

EL POSITIVISMO

Rudy CÁCERES VALDEZ⁶³²

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Significado de derecho.- 3. Clases de norma.- 4. El positivismo.- 5. Clases de positivismo y sus respectivas contraposiciones.

1. Introducción

El punto de partida del presente trabajo es el concepto de Derecho ya que de a partir

de aquí surge el aspecto fundamental a desarrollar. Pocos análisis etimológicos sugieren tanto como el de la palabra Derecho⁶³³.

- ⁶³² Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Ricardo Palma. Cuarto Ciclo.
- ⁶³³ Sobre la etimología del Derecho véase: Alzamora Valdez, Mario (1987). *Introducción a la ciencia del derecho*. 10ª. ed., pp. 15 y 16. Lima: Editorial Eddili, El autor nos señala que el vocablo derecho proviene de la voz latina *directum*, que es el participio pasivo del verbo *dirigere*, dirigir. Este último está constituido por el prefijo continuativo *di* y la forma verbal *régere*, regir. Si *régere* equivale a guiar, conducir o gobernar y *di* indica la continuidad de ese acto, derecho significa etimológicamente la manera o forma habitual de guiar, conducir o gobernar. A su vez, el prefijo *di* procede de las raíces arias DH y DHR que encierran la idea de estabilidad y firmeza. Por otra parte, *régere*, rego contiene el reduplicativo *re* que se desprende de la raíz aria RJ, guiar o conducir. De acuerdo con esta etimología, derecho significa tanto como ordenamiento firme, estable, permanente. Este estudio demuestra "contra lo generalmente supuesto" que "la palabra derecho no vino al campo psicológico por sentido traslaticio, sino prístinamente. Y, al contrario, lo derecho material (como cuando se dice "camino derecho") parece ser idea traída por el sentido figurado con que se comenzó a aplicar la palabra a las cosas ajenas al espíritu. Para expresar la noción contenida en la palabra castellana "derecho", los romanos emplearon el término latino *jus*. La voz derecho tenía para ellos solo un significado adjetivo y se usaba para referirse a lo que se entiende como acción procesal (directa actio). Santo Tomás cita a San Isidoro "El Derecho se llama así (jus) porque es justo" y el mismo enseña que el objeto de

la justicia "queda determinado por lo que en si es justo, o sea por el derecho". El examen de la palabra *jus* ha dado lugar a serias e interminables discusiones: ¿*Jus* proviene de justicia? O ¿*Justitia* es la voz derivada y *jus* la primitiva? Los juriscultos y los polígrafos antiguos suscribieron la primera opinión. Ulpiano considera que *jus* deriva de *justitia* ("*Jus a justitia appellatur*"). San Isidoro (*Ius dictum est quia iustum*) y Graciano sostuvieron la tesis que origina *jus* en *justum*. Los gramáticos, tomando en cuenta la simplicidad de *jus*, vieron en tal término la fuente de justicia. Del mismo parecer fueron muchos historiadores porque la vinculación ideológica entre derecho y justicia tuvo lugar en Roma y solo en la época de los decenviros, puesto que durante el periodo anterior significaba algo así como "mandato del más fuerte". A la palabra latina *jus* se le atribuye diversos orígenes. Según una antigua opinión deriva de *Jove*, *Jovis*, nombre del dios Júpiter gobernador y ordenador del universo. Para otros proviene de *jubeo* que quiere decir mandar; o de *juvo* que significa ayudar a proteger o de *jungo*, juntar, unir o unificar. A través de todas esas fuentes se destaca un concepto común: gobernar, ordenar, mandar, dirigir, que también es ayudar o proteger, puesto que tal es el fin del gobierno o del mandato. Además, gobierno no significa orden que vincula la voluntad de quien obedece a la del que manda, de allí la última etimología señalada. Algunos autores (Litré, Kunh, Pictet) han llegado hasta la raíz sánscrita de *ju* que es *yu*, equivale a vínculo, unión o ligadura y al védico *yos* que quiere decir santo, puro, verdadero, celestial. De este modo, se destaca como significado de la palabra, la idea de rectitud en la conducta social humana por su sometimiento a normas o a leyes.

2. Significado de Derecho

Fernández Galiano⁶³⁴ atribuye cuatro significados a la voz Derecho: como norma o conjunto de normas vigentes (sentido objetivo); como facultad atribuida a un sujeto para hacer, no hacer o exigir algo (derecho subjetivo); ideal de justicia o su negación (lo justo) y como saber humano aplicado a la realidad (derecho como ciencia).

