

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Advertencia*. 2. *Origen del positivismo moderno*. 3. *Supuestos culturales del positivismo*. II. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO. 1. *El positivismo científico*. 2. *El positivismo jurídico*. III. APORTACIONES FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO. 1. *Planteamiento*. 2. *El derecho positivo nacional*. 3. *El orden normativo constitutivo del estado*. 4. *El derecho internacional*. IV. CONSECUENCIAS CRÍTICAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Advertencia*

Este ensayo tiene por objeto hacer una presentación breve de la corriente doctrinal en el campo de la jurisprudencia, conocida como ‘positivismo jurídico’. No es una exposición de las posturas teóricas particulares de los diversos autores a los que puede considerárseles “positivistas”. Ciertamente, contendrá algunas indicaciones históricas, con el fin de que el lector tenga una orientación esquemática sobre algunas de las circunstancias culturales en las que hace su aparición el positivismo jurídico. El objetivo fundamental de este trabajo consiste en presentar la problemática planteada a esta corriente doctrinal sobre el tema del derecho, los supuestos filosóficos y metodológicos con los que maneja su objeto de conocimiento, así como sus rendimientos teóricos centrales.

De lo anterior se sigue que la exposición será de carácter objetivo, interesada más en la sustancia del enfrentamiento histórico con otras

* Licenciado en Derecho UNAM; Profesor por oposición (1968) de Introducción al Estudio de Derecho de la misma universidad. Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación (1968-1969); Embajador de México ante los gobiernos de Austria y Hungría (1973-1975); Embajador de México ante el gobierno de Alemania (RF 1976); Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1983-1985); Investigador Nacional (SNI) (1984-1985); Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (desde 1985); presidente de la misma (1991-1994); etc. Profesor Titular de Teoría del Derecho (ITAM) de 1994 a la fecha.

corrientes jurisprudenciales, como la del iusnaturalismo, que en el relato de las diversas posiciones individuales de los autores que se alinean en los campos doctrinales en contienda. En el trabajo se pone especial énfasis en la posición adoptada por Hans Kelsen (1973-1981), por ser este autor el más conspicuo de los positivistas y el que ha desarrollado la problemática de esta postura de una manera más completa y consecuente.

2. Origen del positivismo moderno

No existe una definición única de la palabra 'positivismo'; todos los autores que la utilizan le confieren diverso significado. La expresión 'positivismo' designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, algunas de las cuales se encuentran en relativa oposición entre sí. Sin embargo, como dice Abraham Kaplan, puede distinguirse entre un positivismo del siglo diecinueve y un positivismo del siglo veinte,¹ a pesar de que ambos tienen como origen común el gran movimiento cultural del siglo dieciocho conocido como "La Ilustración" o "El Iluminismo". Para caracterizar la peculiaridad histórica de este movimiento cultural debemos citar las memorables palabras de Immanuel Kant (1724-1804), quien en muchos aspectos puede ser considerado como uno de los autores que más condicionó el nacimiento del positivismo filosófico:

La ilustración consiste en el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad. Él mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la conducción de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. *¡Sapere aude!* ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración.²

Newton dijo *Hypothesis non fingo* y construyó el sistema del universo a partir de *phenomena* establecidos por observadores tan conspicuos como, por ejemplo, Tycho Brahe (1546-1601). Estos *phenomena* eran representaciones matemáticas o geométricas de las observaciones realizadas, durante pacíficos años de acucioso trabajo, sobre las posiciones relativas de los planetas en el sistema solar, así como descripciones de las órbitas de los mismos. Sus leyes del movimiento y el principio de gravitación universal habían dado cuenta y razón de todos estos *phenomena*, construyendo el sistema del universo con elementos puramente

¹ Vid. "Positivism en Sills, D.L. Ed., *International Encyclopaedia of social sciences*, Nueva York, Macmillan, 1968, p. 389.

² *Ensayo sobre la Ilustración*. (Párrafo introductorio).

racionales, de fundamento matemático, sin ayuda de hipótesis de origen divino o mandatos eclesiásticos.

El hombre adquirió confianza en su propio entendimiento y en la autonomía de su razón. Desde entonces es posible comprender de manera autónoma, independiente de toda religión o autoridad, el sistema del mundo. La teología y la metafísica fueron citadas ante el tribunal de la ciencia y fueron descalificados sus pretensiones cognoscitivas y morales, declarándolas no confiables e insuficientemente justificadas por los únicos patrones disponibles para el ser humano: su propia y limitada razón y experiencia. El hombre asume su autonomía y se dedica a construir y reconstruir, de manera completamente independiente de cualquier autoridad o tradición, los conocimientos que lo orientan dentro de este mundo y las instituciones en las que vive. La ciencia se convirtió en el instrumento de esta revolución del pensamiento.

