

LAS DIVERSAS ESCUELAS POSITIVISTAS DEL DERECHO

Miguel VILLORO TORANZO

SUMARIO: I. *Advertencia inicial*. II. *Voluntarismo jurídico*. III. *Positivismo científico*. IV. *Positivismo sociológico*. *Positivismo jurisprudencial*. V. *Realismo jurídico escandinavo*. VI. *Proyección de las diversas escuelas de Positivismo*. VII. *Bobbio y el Positivismo*. VIII. *Reflexiones finales*.

I. ADVERTENCIA INICIAL

Lo primero que hay que advertir —con Antonio Hernández Gil— es que “el Positivismo en el campo del Derecho no es siempre proyección de un concepto general científico o filosófico —tan vacilante, por lo demás— del Positivismo”.¹ La mayor parte de los juristas que asumen la actitud positivista, no lo hacen a partir de una reflexión crítica sobre el concepto del Derecho (sea éste científico o filosófico), sino más bien porque les es espontáneo lo que García Máynez llama el punto de vista de los órganos estatales. El funcionario que tiene como misión aplicar el Derecho, lo mismo que el litigante que trata de implementarlo en servicio de su cliente, no suelen detenerse a reflexionar sobre la noción de Derecho que están manejando. Para ellos simplemente existen normas jurídicas, cuya validez extrínseca o dan por supuesta (cuando la ven proclamada por el superior jerárquico o cuando la deducen de la simple existencia de un código o de una ley) o investigan a través de las fuentes formales del Derecho (por ejemplo, el funcionario sondea si su superior tiene facultad para dar tal orden y el litigante inquiere si hay jurisprudencia establecida sobre tal cuestión). Se podría decir sin exageración que el Positivismo primero es vivido espontáneamente por los que aplican el Derecho y sólo más tarde es razonado por los teóricos. Y el razonamiento de éstos ciertamente, en la mayoría de los casos, no es una aplicación deductiva al Derecho de los postulados de la

¹ Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. III, Madrid, 1973, p. 79.

filosofía positivista, sino más bien un echar mano de esos postulados para justificar una posición tomada de antemano sin reflexión crítica y según la cual se maneja al Derecho como una realidad dada insoslayablemente y, por lo tanto, positiva. Por consiguiente, el Positivismo jurídico consiste, antes que nada, en la cosmovisión o actitud general no crítica que da por supuesto que el Derecho es algo del cual no tienen control los juristas, actitud que más bien se encoge de hombros ante los esfuerzos de los teóricos y filósofos del Derecho por definir ese algo dado, ese algo positivo. Esta cosmovisión es típicamente positivista en cuanto rechaza las especulaciones metafísicas, ya que para ella cualquier especulación teórica ya es metafísica, ya desborda los límites de lo dado positivo. Pero, a partir de aquí, los teóricos toman el relevo de la cuestión y se preguntan: ¿qué es lo dado positivo?, ¿son hechos?, ¿son mandatos?, ¿son normas jurídicas? Según se dé respuesta a la cuestión anterior, aparecen diversas escuelas positivistas del Derecho. Los más contestan: son mandatos de la voluntad del Estado o de las autoridades competentes. Entonces aparece una noción voluntarista del Derecho. Pero otros prefieren contestar que son realidades sociales, son hechos con impacto social. Sobre esta respuesta se levanta el sociologismo jurídico que tiene una visión empírica del Derecho. Por último, hay quienes prefieren responder: son normas jurídicas, pero no consideradas éstas como mandatos sino en cuanto formas racionales transmisoras de un pensamiento. Así ha nacido lo que muchos autores nombran el formalismo jurídico y que nosotros preferimos llamar la noción racionalista del Derecho. Pero estas distinciones, que nos parecen evidentes y necesarias para no embrollar la cuestión, no han sido vistas por todos los juristas. De allí la confusión del contenido de la expresión "Positivismo jurídico".

