

Aproximación al positivismo jurídico en el siglo XX

Sebastián Valencia Q.¹

¿Por qué es importante la teoría jurídica?

Cuando el estudio de lo que denominamos Derecho se representa como la enseñanza de una serie de textos donde lo importante es conocer y aprender sus contenidos sin preocuparse por generar reflexiones que sometan no sólo al texto sino al lector a preguntarse por su realidad y por la del texto mismo, estamos cayendo en un ejercicio que poco aporta en la consolidación del Derecho como una de las técnicas sociales más importantes con las que podemos contar.

La preocupación sólo por los códigos niega al estudiante y al jurista la posibilidad de reconocerse como miembros de la sociedad con obligaciones ciudadanas.

La pregunta ¿qué es el Derecho?, olvidada por quienes escogen la anterior opción nos remite a una serie de reflexiones que expresadas a través de la dicotomía seguridad jurídica-justicia material ha generado por varios siglos una fértil discusión que para muchas personas cercanas al Derecho en nuestro país no existe, limitando la posibilidad de comprender el fenómeno social.

El Derecho como una realidad conceptual construida ha puesto a los juristas a intentar responder o mejor a definir que significa éste. La primera conclusión es que resulta imposible encontrar un concepto que logre un consenso más o menos generalizado. Segundo, que al ser el Derecho un fenómeno tan complejo existen varios temas o piedras de toque que han creado a su vez intensos debates que impiden acuerdos razonables.

Las dos escuelas con que se podría resumir este gran debate son el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, que en la segunda mitad del siglo XX transforman el debate por la pregunta ¿qué es el Derecho?, en la pregunta ¿existen respuestas correctas en el Derecho? Esta cuestión que se centra básicamente en la figura del juez posee una extensa bibliografía, pero para efectos de obtener un área de análisis concreta se puede reducir a la siguiente pregunta: ¿Los jueces al decidir los casos difíciles pueden acudir a argumentos morales para encontrar la respuesta correcta? Esto ha llevado a reflexionar sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral; y sobre los criterios con que se escogen las normas con que se solucionan los casos.

El positivismo toma parte por mantener una separación entre ambos, por crear criterios como el de validez; o el de regla de reconocimiento y norma fundamental para intentar resolver las preguntas planteadas en este debate.

El iusnaturalismo considera la importancia de agregar elementos morales en la decisión de los casos con el objetivo de lograr decisiones más justas.

Durante siglos el debate se desarrolló, los avances son indiscutibles, pero los acuerdos entre escuelas son pocos.

Este debate teórico que se ha promocionado en nuestro país con la expedición de la Constitución de 1991 ha permitido a algunos teóricos locales reflexionar sobre esta temática y junto con el trabajo de la Corte Constitucional permear de la mejor manera posible la reflexión sobre lo que significa el Derecho y como su enseñanza debe ir

variando cada vez que nos acercamos a los debates teóricos como es el caso de la pregunta ¿qué es Derecho? Este fértil debate que cuenta con un número amplio de participantes, ha logrado como primera medida acercar autores extranjeros y temas poco conocidos que han incidido en el fortalecimiento de la cultura jurídica de nuestro país; y en lograr una mejor comprensión y desarrollo de instituciones jurídicas de gran relevancia como son la Corte Constitucional y la Acción de Tutela. También ha puesto en crisis el modelo de educación del Derecho en nuestro país, que como se menciona al principio, coloca en el centro al estudio de la dogmática sin favorecer los conocimientos teóricos que sólo redundan en mejores abogados y sobre todo ciudadanos.

La preocupación es reflexionar sobre el Derecho desde una perspectiva distinta a la dogmática, que sin negarle su importancia fundamental se pregunte por los elementos teóricos que hacen del Derecho un fenómeno social tan complejo y tan interesante para el estudio de la sociedad.

La pregunta ¿qué es Derecho?, difiere de la pregunta sobre lo que es el Derecho. Esta última enfatiza en conocer en un sistema determinado qué es lo que está permitido y qué no se puede hacer. La enseñanza tradicional colabora en el aprendizaje y conocimiento de las normas jurídicas, su objeto radica en que abogados como nosotros conozcamos lo que se puede y lo que no se puede hacer, junto con los procedimientos por los cuales ejercemos nuestros derechos y potestades.