El concepto de Derecho que comúnmente se conoce es el normativista, es decir que el derecho, vía interpretación, en última instancia es una prohibición, orden o permiso; además dentro de esta doctrina, todos los fenómenos jurídicos pueden reducirse a términos normativos y la norma es el concepto central de Derecho. Cabe precisar que las normas son enunciados que tratan de influir en el comportamiento de las personas, no pueden ser calificadas ni de verdades ni de falsas ya que están en el plano del deber ser. Las normas son válidas o inválidas. Falsas o verdaderas son las proposiciones normativas que vendrían a ser afirmaciones en relación a si una norma existe o no, empíricamente constatable⁶³⁵.

3. Clases de norma

Herbert Lionel, Adolf Hart⁶³⁶ nos señala que existen dos tipos de clases de norma:

Las primarias: Prescriben que los seres humanos hagan o dejen de hacer algo. Imponen deberes.

Las secundarias: Se refieren a las primarias, confieren potestades y pueden ser:

- a) Regla de reconocimiento: Que normas pertenecen al sistema.
- b) Normas de cambio: Como se modifican y crean nuevas normas y quien puede hacerlo.
- c) Normas de adjudicación o de juicio: Establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una norma y que fijan la sanción.

Para la toma de decisiones en la vida cotidiana Shauer⁶³⁷ nos señala que existen dos modelos de interpretaciones:

a) El Conversacional

Que vendría a ser un modelo particularista porque las cosas particulares pueden llevarnos a la inaplicabilidad de una norma. Se debe analizar la justificación y la literalidad de la regla, además las generalizaciones que se dieron en el pasado sirven para tomar decisiones en el futuro y estas decisiones podrán ser modificadas a la luz de un caso en particular.

⁶³⁴ FERNÁNDEZ GALIANO, ANTONIO, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 41.

⁶³⁵ Acerca de la clasificación de las normas, reglas, principios y lo relacionado al normativismo ver: ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, 2ª. ed., 2ª. ed. reimp. Barcelona: Editorial Ariel, 2004, pp. 59-86. El autor señala que también existen otras entidades además de las normas. Así, no se puede negar que también forman parte del Derecho instituciones como los parlamentos, los juzgados o las cárceles. Los individuos o grupos de individuos –legisladores, jueces, funcionarios de la Administración...– que, de diversas formas, hacen que las anteriores instituciones funcionen. Las relaciones de trabajo, de propiedad, de familia... de las que dependen unas y otros. O los fines y los valores que pretenden alcanzarse con todo lo anterior. Lo que los normativistas sostienen es que todos los fenómenos que consideramos jurídicos pueden reducirse a (o explicarse satisfactoriamente en) términos normativos. El concepto de norma vendría a ser, en definitiva, el concepto central de Derecho.

⁶³⁶ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª. ed. Traducción de G.R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1947.

⁶³⁷ SHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Traducción de C. Orunesu y J. Rodríguez. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004, pp. 97-112.

a) El modelo Atrincherado

Aquí no importa la justificación, las normas se aplican al pie de la letra. Desde la perspectiva normativista-positivista⁶³⁸, se considera al Derecho como un sistema o conjunto de normas dotadas de coacción organizada e institucionalizada⁶³⁹. La fuerza es medio y contenido de las normas jurídicas⁶⁴⁰.

En conclusión, el Derecho es un sistema de normas jurídicas y principios establecidos para regular la conducta de las personas en sociedad a fin de lograr el bien común. Además “el contenido varía según las épocas y las leyes

están condicionadas por las circunstancias de tiempo y lugar”⁶⁴¹.

No olvidemos que el Derecho es un instrumento, mecanismo de convivencia social, creada por la propia sociedad. Íntimamente vinculada a la realidad social. “El Derecho corresponde al hombre en tanto a persona: deriva de la esencia misma de esta y le señala los medios para que se realice como tal y alcance sus fines propios en la sociedad”⁶⁴².

4. El positivismo

Entrando al tema central, “el positivismo surgió como lógica reacción contra las abstracciones y vaguedades del iusnaturalismo decadente”⁶⁴³. Es una escuela filosófica que defiende al conocimiento científico como el conocimiento auténtico. El positivismo surge en Francia a inicios del Siglo XIX gracias a Augusto Comte y a John Stuart Mill y es una tesis que defiende la exclusividad del Derecho Positivo, rechaza toda idea de un derecho natural, ya que sus principios del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia.

