



Positivismismo jurídico*

Yezid Carrillo de la Rosa^a ■ Joe Caballero Hernández^b

Resumen: este trabajo expone las diferentes posiciones sobre el positivismo jurídico, puesto que el positivismo filosófico es similar al positivismo jurídico y es una idea sin la cual no es posible comprender ni explicar los fundamentos epistemológicos del conocimiento del derecho positivo. Este pensamiento, común a las ciencias sociales que acogen los postulados filosóficos y científicos del positivismo, considera la creencia de que, primero, el conocimiento válido, verdadero o legítimo procede única y exclusivamente de la experiencia; y, segundo, que la labor del sujeto y, por tanto, del jurista es describir de manera imparcial y objetiva la realidad jurídica (el derecho positivo) y no evaluarla. Por tanto, en este escrito se dan a conocer los orígenes y las distintas posiciones, caracterizaciones, conceptos y teorías sobre el positivismo jurídico, a fin de verificar su similitud con el positivismo filosófico.

Palabras clave: conceptos jurídicos; filosofía del derecho; positivismo filosófico; positivismo jurídico; teoría jurídica

Recibido: 25 de junio de 2019 **Aceptado:** 12 de mayo de 2021

Disponible en línea: 31 de diciembre 2021

Cómo citar: Carrillo de la Rosa, Y., & Caballero Hernández, J. (2021). Positivismismo jurídico. *Prolegómenos*, 24(48),13-22. <https://doi.org/10.18359/prole.4168>

* Artículo de reflexión.

a Abogado, Universidad Nacional de Colombia; licenciado en Filosofía, Universidad Santo Tomás; magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia; doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica, Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia.

Correo electrónico: yezidcarrillo@unicartagena.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5362-3752>

b Abogado, Universidad de Cartagena; magíster en Derecho, Universidad de Cartagena; profesor de cátedra, Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia.

Correo electrónico: joecaballero@hotmial.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5657-5845>

Legal Positivism

Abstract: this paper presents different stands on legal positivism, as philosophical positivism is similar to it and is an idea without which we cannot understand or explain the epistemological foundations of the knowledge of positive law. This thought, common to the social sciences that embrace the philosophical and scientific postulates of positivism, involves the belief that, first, good, genuine, or legitimate knowledge comes solely and exclusively from experience; and, second, that the role of the subject and, thus, the jurist is to describe the legal reality (positive law) impartially and objectively, not to assess it. Therefore, this paper introduces the origins of and various positions, characterizations, concepts, and theories associated with legal positivism to check its similarity with philosophical positivism.

Keywords: legal concepts; philosophy of law; philosophical positivism; legal positivism; legal theory

Positivismo jurídico

Resumo: este trabalho expõe as diferentes posições sobre positivismo jurídico, uma vez que o positivismo filosófico é semelhante ao positivismo jurídico e é uma ideia sem a qual não é possível compreender ou explicar os fundamentos epistemológicos do conhecimento do direito positivo. Esse pensamento, comum às ciências sociais que abraçam os postulados filosóficos e científicos do positivismo, considera a crença de que, em primeiro lugar, o conhecimento válido, verdadeiro ou legítimo vem, única e exclusivamente, da experiência; e, segundo, que a tarefa do sujeito e, portanto, do jurista é descrever de forma imparcial e objetiva a realidade jurídica (direito positivo) e não avaliá-la. Portanto, neste artigo são conhecidas as origens e as diferentes posições, caracterizações, conceitos e teorias sobre positivismo jurídico, a fim de verificar sua semelhança com o positivismo filosófico.

Palavras-chave: conceitos jurídicos; filosofia do direito; positivismo filosófico; positivismo jurídico; teoria jurídica

Introducción

Para diversos autores, la noción de *positivismo jurídico* no guarda relación directa con el positivismo filosófico. Norberto Bobbio (1993) aclara este asunto de la siguiente manera:

El positivismo jurídico nada tiene que ver con el positivismo filosófico, hasta el punto de que mientras el primero surge en Alemania, el segundo surge en Francia. La expresión *positivismo jurídico* deriva, por el contrario, de la locución *derecho positivo*, contrapuesto a la de *derecho natural*. Para comprender, entonces, el significado del positivismo jurídico es necesario aclarar el sentido de la expresión *derecho natural*. (p. 35)

De hecho, desde un punto de vista histórico y cronológico, la primera expresión de positivismo jurídico no surge precisamente en la Alemania del siglo XIX, donde más se desarrolla el concepto, sino en textos medievales y en Tomás de Aquino, referenciando la famosa *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, donde, precisamente, realiza la distinción entre la justicia natural, universalmente válida, y la justicia convencional, validada en la comunidad en general, cuando determinadas autoridades lo consideran (Moreso, 2017).