Este estudio surge de la necesidad de ampliar el marco de preguntas. Integrar a la

educación la pregunta ¿qué es Derecho?, permitirá que lo que aprendamos como tal se llene de más sentido y de una perspectiva distinta que reivindique al ser humano como sujeto de Derecho con valores, derechos y deberes.

La teoría jurídica en Colombia en la última década del siglo XX, tomó un aire demasiado fuerte que ha logrado preguntarse desde nuevas perspectivas por cómo hacer del Derecho una técnica mejor.

La apertura de espacios más amplios para la sociología jurídica, la filosofía del derecho y las teorías de la argumentación jurídica ha permitido que el estudio de los fenómenos como la Corte Constitucional y su influencia en la vida jurídica del país tomen una importancia inusitada y colaboren en la solución de conflictos que van desde la violación de derechos fundamentales hasta discusiones políticas sobre los intereses de personas e instituciones.

Es una verdad de a puño que los problemas de nuestro país, y especialmente los jurídicos, no se solucionan sólo con crear y aplicar las normas que existen. En reflexión jurídica colombiana ya es consciente que además de las normas, existen formas de interpretación de éstas que merecen ser estudiadas para encontrar mejores soluciones; y que en muchas ocasiones es un buen conocimiento de la realidad misma la que permite solucionar los conflictos sin caer en la cerrada creencia de que si la solución no está en el código, entonces aquella no existe.

Este sencillo trabajo lo que pretende es iniciar un ejercicio de estudio consciente sobre algunas teorías que han permitido que el Derecho sea lo que es hoy. Fomentar el estu-

dio de la teoría jurídica como una opción académica válida que nos nutre de mejores ideas y creencias sobre el verdadero papel que debe poseer el Derecho. La posibilidad de ser más conocedores de la realidad que vivimos y del papel que juegan las ideas en la concreción de una realidad mejor.

Pero el trabajo de reflexionar desde otro espacio distinto a la dogmática debe hacerse por etapas, esta monografía sólo analiza y describe un pequeño ámbito de la reflexión, este es el positivismo jurídico del siglo XX que puede representarse a través de dos figuras monumentales: el austriaco Hans Kelsen y el inglés H.L.A Hart. La pretensión no es analizar toda la obra de estos autores, sino sus reflexiones sobre los tres temas básicos de la discusión contemporánea: las relaciones entre derecho y moral; la validez de las normas y del ordenamiento y la norma fundamental y la regla de reconocimiento.

Cortas conclusiones

Aproximarse, arrimarse, acercarse. Este ejercicio teórico se define perfectamente con estas palabras. Aunque se aspira a encontrar definiciones, el ejercicio teórico nos da como resultado algo que no ofrece una exactitud rigurosa; las apuestas por las verdades absolutas ya han declinado y sólo queda ofrecer interpretaciones, incluso fabular. Esta sensación Nitzcheana no debe producir desencanto, creo que lo que propone es un nuevo camino de rigor y honestidad que redunde en mejores herramientas para una mejor comprensión de lo que se estudia, en este caso, el Derecho.

El profesor italiano Norberto Bobbio observa que en términos de estudios sobre teoría del Derecho hay dos opciones: preferir el análisis crítico o las grandes síntesis que procuran descubrir el espíritu del sistema. Aquí podemos encontrar la primera gran diferencia entre los autores que hemos estudiado.

Kelsen representa el último gran esfuerzo por hacer de la labor teórica en el Derecho una gran síntesis, presentar una gran estructura con características definidas desde donde es posible solucionar todas las cuestiones polémicas que se presenten; eso sí, con el rigor conceptual que caracteriza al neopositivismo. En cambio Hart ha escogido el otro camino, pues su trabajo se presenta como la preocupación por pequeños problemas; no interesan las grandes soluciones, lo que importa es elucidar los elementos que componen el gran problema. Tomando de nuevo una metáfora de Bobbio, Kelsen se preocupa por trazar el mapa que nos ubique, identificar lugares para partir, no intentar aprehenderlo todo sino a conocer los puntos o lugares que a cada uno parezcan más interesantes; a Hart lo que le gusta es recorrer el mapa, y no recorrerlo todo, su intención es esclarecer algunos lugares y aprender de ellos lo suficiente con el objetivo de mejorar el mapa y poder recorrerlo mejor. Pero a pesar de esta diferencia a ambos autores los une la atracción positivista y analítica que aborrece radicalmente los discursos demasiado generales sobre el ser y el no ser; y por la necesidad de permanecer con los pies en la tierra y de moverse, si es necesario moverse, dando un paso cada vez.²

