



EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

por José Ángel dos Santos Melgarejo^{1*}

“El derecho, en cuanto quehacer del hombre, es un producto cultural. Es una actividad del hombre según valores. Por ello el derecho es cultura. Y al ser cultura pone de manifiesto la problemática de un pueblo, de una época, una especial manera de sentir y valorar”.

Carlos Fernández Sessarego

1. Introducción

Si bien, aparentemente, dar un concepto de derecho debería ser una cuestión relativamente fácil, ya que todas las personas tienen por lo menos una noción general y aproximada de él, en realidad, dicha tarea es muy difícil, tal es así que **Carlos Santiago Nino** manifiesta que la pregunta ¿qué es el derecho? es “la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas”.

Posiblemente, uno de los problemas que se tiene al conceptuar al derecho es que al hablar de “derecho” no lo hacemos con un significado único e inequívoco sino que nos referimos a una multiplicidad de significados que se relacionan entre sí, como por ejemplo: 1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo (derecho subjetivo); 3) Conjunto de normas jurídicas que forman el ordenamiento vigente (derecho objetivo); 4) Ideal de justicia; y 5) Producto social o cultural.

Señalado el problema, es conveniente advertir que a través de este trabajo se intentará presentar la concepción del derecho desde el punto de vista de dos de las corrientes más emblemáticas del pensamiento jurídico: el iusnaturalismo y el positivismo.

Cabe mencionar que en el presente artículo no se tomará partido por ninguna de las dos corrientes sino, más bien, se expondrá, por lo menos en forma general,

1- Abogado (2002), Notario y Escribano Público (2003), títulos otorgados por la Universidad Nacional de Asunción; Magíster en Derecho Privado, Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2010); Didáctica Universitaria, Rectorado de la UNA (2003); Actualización en Derecho Procesal y en Derecho Penal, Rectorado de UNA (2005); Agente Fiscal Penal.



cuáles son las ideas fundamentales de cada una de las escuelas en cuestión, de tal manera que se pueda visualizar cómo un mismo fenómeno (el derecho) puede ser observado desde dos perspectivas diferentes.

2. La polémica

La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión². En puridad, el contenido de la polémica es mucho más complejo, no obstante, la descripción mencionada servirá como un punto de partida para comprender con mayor facilidad el *quid* de la cuestión.

3. El iusnaturalismo

El iusnaturalismo tuvo su mayor influencia en los siglos XVII y XVIII, tiempo en el que desempeñó un rol de gran magnitud en la formación de los juristas y en la elaboración de los principios jurídicos dominantes.

A nuestro parecer, quien en forma más clara explica en qué consiste la concepción iusnaturalista es **Carlos Nino**, quien manifiesta que dicha concepción se caracteriza por sostener conjuntamente dos tesis:

- a) *Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válida y asequible a la razón humana.*
- b) *Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.*

Para el citado autor, si alguien rechaza alguna de las dos tesis, aun cuando acepte una sola, no será generalmente considerado un iusnaturalista³.

Desde otro punto de vista, **Edgardo Fernández Sabaté** responde a la pregunta ¿cuándo una doctrina es iusnaturalista?, diciendo: “Una doctrina es iusnaturalista

² NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. amp. y rev., 12ª reimp, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 18.

³ Conf. NINO, Carlos Santiago; op. cit. p., 28.



cuando postula la existencia de una fuente jurídica anterior a la palabra del legislador humano, cualquiera que fuese dicha fuente y aunque no quiera reconocerse como iusnaturalista”⁴.

Se puede decir que dentro de la corriente iusnaturalista se encuentran doctrinas muy variadas, pero que tienen como denominador común la creencia de que el derecho “positivo” debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denominan “derecho natural”⁵. Esto indica que es una postura que afirma la supremacía y preexistencia del derecho natural ante el positivo, y que el derecho positivo debe ser fiel reflejo del derecho natural.

Para la doctrina del derecho natural, por encima de las normas dictadas por los hombres se encuentra un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, a no ser coaccionado sin un debido proceso legal, etc. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar “derecho natural”.

Por consiguiente, las normas positivas dictadas por los hombres sólo serán consideradas “derecho” en la medida que estén conformes al derecho natural y no lo contradigan. Así, *el orden jurídico se justifica por su conformidad a los principios superiores que deben guiarlo, y cuyo conocimiento permite valorar el contenido de las normas. La obligatoriedad del derecho no deriva, por lo tanto, de la simple existencia de un mandato –ya sea divino o humano–, sino de su adecuación a los preceptos fundamentales que constituyen su base racional*⁶.

Según el iusnaturalismo, la ley positiva encuentra su propio fundamento en el derecho natural, por ende, “el derecho” se justifica no sólo por su origen, sino también por su contenido. Es decir, para que las normas tengan validez y fuerza obligatoria no basta que sean la expresión de una voluntad competente para sancionarlas: se requiere, además, su conformidad a los preceptos del derecho natural, que les proporcionan su legitimidad intrínseca. Y de esa conformidad deriva, al mismo

4 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 328.

5 Derecho Natural: “Conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, justas, eternas e inmutables. (OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 27ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2000, p. 325);

6 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; *Introducción al Derecho*, 7ma. Ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, ps. 33/34.



tiempo, la obligación racional de acatarlas, convirtiéndolas en reglas moralmente obligatorias, porque la conciencia humana debe cumplir las normas cuyo contenido responde a las exigencias de la naturaleza, la justicia y la razón⁷.

Ahora bien, si bien todos los iusnaturalistas coinciden substancialmente en defender estas dos tesis alegadas por **Carlos Nino**, importa señalar que existen discrepancias acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado “derecho natural”. En tal sentido, se pueden distinguir dos corrientes iusnaturalistas, el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista, doctrinas cuyas ideas serán descriptas a continuación. Así también, se analizará la escuela histórica del derecho, la que también ha sido encasillada como una corriente iusnaturalista.