Para Tomás de Aquino, por las discusiones teológicas de su época, mientras el derecho natural es la participación de las personas con la ley eterna; el derecho positivo es la ley establecida por las autoridades humanas, con determinación o voluntad. Por consiguiente, el derecho natural es ese conjunto de principios y valores que, por costumbres religiosas, racionales, éticas o morales, etcétera rigen el comportamiento humano en la sociedad. Estos tipos de principios y valores se consideran válidos universalmente, debido a consensos. No obstante, el derecho positivo es el conjunto de normas, directrices, reglas o preceptos promulgados imperativamente por las autoridades políticas de una sociedad. Son dos conceptos tan distintos que, por ejemplo, Austin (1995) considera que una cosa es valorar el derecho positivo y otra muy distinta, aceptarlo o brindarle méritos consensuados.

Siguiendo el recorrido histórico, entre los siglos XVI y XVII, los filósofos que analizaban el derecho

fueron dejando a un lado las concepciones teológicas escolásticas y empezaron a formular los principios del derecho natural como axiomas que guían a las autoridades legislativas a crear sistemas normativos. En Francia, el Código Napoleónico de 1804 sirvió como sistema normativo que contenía estos axiomas de la Ilustración y los principios racionales en la creación de los Estados de derecho. No obstante, es de anotar que el *Code* de Napoleón buscaba desarrollar un derecho positivo que regulara todas las conductas liberales. Esta regulación sirvió de base para los demás Estados de derecho liberales.

En el siglo XIX, empieza a desarrollarse con mayor fervor el estudio de las normas y los sistemas codificados, es decir el positivismo jurídico comenzó a ser estudiado. La escuela histórica alemana de Karl von Savigny puso en tela de juicio el uso de la codificación francesa, primero, por dudar acerca del poder de la razón y, segundo, por el tradicionalismo político que se intentaba promulgar con la Revolución francesa (Moreso, 2017). Por el contrario, Savigny asumió la tarea de crear una escuela para estudiar, de un lado, las costumbres jurídicas alemanas de todos los territorios bávaros y, de otro, el uso de las normativas del Imperio romano antiguo, para resolver sus conflictos jurídicos, tratando de encontrar el *Volksgeist* alemán (Botero, 2015).

En Norteamérica, como es conocido, la revolución estuvo respaldada teóricamente por ideas del iusnaturalismo y el liberalismo de John Locke. No obstante, en Gran Bretaña la influencia principal fue la de Jeremy Bentham, con grandes dotes de ilustrado, cuya teoría del utilitarismo moral defendía una codificación para Inglaterra, desconfiando ontológica y jurídicamente de la denominada *common law*.

En Alemania, la búsqueda del espíritu jurídico alemán (*Volksgeist*) permitió una evolución en la ciencia del derecho, que produjo la proliferación de pensamientos tanto formalistas (a favor del positivismo jurídico) como antiformalistas (en contra del positivismo), ambos de gran importancia para la filosofía del derecho actual, y que nos brindan un camino teórico valioso a la hora de ingresar a la temática del positivismo jurídico.

Entre estas escuelas, tenemos a la jurisprudencia de conceptos, que proviene de la escuela histórica, aunque desarrolla características distintas. Puchta e Ihering fueron los máximos representantes, cuyo propósito era elaborar una ciencia jurídica formal y lógica que permitiera organizar el positivismo jurídico mediante un sistema de conceptos. La creación de esta ciencia jurídica tenía la misión de conocer las conexiones lógicas internas de las normas.

Otra escuela formalista es la escuela de la exégesis, que se desarrolló en Francia. Nacida del estudio del Código Napoleónico, consideraba que el derecho es lo que se encuentra estipulado y sistematizado en el derecho escrito, por lo que defiende el sistema de codificación. En efecto, considerar al derecho un escrito sistematizado le da la característica de acabado, por consiguiente, no es necesaria una actividad productora o interpretadora, sino que esta actividad la ejerce el mismo legislador con el mecanismo del *référé* o reenvío legislativo. Aquí, los jueces se consideran solo operadores técnicos de lo que promulga la voluntad del legislador.

