

LA FORMA «DERECHO» Y EL PROBLEMA TEÓRICO Y POLÍTICO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico de Kelsen

TEXTO 1: Como teoría [la TPD] se propone única y exclusivamente conocer su objeto. Intenta responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse. Es ciencia del derecho y no política jurídica. (Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011 [en adelante, *TPD*], §1, p. 41)

TEXTO 2: A la manera que es propia del derecho, esto es, por medio de la conexión de conductas humanas socialmente dañinas con actos coactivos considerados como males por los hombres, es posible perseguir cualquier tipo de finalidad social. El derecho no se caracteriza por la finalidad sino por ser un medio específico [...]. El derecho es un aparato coactivo al cual, en sí mismo y por sí mismo considerado, no le corresponde valor ético o político de ninguna especie; es un aparato coactivo cuyo valor depende de la finalidad trascendente al derecho mismo y de la cual este constituye un medio. Se consigue así una interpretación, libre de ideología, del hecho que concebimos como derecho. (Hans Kelsen. *TPD*, §14, pp, 61-62)

TEXTO 3: El deber es aquí una categoría relativamente apriorística para entender el material jurídico-empírico. En este aspecto, es imprescindible para expresar y entender la manera específica en que el derecho positivo conecta unos hechos con otros. [...] Esta categoría del derecho tiene carácter puramente formal, y en ello se diferencia por principio de la idea trascendente del derecho. Es aplicable con independencia del contenido que tengan los hechos enlazados en la proposición jurídica y con independencia de qué tipos de actos sean los que haya que entender como jurídicos. A ninguna realidad social se le puede negar que sea compatible con dicha categoría jurídica a causa de su configuración material. En el sentido de la filosofía kantiana, tiene un carácter epistemológicamente trascendental, pero no metafísico-trascendente. Precisamente por eso conserva su tendencia radicalmente antiideológica; y también por ello la teoría tradicional del derecho se manifiesta contraria con la más enérgica oposición, ya que a dicha teoría se le hace muy difícil de soportar la idea de que haya que entender el orden

propio de la República soviética como un orden jurídico, al igual que el orden de la Italia fascista o el de la Francia capitalista y democrática. (Hans Kelsen. *TPD*, §11, p. 56)

El problema político del positivismo jurídico

TEXTO 4: *El positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo*. El positivismo, además, no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Tal concepción cree haber demostrado la validez de la ley sólo con señalar el poder de su vigencia. Pero en el poder se puede quizá fundar un “tener que” (*müssen*) pero nunca un “deber” (*sollen*) o un “valor” (*gelten*). Estos se fundan más bien en un valor inherente en la ley. En verdad, toda ley positiva lleva consigo un valor, sin consideración de su contenido: es siempre mejor que ninguna ley, ya que crea al menos seguridad jurídica.

Pero la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (*Zweckmässigkeit*) y justicia. En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo “lo que al pueblo aprovecha”, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia. La seguridad jurídica, inherente en toda ley positiva por esa su positividad, ocupa una notable posición intermedia entre la conveniencia y la justicia: por un lado es reclamada por el bien común, por el otro empero, también por la justicia. Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia.

Donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta // en verdad *un conflicto de la justicia consigo misma*, un conflicto entre justicia aparente y verdadera. Esto lo expresa magníficamente el Evangelio, que orden por un lado “obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros”, y por el otro lado manda “obedeced más a Dios que a los hombres”. El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.

Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: *donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia*, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. (Gustav Radbruch. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019, pp. 61-3)

El positivismo jurídico como síntoma de la crisis de la razón práctica

TEXTO 5: La imposibilidad de hacer una defensa “científica” de las posturas prácticas (excepto en aquellos casos en que se trata de determinar los medios mejores para alcanzar un fin dado de antemano) brota de motivos mucho más hondos. Esa defensa es ya absurda en principio porque los distintos sistemas de valores existentes libran entre / sí una batalla sin solución posible. El viejo Mill, cuya filosofía no quiero por eso alabar, dice en una ocasión, y en este punto sí tiene razón, que *en cuanto se sale de la pura empiria se cae en el politeísmo*. [...] También aquí son distintos dioses los que entre sí combaten. Y para siempre. [...] Sobre estos dioses y su eterna contienda decide el destino, no una “ciencia”. [...] ¿Quién osaría “refutar científicamente” la ética del Sermón de la Montaña, o el principio que ordena “no resistirás al mal” o la parábola que aconseja ofrecer la otra mejilla? Y, sin embargo, es claro que desde el punto de vista mundanal es una ética de la indignidad la que de esa forma se está predicando. Hay que elegir entre la dignidad religiosa que esta ética ofrece y la dignidad viril que, por el contrario, ordena “resistirás el mal, pues en otro caso serás corresponsable de su triunfo”. Según la postura básica de cada cual, uno de estos principios resultará divino y el otro diabólico, y es cada individuo el que ha de decidir quién es *para él* Dios y quién el demonio. (Max Weber. «La ciencia como vocación». En: *El político y el científico*. Madrid: Alianza, 1967, pp. 215-7).

TEXTO 6: Considerado como categoría moral, el derecho equivale a la justicia, siendo esta simplemente la expresión del orden social correcto, un orden cuya meta se alcanza plenamente dando satisfacción a todos. [...] Es cierto que esta palabra («justicia») también es usada con frecuencia en el sentido de adecuación al derecho positivo y, más concretamente, de adecuación a la legalidad. El término «injusto» tiene entonces el significado de que se aplica una norma general a un caso pero no a otro que presenta

similares caracteres, y eso sucede con independencia del valor que se atribuya a la norma aplicada. De acuerdo con este uso lingüístico, el juicio emitido sobre la justicia solo expresa el valor relativo de la adecuación a la norma. «Justo» es entonces tan solo otra palabra para decir «jurídico».

El término «justicia» en sentido propio, diferente del sentido estrictamente jurídico, tiene el significado de un valor absoluto. La teoría pura del derecho no tiene la posibilidad de definir su contenido al no ser este susceptible de conocimiento racional; así lo prueba la historia del espíritu humano que en vano se preocupa, desde hace milenios, por encontrar una solución a este problema. La justicia hay que entenderla como un orden superior al derecho positivo y diferente de él, que, en su validez absoluta, trasciende toda experiencia, al igual que la idea platónica trasciende el mundo real y al igual que la trascendente cosa en sí va más allá de los fenómenos. El dualismo de justicia y derecho tiene el mismo carácter metafísico que este dualismo ontológico; y, exactamente igual que este, tiene una función doble que depende del cariz con que se presente, optimista o pesimista, conservador o revolucionario: o bien afirmar que lo existente, esto es, el orden del Estado y de la sociedad concuerda con el ideal, o bien, por el contrario, negar que tal concordancia exista subrayando la contradicción entre aquel orden y el ideal. Y de la misma manera que, como es de suponer, el conocimiento científico o racional, orientado a la experiencia, se muestra incapaz de definir la esencia de la idea o de la cosa en sí, así también es imposible responder científicamente a la pregunta de en qué consiste la justicia. [...]

[...] la justicia [es] un ideal irracional. Por mucho que ese ideal sea algo de lo que no puedan prescindir la voluntad y las acciones de los hombres no es menos cierto que es inaccesible al conocimiento. A este solo le es dado el derecho positivo, o mejor expresado: el conocimiento solo tiene la tarea de conocer el derecho positivo. Cuanto menos se realice el esfuerzo de separar derecho y justicia, cuanto más condescendiente se sea con la aspiración de todo poder legislativo de que se tenga al derecho positivo como el derecho válido desde la perspectiva de la justicia, tanto más se estará cediendo a la tendencia ideológica que es propia de la concepción conservadora del derecho natural. (Hans Kelsen. *TPD*, §8, pp. 49-51)