3.1. Iusnaturalismo teológico

Para **Eduardo García Máynez** el pensamiento iusnaturalista adquirió un matiz teológico a partir de Sócrates y Sófocles⁸. Lo justo y natural no tiene fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador, no se basa en las peculiaridades o atributos de la especie humana sino en el arbitrio divino. Frente al derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. Las leyes humanas son perecederas y cambiantes con validez relativa mientras que las leyes divinas son eternas e inmutables por lo que tienen validez absoluta.

La doctrina cristiana, especialmente debido a los aportes de **San Agustín y Santo Tomás**, tuvo una gran importancia para el desarrollo del iusnaturalismo teológico. Para **San Agustín**, el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina. La *lex aeterna* es la voluntad de Dios que manda conservar el orden natural, dirigiendo todo lo creado hacia sus propios fines.

Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. **San Agustín** sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, esto es, debe participar de la ley eterna y natural.

En parecido sentido, **Santo Tomás de Aquino**, en su obra “*Suma Teológica*”, distingue las leyes en cuatro categorías: ley eterna, ley natural, ley divina y ley

⁷ Conf. CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 33/34.

⁸ Véase, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.



humana. La ley eterna es la misma Razón Divina que gobierna el mundo y que nadie puede conocer enteramente en sí misma, sino sólo parcialmente a través de sus manifestaciones. La ley natural es la participación de la ley eterna a la criatura racional, mediante la razón. Ley divina es la revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras. La ley humana es una “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”⁹.

La delimitación de cada una es ciertamente dificultosa. Igualmente también el derecho natural descansa en la ordenación divina, aunque también sólo mediatamente puede tomarse de las circunstancias especialmente de la conciencia cristiana y de la práctica coincidente de todos los pueblos, por cuanto Dios ha ordenado así y no de otro modo a la humana naturaleza para la convivencia (socielitas). El derecho positivo se manifiesta – ya por el mero hecho de ser derecho, no puede estar en contradicción con el derecho divino ni con el derecho natural–, como ejecución tan sólo del derecho natural. Con ello **Tomás de Aquino** niega valor al derecho positivo cuando aparece opuesto al derecho natural¹⁰.

Santo Tomás nos brinda un criterio negativo de determinación. “La voluntad humana –dice **Santo Tomás**–, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo”. Por lo tanto, mientras lo natural da el contenido de lo justo, como derivación de la ley eterna, la voluntad humana no puede crear nada justo que se oponga al derecho natural. Si se realiza un acto que no se adecue a él, por definición se trataría de un acto injusto y en consecuencia no sería derecho¹¹.

Ese derecho natural no sólo es un derecho que debe ser, sino un verdadero derecho, aplicable a todos los hombres y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable¹².

Se tiene que los caracteres del derecho natural son: *unidad*, pues a través de sus distintos preceptos se orienta hacia un solo fin, que está ordenado por la Ley Eterna; el Bien Común. *Universalidad*, que puede tomarse en dos sentidos.

9 PACHECO, Máximo; *Teoría del Derecho*, 4ta. ed., reimp., Santiago, 2000, p. 736.

10 MONITOR – SCHLOSSER; *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Trad. Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1980, p. 49.

11 RUSSO, Eduardo Ángel; *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la postmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 48/50.

12 NINO, Carlos Santiago; op. cit., p. 28.



Es universal en tanto su validez abarca todo tiempo y lugar. Resulta ser el elemento común a la idéntica naturaleza del hombre. Pero, además, es universal en tanto da validez (verdad) a todo conocimiento derivado de ella. *Inmutabilidad*, la ley natural es inmutable pues es una emanación de la Ley Eterna. No obstante, **Santo Tomás** reconoce cierta mutación posible en relación a los preceptos secundarios. *Indelibilidad*, vale decir, no es necesario que se traduzca a leyes escritas ya que está puesta en el corazón y en la mente de los hombres¹³.

Se puede concluir que el iusnaturalismo trascendental posee los siguientes elementos caracterizadores: a) es una teoría en la cual el derecho tiene su fundamento en Dios, en el Dios cristiano trascendente. b) El derecho natural es una participación en la Ley eterna y constituye el contenido del objeto de la justicia. c) Este derecho natural es cognoscible por la razón. d) El derecho positivo no es tal si no se adecua a los principios del derecho natural, y, e) Existe una íntima unión entre derecho y moral¹⁴.

El iusnaturalismo de orientación cristiana ha sido criticado por asentarse en postulados que todo individuo no creyente no comparte.

Como respuesta a esta crítica, **Jacques Leclercq** considera que el derecho natural no está dirigido sólo a creyentes de determinada religión, y que no debe deducirse de un plan divino sino de la “naturaleza social del hombre”, siendo la sociología “la ciencia auxiliar por excelencia del derecho natural”¹⁵.

3.2. Iusnaturalismo racionalista¹⁶

El iusnaturalismo racionalista se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII. Según esta concepción el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios, sino de la naturaleza o estructura de la razón humana¹⁷.

¹³ Conf. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 48/50.

¹⁴ RUSSO, Eduardo Ángel, op. cit., ps. 51

¹⁵ LECLERCQ, Jacques; *El Derecho y la Sociedad*, Herder, Barcelona, 1965, ps 45/48, citado por RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 51.

¹⁶ El Racionalismo es toda postura o actitud filosófica que resalta el papel de la razón con detrimento de la experiencia, esta usa el método deductivo. El racionalismo desconfía del conocimiento sensorial, es decir, si hay oportunidades en las que nuestros sentidos nos engañan, pudiera ser muy bien que nos engañaran siempre. El racionalismo jurídico aplica al derecho dicha manera de pensar, es por eso que la conciencia del derecho resulta formada desde adentro, esto es, de la razón.

¹⁷ La escuela iusnaturalista racional posee las siguientes características:
a) Es rígido, ya que esta fundado en una naturaleza inmutable y es común a todos los hombres;
b) Es insensible al paso del tiempo e indiferente al desarrollo de las culturas y las diferencias geográficas;



La escuela racionalista del derecho natural comienza con Hugo Grocio, quien sostenía que el derecho natural tendría la misma validez universal de siempre aunque Dios no existiese, pues se origina en la Razón humana, que es absoluta¹⁸. Otros exponentes son: Thomas Hobbes, John Locke, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Gottfried Wilhelm Leibnitz, Christian Wolf, Jean Jacques Rousseau, e Emmanuel Kant, entre otros.