Por último, cabe mencionar también la escuela formalista de la jurisprudencia analítica, desarrollada en Inglaterra. Esta escuela permitió la consolidación de una cultura jurídica homogénea, basada en preceptos estipulados en los precedentes jurídicos (Botero, 2015).

Ahora bien, las escuelas antiformalistas nacen de la crítica a las escuelas formalistas. El máximo exponente de esta crítica es von Ihering, proveniente de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, cuya principal refutación fue la idea de convertir la jurisprudencia en un sistema matemático. Por ello, nació la escuela de la jurisprudencia de intereses. Se rechazaba la idea de una escuela teórica del derecho, para defender completamente su concepción práctica. Con esta perspectiva, se pretendía ofrecer soluciones útiles a los casos dudosos presentados a los jueces, enfocándose en las necesidades de la vida y el equilibrio entre los diversos intereses (Carrillo, 2014).

Un segundo ejemplo de escuela antiformalista, en Francia, es la escuela libre del derecho. Su principal defensor fue Françoise Geny, cuya formación tuvo lugar en Alemania, a pesar de su origen

francés. Su tesis principal es que las sentencias judiciales no cumplen una función aplacadora del derecho positivo, sino que cumplen una función creadora de derecho por parte de los jueces. En otras palabras, esta tesis admite la total discrecionalidad judicial.

En esta escuela, se resaltan dos posiciones jurídicas: lo dado y lo construido. Lo dado remite a las realidades de hecho que constituirían el auténtico derecho, por lo que puede presentarse en la vida social. Entretanto, lo construido es la capacidad creadora de los jueces con el uso de su técnica jurídica para entender el sistema jurídico y resolverlo, acorde con su conocimiento y los datos de los hechos. Esta capacidad creadora admite todo tipo de elementos, tales como principios jurídicos, trabajos preparatorios de la ley y una *ratio iuris* de cada caso, etc.

Otras escuelas que nacen del estudio del positivismo jurídico, aunque con perspectiva distinta, son las escuelas del realismo jurídico, cuya tendencia es llevada a conectar el derecho con la realidad social, aceptando el positivismo jurídico. En estas escuelas, se conocen dos corrientes, entre el siglo XIX y XX: la escandinava y la norteamericana. Ambas consideran que el derecho es necesario para producir un saber práctico, que contribuya a la realización de ciertos fines sociales. Para ello, es necesario apoyarse en elementos científicos sobre la sociedad, es decir, basarse en todo tipo de disciplinas que estudian a la sociedad, para impartir justicia desde un marco científico y justo a la vez. Tales disciplinas pueden incluir la economía, la sociología y la psicología, entre otras.

Por otra parte, para algunos autores del positivismo jurídico, que crearon una nueva defensa de esta corriente, consideran que guarda relación con el positivismo filosófico. Entre estos autores el más destacado es Hans Kelsen. Este pensador, proveniente de la escuela de Viena, precisamente donde tuvo origen el positivismo lógico filosófico, tuvo influencia en muchos de los preceptos desarrollados por esta escuela de pensamiento.

El positivismo lógico filosófico consideraba que debía abandonarse completamente la metafísica, porque los problemas cognoscitivos podían ser resueltos mediante la aclaración de conceptos, o bien

mediante el uso de fuentes lógicas o matemáticas, porque en realidad estos problemas existían por (1) falta de adecuación de nuestra estructura conceptual; (2) problemas definitorios con solución *a priori*; o (3) problemas definitorios con solución *a posteriori*, en los cuales la verdad es contingente (Moreso, 2017).

Por consiguiente, con este estilo de pensamiento del famoso Círculo de Viena; con influencia significativa de Immanuel Kant, Kelsen, profesor en Viena en 1919-1930, pensaba que los juicios morales son siempre subjetivos; ligados fuertemente a las emociones. Ello obligaba a tener desconfianza absoluta en la razón práctica y a las posiciones de voluntad. De ahí proviene su filosofía del derecho, al tratar de desligar el sistema jurídico de concepciones morales, con lo cual se posibilita el conocimiento de las normas no como hechos, sino como direccionamiento de las acciones. Mientras los hechos se rigen por la causalidad, las acciones humanas, o el derecho es regido por la imputación. Desde esta perspectiva, la filosofía del derecho que propone la *Teoría pura del derecho* (1934), su libro de cabecera, buscaba enfocarse netamente en el positivismo jurídico (Kelsen, 2005).