2. Supuestos culturales del positivismo

No es necesario exponer aquí las aportaciones fundamentales de los autores Descartes (1596-1650), Hume (1711-1776), Locke (1632-1704), Berkeley (1685-1753), Bacon (1561-1626), Kant, Mach (1838-1916), Avenarais (1843-1896), Comte (1798-1857), miembros el Círculo de Viena que prepararon y consumaron el advenimiento del positivismo de los siglos *xix* y *xx*. En todos ellos se contienen contribuciones de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos presupuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre cierto tipo de problemas, con una manera especial de abordarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición con las ciencias empíricas.

El positivismo no es un paradigma determinado, concluido, definitivo, como un código de leyes caído del cielo, sino una posición filosófica ante los problemas más acuciantes del conocimiento y la moralidad. El postulado fundamental es que la ciencia es el único criterio de verdad; la ciencia es la “medida” de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe, así como de aquello sobre lo que tiene sentido la formulación de preguntas y la obtención de respuestas correctas. Si la Edad Media fue una época en la que la totalidad de la vida estaba permeada por la religión, al grado que no existía una sola actividad que no tuviera una coloración ultramundista, el positivismo creó un ambiente radicalmente antimedieval en donde ninguna cuestión religiosa tenía cabida o podía legitimarse. Si la ciencia es el único conocimiento válido, sólo los hechos empíricos son objeto de el conocimiento. El positivismo niega la posibilidad de cualquier otro conocimiento que no sea el conocimiento de hechos empíricos observables y, por tanto, niega la

existencia de fuerzas o acontecimientos de carácter trascendente, ultramundista o metafísico. Hume expresa todo esto de una manera muy impresionante y radical:

Cuando uno recorre las bibliotecas persuadido de estos principios ¿qué destrucciones tenemos que realizar? Si tomamos en nuestra mano cualquier volumen, por ejemplo sobre la divinidad o una escuela de metafísica, preguntémosnos *¿contiene cualquier razonamiento abstracto relativo a la cantidad o al número?* No. *¿Contiene algún razonamiento experimental relativo a alguna cuestión de hecho y existencia?* No. Arrojémoslo a las llamas, porque no contiene otra cosa que sofistería e ilusión.³

II. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO

1. El positivismo científico

El positivismo determina tanto el tipo de conocimiento que es legítimo o válido, como la clase de objetos que pueden ser materia de un conocimiento científico. En este sentido, es fundamental mencionar la posición de Mach, cuya influencia durante el siglo pasado fue determinante en la evolución de la física y de la filosofía. Según Mach, la ciencia provee descripciones concretas de las interdependencias funcionales entre fenómenos. Los elementos que se encuentran relacionados por las leyes científicas son experiencias puras que no son ni mentales ni físicas, sino datos neutrales, susceptibles de ser considerados por todas las ciencias, las cuales se distinguen entre sí por la manera peculiar de interrelacionar estos elementos. Las ciencias sólo pueden proporcionar descripciones de las relaciones que guardan los fenómenos; pueden determinar *cómo* acontecen los fenómenos, no *por qué* acontecen. Para el positivismo, cualquier intento de explicación de un acontecimiento mediante la contestación a la pregunta: '¿por qué?', es intento metafísico.

Esta última observación puede describirse de la siguiente manera:

- (1) Sólo hay fenómenos y leyes descriptivas de los fenómenos; por tanto, el objeto de las consideraciones científicas son experiencias empíricas; a este principio lo podemos llamar '*emp 1*'
- (2) Las ciencias se distinguen entre sí por la manera peculiar de organizar los fenómenos y por los particulares puntos de vista que utilizan para llevar a cabo su tarea descriptiva; a este principio lo podemos llamar '*emp 2*'

³ *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Aguilar, 1973, p. 184.

- (3) Debe rechazarse toda explicación metafísica, que vaya más allá de los límites estrictos de las ciencias empíricas; a este principio lo podemos llamar 'emp 3'.

2. El positivismo jurídico

Los principios del positivismo filosófico se aplican estrictamente al positivismo jurídico, pudiendo desprenderse de ellos las características fundamentales de los diversos usos que la expresión 'positivismo jurídico' ha tenido en el transcurso del tiempo.

Kelsen afirma que por 'positivismo jurídico' debe entenderse toda teoría del derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio al derecho positivo y rechaza como derecho a cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del "derecho natural".⁴ En este concepto de positivismo jurídico encontramos consignados los tres principios que hemos determinado para el positivismo filosófico. En realidad, el positivismo jurídico, con sus diversos matices, puede ser considerado como una aplicación, más o menos consecuente, de nuestros tres principios *emp*.

El objeto de consideración de la ciencia jurídica son las normas positivas, las que son consideradas como las experiencias fundamentales a las que debe referirse la ciencia del derecho. A este principio podemos denominarlo 'emp jur V'.

La función de la ciencia jurídica consiste en la descripción de las relaciones funcionales existentes entre las normas positivas, objeto de la ciencia jurídica. A este principio podemos denominarlo 'emp jur 2'.