El iusnaturalismo racional o profano, se caracteriza dentro de la corriente iusnaturalista por operarse en él, una “desconexión” entre el sistema de derecho natural y su fundamento en un Dios trascendente. Este iusnaturalismo tiende a centralizar su enfoque en un análisis de la naturaleza humana (en el hombre) y a encontrar a través de la razón una serie de caracteres fundamentales de esta. Por ejemplo, la necesidad de la conservación de la vida, de la libertad, de la igualdad, etcétera. Cada uno de tales caracteres, se constituye en un “valor”, previo a cualquier ordenamiento positivo, que además, se impone como contenido necesario de tales ordenamientos¹⁹.

Para **Santo Tomás**, el derecho tenía una fundamentación en el Plan de Dios, como objeto de justicia, poniéndose el acento en el sujeto del deber que realiza el acto justo. Aquí, en cambio, se pone el acento en el sujeto portador de su derecho como sustento del sistema de normas y de la sociedad civil. Las obligaciones o deberes surgen a partir de los derechos naturales de los individuos²⁰.

Grocio reconoció, en *De Iure Belli ac Pacis*, que el derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, a diferencia de los escolásticos que aunque reconocían la cualidad racional del hombre, la atribuían solo como consecuencia de la voluntad de Dios.

De esta manera, **Grocio** afirmó que el derecho deriva del *appetitus sociales* o del *appetitus societatis* que tiene el hombre; para él, el derecho no es otra cosa que un producto que resulta del apetito social o de sociedad que tienen los hombres para vivir en grupos organizados, donde impere una fuerza común bajo el imperio del derecho natural y de la razón. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres, que indica que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza

c) Es ideal, hasta el punto de que se tendrán que ajustar las legislaciones particulares de todos los tiempos y naciones;

d) Es perfecto, porque ha sido elaborado por la razón abstracta, es decir, no puede haber otro mejor.

18 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 329.

19 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 54

20 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 54



racional del hombre porque el derecho se reduce a su contenido intrínsecamente justo o natural²¹.

Grocio no se propuso separar el derecho de la religión, pero sí de dar mayor importancia al carácter racional del ser humano en la creación del derecho y no como simple manifestación de la voluntad de Dios.

Desde un aspecto más teórico, Samuel Pufendorf perfeccionó el derecho natural convirtiéndolo en un impresionante sistema general de doctrinas. En su obra “*De iure naturae et Gentium libri octo*” (1672) completó y superó a Grocio, en la ruptura definitiva del derecho natural de su conexión con la teología revelada²².

Con **Puffendorf** la escuela del derecho natural presenta en forma típica uno de los sistemas más completos y elaborados. **Puffendorf** aborda ante todo la distinción entre derecho y teología; distingue además, estableciendo una neta antítesis, el derecho natural del derecho positivo. El primero tiene la supremacía; existe previamente al Estado, conserva siempre su imperio y a él debe atenerse el derecho positivo.

Puffendorf distingue también, en conexión con esto, los derechos innatos de los adquiridos. Los innatos son propios del hombre aislado, antes de que llegue a ser “socio”, esto es, antes de que pertenezca a la colectividad. Los adquiridos son los derechos que se añaden al hombre, en cuanto pertenece a una sociedad (a la familia y al Estado)²³.

A su vez, **Kant** define el derecho como “El conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el de los demás, según una ley universal de libertad”²⁴. Para **Kant** el derecho natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta del hombre de acuerdo con el imperativo categórico: “obra de tal manera que la norma de tus actos pueda valer como principio de conducta o de legislación universal”²⁵.

En resumen, para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social. Sin embargo, ambas posturas reducen el derecho a un contenido intrínsecamente justo o

21 Véase GROCIO, Hugo; *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Ed. Reus, 1925.

22 Cfr. MONITOR – SCHLOSSER ; op. cit., p. 53

23 DEL VECCHIO, Giorgio; *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Revisada por Luís Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1997, p. 63.

24 PACHECO, Máximo; op. cit., p. 450.

25 PACHECHO, Máximo; op. cit., p. 450.



natural, ya que para los iusnaturalistas –tanto teológicos como laicos o racionales– el derecho es un valor justo o natural.

3.3. Escuela histórica del derecho

Tanto para **Nino** como para **Russo**, la Escuela Histórica del Derecho es una corriente iusnaturalista de índole encubierta, en razón de que, en general, sus adherentes fueron reacios a asignarse a sí mismos con tal calificativo.

La Escuela Histórica, fue iniciada por **Hugo** y llevada al triunfo por **Savigny**²⁶ en el siglo XIX. Ella, juntamente con el movimiento romántico al cual pertenece, constituye una reacción al racionalismo anterior. La Escuela Histórica, al concebir el derecho, en analogía con el lenguaje y con toda la cultura en general, como producto específico de cada pueblo en un momento determinado de su historia, se dirige al orden real de repartos como auténtica encarnación del espíritu del pueblo²⁷.

Esta concepción se traslada a la sociedad como una realidad que es producida por el tiempo y por la historia, es un organismo social en el cual el individuo no tiene dominio. **Savigny** y **Puchta** consideran que el derecho es el producto de la evolución histórica de ese organismo social, es decir, el derecho viene dado por el pasado del pueblo, por la esencia de la nación y de su historia, adoptando el particular comportamiento de cada país, es decir, el derecho es un producto del espíritu del pueblo²⁸.

La Escuela histórica rechaza el derecho natural racionalista, por ser

26 Las obras capitales de Savigny son *El derecho de posesión* (1803), *Sistema del derecho romano actual* (1840-1849) y *Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (1814).