Kelsen, entonces, creó una perspectiva del derecho distinta. Su deontología desarrolla una concepción diferente de las proposiciones jurídicas respaldadas con la verdad o la falsedad. En realidad, su deontología o filosofía del derecho se respalda por el concepto de validez de las normas, el cual es completamente empírico y está ligado al positivismo filosófico.

De lo expuesto, es pertinente enfocarnos en caracterizar teórica y conceptualmente lo estipulado por las distintas escuelas del positivismo jurídico, con el fin de verificar analíticamente su relación directa con el positivismo filosófico.

Caracterización

Conviene precisar que la aparición del positivismo no solo influyó en la reordenación del discurso sobre las ciencias humanas y sociales que propuso la epistemología positivista; sino también en la consolidación de las teorías sobre el Estado, que

justificaron una nueva forma de ejercicio del poder político (Hobbes, Montesquieu y Locke, etc.). Esto fue decisivo, en la medida en que convirtieron al poder político en la única fuente autoritativa de derecho, desplazando a los otros derechos, que coexistían dentro del mismo espacio histórico y geográfico, incluyendo el derecho natural. También influyó sobre el discurso proveniente del derecho natural racional y los contractualistas sobre el derecho de propiedad y las libertades que, al necesitar de certeza y garantías para su ejercicio, apelaron a las codificaciones que les otorgaba la seguridad jurídica (Carrillo, 2018).

El positivismo jurídico, la teoría del derecho dominante en el siglo XIX y gran parte del XX, fue una teoría hegemónica, pero no homogénea, dado que en su interior convergen las más disímiles corrientes y estilos. Precisamente, esa multiplicidad de tendencias y pensadores hace imposible reordenar dentro de él el marco conceptual y teórico de todas las expresiones del positivismo (Squella, 1998).

No ha sido fácil caracterizar la concepción positivista del derecho, pues de hecho algunas tesis defendidas por autores o concepciones positivistas han sido negadas por otros positivistas; o bien sostenidas por autores positivistas, pero no como parte esencial de sus teorías (Nino, 1999). También, en ocasiones, se ha tejido una idea indecorosa sobre el positivismo, al concebirlo como una teoría moralmente ciega, intelectualmente retrógrada y políticamente opresiva. Pero ello no deja de ser una caricaturización que impide comprenderlo y explicarlo de manera objetiva (Cambell, 2002).

De los conceptos actuales, Nino (1999) sostiene que existen algunas concepciones con las que usualmente se identifica al positivismo jurídico, las cuales, en realidad, no hacen parte de su esencia:

1. *El escepticismo ético* considera que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos (Kelsen y Ross). Sin embargo, otros autores positivistas como Bentham, Austin y Hart admitían la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del que puedan derivar todos los juicios valorativos.

2. *El positivismo ideológico* prescribe a los jueces un principio moral que debe ser observado en sus actuaciones, el cual, frente a la aplicación del derecho, ordena a los jueces asumir una actitud neutra axiológicamente, limitándose a decidir conforme con el derecho vigente, independientemente de que este pueda ser evaluado como moralmente incorrecto. En realidad, esta posición no ha sido compartida por la mayoría de los positivistas.
3. *El formalismo jurídico* sostiene que el derecho válido está compuesto únicamente por reglas de carácter legislativo, que conforman un sistema de enunciados precisos y unívocos, coherentes, sin lagunas ni vacíos, los cuales, por ello, pueden aplicarse de manera silogística. Al igual que en las dos tesis anteriores, encontramos que existen positivistas como Kelsen, Ross o Hart que no comparten esta posición.

Diferentes tesis

Según Hart, existen al menos tres tesis defendidas por los más importantes teóricos del positivismo: (1) la tesis de *la separación conceptual entre el derecho y la moral*; (2) la de *las fuentes sociales del derecho*; y (3) la de *la discrecionalidad jurídica*. En realidad, las dos primeras tesis han sido comunes a cualquier expresión del positivismo; mientras que la tercera, juntamente con las dos primeras, lo son de lo que se ha denominado *positivismo metodológico*. A las anteriores puede añadirse que el positivismo sostiene, además, una tesis ontológica, metodológica y semántica.