II. VOLUNTARISMO JURÍDICO

La forma más constante y generalizada del Positivismo jurídico es la del voluntarismo jurídico. Explicábamos en otra parte que el voluntarismo se levanta sobre la glorificación del legislador, pero no le fue difícil adaptarse, en la segunda mitad del siglo XIX, a las exigencias positivistas. Julián Bonnecase, el historiador de la Escuela de la Exégesis, explica cómo dicha escuela se estructura bajo la doctrina estatista consistente en la proclamación de la omnipotencia del legislador y en la creencia en su infalibilidad: las leyes son la expresión de la voluntad soberana del pueblo, fuera de ellas sólo hay voluntades individuales

y subjetivas sin relevancia como soluciones coactivas sociales. Por eso, los juristas se limitan a estudiar lo mandado en la ley. "Exponente perfecto y acabado de la misma es el "Code", la razón escrita. En él se reunía y agotaba todo el Derecho civil. . . Bajo el nombre de la exégesis se congregan los juristas de la época, que se prometen a sí mismos una ciega devoción hacia la obra cumbre, un respeto invulnerable, un acatamiento pleno".² El voluntarismo jurídico triunfaba bajo la sombra protectora de la filosofía política de Jean Jacques Rousseau. Más tarde los fervores democráticos revolucionarios se enfrían y empieza a enseñorear el espíritu glacial del Positivismo de Comte. "En verdad, los representantes de la Escuela de la Exégesis sufrieron, más que razonaron, la doctrina positivista; pero su afiliación a ésta, es cierta. Así como los sociólogos sólo quieren conocer ese fenómeno exterior, que constituye el hecho social, los exégetas únicamente quisieron conocer ese hecho exterior que es la ley. Sin duda, atribuyeron un alma a ese hecho, puesto que sólo lo interpretan a través de la intención del legislador. Pero esa intención era también un hecho exterior que buscaban también exteriormente. Por otra parte, sabemos que la Escuela de la Exégesis consideró que el sistema legislativo en vigor se bastaba a sí mismo, y esto, indiscutiblemente, es una forma del positivismo jurídico".³ Esta forma de Positivismo, defendida en Francia por la mencionada Escuela de la Exégesis y en Gran Bretaña por la Jurisprudencia Analítica de Austin, puede ser llamada, además de voluntarismo jurídico, "Positivismo legal" en cuanto que defiende que la Ciencia del Derecho debe limitar su campo de estudio al conocimiento del Derecho Positivo, que se expresa en leyes, normas o mandatos de la autoridad competente; insiste que esa Ciencia debe estudiar únicamente el Derecho que es y no el Derecho que debería ser. Esto lo consideramos un acierto metodológico, en particular en contra de aquellos iusnaturalistas que tienden a mezclar su enfoque moral con el enfoque propio de la Ciencia del Derecho que se dirige al conocimiento del Derecho que es, es decir, del Derecho Positivo. Metodológicamente no hay que confundir la labor de exposición de lo que está mandado con la otra tarea de criticar y valorar si lo que está mandado está bien o mal mandado. Pero observaremos que el Positivismo jurídico no se mantiene en los estrictos límites de una noción voluntarista del Derecho: después de constatar

² Antonio Hernández Gil, *Metodología del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pp. 54 y ss.

³ Julián Bonnecase, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad. de José M. Cajica Jr. Cajica, Puebla (México), 1944, p. 270.

que algo es mandado, se pregunta por lo que se manda y exige que eso que se manda sea coherente.

III. POSITIVISMO CIENTÍFICO

Otra escuela positivista del Derecho es la que floreció en Alemania bajo el nombre de la Ciencia de las Pandectas o "Positivismo científico". En realidad es más racionalista que empírica o voluntarista. Franz Wieacker explica al Positivismo científico como "una concepción jurídica que deriva todos los preceptos jurídicos y todas las resoluciones de la suma de conceptos y preceptos doctrinales de la ciencia jurídica, sin conceder fuerza jurídica creadora a modificadora a valoraciones extrajurídicas, p. ej., ético-sociales (o también 'iusnaturalistas') o dependientes de la concepción del mundo (p. ej., socialistas), ni a conveniencias económicas o sociológicas, es decir, sin darles cabida en el *ethos* o, ni siquiera, en la conciencia del jurista. 'Las consideraciones éticas, políticas o económicas no son asunto del jurista como tal', decía en 1884 Windscheid, el clásico del Positivismo científico, al oponer 'al jurista como tal' el legislador o el político legislativo".⁴ Tal concepción se puede llamar positivista por su amor a la ciencia y por su repudio de toda metafísica, pero carece de lo que, a nuestro modo de ver, es lo más importante en la actitud positivista: la observación de los hechos. Sin ella nos parece confuso e inapropiado hablar de positivismo. Toda inquisición que cuidara su método científico y que procurara mantenerse en el plano de las causas próximas sería positivista. Esto nos parece extender demasiado el término positivismo. Si algo debe sugerir esa palabra es que se halla uno frente a hechos puestos por la realidad.