“La expresión positivismo no es ciertamente unívoca; son varios los significados que adopta en el lenguaje de los juristas que se reclaman positivistas...”⁶⁴⁴. Según esta escuela, todas las actividades filosóficas y científicas deben efectuarse únicamente en el marco del análisis de los hechos empíricamente constatables.

El positivismo “no toma en consideración las normas que emanan de una autoridad so-

⁶³⁸ Sobre el concepto de Derecho véase: SERNA BERMUDEZ, Pedro. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, pp. 36-38. El autor señala que desde el primero momento la realidad jurídica queda caracterizada de un modo exclusivamente formal por la nota de la *coactividad*: en efecto lo jurídico, las normas pueden ejercer otras funciones sobre sus destinatarios (por ejemplo, persuasivas), pero lo que las caracteriza primordialmente y las especifica como normas jurídicas, frente a la moral o a las reglas de trato social es que “solo de las normas derivan coacciones”. La fuerza es medio y contenido de las normas jurídicas (Fernandez, E.). Si la fuerza fuera un simple medio para la realización del Derecho, la afirmación no sería muy diferente de la postura clásica medieval e incluso antigua sobre el tema: sin embargo, el derecho queda específicamente caracterizado como norma coactiva. ¿Qué es el Derecho? A esta cuestión se puede responder, desde la perspectiva que estudiamos, con la expresión “norma coactiva”. Esta descripción nos pone en contacto con una cuestión fundamental, a saber, la conexión entre el derecho y el poder. Si el derecho es normas caracterizadas en términos estrictamente formales por la coactividad, entonces se asienta sobre la realidad del poder: es el poder lo que constituye la realidad jurídica, lo que hace que una norma concreta sea derecho; el poder es así el fundamento del derecho, según sostiene taxativamente Peces – Barba. Ello supone, sin duda, una superación del formalismo jurídico kelseniano, que nunca habría aceptado, en principio, las consecuencias de tal afirmación. Si el derecho solo se caracteriza formalmente por la *coactividad*, la *Grundnorm* kelseniana queda superada de raíz y sustituida por un hecho fundante básico: el poder, el cual, a pesar de ser exterior a la realidad jurídica en cuanto tal, se convierte no solo en condición de posibilidad de la existencia misma del derecho, sino también en su causa.

⁶³⁹ DÍAZ, E. *Sociología y filosofía del Derecho*. 2ª. ed., Madrid: Taurus, 1984. p. 8.

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ, E. “Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia y racionalidad práctica”, en *Teoría de la justicia y de derechos humanos*, p. 23.

⁶⁴¹ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Lima: Ediciones Wisla, 1987, p. 51.

⁶⁴² ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del Derecho*. 10ª. ed. Lima: Edili, 1987, p. 18.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 332

⁶⁴⁴ PRIETO SACHIZ, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. 2ª. reimpr. de la 1ª. ed. México: Fontamara, 1997, p. 11.

brehumana; por esta razón excluye de la Ciencia del Derecho todo derecho divino”⁶⁴⁵ esto quiere decir que simplemente niega un derecho creado por Dios, los representantes del positivismo “...no admiten, al menos de manera expresa, que haya por encima del derecho positivo un derecho que tenga valor absoluto”⁶⁴⁶. Es una “...corriente que no admite la distinción entre derecho positivo y derecho natural y afirma que no existe otro derecho que el positivo”⁶⁴⁷.

Como he dicho párrafos más arriba, el positivismo surge en contraposición al iusnaturalismo y convendría hacer algunas definiciones acerca de este término. El iusnaturalismo es la tesis que defiende la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, es decir que el derecho creado por Dios es superior al creado por los seres humanos. Admite la superioridad del derecho natural, pero no es excluyente es decir que “...admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, además sostiene la supremacía del primero sobre el segundo”⁶⁴⁸.

Según Marcial Rubio⁶⁴⁹ el mérito del positivismo jurídico consiste en haber consolidado una Teoría del Estado y una Teoría del Derecho interrelacionadas apoyadas entre sí con autonomía de otras disciplinas. No obstante, tiene defecto en la siguiente consideración: al ser humano no solamente le interesa el edificio jurídico como estructura sino, también que hay dentro de él.