La tesis de la separación

Esta tesis sostiene que el derecho positivo y la moral crítica, ideal o doctrinal pueden ser identificados y analizados independientemente, sin tener que recurrir a referencias recíprocas (Coleman, 1982). Ello conduce a la conclusión de que no existe, o no hay conexión conceptual necesaria entre el derecho como *es* o que *es* y el derecho tal y como se

piensa, se cree o se desea, es decir, el derecho como debe ser desde la perspectiva moral (Hart, 1958)¹.

Se trata de una tesis conceptual o analítica que no niega que el derecho y la moral sean fenómenos sociales o empíricos distintos (Ródenas, 2003), los cuales, eventualmente, pueden conectarse desde la perspectiva empírica. Por ello, para la generalidad de los positivistas y no positivistas, el derecho y la moral interactúan en la sociedad y, en ocasiones, hay una superposición contingente de sus contenidos y sus funciones sociales (Campbell, 2002). De manera que lo que sostiene el positivismo es que el derecho y la moral, a pesar de que constituyen fenómenos sociales entrelazados en la práctica social, pueden ser descritos y analizados separadamente (Carrillo-de la Rosa, 2018)².

De lo anterior, se colige que lo que permite afirmar que un autor es positivista no es que no tenga creencias morales o políticas, sino que las separa de su definición, descripción, opiniones y práctica del derecho (Campbell, 2002, p. 308). Por ello, la sugestiva afirmación de Austin (1861) de que “la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra” (p. 184).

1 Esta tesis se consolida históricamente en el siglo XIX en Alemania, Francia e Inglaterra, con el propósito de construir una ciencia del derecho o de la jurisprudencia autónoma, y separada de la ciencia de la legislación, lo que era estratégico para monopolizar el poder de creación del derecho, para lo que fue fundamental evitar los juicios morales de los jueces y juristas sobre el contenido adecuado del derecho, el cual estaba reservado al poder legislativo y no al judicial (Campbell, 2002, p. 316).

2 Esto es lo que señalaron Austin y después Hart (1963, p. 20; 1961, pp. 79-88,9), quienes describieron las conexiones que se producían entre ellos, tanto en la forma como en el contenido, así como los mecanismos por medio de los cuales la moral y el derecho positivos pueden diferenciarse (Campbell, 2002, p. 310), señalando este último además que bien existen múltiples e importantes conexiones o coincidencias de hecho entre el derecho (sistema jurídico) y las exigencias de moralidad. Tales conexiones no son necesarias lógicamente ni conceptualmente, sino contingentemente (Hart, 1980, p. 4).

La tesis de las fuentes sociales

Esta es una tesis sobre la existencia y la validez del derecho. Sostiene que, para que el derecho exista, debe darse alguna forma de práctica social que determine o señale los criterios últimos de validez jurídica (Hart, 1958, p. 4) de las reglas sociales que van a ser usadas por los ciudadanos y abogados, y aplicadas por los jueces. En consecuencia, la “existencia”, “vigencia”, “pertenencia”, “aplicabilidad” o validez del derecho depende única y exclusivamente de que hayan sido puestas o establecidas mediante acciones o decisiones humanas.

La tesis de las fuentes sociales se identifica con la regla de reconocimiento, que supone que, en las comunidades de hombres, existen prácticas sociales convergentes y complejas que, desde el punto de vista del participante, vinculan a los seres humanos a ciertas decisiones autoritativas. Lo anterior supone que los juicios sobre la validez y la existencia de las normas o el sistema jurídico constituyen proposiciones descriptivas y veritativas, referidas a un hecho empírico: la práctica social convergente que expresa la regla de reconocimiento (Carrillo, 2015).

Tesis ontológica

Afirma que el objeto de estudio o investigación de la Teoría del derecho está constituido por un dato empírico, histórico o real: el derecho positivo. Este presupuesto excluye que una teoría del derecho pueda tener como objeto de análisis una realidad metafísica. La tesis de la separación o separabilidad conceptual necesaria entre el derecho positivo y la moral crítica (o entre el derecho que es y el derecho que debería ser), y la tesis de las fuentes sociales según la cual el derecho es siempre producto histórico y contingente de decisiones humanas, convenciones o prácticas sociales, se desprenden de este presupuesto.

Tesis metodológica

De acuerdo con esta tesis, el método de la teoría del derecho tiene como propósito describir y explicar el fenómeno jurídico.

Tesis semántica

También conocida como *tesis epistemológica*, según esta tesis, las proposiciones o enunciados de la teoría del derecho tienen carácter veritativo o de verdad.