27 GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, ps. 215/216.

28 Para Savigny el derecho, al igual que el lenguaje, está siempre en desarrollo. “El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con el pueblo y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter”. “En las sociedades más evolucionadas el derecho, sin dejar de vivir en la conciencia popular, adquiere un carácter más científico y se convierte en motivo de competencia de los juristas, como parte especializada o técnica del pueblo. Mas el derecho se crea siempre en virtud de la fuerza interna del pueblo, pero nunca en virtud del arbitrio de ningún legislador”

(Vocación, Cap. I, citado por CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., p. 561). Para **Sabaté**, Savigny sostiene que el derecho surge de la historia, pero no afirma que esté sometido a un cambio continuo sino que depende de la tradición. En lugar de historicismo debió llamarse tradicionalismo, nombre que definía mejor su doctrina. Cada pueblo tiene su tradición, sus costumbres y ellas hacen el derecho. (FERNANDEZ SABATÉ; Edgardo; op. cit., p. 192).



incompatibles con la evolución de la sociedad, también rechaza la codificación²⁹, ya que estanca el desarrollo del derecho, por elaborar síntesis sistemáticas de leyes que adquieren gran estabilidad y fijeza. Es por ello, que la fuente formal del derecho es la costumbre jurídica, producida por las fuentes interiores del pueblo y modificada por la práctica jurídica y la jurisprudencia. Para la Escuela Histórica el fundamento del derecho no está en la razón del hombre, sino en algo exterior a él, en el espíritu del pueblo, de quien lo recibe todo.

Federico Carlos de Savigny, en sus obras “De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia” (1814) y “El sistema de Derecho Romano actual” (1840-1851) desarrolla los principios de la “Escuela Histórica del Derecho” para la cual todo pueblo tiene un espíritu, un alma propia, que se refleja en múltiples manifestaciones: moral, arte, lenguaje, folklore, derecho, los cuales son expresiones espontáneas del “espíritu popular” (Volksgeist).

Para el derecho no es una creación del legislador, sino una elaboración instintiva del pueblo, que se manifiesta en los hechos, y que sólo en una fase posterior de su desenvolvimiento adquiere una elaboración por obra de los juristas. A la labor de los juristas sigue después la legislación, que se funda en las costumbres preexistentes. Las leyes tienen, pues, una función enteramente secundaria: no hacer más que precisar los principios elaborados por la conciencia jurídica popular. Por ello, **Savigny** afirma que el derecho vive sobre todo en la práctica judicial y en la costumbre, que es expresión inmediata de la conciencia jurídica popular³⁰.

En definitiva, la Escuela Histórica al igual que todas las formas de iusnaturalismo anteriores y posteriores, habla del derecho que debiera ser como si realmente fuera, en lugar de hablar del derecho que es (si es que es algo), por lo que constituye también una teoría metafísica³¹.

29 Por ello, cuando en 1814 Thibaut propone, al liberarse los alemanes de la dominación napoleónica, la codificación del Derecho positivo con el fin de actualizar y unificar el antiguo Derecho germánico, Savigny se opone a la espera de que “el espíritu del pueblo” evolucionase suficientemente. (RUSSO; Eduardo Ángel; op. cit., p. 56). Al combatir el propósito de los partidarios de un código civil en Alemania, a ejemplo del Código Napoleón en Francia, se manifiesta en general contrario a la codificación, afirmando por lo demás que su país aún no estaba preparado para recibir un código. Se oponía al criterio racionalista de los partidarios de la codificación, que creían posible la formulación de textos legales exentos de toda influencia histórica y capaces de adaptarse a todos los pueblos y todos los tiempos. (CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUÍN BECU; op. cit., ps. 560/561).

30 PACHECHO, Máximo; op. cit., p. 740

31 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 56/57.



4. Críticas al iusnaturalismo

Para **Kelsen**, la pretendida objetividad de los derechos naturales es ideológica, desde que pretende otorgar validez universal a una valoración que sólo puede ostentar validez para un hombre, para un conjunto de hombres o para un momento histórico determinado³². Asimismo, para el citado autor, siendo los juicios de valor subjetivos y relativos, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, este concepto se transformaría también en una noción subjetiva y relativa, que cada uno emplearía en forma divergente según sus preferencias y actitudes emotivas; esto haría imposible una comunicación eficaz y fluida entre juristas, abogados, jueces, etcétera³³.

A su vez, **Ross** concluye que toda filosofía de los valores no es otra cosa que ideología pura que sirve para justificar algún interés particular dentro de la sociedad. Todos los juicios de valor sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo están fundados en sentimientos emotivos e irracionales; por lo cual, la justicia es invocada para cualquier causa, sin que exista un argumento o criterio real para determinar que algo es justo o injusto³⁴.

Sin dejar de reconocer el imprescindible rol que cumplen los valores en la vida humana y, por consiguiente, en el derecho, **Carlos Fernández Sessarego** concluye que: “no es posible aceptar que ‘lo jurídico’ se identifique, plena y totalmente, con la dimensión axiológica. No puede admitirse como válido el intento de reducir el derecho a sólo ideales jurídicos. La experiencia jurídica desborda esta dimensión al requerir la presencia de la vida humana, que los vivencia, y de las normas que prescriben dicha vivencia como obligatoria en la vida social. No existe ‘lo jurídico’ sin los valores, pero tampoco nos hallamos ante una experiencia que podamos calificar como jurídica en ausencia tanto de conductas humanas intersubjetivas como de normas jurídicas”³⁵.

³² RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 40.

³³ Conf. NINO, Carlos; op. cit., p. 40

³⁴ Véase ROSS, Alf, “Nota al libro de Kelsen, *¿Qué es la justicia?*”, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993, ps. 33-46

³⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; *Derecho y Persona*, Ed. INESLA, p. 39.



5. Positivismo. Nociones generales

La palabra “positivismo” fue incluida en el lenguaje filosófico y científico por **Augusto Comte** para designar un movimiento intelectual que él inició. **Comte** rechazó tanto las especulaciones e imaginaciones teológicas como las construcciones y razonamientos metafísicos. Planteó la necesidad de pasar a la era positiva, en la que la ciencia dependería de la observación empírica y de la conexión de hechos mediante la experiencia. Estos serían los únicos métodos válidos para un ejercicio científico.