Debe rechazarse toda teoría que afirme la existencia de normas no positivas, cualquiera que sea la fuente o el origen de ellas, como metafísica jurídica. A este principio podemos denominarlo 'emp jur 3'.

—Señala Bobbino (1909)— los tres principios se corresponden, en mayor o menor medida, aunque no de manera directa, con los "tres aspectos diferentes, desde los cuales se ha presentado históricamente (el positivismo jurídico): (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."⁵ No es necesario exponer la caracterización que de estos tres aspectos hace Norberto Bobbio en sus ensayos sobre el positivismo jurídico, baste decir que existe la correspondencia señalada anteriormente. También es fácil relacionar lo dicho

⁴ "Was ist juristischer Positivismus", en *Juristen-Zeitung*, Núm. 20, Jahrgang, Heft 15/16, pp. 465-468.

⁵ *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, pp. 39-40.

hasta ahora con los cinco temas fundamentales que presenta H.L.A. Hart (1907-1994) en su ensayo "Legal Positivism" publicado en *The Encyclopedia of Philosophy*.⁶

II. APORTACIONES FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

1. *Planteamiento*

Es conveniente señalar al efecto cuál ha sido la determinación de su objeto de conocimiento, la forma como lo ha determinado o constituido, para utilizar terminología kantiana, y cuál ha sido la posición que ha asumido en relación con el eterno problema y tema filosófico del derecho natural.

Estos tres puntos se encuentran entrelazados de manera inescindible. Para fines expositivos haremos las divisiones mencionadas. En nuestra exposición seguiremos primordialmente la teoría de Kelsen, en el entendimiento de que los temas que se abordan se encuentran contenidos en las obras de otros autores positivistas como Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859), Hart, algunos de los cuales se encuadran dentro de la corriente analítica de la jurisprudencia y comparten, en gran medida, el punto de vista del positivismo jurídico.

Los temas centrales de toda ciencia, hablando positivístamente, son, en primer término, la determinación de **los elementos objeto de su consideración**; y, en segundo término, el establecimiento de **un criterio unificador descriptivo de su objeto de conocimiento**. En este segundo aspecto se trata de establecer **la unidad del concepto del objeto de estudio**.

Es un hecho histórico que juristas y filósofos de distintas corrientes, han admitido diversas tesis que afirman la existencia de una pluralidad de órdenes normativos, distintos entre sí, que se presentan con pretensiones de validez, o lo que es igual, con la pretensión de normar, de manera obligatoria, la conducta humana. Podemos decir de manera sumaria, que los órdenes normativos que se presentan con esta pretensión de validez, cualquiera que sea su fundamento, son en principio los siguientes:

- a. El derecho positivo nacional.
- b. El orden normativo constitutivo del Estado.
- c. El derecho internacional.

⁶ Cf.: EDWARDS, Paul. Ed., Nueva York, Macmillan & Free Press, 1968, t. iv, pp. 418-420.

- d. Las normas morales, de cualquier tipo.
- e. El derecho natural.
- f. Las normas religiosas, de cualquier tipo.
- g. Las normas convencionales o convencionalismos sociales, de cualquier tipo.

Es pertinente observar en este lugar que la obra teórica de Kelsen presenta la hipótesis que logra la unificación de los primeros tres órdenes normativos, que en conjunto constituyen lo que es considerado como derecho positivo. Más adelante se harán algunas consideraciones sobre los restantes órdenes de normas, desde el punto de vista de las tesis adoptadas por el positivismo.

2. *El derecho positivo nacional*

La teoría del derecho se ha ocupado de manera constante del derecho positivo nacional. Sin embargo, la diversidad de doctrinas en relación con estos temas, no dejan duda alguna sobre el hecho de que todos los tratadistas afirman la existencia de un conjunto de normas, a las que le dan el nombre de 'derecho y que, de una u otra forma, las consideran el prototipo de las normas jurídicas. Este conjunto de normas, delimitado con mayor o menor precisión, se integra por el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo y, el derecho mercantil. Estos complejos normativos eran considerados, en el siglo pasado, como el prototipo del derecho nacional. A él estaban dirigidas las consideraciones teóricas de los juristas dogmáticos.⁷

3. *El orden normativo constitutivo del Estado*

Paralelamente al derecho positivo nacional de carácter privado o público, se presenta a la consideración de los juristas el derecho constitutivo del Estado, a veces identificado con el derecho público. Lo que importa señalar es que muchos de los teóricos del Estado consideraban a éste como un objeto específico regido por un orden normativo (no siempre identificado con el derecho público), por normas propias, de naturaleza social, positivas, que determinaban el comportamiento de los sujetos titulares de los órganos del Estado de una manera tan rígida que podía considerarse que operaban con la misma efectividad de las leyes naturales. El Estado constituía un objeto de estudio propio, independiente del

⁷ No es pertinente en este ensayo hacer referencia a otras épocas históricas. El lector interesado en ello puede consultar Harold J. BERMAN *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press. 1983.