Clasificación

Existen muchas clasificaciones del positivismo, todas con algo de acierto, pero ninguna da cuenta del sentido exacto del positivismo jurídico. Por mucho tiempo, la clasificación estándar fue la propuesta por Bobbio, quien distinguió entre positivismo teórico, ideológico y metodológico. No obstante, esta clasificación tiene varios problemas, entre otros, que no sirve para explicar el iuspositivismo sociológico, o que incluye al positivismo ideológico que, en realidad, no es una forma de positivismo, sino una ideológica política que usa al derecho positivo como estrategia de poder.

También se ha distinguido entre positivismo formalista y antiformalista, incluyendo dentro de los primeros a la escuela de la exégesis y jurisprudencia de conceptos; y en las segundas, todas las corrientes posteriores, que critican o desconocen los postulados básicos del primero. Esta clasificación tiene la dificultad de que, si bien se sabe que el formalismo es una corriente de pensamiento que sostiene que el derecho está conformado por reglas unívocas que conforman su sistema de proposiciones completo, coherente y claro (sin ambigüedades), no explica qué es el antiformalismo. En este, es posible incluir corrientes, incluso, que no sean positivistas, con tal de que nieguen los postulados de aquel o, peor aún, que se incluyan dentro del formalismo corrientes como el “derecho como integridad”, porque sostiene que en el sistema jurídico no hay lagunas, dado que los vacíos del derecho positivo son suplidos por los principios morales y las directrices políticas.

Otra clasificación a la que usualmente se apela es a la de distinguir entre el seudo o paleo-positivismo y el iuspositivismo. Este último se identifica con el positivismo metodológico, relegando, de paso, a todas las demás expresiones del positivismo a un remedo o apariencia de positivismo.

De otro lado, una clasificación sencilla pero útil es distinguir entre positivistas (iuspositivistas) y neopositivistas (neoiuspositivistas), perspectiva que acoge en este análisis.

Iuspositivismo

Se considera *positivismo* a las teorías del derecho que constituyeron el paradigma dominante a partir del siglo XIX, hasta aproximadamente la mitad del siglo XX, dentro de la que puede ser ubicado el positivismo teórico, el sociológico y el metodológico; que sostuvieron o defendieron la tesis radical o fuerte de la separación entre derecho y moral, así como el resto de las tesis.

Los iuspositivistas sostienen la tesis radical de la separación, según la cual el derecho debe definirse únicamente con fundamento en su positividad y, por ello, no existe conexidad conceptual necesaria entre las reglas jurídicas. Es decir, los ordenamientos jurídicos positivos no se encuentran vinculados ni subordinados a alguna doctrina moral ni a una forma de moralidad crítica, sino a las fuentes autorizadas de derecho. El argumento de la separación que defiende el iuspositivismo es “radical” o “fuerte”, por tanto, a pesar de que el derecho pueda ser considerado inmoral o injusto es derecho.

Kelsen, una de las figuras emblemáticas del positivismo jurídico, considera que el derecho y la moral constituyen órdenes sociales distintos y separados. Por tanto, no existe conexidad conceptual necesaria entre el derecho y lo justo (Squella, 1998). Para él, las normas jurídicas y las normas morales son objeto de conocimiento de ciencias normativas distintas, las primeras de la ciencia jurídica y las segundas, de la ética. De esta manera, Kelsen no solo distingue estas dos esferas del conocimiento en las ciencias normativas, sino que distingue también las ciencias normativas de las ciencias naturales³.

Según Kelsen, el derecho y la moral no pueden diferenciarse por el tipo de comportamiento que prescriben, pues ambas son normas sociales; tampoco pueden distinguirse por razón de su creación o aplicación, pues ambas dependen de la costumbre o de una decisión deliberada. La diferencia entre las normas morales y las jurídicas radica en que las primeras constituyen un orden social que no establece sanciones, como sí lo hace el segundo; o si lo hace, estas constituyen meros reproches de aprobación o desaprobación de las conductas. Por tanto, no es el contenido de las normas, sino la forma como prescribe o prohíbe una conducta, lo que distingue la moral del derecho.

Así las cosas, el derecho es un orden social que busca la realización de una conducta determinada, imputándole a su contraria un acto de coerción socialmente organizado, lo que no es posible hallar en el acto moral por su carácter no coercitivo (Cragogna, 1998, p. 32). En consecuencia, puede existir un derecho conforme con postulados morales (derecho justo) o no conforme con ellos (derecho injusto) y de ello no se deriva que pueda negarse el carácter de jurídico de este último.