IV. POSITIVISMO SOCIOLÓGICO. POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

El Positivismo sociológico sí merece plenamente su doble calificativo: es positivista y es sociológico. Y otro tanto hay que decir del Positivismo jurisprudencial o Realismo norteamericano y del llamado Realismo Jurídico Escandinavo. Estas tres escuelas ven al Derecho como un hecho. Por lo mismo preferimos tratar de ellas en las nociones empíricas del Derecho. Por de pronto baste situarlas entre las corrientes claramente influidas por el pensamiento positivista de Comte, aunque en la última también hay influjos neopositivistas.

⁴ Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 378.

Notemos nada más que aplicar el Neopositivismo al estudio del Derecho significa que "lo esencial es exigir que la teoría general del Derecho que se adopte permita *alguna* clase de verificación para sus proposiciones, cualquiera que ella sea. En otras palabras, exigir que la Jurisprudencia se componga de proposiciones verificables es equivalente a exigir que alcance *status científico*".⁵

V. PROYECCIÓN DE LAS DIVERSAS ESCUELAS DE POSITIVISMO

De todas estas formas de Positivismo, las que se proyectan en nociones racionalistas del Derecho son el Positivismo de la Ciencia de las Pandectas y el Positivismo lógico; las demás desembocan en nociones empíricas del Derecho. La Pandectística llegó al racionalismo porque en fin de cuentas, para ella, el hecho jurídico por excelencia es el orden racional de los conceptos y preceptos doctrinales del Derecho Romano; seguía el consejo de Gregorio de Heimburgo: "Has de pensar *quod tota doctrina iuris est doctrina rationis quae nobiscum nascitur* (que toda la doctrina del Derecho es la doctrina de la razón que nace con nosotros)".⁶ Los Pandectistas consideraban al orden jurídico como un hecho que se nos impone por nuestra naturaleza racional y es la misión de los juristas el descubrir y sistematizar ese hecho, para lo cual pueden seguir el magisterio del Derecho Romano. El que en la práctica elaboraran un sistema jurídico impregnado de los valores y de las costumbres de la clase comerciante y empresarial burguesa de su tiempo, no debía ser ocasión sino hasta mucho después para poner en duda el carácter inmutable y acabado que atribuían al orden racional jurídico propuesto, pues la sociedad burguesa parecía durante todo el siglo XIX como la forma más progresista y perfecta de la convivencia civilizada. Al rechazar el recurso a una instancia metafísica suprapositiva lo que pretendían es "exonerar al jurista de toda aventura en los dominios inseguros de los juicios de valor, de los problemas del fundamento y del fin".⁷ Hay reglas claras del juego social, trazadas en las instituciones jurídicas, que permiten a la autonomía de la voluntad moverse con muy pocas limitaciones. Pues que se obedezcan esas reglas para que reine la libertad individual en medio de las discrepancias filosóficas: "la neutralidad filosófica del legislador habrá facilitado el desarrollo

⁵ Martín Diego Farrell, *La Metodología del Positivismo lógico. Su aplicación al Derecho*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 171.

⁶ Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 121.

⁷ Henri Batiffol, *La philosophie du Droit*, P.U.F., 3a. ed., Paris, 1966, p. 16.

de las convicciones individuales".⁸ Evidentemente este modo de pensar es también una filosofía, la misma que anima al voluntarismo jurídico. Con el tiempo —y la promulgación del B.G.B.—⁹ el "Positivismo científico" de la Pandectística evolucionó hacia el voluntarismo jurídico, pues se hizo manifiesto que el orden racional de las instituciones jurídicas depende en última instancia de la voluntad del legislador y que los hechos más claros que puede constatar el jurista son los actos de voluntad del mismo. "La fuerza de la afirmación se acrecienta si se considera el papel de la sanción en el Derecho. El fenómeno jurídico no se puede observar únicamente en el acto de voluntad de aquel o aquellos que ponen la norma; también y sobre todo se puede observar en lo que pasa cuando la norma es violada. El orden quebrantado es entonces restablecido por la intervención de la autoridad, actuando si es necesario con fuerza. Sólo a este precio el Derecho puede aspirar al título de fenómeno observable. Actos de voluntad que no sean seguidos de efecto alguno, no tendrían, en cuanto fenómenos, característica alguna que les acreditara el calificativo de jurídicos, no serían más que deseos que cada quien puede formular libremente".¹⁰ En otras palabras, la Pandectística entró por la puerta falsa al Positivismo.