El positivismo, en general, es una doctrina filosófica que funda la verdad solamente en el método experimental de las ciencias llamadas positivas y que rechaza o niega cualquier interpretación teológica y metafísica.

Para el positivismo, la realidad empírica se convierte en lo verdadero y en el único objeto del conocimiento. A través del método científico se debe explicar la totalidad de los fenómenos, sean de orden natural o espiritual. Todo aquello que no pueda someterse a las premisas y condiciones de esta concepción de la ciencia carece absolutamente de valor. Lo que se encuentre más allá de lo regido por la relación causa-efecto pertenece a la fantasía.

Los principales caracteres del positivismo científico son: a) el rechazo de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados; b) el empirismo, único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas y ciertas, para deducir conclusiones válidas y; c) el fenomenalismo, que solo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos.

6. Positivismo jurídico

La expresión positivismo jurídico es ambigua ya tiene dos sentidos diferentes. Por un lado, encontramos un positivismo científico (citado en el punto anterior), que sería aquel regido por un método de investigación riguroso, sistemático y verificable, sin dogmas y sin apelaciones sobrenaturales y, por otro lado, un positivismo jurídico, que –con una acepción más restringida– se entiende como aquella concepción



particular del derecho que eleva a la ley sobre las restantes fuentes del derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente³⁶.

El primer sentido proviene de la terminología de **Augusto Comte**, quien caracterizó como “estado positivo o real” al tercer momento de la evolución del pensamiento humano, luego de los que él denominó “estado teológico” y “estado metafísico”. El estado positivo comtiano es empírico y relativo, y presupone la invariabilidad y el poder predictivo de las leyes de la naturaleza³⁷.

El segundo sentido, por su parte, reduce su ámbito al campo del derecho, y se caracteriza por el análisis del derecho positivo –el derecho puesto por el gobernante– en oposición al derecho natural –o derecho puesto por Dios o por la naturaleza–. Este sentido restringido aparece y se desarrolla simultáneamente con la concepción moderna del Estado, consolidándose como doctrina jurídica en el siglo XIX, especialmente a partir de la aparición del Código Civil napoleónico³⁸.

Con relación al positivismo jurídico propiamente dicho, es dable referir que la apertura que experimentó el iusnaturalismo al desarrollarse la corriente laica o racional permitió que de la explicación del derecho como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre –como ser racional– se pasó a una concepción del derecho como producto no de la razón del hombre sino de su voluntad.

Cabe destacar igualmente, que el inmenso éxito que tuvieron las ciencias naturales en la primera mitad del siglo XIX preparó la base para que el positivismo propusiera la aplicación de los métodos de las ciencias naturales en las sociales. Siendo que el positivismo invadió todas las ciencias sociales –incluso a la filosofía– la ciencia jurídica no fue la excepción.

En general, el positivismo jurídico comparte la aversión contra las especulaciones teológicas y las construcciones metafísicas, e insiste en la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión; así como, su independencia de toda

36 “El positivismo jurídico es una aplicación del positivismo filosófico. Este último sólo admite como material científico hechos sensorialmente observables y relaciones sensorialmente observables entre hechos; con ello, el positivismo filosófico se considera vencedor de etapas previas de la humanidad: de la teológica y de la metafísica”. (Ver GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., ps. 101/102).

37 Conf. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 70/71

38 Conf. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 70/71.



consideración valorativa. El positivismo rechaza toda idea de un derecho natural, ya que los principios generales del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. El derecho se sustrae a todo enfoque axiológico o ético.

El concepto positivista de la ley considera al derecho solo en su estructura formal. Toda argumentación e interpretación más profunda, metafísico-jurídica cae como “especulación indemostrable” en el rechazo³⁹. También es conocido como formalismo jurídico, debido a que su estudio, en la perspectiva del derecho, es únicamente acerca de los textos perceptivos dictados por el legislador.

El positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador; de aquí deriva la común atribución al derecho, de aquellas características que son propias del derecho legislado del Estado moderno (generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud)⁴⁰.

El positivismo jurídico es un modo de entender el estudio científico del derecho y, por consiguiente, la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser. Sobre la base de esta teoría de la ciencia jurídica se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aún sin ser justas (que son las únicas de las que se ocupa la ciencia jurídica) y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; sólo las primeras son objeto del estudio científico del derecho⁴¹.

Para esta corriente, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble ilusión.

El positivismo jurídico sostiene que el derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Son las normas y no las convicciones morales las que establecen la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas.

39 MONITOR – SCHLOSSER; op. cit., p. 156.

40 ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia; *Jusnaturalismo y Positivismo jurídico*, Asunción, Revista Jurídica La Ley Paraguay, 1999, p. 1225

41 ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia; op. cit., p. 1225.



Según **Werner Goldschmidt**, el positivismo jurídico *es una doctrina infradimensional del mundo jurídico*. Para el mentado doctrinario, la corriente positivista concibe el mundo jurídico como un conjunto de normas con eficacia, por consiguiente, *es un unidimensionalismo normológico con arraigo sociológico*.

Para él, la justicia del establecimiento y funcionamiento de la norma queda como objeto acientífico fuera del ámbito de cualquier ciencia, no sólo de la ciencia jurídica. A su vez, los hechos sociales presentan al jurista sólo enmarcados en normas. Su investigación libre es una tarea científica, pero corresponde a la Sociología. Mientras que las adopciones, las incapacidades por prodigalidad, la usura, los concubinatos, etc., no hallan plasmación normológica, todos estos fenómenos no existen en el mundo jurídico el cual se identifica con el boletín oficial⁴².