El argumento de la separación conceptual necesario entre el derecho y la moral, en su versión radical, como sostiene el iuspositivismo, puede apoyarse en una concepción metaética:

1. *Subjetiva*: puede considerar que los juicios morales expresan emociones, deseos o apreciaciones particulares y subjetivas del emisor.
2. *Escéptica*: puede sostener que los juicios morales expresan propiedades metafísicas incognoscibles.
3. *Relativista*: puede considerar que los juicios morales se refieren a reglas objetivas y válidas para un contexto social, un momento histórico o una doctrina moral inconmensurable, que no puede ser generalizada.

Lo anterior no quiere decir que no exista la moral o que el derecho no deba aspirar a ser justo. Todo lo contrario, el derecho debe siempre aspirar a armonizarse con la norma moral de justicia, siempre teniendo en cuenta que existen diversos sistemas morales o de justicia (Kelsen, 1992, p. 63), incognoscibles racionalmente

3 En realidad, uno de los pocos trabajos es el artículo de 1960 de Kelsen, escrito en homenaje al profesor Luis Legas y Lacambra, intitulado “Law and Morality” y publicado en *Estudios sociales en homenaje al profesor Luis Legas y Lacambra* (1960, pp. 153-164), editado por la Universidad de Compostela.

o válidos objetivamente, según el contexto, o que son percibidos de diversas maneras. Por tanto, la calificación de un derecho moralmente correcto depende del sistema moral que se escoja, o de la percepción que se tenga, o bien de la subjetividad del emisor (Squella, 1998).

Neiuspositivismo

Las corrientes neiuspositivistas, identificadas como positivismo incluyente y excluyente, surgen como respuesta a las críticas formuladas a la teoría positivista en la segunda mitad del siglo xx, luego de que se generalizara la idea de los derechos humanos, como un conjunto de principios de moralidad política que debían ser incorporados en los Estados democráticos de derechos, a través de pactos y convenciones y de las constituciones bajo la figura de los derechos fundamentales, lo cuales, en la práctica, cuestionan una idea central del iuspositivismo: la de que el derecho y la moral constituyen ordenes sociales diferenciados y diferenciables —tesis de la separación— y que la existencia y contenido del derecho depende de una regla de reconocimiento —tesis de las fuentes sociales (Carrillo, 2018).

En efecto, nadie puede negar que los sistemas jurídicos democráticos de posguerra permiten identificar el derecho válido con fundamento en los criterios autoritativos o institucionalizados, fijados en el sistema de fuentes (razones autoritativas o razones basadas en fuentes sociales); también con fundamento en su contenido o razones dependientes del contenido —valores morales (Ródenas, 2003). En este último caso, la identificación del derecho con fundamento en los juicios de valor no es algo contrario, sino algo exigido por este a los jueces y operadores del derecho. Aquí, los juicios de valor son usados en la aplicación del derecho, bien para permitir que algunas normas que no eran derecho según el sistema de fuentes lo sean en virtud de su contenido, o bien para evaluar y excluir normas que, a pesar de ser identificadas como derecho según la regla de reconocimiento, resultan inaplicables, es decir inconstitucionales (Ródenas, 2003).

Tres corrientes han intentado dar respuesta a este desafío: el positivismo excluyente, el posi-

tivismo incluyente y el incorporacionismo, que se explican a continuación.

Positivismo excluyente. Joseph Raz (1979) afirma que es conceptualmente incoherente incluir o hacer referencia a la moral en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Esto significa que la identificación de la existencia y el contenido del derecho no puede depender de consideraciones valorativas (Ródenas, 2003), sino de la constatación de la presencia de un conjunto de prácticas sociales (regla de reconocimiento) que pueden ser descritas sin recurrir a la moralidad (Hart, 1994).

El derecho constituye un conjunto de “razones para la acción”, independientes del contenido de las reglas (Raz, 1994) y que excluyen las deliberaciones morales a favor o en contra de la realización de la acción ordenada por el derecho positivo (Ródenas, 2003). No obstante, esta forma de neopositivismo no desconoce el papel que puede desempeñar la moral en la práctica del derecho. Por ello, sugiere distinguir entre un *razonamiento para establecer el contenido del derecho*, en el que no hay lugar al juicio moral, y un *razonamiento con arreglo al derecho*, en el que es posible este último pueda tener algún rol.