2 BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Fernando Torres - Editor, Valencia, 1986, p. 12.



En Kelsen la preocupación por ubicar a la ciencia del derecho en su lugar, significa hacer consciente que el derecho es una construcción netamente humana. Los hombres han creado una realidad artificial que permite organizar a la sociedad y esa realidad día a día se va renovando ella misma. Esto hace por tanto que la realidad del derecho sea distinta a la realidad natural, pero no por eso se puede, según Kelsen, analizar al Derecho con criterios científicos; esto nos conduce a la pregunta ¿qué es lo que caracteriza a un trabajo como científico?, para concluir que tanto Bobbio como muchos otros autores ven que lo que hace a la labor de Kelsen como científica es el rigor conceptual y la honestidad con que conduce sus investigaciones.

Toda la labor de Kelsen ha generado un extenso, a veces prolijo y en ocasiones estéril debate, fruto esto último, de erradas y prematuras interpretaciones Kelsenianas.

A Kelsen se le ha acusado de negarle valor a las investigaciones sociojurídicas, pues quienes lo acusan consideran que el autor austriaco sólo reconoce como importante la labor de la ciencia jurídica que él plantea y que su método es describir. Pero esto no es cierto, pues lo que Kelsen hace es distinguir entre una labor descriptiva y una valorativa. En ningún momento se trata de una negación, lo que se busca es aclarar las diferentes formas de acercarse al derecho y que en términos de una ciencia jurídica la descripción es su herramienta de trabajo. Este tipo de confusiones no sólo sobre la teoría de Kelsen, sino también sobre el estudio de Derecho se debe, según el profe-

sor Carlos Santiago Nino, a la falta de un objeto claro por estudiar. El Derecho es un haz de posibilidades, incluso de realidades inaprehensibles para el conocimiento, dado esto es también imposible definir los núcleos de las disciplinas que caben dentro de la ciencia jurídica y utilizar la terminología adecuada.³ Lo que debe quedar claro es que asumir una teoría formal y exenta de valoraciones, no excluye la validez de otras disciplinas que estudian al derecho.

Las discusiones más polémicas generadas por Kelsen se desarrollan alrededor de los temas básicos (las relaciones entre derecho y moral; la validez de las normas y del ordenamiento y la norma fundamental). La propuesta de separación del derecho y la moral hace parte de la discusión de varios siglos entre la vinculación o la separación del derecho y la moral. Kelsen ha sido enfático en sostener la separación, pues considera que su labor científica frente al Derecho debe estar exenta de valoraciones; la tesis de la vinculación que es defendida en su mayoría por teóricos iusnaturalistas propugnan por una equivalencia entre derecho y justicia, por la existencia de principios mínimos que deben contener todo conjunto de normas que deseen ser consideradas como derecho. Esta discusión no permite en realidad una conclusión a favor de una y otra teoría; demuestra más bien, el profundo carácter cambiante del pensamiento humano, pues de acuerdo a las circunstancias históricas, tanto los defensores de los regímenes como sus críticos, se han valido de las dos opciones para defender o atacar sus intereses. Lo que importa en esta disputa es

3 NINO, Carlos Santiago. Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica. Universidad de Carabobo, Venezuela, Edición Mexicana, 1995. p. 11.

reconocerle su status conceptual, pues empíricamente ningún partidario de la desvinculación puede negar que los sistemas jurídicos sean reflejos de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada.⁴

