positivismo jurídico tiene sus documentos perfectamente en regla para ser admitido entre las ideologías que no repugnan, por ejemplo, a una concepción democrática del Estado. No llego a decir que sea la más compatible, porque la relación entre positivismo jurídico y Estado democrático cambia con el tiempo. Pero no veo que se pueda anatematizar el positivismo jurídico en nombre de los valores de la democracia; por otra parte, el positivismo jurídico y la concepción democrática del Estado han tenido en el pensamiento de Kelsen una unión personal que se mantiene hasta ahora.

En cuanto al positivismo como teoría del derecho, creo que conviene distinguir entre un significado restringido y un significado amplio de la teoría. Si hubiese que entender por positivismo jurídico únicamente el "codicismo", es decir, la teoría de la interpretación mecánica de la ley, creo que tendrían razón aquellos que proponen descartarlo por la razón óptima de que es desmentido por los hechos. Pero, desde la época del llamado fetichismo legislativo, ha pasado mucha agua bajo los puentes y ya nadie cree seriamente que el juez sea un autómeta. Se trata de ver si conviene llamar positivismo jurídico a la teoría ampliada, que ha modificado o va modificando radicalmente las ideas acerca de la interpretación jurídica y acerca de la obra de la ciencia del derecho. Yo creo que sí, ya porque me parece que no se han inventado otros nombres, ya porque de hecho esta acepción más amplia está siendo admitida por el uso sin provocar demasiados inconvenientes; ya finalmente, porque la ampliación, como lo he mostrado en el parágrafo 8, no trae aparejada ninguna confusión en los presupuestos. Se ha cuidado de restaurar el interior, pero el frente y el cuerpo del edificio permanecen siempre iguales, así como su destino.

Finalmente, en cuanto al positivismo como modo de estudiar el derecho, me parece que es aceptable sin modificación, o sin que sea necesario introducir una distinción entre sentido bueno y sentido malo, como lo es respecto de la ideología positivista, o entre sentido amplio y sentido restringido, como lo es en relación con la teoría positivista. Aquí el problema es uno solo: se trata de saber si se quiere verdaderamente colocar a la ciencia jurídica sobre bases sólidas, o si se quiere perpetuar la confusión, siempre atractiva en las disciplinas morales, entre el momento de la investigación y el de la crítica ético-política.