VI. BOBBIO Y EL POSITIVISMO

Norberto Bobbio ha explicado que el Positivismo jurídico se ha presentado históricamente bajo tres aspectos diferentes: "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."¹¹ Esta distinción nos parece muy acertada para poder aclarar en qué grado una teoría puede ser llamada positivista. Vamos a servirnos de ella para ponderar hasta dónde es aceptable el Positivismo jurídico.

El modo positivista de acercarse al estudio del Derecho consiste, para Bobbio, en "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

⁸ *Id.*, p. 17.

⁹ B.G.B. son las iniciales con que se conoce al Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetz Buch*) que, promulgado en 1896, entró en vigor en 1900.

¹⁰ Henri Batiffol, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ Norberto Bobbio, *El problema del Positivismo jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, EUDEBA, Buenos Aires, 1965, pp. 39 y ss.

ocuparse el jurista es el primero y no el segundo".¹² Lo constructivo de esta concepción es que precisa el objeto material de la Ciencia del Derecho y que señala que éste debe ser el Derecho Positivo. Y esta precisión era necesaria, sobre todo frente a la confusión de algunas concepciones iusnaturalistas que declaran que no son Derecho aquellas normas del Derecho Positivo que consideran injustas. A estos autores hay que aclararles que están empleando la palabra Derecho en otro sentido, un sentido moral y filosófico, pero que el teórico del Derecho lo que tiene que estudiar es el Derecho Positivo, el Derecho que es y no el Derecho que debe ser. Un profesor de Derecho, al explicar a sus alumnos una ley o un código, debe exponerles lo que mandan esa ley o ese código; si está en desacuerdo con algunas disposiciones, no debe confundir su crítica personal con lo establecido en la ley o código; esto último es Derecho Positivo y no lo son normas que él quisiera ver incorporadas en la legislación positiva; la tarea primordial del profesor, en cuanto teórico del Derecho, es explicar al Derecho Positivo. Por eso la Teoría General del Derecho debe construirse de cara al Derecho Positivo.

El modo positivista de acercarse al estudio del Derecho es común a todas las escuelas del Positivismo jurídico que hemos enumerado. Más aún, es común a todo científico del Derecho, porque el objeto material de la Ciencia del Derecho, no de la Filosofía del Derecho, es y debe ser únicamente el Derecho Positivo, estemos o no estemos de acuerdo con lo que manda el mismo. No se deben confundir las críticas personales al Derecho Positivo de nuestra patria o de otra nación con lo que de hecho allí está establecido como obligatorio, no hay que mezclar "el Derecho que es y el Derecho que debe ser".

Sin embargo, las palabras de Bobbio ya no nos parecen tan afortunadas cuando opone el Derecho como hecho al Derecho como valor, porque el Derecho Positivo contiene valores. Una exposición objetiva del Derecho Positivo no puede hacer a un lado la filosofía defendida en el mismo, ni tampoco puede prescindir de los factores de la realidad que están en el origen de las disposiciones positivas. El jurista —al cual hace referencia el mismo Bobbio— debe ocuparse del Derecho Positivo y explicarlo en toda su riqueza, con contenidos valorativos y con realidades sociológicas, porque el Derecho Positivo se alimenta de dos fuentes materiales, que son los ideales de Justicia y las realidades históricas, y no se puede entender si no se alude a esas fuentes materiales. En otras palabras: sí, es verdad que el objeto material de la

¹² *Id.*, p. 41.

Ciencia del Derecho es sólo el Derecho Positivo, pero en toda su complejidad y riqueza. En cambio, no es tan fácil aceptar el segundo aspecto del Positivismo jurídico reseñado por Bobbio.