Ahora hay que precisar los diferentes conceptos acerca de Positivismo y contrastarlos con los del Iusnaturalismo, diferencias que fueron hechas por N.Bobbio⁶⁵⁰ las cuales son:

5. Clases de positivismo y sus respectivas contraposiciones

Primeramente tenemos al Positivismo Ideológico el cual se divide en dos:

- A) *Versión Extrema*: Se deben obedecer las leyes porque son justas.
- B) *Versión Moderada*: Se deben obedecer las leyes, porque garantizan el valor del orden social.

Contrariamente tenemos al Iusnaturalismo Ideológico:

- A) *Versión Extrema*: Solo se debe obedecer las leyes que son justas.
- B) *Versión Moderada*: Se deben obedecer las leyes, a menos que sean extremadamente injustas; es decir que pueden ser desobedecidas solo si esa desobediencia no pone en peligro el orden social.

En segundo lugar tenemos al *Positivismo Teórico* que tiene su fundamento en la voluntad del legislador a la que acompaña la fuerza Estatal, dentro de esta doctrina podemos encontrar varias tesis como:

- A) *Tesis Estatalista*: El Estado es la única fuente de producción del Derecho.
- B) *Tesis de Coactividad*: El Derecho es un sistema de normas que regula el uso de la fuerza.
- C) *Tesis Legalista*: El ordenamiento viene de la ley.

⁶⁴⁵ *Ius et Veritas*, 1994. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 9.

⁶⁴⁶ Kelsen, Hans. *Op. cit.*, p.85.

⁶⁴⁷ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Traducción de E. Garzón Valdez. 8ª. reimp. de la 1ª. ed. México: Fontamara, 1965, p. 68.

⁶⁴⁸ *Loc. cit.*

⁶⁴⁹ Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2001, p. 350.

⁶⁵⁰ Bobbio, Norberto. *Op. cit.*

D) *Tesis de la coherencia y plenitud del ordenamiento*: Conjunto ordenado de normas que forman una unidad plena carente de contradicciones.

En contraposición a este concepto tenemos al *Iusnaturalismo Teórico* el cual tiene su fundamento no en la voluntad del legislador, sino en la naturaleza humana (uniforme y eterna).

Finalmente tenemos al *Positivismo Metodológico* el cual indica que el derecho se identifica a través de criterios formales, es decir un órgano competente (¿Quién dicta la norma?) dicta una norma y es empíricamente constata-

ble mediante el procedimiento preestablecido (¿Cómo se dicta la norma?) además, dentro de los criterios formales también se tiene en cuenta el criterio sustantivo, es decir cual es el contenido de esa norma que se pretende dictar (¿Qué dice la norma?). No y en contraposición se encuentra el *Iusnaturalismo Metodológico* que afirma que el Derecho se identifica a través de criterios valorativos, es decir que para identificar cuando estoy ante una norma jurídica debo utilizar criterios valorativos que provienen de una mora, el iusnaturalista, como se a dicho anteriormente, es dualista y por serlo toma el criterio formal pero el determinante es el criterio sustantivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAMORA VALDEZ, Mario
1987 *Introducción a la ciencia del Derecho*. 10ª. ed. Lima: Editorial Eddili, 1987.
- ATIENZA, Manuel
2004 *El sentido del Derecho*. 2ª. reimp. de la 2ª. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2004.
- BOBBIO, Norberto
2004 *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de E. Garzán Valdez. 8ª reimp. de la 1ª. ed. México: Editorial Fontamara, 2004.
- DIAZ. E.
1984 *Sociología y filosofía del Derecho*. 2ª. ed. Madrid: Taurus, 1984.
- FERNÁNDEZ, Galiano
1963 *Introducción a la filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- HART, H.L.A.
1977 *El concepto de Derecho*. 2ª. ed. Traducción de G.R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
- IUS ET VERITAS*
1994 Revista editada por los estudiantes del la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KELSEN, Hans
1987 *Teoría pura del Derecho*. Lima: Ediciones Wisla, 1987.
- PRIETO SACHIZ, Luis
2005 *Constitucionalismo y Positivismo*. 2ª reimp. de la 1ª. ed. México: Fontamara, 2005.
- RUBIO CORREA, Marcial
2001 *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2001.
- SCHAUER, Frederick
2004 *Las reglas en juego*. Traducción de C.Orunesu y J. Rodriguez. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro
Positivismo conceptual y fundamentación de lo derechos humanos.