Según la primera forma de razonamiento, el intérprete solo debe razonar atendiéndose a las fuentes del derecho y no puede involucrar razones morales. Sin embargo, puede suceder que, a partir de este razonamiento, el intérprete concluya que el derecho le otorga discrecionalidad para que los jueces decidan según consideraciones morales. En este caso, el juez puede apartarse de las pautas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes y aplica razones morales.

El positivismo incluyente. A diferencia de la versión anterior, donde la regla de reconocimiento (tesis de las fuentes sociales) de un sistema jurídico puede incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción (Ródenas, 2003), aunque el que pueda hacerlo no quiere decir que necesite o deba hacerlo (Raz, 1979); esta versión del positivismo no renuncia a la tesis de la separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, a pesar de dar cabida a las consideraciones morales.

Lo anterior se debe a que, si bien admite que el derecho positivo y la moralidad política pueden

estar vinculados en los sistemas jurídicos actuales, tal conexidad tiene siempre un carácter contingente y no necesario. Ello lo diferencia de los iusnaturalistas y anti o no-positivistas (Ródenas, 2003). De acuerdo con el positivismo incluyente, se colige que la identificación del derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos (tesis de las fuentes sociales) que pueden remitir a criterios o razones autoritativas, fijados en un sistema de fuentes, como a determinados estándares o razones morales (Waluchow, 2007).

El incorporacionismo. Esta corriente sostiene que la tesis de las fuentes sociales puede ser dividida en dos argumentos independientes. El primero considera que los criterios para determinar si una norma es o no parte del derecho no tienen que ver con su valor, sino con su fuente; el segundo, que los criterios que se establezcan para saber si una norma es o no parte del derecho son convencionales (Bayón, 2002).

De lo anterior se sigue que, mientras la primera tesis es verdadera, la segunda es contingente, porque podría existir perfectamente una convención que haga depender el carácter jurídico de una norma de su valor. Esto permite explicar por qué existen normas morales que son parte del derecho, en virtud de su valor, pero no de manera necesaria, sino debido al hecho contingente de que la práctica incluye la convención de reconocerlas como derecho (Bayón, 2002).

Conclusiones

Después del recorrido conceptual y teórico desarrollado en esta investigación, nos damos cuenta de que existen diversas consideraciones o puntos de vista sobre lo que comprendemos como positivismo jurídico. Las expuestas tienen relación con sus características y con sus diferentes tesis, tanto incluyentes o excluyentes de la moral. No obstante, lo que conviene resaltar es que el positivismo jurídico es una teoría sustancialmente influenciada por las discusiones del positivismo filosófico, pero contiene sus propias caracterizaciones y tesis, tal como evidenció nuestro análisis.

Referencias

- Austin, J. (1995). *Austin: the province of jurisprudence determined* (W. Rumble, Ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511521546>
- Bayón, J. (2002). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero (Ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel* (Vol. II, pp. 33-54). Universidad de Alcalá de Henares.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Debate.
- Botero, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En J. Fabra (Coord.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. I, pp. 63-170). Unam.
- Campbell, T. (2002). El sentido del positivismo jurídico. *Doxa*, 25, 310-331. <https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.09>
- Carrillo, Y. (2014). *Problemas y paradigmas de la ciencia jurídica*. Doctrina y Ley.
- Carrillo, Y. (2015). *Inclusión de la moral en el derecho y otros ensayos de teoría jurídica*. Universidad de Cartagena.
- Carrillo, Y. (2018). *Filosofía del derecho*. Doctrina y Ley.
- Coleman, J. (1982). Negative and positive positivism. *The Journal of Legal Studies* 11(1), 139-164.
- Hart, H. (1958). Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, 71(4), 593-601.
- Hart, H. (1994). *The concept of law*. Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Porrúa.
- Moreso, J. (2017). Positivismo jurídico y filosofía analítica. *Revista de Pensamiento Jurídico*, 22, 119-136.
- Nino, C. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Ariel.
- Raz, J. (1979). *The authority of law. Essays on law and morality*. Clarendon Press.
- Raz, J. (1994). *On the autonomy of legal reasoning*. Oxford University Press.
- Ródenas, A. (2003). ¿Que queda del positivismo jurídico? *Doxa*, 26, 417-448. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.19>
- Squella, A. (1998). *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. Fontamara.
- Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Marcial Pons.