La teoría o concepción positivista del Derecho, según Bobbio, "vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado".¹³ "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...; 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 carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o de 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 pandectística alemana)".¹⁴ Como se ve, por confesión del mismo Bobbio, quien se declara defensor del Positivismo jurídico, aquí aparecen una serie de teorías sobre el Derecho, teorías que deben discutirse en el plano científico, como vinculadas al concepto estatista del Derecho, concepto que en realidad se plantea en el plano filosófico. Y esto se confirma por la actitud de rechazo que asumen los positivistas ante otras teorías (también científicas) que parten de otro concepto del Derecho. No se limitan a decir que, para los fines de su investigación científica, aceptan como normas jurídicas sólo aquellas que están respaldadas por la coacción, sino que se oponen a que se hable de normas jurídicas cuando las normas carecen de sanción. Para Kelsen, que en esto se muestra positivista, el orden coactivo es precisamente "el criterio

¹³ *Id.*, p. 43.

¹⁴ *Id.*, p. 45.

decisivo"¹⁵ por el que "se diferencia el Derecho de otros sistemas sociales", es decir, la característica esencial que distingue al Derecho dentro de la totalidad de seres. Y lo mismo hay que decir de la teoría que define a las normas jurídicas como meros mandatos, por la cual se toma una posición filosófica voluntarista frente al Derecho. La teoría de las fuentes estatales del Derecho reasume esa posición filosófica para proyectarla al estudio del nacimiento del Derecho y se niega a llamar Derecho al conocido como consuetudinario y al judicial. Y en cuanto a las dos últimas teorías (la cuarta y la quinta) mencionadas por Bobbio, también están en dependencia de una noción filosófica del Derecho, aunque ésta ya no es voluntarista sino racionalista. El hecho es que a estas teorías positivistas se les puede aplicar la siguiente afirmación de Antonio Hernández Gil: "La Metodología del Derecho y la Teoría General del Derecho se nutren en buena parte de los esfuerzos especulativos desplegados por quienes, negando el saber filosófico, están incidiendo en él."¹⁶ Si cada una de las cinco teorías enumeradas por Bobbio se mantuviera en un estricto plano científico, aspirando únicamente a iluminar un aspecto limitado del fenómeno jurídico, no encontrarían la oposición con que han tropezado. La oposición se da contra la posición (filosófica) que pretende definir al Derecho únicamente como un conjunto de mandatos coactivos originados en la voluntad estatal (noción filosófica voluntarista del Derecho) o como un orden racional ya acabado y cerrado en sí mismo (noción filosófica racionalista del Derecho). En otras palabras, tras la pretendida neutralidad filosófica del Positivismo jurídico como teoría o concepción del Derecho, se esconde una auténtica noción filosófica del mismo.

Este desconocimiento del plano filosófico no se plantea en el Positivismo explícitamente "como una determinada ideología de la justicia". Pero esa ideología existe. Consiste en defender que, para fines de la convivencia social, sólo se debe considerar como justo lo que así es proclamado por la autoridad competente. Esta es la filosofía que anima al voluntarismo jurídico, desde Hobbes hasta la fecha. Lo que está en juego en ella es "la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas", la cual "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".¹⁷ La cuestión —por cier-

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 48.

¹⁶ Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. III, p. 69.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 52.

to, filosófica— es hasta dónde debe extenderse la obediencia a los mandatos de la autoridad competente. En una sociedad estable, en la que las leyes son aceptadas por todos, el problema de la desobediencia a las leyes ni siquiera se plantea. Por eso el Positivismo jurídico como ideología surge y se conforma durante el siglo XIX, durante el cual los valores de la cultura burguesa no se discutían. Pero la desobediencia a las leyes y a los mandatos de la autoridad empieza a plantearse cuando ésta procede en forma arbitraria y cuando los valores defendidos en las leyes vigentes empiezan a ser puestos en entredicho. Porque es claro que una obediencia incondicional por parte de los súbditos puede favorecer las tendencias totalitarias de los gobernantes sin escrúpulos, como puede también fomentar la pasividad política y hasta la sumisión servil cuando las leyes son producto de un régimen totalitario. Por eso —como lo aclara el mismo Bobbio— al Positivismo como ideología se opone el Iusnaturalismo, el cual defiende que la obediencia a las leyes o a cualquier otro mandato de la autoridad no es una obediencia incondicional sino calificada. Santo Tomás de Aquino deja bien asentado que “la justicia exige que uno obedezca a su superior en las cosas a que se extiende su derecho jurisdiccional”,¹⁸ lo cual es una obligación de Derecho Natural,¹⁹ pero aclara que un súbdito no está obligado a obedecer a sus superiores en todo, “primero, por razón de un mandato de orden superior”, como puede ser un mandato moral o uno religioso, y “segundo, el inferior no está obligado a obedecer a los superiores si le mandan algo fuera de los límites de su autoridad”.²⁰