7. Puntos concordantes del positivismo jurídico

Para el positivismo jurídico (sin distinguir cada una de sus corrientes y las propias diferencias existentes entre sí) tiene como puntos concordantes:

La distinción y la desconexión entre el derecho y la moral; o sea, la distinción entre el derecho *que es* y el derecho *que debe ser*;

La teoría de la exclusividad del derecho positivo; es decir, la concepción del mundo jurídico desde un punto de vista unidimensional;

- La ideología de que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto sin importar su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral;
- La concepción imperativista de las normas jurídicas, es decir, la convicción de que las normas jurídicas consisten en órdenes impartidas por unos seres humanos (los legisladores) para otros seres humanos;

La idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza;

La concepción mecanicista de la función judicial y la idea de que los jueces aplican derecho, pero no crean derecho;

El pensamiento de que todo ordenamiento jurídico debe ser obedecido;

La representación de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas, por medios lógicos, de normas generales de la legislación; y,

La afirmación de que los juicios morales no pueden ser demostrados racionalmente.

⁴² GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., p. 102.



8. Distintas corrientes

Las manifestaciones del positivismo jurídico fueron muy numerosas y variadas en el siglo XIX. A continuación se citarán algunas de las corrientes positivistas.

8.1. La escuela de la exégesis⁴³

Apareció en Francia después de la sanción del Código Civil (1804) y llegó a su apogeo a mediados del siglo. La tarea de los juristas se concentraba en el estudio y exposición del citado texto legal. Creían los comentadores del Código que con ese y otros Códigos habían cristalizado la evolución del derecho.

Tal criterio limitaba la ciencia del derecho a la enseñanza y exégesis de los Códigos. Los profesores no eran profesores de derecho sino de leyes. Yo no conozco el Derecho Civil, decía **Bugnet**, solo enseño el Código de Napoleón. No estimaban el valor del derecho consuetudinario y olvidaban que las leyes no son más que uno de los instrumentos de que se vale el Derecho⁴⁴.

La tesis de que el Código o la ley es la principal, por no decir la única fuente del derecho, conducía a admitir la *omnipotencia del Estado*, creador de la legislación.

Fueron figuras destacadas de la escuela Toullier, Duranton, Aubry et Rau, Marcadé, Troplong, Baudry-Lacantinerie, Demolombe, Zachariae y Laurent⁴⁵.

⁴³ Exégesis es tanto como interpretación de textos, en este caso, de los textos legales surgidos de la Revolución. La exégesis tiene una larga tradición; comienza con el dios Thot, que en Egipto era de la divinidad protectora de los escribas, quienes tenían el secreto de las escrituras. Luego reaparece en Grecia como el dios Hermes, y de aquí la palabra “hermenéutica” como sinónimo de interpretación. Los exegetas sostenían que bastaba con enseñar el Código Napoleón, pues allí estaba toda la “razón escrita”. (FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 205/206).

⁴⁴ CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., p. 563/564; “El Código Civil francés de 1804 es la cristalización en normas, de la Revolución Francesa. Durante el absolutismo que la precedió, el conocimiento jurídico –oscuro, confuso y reservado- era patrimonio de unos pocos ilustrados, vinculados por cuna e intereses a la monarquía y a la nobleza. Sin abogados, el pueblo estaba sumido en un estado de indefensión jurídica, la que se sumaba a sus otras privaciones. Por ello, bajo la bandera de la “igualdad” y al grito de “¡Mueran los abogados” se sancionaba un código que, a la par de amparar los “derechos del hombre y del ciudadano”, pretende ser un catálogo completo y autosuficiente de las relaciones jurídicas privadas. Cualquiera, con sólo abrir el código, como quien consulta un mapa de una ciudad o una guía de teléfonos, puede saber qué obligaciones tiene, qué derechos le asisten, qué, en suma, puede hacer y dejar de hacer. A partir de allí, surge la teoría de que el derecho es “la letra de la ley”, esto es, la escuela de la exégesis, como un positivismo ingenuo y dogmático. Es, por decirlo de alguna manera, el positivismo del hombre de la calle que corre esperando comprar “la nueva ley” y que, a pesar de estar en su idioma, no la entiende. Ignora que la letra de la ley es un fragmento de un enorme monstruo polifacético que es preciso abarcar en una cosmovisión”. (RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 74).

⁴⁵ CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 563/564.



Sus caracteres fundamentales fueron:

- *Inversión de las relaciones tradicionales entre Derecho natural y Derecho positivo*: el Derecho natural pierde valor y queda reducido a una noción privada de interés para el jurista. El derecho natural solo tiene valor cuando es reconocido por el derecho positivo. En casos de laguna del derecho, se niega al derecho natural la posibilidad de llenar el vacío legal.
- *Concepción estatista del Derecho*: solo son normas jurídicas las reconocidas por el Estado. Lleva implícito el principio de omnipotencia del legislador, y el de que la ley debe ser obedecida desde la razón implícita en la misma ley;
- *La interpretación de la ley está fundada en la interpretación del legislador*. La interpretación de la ley consiste en hallar la voluntad del legislador, que puede ser: a) *Real*: La ley regula una relación determinada, pero no expresa la razón por la que lo hace; y, b) *Presunta*: Cuando el legislador ha omitido regular algo;
- *Culto al texto de la ley*: El intérprete debe atender únicamente a los dispositivos del Código⁴⁶;
- *Respeto al argumento de autoridad*: No se llegaría a un acuerdo nunca sobre lo que es o no lícito si no existiera un criterio a seguir que fuera claro e irrefutable. Este criterio lo establece el legislador. Su palabra es dogma.

8.2. Positivismo Kelsiano⁴⁷

El positivismo alcanzó su punto cimero con la rigurosa construcción teórica de **Hans Kelsen**⁴⁸.

Hans Kelsen elabora su pensamiento aplicando la pureza del método para delimitar con rigor el campo estrictamente normativo del derecho, eliminando del

⁴⁶ Al culto del texto legal, que limitaba la actividad del juez a una mera labor de interpretación, se agregaban el respeto de la voluntad del legislador, cuya intención era necesario inquirir en cada caso, y una sumisión exagerada a las opiniones de los autores de la misma escuela. (CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 353/354).