Donde la crítica ha sido más fuerte y la propuesta de una teoría pura ha temblado, es en lo relativo al fundamento del sistema jurídico. Muchas críticas consideran como inconsistente la idea de fundamentar un conjunto de normas puestas por los hombres a través de una suposición; Kelsen se intenta defender diciendo que ese fundamento, esa norma fundamental es una mera hipótesis que nos permite entender el derecho positivo como derecho válido. Para el profesor Francisco Laporta si el empeño de Kelsen consiste "en formular la norma fundamental para poder establecer el significado de validez, y validez es equivalente a vinculatoriedad, o lo que es lo mismo, a deber de obediencia, entonces lo que estamos buscando es exactamente una respuesta a la pregunta de porqué se debe obedecer la Constitución y Kelsen nos dice simplemente que al hablar de derecho válido presuponemos que debe obedecerse y no podemos ir más allá".⁵ Esta crítica ha sido acompañada por uno de los juristas escandinavos más importantes, Joseph Raz, quien considera que para Kelsen la única normatividad posible es una normatividad justificada, asemejando la normatividad jurídica a la moral y contrariando su intención de justificar al ordenamiento jurídico

desde él mismo. Esto conduciría a que la teoría pura con su intención definitoria de múltiples elementos respondiera plenamente a los postulados básicos del iusnaturalismo, pero como lo plantea Nino, ambas propuestas son substancialmente distintas, pues si para los iusnaturalistas el objeto de fundamentar e identificar un sistema corresponde a la necesidad de justificarlo, para Kelsen los juristas que buscan identificar un sistema deben asumir una categoría con carácter absoluto sólo como hipótesis, presuponer la norma. Sólo debe ser tomada como hipótesis de trabajo, como postulado metodológico, con el objetivo de seguir a Kant en la idea de que el conocimiento "crea" su propio objeto. Se trata de asumir una actitud meramente cognoscitiva de la ciencia jurídica que requiera presuponer una categoría para poder realizar su labor descriptiva sin caer en compromisos axiológicos.⁶

A pesar de esta defensa considero que la tesis de Kelsen sí posee un gran defecto en cuanto a la norma fundamental y a la validez del ordenamiento, pues crea muchísimas dificultades sostener una labor meramente descriptiva a partir de presupuestos, por tanto es importante reconocer la labor realizada por Hart que ha matizado la discusión gracias a que tanto al problema del fundamento como al de la validez del sistema le ha agregado elementos empíricos y fácticos que hacen más sólida su teoría. Para Hart su regla de reconocimiento debe ser demostrada, cosa que se logra al estudiar a

4 GARZÓN V., Ernesto. Derecho y moral. Enciclopedia Iberoamericana de filosofía. Edit. Trotta, Madrid, 1996. p. 397.

5 LAPORTA, Francisco. Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo. En: Historia de la ética, Lamps Victoria, Edit. Crítica, Barcelona, 1989.

6 NINO, Carlos Santiago. Op. Cit. p. 29.

los tribunales en su labor de identificar las normas que aplican y a su vez logra que el concepto de validez sea redefinido en términos de existencia, entendida como que una regla es válida según los criterios de validez del sistema que se encuentran implícitos en la labor de tribunales y ciudadanos.⁷ Pero sin lugar a dudas el elemento clave no sólo en la crítica a Kelsen, sino en la afirmación de su propia teoría, consiste en reconocer que la "esencia" del Derecho se encuentra en la combinación de reglas primarias y secundarias, y no en la sanción.

Para algunos teóricos radicar en la sanción el centro del Derecho como lo hace Kelsen, significa también poner en el centro a la obligatoriedad y por tanto normativizar moralmente el sistema jurídico; la respuesta de Kelsen consiste en afirmar que el sistema jurídico posee un carácter normativo, pero que la labor de la ciencia jurídica consiste en describir sin preocuparse por los fines del sistema, además lo que hace normativo a un sistema no es su obligatoriedad, sino la existencia de normas que intentan producir una realidad.

La crítica Hartiana al concepto de sanción Kelseniano se dirige hacia la posible uniformidad de las normas y la deformación del sistema jurídico que esto conlleva, pues como ya se ha mencionado reiteradamente no sólo existen normas que obligan a través de una sanción, sino que existen normas que confieren potestades y derechos. Y no sólo esto, es la gran distinción entre las formas en que se puede apreciar al derecho; el punto de vista interno y externo son

las grandes herramientas que utiliza Hart en su obra para develar muchas de las oscuridades de la teoría jurídica.

Toda la propuesta Hartiana se ha convertido en la gran obra de la segunda mitad del siglo XX que ha provocado una redefinición de la pregunta ¿qué es el derecho?, hacia la pregunta por la existencia de respuestas correctas en el Derecho. Desde la década del 60 hasta su muerte, este jurista inglés sostuvo una importante relación crítica con el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin, discusión que ha abierto un espacio inmenso; pero que para el objeto de esta monografía se ha convertido en el principal crítico de Hart.