Norberto Bobbio precisa que estos tres aspectos diferentes del Positivismo jurídico no se implican necesariamente entre sí y que se puede defender uno de ellos sin respaldar los otros. Él mismo se adhiere sin escrúpulos al primero, cree que el segundo es aceptable en sus grandes líneas pero que debe tomar en cuenta las críticas que le han formulado, por una parte, la Sociología jurídica y, por la otra, las modernas teorías de la interpretación jurídica (“la teoría mecanicista de la interpretación está abandonada casi completamente”²¹); y opone fuertes objeciones al tercer aspecto: En efecto, reconoce que, frente a las leyes injustas o a las órdenes arbitrarias de un gobernante, “sólo la apelación

¹⁸ *Suma Teológica*, 2-2, q.69, a.1, c.

¹⁹ *Id.* 2-2, q.88, a.10, ad.2; p.104, a.1, c.; q.104, a.2, c.; q.104, a.5, c.; y q.104, a.6, ad.2.

²⁰ *Id.* 2-2, q.104, a.5, c. Santo Tomás precisa todavía más: de la obediencia deben excluirse todos los actos internos y también los actos externos y corporales “que interesan especialmente a la naturaleza del cuerpo”, como son “los actos de sustentación del propio cuerpo y los de la generación de la prole” (*Ibidem*).

²¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 57.

a valores últimos que trascienden todas las leyes positivas, impuestas o justificadas por quien quiera que sea, salva, en última y desesperada instancia, la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral”.²²

Claro que Bobbio no es un iuspositivista común y corriente; él mismo ha explicado por qué se considera positivista: primero y antes que nada, porque se inició en el estudio de la Jurisprudencia en la década del 30, cuando se pensaba que la única actitud sería para estudiar científicamente al Derecho era la del Positivismo jurídico, y luego porque le tocó vivir en Italia “los años durante los cuales un viejo régimen liberal fue sustituido poco a poco por un régimen de dictaduras”: “En aquella situación, la concepción positivista de respeto a ultranza de la legalidad había asumido un valor progresista y liberal, de resistencia a la intromisión del poder ejecutivo y del partido dominante, de defensa de la libertad individual contra el arbitrio de los poderes públicos”.²³ Al cambiar la situación y cuando el Derecho Positivo empezó a ser utilizado por los poderes totalitarios como un instrumento para someter la libertad de conciencia y para lograr una obediencia incondicional por parte de los súbditos, entonces Bobbio se dio cuenta de la incompatibilidad entre la filosofía subyacente al Positivismo y aquella otra visión filosófica que proclama al Derecho como un instrumento al servicio de valores últimos de la vida moral. Lo malo es que este llamado a valores últimos Bobbio lo considera en conflicto con sus exigencias de científico y eso no puede ser más que porque está dando a esas exigencias un alcance filosófico indebido.

En efecto, el problema de fondo planteado por el Positivismo jurídico es el de su pretensión de elaborar una ciencia del Derecho antifilosófica o, por lo menos, neutral en filosofía. ¿Es posible tal ciencia?

Durante muchos años Bobbio estuvo persuadido que sí era posible, pero un día se despertó a la convicción que sus exigencias científicas positivistas entraban en conflicto con sus exigencias filosóficas morales. Entonces se siente dividido entre su lealtad a la ciencia y su integridad moral humana y escribe: “Hay un límite entre Positivismo y Iusnaturalismo que separa en dos nuestra propia persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o iusnaturalista, no según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según la parte que representamos”.²⁴ Pero ¿es necesaria e inevitable esa escisión entre el científico

²² *Id.*, p. 9.

²³ *Id.*, p. 8.

²⁴ *Id.*, pp. 9 y ss.

y el filósofo? Creemos que sólo si se defiende una interpretación deformada de lo que es y debe ser la ciencia.