⁴⁷ Hans kelsen nació en la ciudad de Praga en 1881.

⁴⁸ FERNANDEZ SESSAREGO; op. cit., p. 41



mismo todos los elementos extraños (sociológicos, históricos, psicológicos, políticos y científico-naturales)⁴⁹.

Según **Kelsen**, la Ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. Por ello no es una Ciencia de hechos, como la Sociología, sino una Ciencia de normas; su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de normas. Su carácter científico solo está garantizado si se limita estrictamente a su misión y si mantiene “puro” su método de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia —es decir, de todo empréstito de una “Ciencia de hechos” (como de la Sociología, de la Psicología), pero también de toda influencia de “dogmas”, ya sean de naturaleza ética o religiosa—. Como conocimiento “puro”, no tiene que perseguir fines prácticos inmediatos, sino más bien eliminar de su consideración todo aquello que no guarde relación con la peculiaridad de su objeto como complejo de normas⁵⁰.

Su concepción de la ciencia jurídica deriva de una teoría del conocimiento fundada en la radical separación del mundo del ser (naturaleza) del mundo del deber ser. Las normas jurídicas —que constituyen una categoría sin aplicación en el mundo de la naturaleza— pertenecen a la esfera del deber ser. El derecho es una realidad espiritual y no natural. La norma jurídica no es un imperativo de la voluntad sino un juicio hipotético (si es A debe ser B), que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Si en el dominio de la naturaleza la forma de enlace de los hechos es la causalidad, en el mundo de la normatividad lo es la imputación⁵¹.

Para **Kelsen**, el objeto de estudio de la ciencia jurídica se contrae a solo el ordenamiento normativo, con prescindencia de la vida humana, relegada a constituirse en el contenido factual de las normas. Los valores resultan ser, dentro del planteamiento Kelsiano, elementos de naturaleza metajurídicas⁵².

49 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., pág. 571; “Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo” (KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed, 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006, p. 81); “El unidimensionalismo normológico más conocido es el de Hans Kelsen, quien en su Teoría Pura del Derecho, quiere decantar lo jurídico de sus impurezas sociológicas y dikelógicas, reduciéndolo a un conjunto de normas”. (GOLDSCHMIDT, Werner; p. 34).

50 LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. ed., Barcelona, Ariel, pág. 91; “Hans Kelsen hizo de la separación entre el mundo de las normas y el mundo de los hechos, un absoluto que fue fundamento de la Teoría Pura. Según el maestro vienés, el propio concepto de pureza obligaba a mantener una radical separación entre ambos mundos, para evitar que la teoría jurídica se “confunda” —son sus palabras— con la sociología, la psicología, la ética o la teoría política” (RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 136).

51 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., pág. 571.

52 FERNANDEZ SESSAREGO; op. cit., p. 52; “El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el



La “Teoría pura del Derecho” no se ocupa de los contenidos, sino de la estructura lógica de las normas jurídicas; examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general (no de un determinado enunciado jurídico) y la clase y modo de su realización⁵³. Una norma jurídica, subraya **Kelsen**, no vale porque tiene un contenido determinado, sino porque ha sido creada de un modo determinado, legitimado, en último término, por una Norma fundamental presupuesta. Por ello, prosigue, “todo contenido arbitrario puede ser derecho. No existe una conducta humana que como tal, en virtud de su contenido, estuviera excluida de ser contenido de una norma jurídica”⁵⁴.

Esto lleva a Kelsen a un cambio de sentido tanto del significado tradicional del derecho como de lo antijurídico. Una conducta no es “antijurídica” porque sea contraria al valor y, por ello, condenable según cualquier pauta “trascendente” al derecho positivo, o también por su “cualidad interna”; sino “sola y exclusivamente” porque “el derecho positivo la ha hecho condición de un acto coactivo, es decir, de una sanción”. Lo antijurídico no es la negación del derecho, y no es gravado como una sanción porque es condenable; sino que se califica de “antijurídico” –sin valoración alguna– porque un orden jurídico positivo lo ha unido a un acto coactivo, como consecuencia jurídica que debe sobrevenir⁵⁵.

9. Críticas al positivismo

Las críticas que se hacen al positivismo jurídico son variadas. A continuación se enumeran algunas de ellas:

derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional”. (KELSEN, Hans; op. cit., p. 40).

53 LARENZ, Karl; op. cit., p. 92.

54 LARENZ, Karl; op. cit., p. 94.; “Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra ‘debe’ ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo. Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica”. (KELSEN, Hans; op. cit., p. 45).

55 LARENZ, Karl; op. cit., p. 97 y ss.; “Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional” (KELSEN; Hans; op. cit., p. 46).



- a) El hecho de preocuparse exclusivamente de las normas jurídicas y de su forma, olvidando que es vital “el contenido de las mismas y su materialización”;
- b) La pretensión de comprender al derecho como fenómeno o producto social, sin estudiar su interrelación con otras ciencias afines como son la economía, la política, la sociología; así como, la historia, la psicología, entre otras;

La incapacidad para dar respuestas aceptables a los más exigentes problemas ético-jurídicos de la sociedad; y,

- c) La reducción del derecho, que es vida, a un conjunto de recetas legales que nunca dan con la solución adecuada, pues la plenitud y riqueza de los casos concretos las exceden⁵⁶.

Para **Sabaté**, “Si fuera cierto que el derecho es únicamente el escrito, es decir, si el derecho se identifica con la escritura y no hay derecho alguno fuera de ella, entonces, hoy seguiríamos rigiéndonos por la Ley del Tali6n del C6digo de Hammurabi. Como esta conclusi6n es absurda, entonces la hip6tesis es falsa. El positivismo pretende estar de acuerdo con la realidad, pero aqu6 vemos c6mo se aleja de ella, puesto que hist6ricamente no es cierto que sigamos rigiéndonos por la primera ley escrita. Adem6s, deber6a concluir en otro absurdo, pues si todo derecho es el escrito antes de estar escrito no hubiera habido ninguna regulaci6n de las relaciones humanas, ya que no habr6a ninguna otra fuente de donde sacar derecho”⁵⁷.