El sociólogo del Derecho colombiano César Rodríguez en su libro "La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin" señala los tres cimientos del positivismo jurídico que Hart defiende, estos son: 1) el Derecho es un conjunto de reglas identificables mediante una única regla de reconocimiento; 2) ese conjunto de reglas válidas agota el contenido del Derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen discrecionalidad para decidir el caso; y 3) los derechos y las obligaciones pueden derivarse sólo de reglas jurídicas cuya validez puede ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento; por lo tanto, en los casos difíciles en los que no existe una regla semejante no es posible afirmar que alguna de las partes tiene un derecho a que el caso sea decidido en su favor.⁸

7 H. LA. HART. Op. Cit. 137.

8 RODRIGUEZ. La decisión judicial. Siglo del hombre editores, Bogotá, 1998.

Dworkin en sus críticas no sólo contra Hart, sino contra el positivismo, ha creado una propuesta de corte iusnatural, que propone la existencia de reglas y principios que permitirá encontrar para cada caso la respuesta correcta. Además de acusar directamente a Hart de que con su propuesta de una teoría que sólo sirve para describir, le niega a los juristas la posibilidad de mejorar su comprensión frente a los distintos problemas e impidiendo además el desarrollo de derechos individuales que deben considerarse como triunfos políticos del individuo, frente a la propuesta positivista de que sólo existen derechos legales. Las respuestas hartianas acusaban a Dworkin de no comprender la propuesta positivista, aunque aceptaba la crítica hacia la excesiva discrecionalidad judicial. En 1992 cuando intentaba contestar sus críticas Hart murió, dejando a medias su *post scriptum*; pero de todas maneras aportando conocimientos más claros que han revitalizado el debate contemporáneo.

Aunque al principio parece una desilusión no poder concretar en tres o cuatro párrafos una solución al problema planteado, o por lo menos una descripción concisa del tema en estudio, el aprendizaje que representa la lectura de las obras fundamentales del positivismo jurídico del siglo XX ha permitido mejorar la comprensión del Derecho, su enseñanza y la necesidad de distinguir entre dogmática y exégesis de la ley. Con Kelsen podemos aprender o mejor, concretar el estudio de la dogmática. Concebir al derecho como una estructura dinámica que facilita el conocimiento de las normas de un sistema jurídico determinado, aquí la pregunta por lo que es el derecho se torna central y como lo ha expresa-

do el profesor Mauricio García Villegas, es necesario asumir una actitud frente a las normas existentes como las mejores posibles que podemos tener para el momento en que estudiamos. En la dogmática se trata de conocer las normas, describirlas; el ejercicio de criticarlas y valorarlas corresponde a la teoría jurídica y la filosofía del Derecho donde las cuestiones acerca de la obligatoriedad de las normas conlleva un ejercicio teórico complementario a la dogmática, imprescindible en cualquier escuela de Derecho que quiera formar buenos abogados.

Pero no es sólo el valor jurídico, el profundo sentido democrático y ciudadano que poseen las obras de Hart y Kelsen permiten pensar al derecho como técnica social, como guía de conducta, como "realidad conceptual construida" para vivir en paz.

Bibliografía

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del Derecho, Gedisa, Madrid, 1994.

BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Colección Ensayos, Buenos Aires.

_____. Contribución a la teoría del derecho. Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ, Eusebio. El iusnaturalismo. En: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía N° 11, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

GARCÍA, Mauricio. Las fronteras del Derecho. En: Pensamiento jurídico N° 8, Universidad Nacional, Bogotá, 1997.

HART, H.L.A. El concepto de derecho, trad. De Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.

_____. El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral, en R. M. Dworkin: Filosofía del derecho, trad. de Javier Sáenz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

_____. Postscriptum, en: Rodríguez Cesar: El debate Hart-Dworkin, siglo del hombre editores, Bogotá, 1997.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Eudeba, Buenos Aires.

LAPORTA, Francisco J. Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo. En: Camps

Victoria, Historia de la ética. Editorial Crítica, Barcelona, 1989.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Editorial Ariel.

_____. Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica. Universidad de Carabobo.

SCHMILL, Ulises. El positivismo jurídico, en: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía N° 11, Editorial Trotta, Madrid, 1996.