VII. REFLEXIONES FINALES

Todo saber científico es limitado y, por lo tanto, no puede aspirar más que a afirmaciones parciales sobre la realidad. El problema de Bobbio y de todo el Positivismo jurídico es que no se resignan (tal vez porque no lo han visto) al papel limitado de las afirmaciones científicas y las proyectan al plano filosófico. El concepto del Derecho con el que trabajan en el plano científico lo erigen como concepto filosófico. Y eso no únicamente por la tendencia natural o exagerar el alcance de una afirmación, sino principalmente porque, como juristas, lo que en fin de cuenta quieren conocer y explicar es el Derecho en su integridad y no sólo un aspecto parcial del mismo.

Un científico del Derecho, consciente de las limitaciones del plano en que se mueve, puede decidirse por una de estas dos alternativas: puede partir de un concepto limitado del Derecho, elegido pragmáticamente según las metas de su investigación, o puede seleccionar para sus estudios un concepto filosófico del Derecho. En el primer caso no está obligado a fundamentar filosóficamente su elección, pero no deberá dar proyección filosófica a los resultados que obtenga. En el segundo, deberá justificar el concepto filosófico que acepte en el plano de la filosofía. Lo que no puede definitivamente hacer un científico del Derecho es mezclar los planos científico y filosófico, pretender que no hay influjos entre ellos y dar alcances a las afirmaciones en un plano que no es el propio.

El Positivismo jurídico, al que se deben no pocos éxitos en diferentes planos científicos, ha pecado del error metodológico de la confusión de los planos científico y filosófico, y ha proyectado arbitrariamente afirmaciones del primero en el segundo. Su actitud antifilosófica es la culpable. No se puede ni se debe desconocer el influjo de lo filosófico en lo científico, pero hay que explicitar ese influjo para poderlo controlar. Ese control, inevitablemente filosófico, podrá aceptar o rechazar partes de ese influjo. A sí podemos decir, con el Positivismo, que el Derecho sí es un hecho y, con el Voluntarismo, que el Derecho es también un mandato de la autoridad competente, pero, contra uno y otro, hay que afirmar que el Derecho es mucho más. Y, al hablar ahora de Derecho, estamos refiriéndonos a un concepto filosófico del mismo, el único capaz de servir de punto de partida a una Teoría General del Derecho.

Es esta falta de distinción entre lo filosófico y lo científico la que impide a Bobbio solucionar su crisis de conciencia ante las leyes injustas. Él se considera dividido entre su fidelidad a la Ciencia del Derecho, que para él implica el puro estudio del Derecho positivo, y "la apelación a valores últimos que trascienden todas las leyes positivas, impuestas, justificadas por quienquiera que sea", la cual es necesaria para salvar "en última y desesperada instancia la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral".²⁵ No tiene por qué darse tal crisis. Como científicos, todos nuestros estudios son limitados. Como filósofos, la instancia moral predomina indiscutiblemente. Y, si queremos construir una Ciencia del Derecho a partir de un concepto integral filosófico del Derecho, entonces eso significa que debemos abandonar una actitud puramente contemplativa y servil ante el Derecho, y que debemos manejarlo como un instrumento al servicio del bien común y cuya correcta utilización no sólo depende del legislador y de las autoridades sino también de los abogados y demás juristas particulares, cada uno en la medida de sus posibilidades. En otras palabras, quien parte de un concepto a la vez científico y filosófico del Derecho, se está comprometiendo —si quiere ser coherente consigo mismo— a dirigir su trabajo científico de acuerdo con la valoración filosófica que él mismo ha escogido. El positivista filosófico, probablemente sin darse cuenta, ha escogido una filosofía que no quiere comprometerse en valoraciones del Derecho positivo. Por eso Bobbio entró en crisis cuando esa filosofía subyacente a su positivismo se enfrentó a circunstancias en las que su sentido moral rechazaba la neutralidad filosófica mantenida hasta entonces. Si desde un principio hubiera visto el carácter limitado, no filosófico, de toda investigación científica, no hubiera tenido dificultad en subordinar su labor de científico a los últimos valores de la vida moral. La fidelidad a la ciencia también tiene dimensión moral, pero, para que responda a la integridad de la vida moral, debe ser una fidelidad no a una ciencia aislada de lo humano sino a una ciencia cuya última razón de existencia consiste en servir al hombre.

²⁵ *Id.*, p. 9.