El mismo autor sostiene que: “El argumento m6s contundente contra los positivistas es que el derecho positivo tiene lagunas, no obstante lo cual los jueces lo mismo tienen la obligaci6n de resolver los entuertos. Por supuesto que no pueden hacerlo seg6n la ley estatal, que no existe, por lo cual cabe suponer una ley natural subyacente en la onticidad humana y en las circunstancias concretas. Y no s6lo el juez cubre la ausencia de la ley positiva, sino todos los hombres en su quehacer diario. Siempre la naturaleza humana en una situaci6n determinada, considerada bajo la 6ptica de lo justo tiene una soluci6n que proponer como la m6s prudente. Esto no ocurre con la ley estatal, que s6lo propone las soluciones que pudieron ser previstas”⁵⁸.

56 “Se ha dicho que el orden jur6dico puede presentar lagunas, contradicciones l6gicas, vaguedades y ambigüedades lingüísticas. Se ha demostrado que el derecho no es un sistema autosuficiente de soluciones, lo que hace que los jueces no tengan m6s remedio muchas veces que justificar sus decisiones recurriendo a principios o criterios no jur6dicos”. (NINO, Carlos; op. cit., p. 37).

57 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 341.

58 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 342.



Un eminente iusnaturalista, como **Giorgio del Vecchio**, entendía que la positividad no es una nota esencial del concepto de derecho; lo esencial sería únicamente la noción de justicia. Por eso, el derecho natural reflejaba la idea del derecho “en su plena y perfecta luz”, mientras que el derecho positivo ofrecía de la misma sólo “reflejos parciales y defectuosos”.⁵⁹

Específicamente criticando a la doctrina Kelsiana, **Ciuro Caldani** dice que: “La ‘teoría pura’ es, a nuestro parecer, un ‘metodologismo’ que ‘logicaza’ lo que ocurra y se niega a discutir las metas del Derecho. Resulta una ideología al servicio de los poderosos que han hecho las normas y confían en los órganos de aplicación, recipiendarios de sucesivas ‘habilitaciones’”.⁶⁰

Por último, se puede citar a **Carlos Fernández Sessarego**, quien, más bien criticando a las corrientes unidimensionales, sostiene: “la ausencia de una visión totalizadora del derecho limita la tarea del jurista en su búsqueda de soluciones a la amplia problemática de una ciencia compleja y fluida. Las respuestas unilaterales, por logradas y convincentes que sean, no permiten al jurista resolver certeramente las múltiples cuestiones con las que debe enfrentarse en la cotidianeidad de su quehacer”.⁶¹

10) Conclusiones

- La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión;
- Para el iusnaturalismo, hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. Un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia;
- El denominador común de las corrientes iusnaturalistas es la afirmación de la supremacía y preexistencia del derecho natural ante el positivo y que éste debe ser fiel reflejo del derecho natural;
- Para la tesis iusnaturalista, por encima de las normas dictadas por los hombres se encuentra un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera

⁵⁹ Del Vecchio, *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 530, citado por ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación*, 2da. ed., Barcelona, Ariel, 2007, p. 40.

⁶⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*; 1ed, Rosario, F.I.J., 2000, p. 51.

⁶¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 34.



naturaleza humana. Las normas positivas dictadas por los hombres solo serán consideradas “derecho” en la medida que estén conformes al derecho natural y no lo contradigan. Por consiguiente, “el derecho” se justifica no solo por su origen sino también por su contenido;

- Los adherentes al iusnaturalismo sostienen que para que las normas tengan validez y fuerza obligatoria no basta que sean la expresión de una voluntad competente para sancionarlas sino que, además, se requiere su conformidad con los preceptos del derecho natural, que les proporcionan su legitimidad intrínseca;
- Mientras que para el iusnaturalismo teológico el derecho natural deriva de los mandatos de Dios para el iusnaturalismo racionalista el derecho natural procede de la razón humana;
- El positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador;
- Para la corriente positivista, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros;
- La ideología positivista advierte que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido; esto sin tener en cuenta su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral;
- **Hans Kelsen**, el máximo exponente del positivismo, elabora su pensamiento aplicando la pureza del método para delimitar con rigor el campo estrictamente normativo del derecho, eliminando todos los elementos extraños (sociológicos, históricos, psicológicos, políticos y científico-naturales);
- En síntesis, mientras que el iusnaturalismo defiende la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; el positivismo jurídico ampara la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico es monista o unidimensional.



Bibliografía

- ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia; Jusnaturalismo y Positivismo jurídico, Asunción, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, 1999.
- ATIENZA, Manuel; El Derecho como argumentación, 2da. ed, Barcelona, 2007.
- CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; Introducción al Derecho, 7ma. Ed., Buenos Aires, Perrot, 1970.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel; La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica; 1ed, Rosario, F.I.J., 2000.
- DEL VECCHIO, Giorgio; Filosofía del Derecho, 9ª ed., Revisada por Luís Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1997.
- FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho y Persona, Ed. INESLA.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.
- GOLDSCHMIDT, Werner; Introducción Filosófica al Derecho, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980.
- GROCIO, Hugo; Del derecho de la guerra y de la paz, Madrid, Ed. Reus, 1925.
- KELSEN, Hans; Teoría Pura del Derecho, 4ª ed., 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006.
- LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho; Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. ed., Barcelona, Ariel.
- MONITOR – SCHLOSSER; Perfiles de la nueva historia del derecho privado, Trad. Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1980.
- NINO, Carlos Santiago; Introducción al análisis del derecho, 2ª ed. amp. y rev., 12ª reimp, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 27ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2000.
- PACHECO, Máximo; Teoría del Derecho, 4ta. ed., reimp., Santiago, 2000.
- ROSS, Alf; “Nota al libro de Kelsen, ¿Qué es la justicia?”, El concepto de validez y otros ensayos, México, Fontamara, 1993.
- RUSSO, Eduardo Ángel; Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la postmodernidad, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

