

POSITIVISMO JURIDICO Y JUSNATURALISMO

JAVIER ESQUIVEL
México

Ninguna controversia dentro de la historia de la filosofía del derecho puede compararse en importancia a la sostenida entre los partidarios del positivismo jurídico y los del derecho natural. Los filósofos del derecho se clasifican, en uno u otro bando, de una manera que no tiene parangón en otras ramas de la filosofía, en las cuales existe una mayor variedad de posiciones.

En los últimos años, gracias a los métodos analíticos, este encasillamiento ha sido sometido a serias críticas y hoy por hoy puede decirse que las etiquetas ya no se aplican con la sencillez que se hacía antes.

A partir de las obras de Hart y Bobbio¹ es común distinguir varios sentidos de la expresión positivismo jurídico, de manera que los “positivistas” típicos —Bentham, Austin, Kelsen, Ross y Hart, por no mencionar sino a los principales— no pueden ser ya vistos como un bloque uniforme.

En efecto, Hart escribió en 1961 que la expresión “positivismo” se usaba para designar cinco tesis diferentes: (1) que las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; (2) que no hay conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debe ser; (3) que el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas, así como de la valoración moral del derecho; (4) que un sistema jurídico es “lógicamente cerrado” (sin lagunas), en el cual las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas; (5) que los juicios morales, a diferencia de los fácticos, no pueden apoyarse en argumentos o pruebas racionales.²

En el mismo año, Bobbio publicó su libro sobre el positivismo jurídico³ en el cual distinguía tres sentidos de esta expresión: (1) como

¹ Hart, Herbert, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1962. *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, 1965.

² *El concepto de derecho*, p. 321.

³ Bobbio, *op. cit.*

enfoque metódico el positivismo identifica a las reglas jurídicas mediante criterios empíricos y sin utilizar criterios morales o de justicia; (2) como ideología consistiría en la actitud evaluativa de decir que existe el deber moral de obedecer el derecho positivo; (3) como teoría jurídica “positivismo” designa a varias tesis que sostienen que el derecho se origina en la voluntad del Estado o del soberano; que la única fuente genuina del derecho es la legislación, que el sistema jurídico no tiene lagunas y que los jueces deben resolver las controversias deduciendo las soluciones de las reglas del derecho positivo.

Usando estas distinciones pareciera que ya no es posible decir qué autores son positivistas. Más aún, conforme a ello la milenaria controversia carece de sentido. En mi opinión no es así. Los análisis antes mencionados han permitido distinguir una serie de problemas distintos y la independencia que guardan entre sí. Algunos de ellos pertenecen a la filosofía moral, otros a la metodología jurídica y otros a la filosofía del derecho. Antes de estos análisis los problemas habían sido tratados generalmente en bloque y, por ende, con pocos progresos. Los efectos han sido, pues, muy saludables.⁴

¿Quiere esto decir, sin embargo, que la controversia se ha diluido? Por supuesto que no. Respecto a cada uno de los problemas que se encerraban dentro del confuso tratamiento global, siguen existiendo posiciones controvertibles. Es verdad que algunos problemas son ahora más interesantes y complejos que otros, pero todos han ganado: se pueden formular con mayor claridad y distinción.

Sin embargo, podría replicarse que si bien los problemas subsisten, al no haber un sentido unívoco de la expresión “positivismo jurídico”, la controversia con el jusnaturalismo ha desaparecido. Ciertamente que con la proliferación de tesis positivistas, el significado de la expresión “jusnaturalismo”, como la doctrina opuesta y antitética, también se habría atomizado. Ya parecía difícil calificar como positivista a un autor como Hart, dado que sostenía la existencia de un “mínimo de derecho natural”, sin embargo, Dworkin en sus ataques al positivismo no vaciló en considerarlo el exponente más poderoso del positivismo jurídico.⁵ A su vez, aunque se opone al positivismo de Hart, tampoco es claro si Dworkin mismo es un jusnaturalista.⁶ Es aconsejable entonces buscar si hay alguna tesis que haya sido sosteni-

⁴ V. entre otros: García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, 1968; Carrió, “Profesor Dworkin’s Views on Legal Positivism”, en *India Law Journal*, vol. 55, núm. 2, 1979-80 y Nino, C.S., “Dworkin y la disolución de la controversia ‘positivismo vs. jusnaturalismo’”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. VI, núm. 3, 1980.

⁵ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, p. IX.

⁶ Carrió, p. 221, y Nino, pp. 215, 228 y 234.

da por todos los positivistas (o, al menos, los más notables), y en caso afirmativo, caracterizarlos en consecuencia. Si, a su vez, se encuentra que los jusnaturalistas más destacados rechazan esta tesis, la controversia tendrá todavía un sentido.

La tesis que me parece más plausible es la formulada por Hart, sosteniendo que no hay conexión necesaria entre derecho y moral, y por Bobbio, diciendo que las reglas jurídicas pueden identificarse mediante criterios empíricos y sin recurrir a criterios morales. En oposición a esto, el jusnaturalismo postularía que las normas jurídicas (o los sistemas jurídicos) inmorales o injustos no son derecho. En efecto, éste es el sentido de la tradicional sentencia escolástica *lex iniusta non est lex*. Para ejemplificar la controversia podría tomarse el caso del derecho de la Alemania nazi. Los jusnaturalistas dirán que eso no era derecho (Radbruch), mientras que para un positivista lo que hay que decir es: “Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”.⁷

Una vez establecido lo anterior queda claro que sí existe un sentido en el que los filósofos del derecho pueden ser clasificados como positivistas o jusnaturalistas y que el resultado de aplicar el criterio de la conexión necesaria entre derecho y moral funciona también históricamente. La discusión ha sido entonces sobre la definición del concepto de derecho, esto es, si debe o no incluir criterios morales tales como la justicia u otros valores. Esta discusión, a diferencia de la controversia sobre la objetividad de los valores, no es un problema de la ética, sino de la filosofía jurídica. Se trata nada menos que de la definición del concepto jurídico por excelencia, el concepto mismo de derecho.

En esta ponencia no era mi intención argumentar a favor de alguna de las doctrinas. Considero que las objeciones de Hart a la conveniencia de establecer una conexión lógica entre derecho y moral son convincentes y en ese sentido acepto el positivismo jurídico. Esto no quiere decir que acepte el resto de las tesis calificadas como positivistas, ellas son lógicamente independientes de ésta (y quizás entre sí). En particular, creo que la tesis del relativismo moral o no cognoscitivismo ético es falsa y que los argumentos que se han dado en su favor son defectuosos.⁸

Lo que me interesaba era señalar que aun cuando los trabajos de varios filósofos analíticos problematizaron la tradicional controversia al punto que ésta pareció disolverse, existe al menos un sentido en el que ella subsiste como un problema de la filosofía del derecho.

⁷ Hart, *El concepto de derecho*, p. 256.

⁸ Esquivel, Javier, “Positivismo jurídico, juicios de valor y relativismo moral”, *Crítica*, México, vol. XIII, núm. 37, 1981.